

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA

ROBERTO SENISE LISBOA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Carlos Eduardo Silva e Souza; Roberto Senise Lisboa. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-699-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

A presente publicação conta com os artigos aprovados e apresentados no XXVII Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, cuja realização se deu na UNISINOS, em Porto Alegre/RS, no período compreendido entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018.

Os trabalhos aqui apresentados são fruto de diálogos, reflexões e pesquisas realizadas, sobretudo, no âmbito de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado), tendo como norte condutor a disciplina de direito civil contemporâneo, enfrentando temáticas relevantes e atuais.

É possível se perceber que os trabalhos aqui reunidos podem ser agrupados em 4 eixos básicos, quais sejam: (i) teoria geral de direito civil; (ii) responsabilidade civil; (iii) direito de família; e (iv) direitos reais.

No âmbito da teoria geral de direito civil, os temas abordados nos artigos científicos enfrentaram assuntos como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a teoria das incapacidades, a tomada de decisão apoiada, o direito ao esquecimento, a colisão de direitos fundamentais e o respeito como direito da personalidade.

Já no âmbito da responsabilidade civil, os trabalhos enfrentaram temas como o tabagismo, a objetividade no sistema de responsabilização, a reparação do proprietário de veículo conduzido por terceiro, a responsabilidade civil médica, a indenização pela perda do tempo útil e a questão dos seguros.

No âmbito do direito de família, os artigos enfrentaram temas como o poliamor, a poliparentalidade e o contrato de namoro.

Por fim, no âmbito dos direitos reais, os temas abordados nos trabalhos apresentados estão relacionados com o direito real de laje e com a usucapião extrajudicial.

Como se vê, temas de relevância e inserção social são enfrentados nos referidos trabalhos, o que evidencia a pertinência e atualidade dos artigos apresentados, de forma a se recomendar

a sua consulta, bem como a necessidade de se registrar as homenagens aos organizadores do Congresso pelo importante trabalho que prestam à comunidade acadêmica de pós-graduação com a realização de eventos dessa natureza.

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa

Coordenador do PPGD/FMU

Prof. Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza

Coordenador do PPGD/UFMT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DOS EFEITOS JURÍDICOS DO CONTRATO DE NAMORO DIANTE DA
VERIFICAÇÃO FÁTICA DO AFFECTIO FAMILIAE RECÍPROCO: ENTRE O
DIREITO CONTRATUAL E O DIREITO DE FAMÍLIA**

**OF THE LEGAL EFFECTS OF THE DATING AGREEMENT AGAINST THE
FACTICAL VERIFICATION OF THE AFFECTIO FAMILIAE RECIPROCITY:
BETWEEN CONTRACTUAL LAW AND FAMILY LAW**

Laira Carone Rachid Domith ¹
Brener Duque Belózi ²

Resumo

Este estudo, desenvolvido a partir de uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, tem como objetivo investigar a validade e eficácia do contrato de namoro registrado em cartório quando este relacionamento, na prática, evoluir para uma união estável ou homoafetiva. O contrato, externando a autonomia da vontade das partes no momento de sua confecção, deverá se sobrepor à ostentação pública e duradoura do status de companheiros que assumiram de fato? Buscou-se resposta para esta indagação a partir das perspectivas do Direito Contratual e do Direito das Famílias.

Palavras-chave: Contrato de namoro, União estável, Venire contra factum proprium, Condição resolutiva tácita, Princípio da afetividade

Abstract/Resumen/Résumé

The present study, developed from a quantitative, documental and bibliographical research, aims to investigate both, the validity and the effectiveness of the dating contract, registered in a notary's office, when, in practical terms, this relationship evolves to a stable or homoaffective union. Should the contract, by expressing the autonomy of the parties' will at the time of its making, overlap the public and lasting ostentation of the status of partnership that has actually taken over? An answer was sought for this inquiry from the perspectives of Contractual Law and Family Law combined.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dating contract, Stable union, Venire contra factum proprium, Implied operative conditions, Principle of affectivity

¹ Mestre em Direito Público e Evolução Social (UNESA); Professora de Direito de Família da Faculdade Doctum de Juiz de Fora; Advogada

² Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais (UNIPAC); Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF; Professor de Direito Civil e Processual Civil da Faculdade Doctum de Juiz de Fora; Advogado

INTRODUÇÃO

A união estável enquanto entidade familiar a merecer proteção do Estado ganhou previsão legal através da Constituição Federal de 1988 (art. 226, §3º), tendo sido seu regramento primevo estabelecido pelas leis 8.971/94 e 9.278/96.

Sob a égide da lei 8.971/94, exigia-se tempo mínimo de 5 anos para sua configuração, o qual poderia ser substituído pela existência de prole comum. Com a naturalização paulatina por parte da sociedade desta forma de constituir família, aquele prazo mínimo de duração do relacionamento desapareceu.

Hoje, para a verificação da união estável enquanto forma de constituição da entidade familiar, não há exigência de rito específico, sendo a mesma “fruto da constatação, ao longo do tempo, da existência de alguns requisitos elementares que, somados, a caracterizam” (COL, 2004, p. 128).

Diante deste horizonte, a não imposição de prazo mínimo para a constatação fática da união estável trouxe o receio de que namoros fossem interpretados – por uma das partes ou judicialmente – como uniões estáveis, fazendo incidir direitos e deveres inerentes a este instituto. Com o intuito de afastar a possibilidade de incidência de tais efeitos jurídicos, começou-se a observar a elaboração e registro público de contratos de namoro.

Posteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 2011, reconheceu a existência das famílias homoafetivas quando erigidas sobre os mesmos pilares das uniões estáveis (salvo a diversidade de sexos), todos os dispositivos legais que regem estas últimas passaram a ser aplicados àquelas, de forma que em namoros entre pessoas do mesmo sexo também passou a existir a preocupação de que o relacionamento seja interpretado de forma mais séria do que realmente é.

Assim, tendo a ideia do registro do contrato de namoro ganhado fôlego, evidenciando uma preocupação legítima da sociedade, o presente estudo, desenvolvido a partir de uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, tem como objetivo investigar sua validade e eficácia quando o relacionamento, na prática, evoluir para uma união estável ou homoafetiva. O contrato, externando a autonomia da vontade das partes no momento de sua confecção, deverá se sobrepor à ostentação pública e duradoura do *status* de companheiros que os contraentes assumiram de fato? Buscou-se resposta para esta indagação a partir da perspectiva do Direito Contratual e do Direito das Famílias.

1) NAMORO, UNIÃO ESTÁVEL E HOMOAFETIVA – UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

A união estável pode ser traduzida por matrimônio não formalizado, casamento informal, casamento de fato, casamento por comportamento, tendo como tônica a comunhão de vida com o objetivo de constituição de família¹, sendo este ostentado de forma pública e duradoura através da “posse de estado” de casados. Em outras palavras, os que vivem em união estável transmitem a aparência de serem casados.

Azevedo, em seu “Estatuto das famílias de fato”, apresentou uma compilação doutrinária acerca do sentido da expressão “posse de estado” neste contexto específico. Destacou que Clóvis Beviláqua a explicava como situação de duas pessoas que vivem publicamente como marido e mulher, sendo desta forma considerados pela sociedade; que Cunha Gonçalves a conceituou como situação de fato de que gozam duas pessoas de sexos diferentes que se tratam reciprocamente como marido e mulher, vivendo publicamente como cônjuges legítimos e sendo havidos como tais pelo público; e que Silvio Rodrigues a explicitou como situação ostensiva de duas pessoas de sexo diverso que vivem como marido e mulher, no propósito de figurar como tal aos olhos de todos (AZEVEDO, 2011, p. 96), fazendo com que parte da doutrina refira-se aos mesmos como “pseudo-cônjuges” (OLIVEIRA; MUNIZ, 1990, p. 76).

Embora tais conceituações do elemento “posse de estado” citem o relacionamento entre homem e mulher, não se pode perder de vista que foram cunhadas antes do Supremo Tribunal Federal reconhecer as uniões homoafetivas enquanto famílias de fato. Assim, atualizando o significado de “posse de estado”, pode-se afirmar que seja a conduta de tratar uma pessoa como se fosse cônjuge e ser tratado como tal pela mesma, independentemente do sexo de ambas.

Com relação ao requisito da durabilidade, observa-se que a legislação e a jurisprudência pátrias não mais fixam tempo mínimo de relacionamento para a configuração de uniões estáveis e homoafetivas, importando-se mais com a intensidade do vínculo, que deve ser examinado caso a caso. A defesa do critério temporal “traria grande injustiça à população, notadamente pelo rompimento premeditado” às vésperas de se atingi-lo (OLIVEIRA, 2002, p. 185).

¹ Recomenda-se a leitura do livro “A família mutante: sociologia e direito comparado”, escrito por Semy Glanz, no qual o autor mapeia a trajetória da união estável em diversos países, expondo seu tratamento jurídico em cada um deles.

Em seu turno, a comunhão plena de vida é uma cláusula geral, “um termo amplo que possibilita a adaptação de todas as normas referentes à sociedade conjugal aos valores de cada época, garantindo a atualidade do Código” (GIORGIS, 2010, p. 94). Por exemplo, a vida em comum sob o mesmo teto afasta-se cada vez mais da condição de requisito para a configuração das uniões sob comento numa época em que a Ifamily² – na qual a convivência é possibilitada ou potencializada pelo contato virtual direto e em tempo real – é uma realidade. Também a obrigatoriedade de manutenção de relações sexuais que, no passado, denotavam vínculo íntimo e sólido e destinavam-se sobretudo à constituição de prole, após a revolução sexual perderam muita relevância.

Para a configuração da união estável e homoafetiva não se pode haver violação aos impedimentos matrimoniais previstos no art. 1521 do Código Civil. Contudo, parte da doutrina e jurisprudência defendem a existência de união estável putativa, nos mesmos moldes do casamento putativo, quando pelo menos um dos companheiros estiver de boa-fé com relação à violação do impedimento.

Exige-se, também, fidelidade por parte dos companheiros. Conforme explica Gonçalves, “os atos meramente preparatórios da relação sexual, o namoro e os encontros em locais comprometedores não constituem adultério, mas podem caracterizar injúria grave (quase adultério) (2013, p. 191). Oportuno destacar, entretanto, que o adultério deixou de ser crime no Brasil no ano de 2005, dado o descompasso entre seu cometimento e punição.

Feitas tais considerações sobre as uniões estáveis e homoafetivas, passar-se-á à elucidação do namoro para, por fim, diferenciá-los.

Namoro é o relacionamento físico e psíquico que aspira continuidade e “traz ínsita a ideia de respeito mútuo e de fidelidade entre as pessoas envolvidas. Não significa estarem elas obrigadas a manter o caso, muito menos a caminho seguro do altar” (OLIVEIRA, 2006, p. 328).

A doutrina divide o namoro em simples e qualificado. O namoro simples é facilmente diferenciado da união estável, pois não possui pelo menos algum de seus requisitos básicos. É, por exemplo, o namoro às escondidas, o namoro casual, o relacionamento aberto. Já o namoro qualificado apresenta a maioria dos requisitos também presentes na união estável. (...) No namoro qualificado, por outro lado, embora possa existir um objetivo futuro de constituir família, não há ainda essa comunhão de vida. Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preservam sua vida pessoal e sua liberdade. Os seus interesses particulares não se

² Sobre o tema, indica-se a leitura do livro “Ifamily – um novo conceito de família, de autoria de Conrado Paulino da Rosa, publicado pela Editora Saraiva.

confundem no presente e a assistência moral e material recíproca não é totalmente irrestrita (MALUF, 2012, p. 285-286)

Necessária a diferenciação entre namoro e união estável, “pois aquele resulta inteiramente do ambiente de liberdade, que a Constituição protege, inclusive da incidência de normas jurídicas, permanecendo no mundo dos fatos. Namorar não cria direitos e deveres” (TJRS, Apelação n. 70033655374, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza, j. 26/05/2010). Enquanto no namoro há objetivo de constituir família futuramente, na união estável a família já está constituída.

2) DA VALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO

A sociedade atual experimenta a era do relacionamento puro e do amor confluyente que, conforme explica Guiddens,

Refere-se a uma situação em que se entra em uma relação social apenas pela própria relação, pelo que pode ser derivado por cada pessoa da manutenção de uma associação com outra, e que só continua enquanto ambas as partes considerarem que extraem dela satisfações suficientes, para cada uma individualmente, para nela permanecerem (1993, p. 69).

Neste contexto, o comprometer-se ganha significado diferente de outrora. Constata-se “a misteriosa fragilidade dos vínculos humanos, o sentimento de insegurança que ela inspira e os desejos conflitantes (estimulados por tal sentimento) de apertar os laços e ao mesmo tempo mantê-los frouxos” (BAUMAN, 2004, p. 8). A dificuldade de se ligar a alguém reside no fundamento de que tal comprometimento “fecharia portas a outras possibilidades românticas, talvez mais satisfatórias e completas” (BAUMAN, 2004, p. 10). O próximo amor poderá ser “uma experiência ainda mais estimulante do que a que estamos vivendo atualmente, embora não tão emocionante ou excitante quanto a que virá depois” (BAUMAN, 2004, p. 19). Assim, o “ideal” para o homem contemporâneo seria que os relacionamentos fossem “leves e frouxos”, de forma que caíssem sobre os ombros como um manto leve (BAUMAN, 2004, p. 11).

Tais considerações evidenciam que o namoro, sendo mais “leve e frouxo” que a união estável e homoafetiva – conforme demonstrado – talvez seja mais conveniente para alguns casais e estes queiram deixar clara a natureza de seu relacionamento através de um

contrato registrado em cartório com o intuito de afastar a incidência de efeitos jurídicos, sobretudo patrimoniais (assistenciais e sucessórios).

O contrato de namoro, encontrando substrato na interseção entre Direito de Família e Direito dos Contratos, deverá sofrer os influxos de ambos os ramos do Direito Civil.

De forma panorâmica, afirma-se que o contrato traduz o “acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem” (GOMES, 1999, p. 6), devendo ser celebrado “na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” (PEREIRA, 2017, p. 7). Diniz explica que

O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados. Deveras, a essência do negócio jurídico é a autorregulamentação dos interesses particulares, reconhecida pela ordem jurídica, que lhe dá força criativa. Num contrato, as partes contratantes acordam que se devem conduzir de determinado modo, uma em face da outra, combinando seus interesses, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações (2017, p. 31).

Gagliano e Pamplona Filho, elucidando a nova teoria contratual, atualizada conforme a principiologia que rege o Direito Civil-Constitucional, consubstanciada na valorização da autonomia da vontade que encontra limites na função social do contrato, apresentam-no como “negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades”³ (2006, p. 11). Assim, deverá ser respeitado espontaneamente pelas mesmas através do exato cumprimento das obrigações por elas assumidas (*pacta sunt servanda*), pois,

Como fonte criadora de direitos, o contrato assemelha-se à lei, embora de âmbito mais restrito. Os que contratam assumem, por momento, toda a força jurídica social. Percebendo o poder obrigante do contrato, o contraente sente em si o impulso gerador da norma de comportamento social, e efetiva este impulso (PEREIRA, 2017, p. 11).

Impende destacar que a liberdade de contratar não é absoluta, encontrando óbices na imposição de que haja respeito à lei, aos bons costumes e observância à função social

³ Com exceção dos contratos de adesão e aqueles que versam sobre prestação de serviço público concedido sob regime de monopólio

dos contratos, destinando-se esta a limitar a autonomia da vontade quando colidir com o interesse social e este deva prevalecer (PEREIRA, 2017, p. 12).

Em outras palavras, “a vontade individual como elemento essencial do contrato, motor da criação de direitos, deixa de ser soberana, imiscuindo-se o Estado-legislador e o Estado-juiz em território antes reservado exclusivamente aos indivíduos” (MELLO, 2000, p. 311).

Até que ponto, porém, será aceitável a relativização da segurança jurídica que outrora decorria da absoluta observância do *pacta sunt servanda*? Conforme explica Mello,

Mesmo reconhecendo que a segurança jurídica deixa de ser priorizada pelo novo discurso jurídico, não se trata de criar regras imprecisas mas sim de relativizá-las, apreciando o dado da realidade segundo um padrão ético, que passa a se impor diante do malogro das tentativas de universalizar valores (2000, p. 319).

Feitas tais considerações, passar-se-á aos quatro elementos constitutivos dos contratos, quais sejam: manifestação de vontade, agente, objeto (prestação obrigacional) e forma (veículo de condução da vontade). Diante da verificação dos mesmos, o contrato passa a existir enquanto negócio jurídico, mas há que se garantir que seja válido. “Os pressupostos de validade nada mais são do que os próprios elementos de existência adjetivados” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, p. 20).

Desse modo, a manifestação de vontade não pode estar eivada de vício de consentimento, devendo ser livre e de boa-fé; aquele que manifesta sua vontade deve ser capaz; o objeto do contrato deve ser idôneo, lícito, não podendo ser vedado por lei; e a forma do contrato deve ser adequada, prevista ou não defesa em lei.

Mediante estas considerações prévias, conclui-se que o contrato de namoro pode ser celebrado por pessoas capazes, encontrando fundamento no princípio da autonomia da vontade e no correlato poder de autorregulamentação dos interesses das partes contratantes que poderão criar contratos atípicos (sem previsão legal) para satisfazê-los. O objetivo dos contratos de namoro é afastar a produção de efeitos jurídicos decorrentes deste tipo de relacionamento, sendo lícito, portanto, já que não contraria o ordenamento jurídico.

3) A EFICÁCIA DO CONTRATO DE NAMORO DIANTE DA VERIFICAÇÃO FÁTICA DOS REQUISITOS CONSTITUTIVOS DE UNIÕES ESTÁVEIS OU HOMOAFETIVAS – A BOA-FÉ OBJETIVA EM XEQUE

“O contrato é instituto fundamental da civilidade, por constituir-se dos mais reveladores das funcionalidades próprias da vida jurídica privada” (NERY; NERY JÚNIOR, 2016, p. 5). Na sua acepção clássica, representava a vontade das partes, independentemente dos princípios que norteavam o ordenamento jurídico, fazendo surgir a assertiva de que os contratos fazem lei entre as partes, devendo ser respeitados em todos os seus termos. Porém, na atualidade, não mais há espaço para essa concepção clássica da teoria dos contratos. A lei não deve apenas proteger a vontade das partes pactuantes.

Neste sentido, o parágrafo único do art. 2035 do Código Civil determina que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Frisa-se que ao lado dos contratos e da propriedade, a família compõe o tripé da civilística que sustenta as relações sociais e o fato de a função social da família não ter sido expressamente exemplificada no dispositivo anterior não lhe retira a importância nem lhe coloca em posição de menos valia com relação à função social dos contratos e da propriedade. Assim, “sendo a família bem maior, protegida constitucionalmente pelo Estado, entendemos que a mesma deve ser tutelada, independentemente da vontade das partes ou da forma pelo qual a mesma tenha sido constituída” (FERREIRA, 2003, p. 73).

Conforme ressaltado no capítulo anterior, se o contrato de namoro registrar uma realidade fática de namoro, será perfeitamente válido e eficaz. Contudo, o problema surge quando o namoro evolui e transmuta-se em união estável ou homoafetiva. Neste caso, “as coisas e as palavras vão separar-se” (FOUCAULT, 1999, p. 59), denunciando que a linguagem não mais se assemelha às coisas que ela nomeia (FOUCAULT, 1999, p. 50).

Passar-se-á à análise deste imbróglio sob a perspectiva da boa-fé objetiva – que inspira tanto o Direito Contratual quanto o Direito de Família, da condição resolutiva tácita e do Princípio da afetividade.

Quando da elaboração do Código Civil de 2002, houve preocupação de que o mesmo fosse erigido sobre três Princípios basilares, quais sejam, o da socialidade, o da operabilidade e o da eticidade, tendo este como objetivo imprimir eficácia e efetividade aos “princípios constitucionais de valorização da dignidade humana, da cidadania, da personalidade, da confiança, da probidade, da boa-fé, da honestidade nas relações jurídicas de Direito privado” (SANCHES, 2011, p. 39).

A boa-fé deixou o campo das ideias, da intenção – boa-fé subjetiva -, e ingressou no campo dos atos, das práticas de lealdade – boa-fé objetiva –, assumindo três funções:

de interpretação do negócio jurídico; de controle contra o abuso de direito; e de integração do contrato, suprimindo e corrigindo os negócios jurídicos em geral (TARTUCE).

Segundo Cordeiro, doutrinador português,

A primeira e mais básica redução imposta pela boa fé à livre actuação privada é de ordem juscientífica: impõe uma consideração teleológica e não arbitrária das permissões em causa. (...) No campo da autonomia privada – espaço em jogo para a *culpa in contrahendo* – ela obriga a considerar de modo finalista os comportamentos que pretendam ocorrer no seu seio: trata-se de formar ou não contratos, de acordo com a vontade dos intervenientes e os seus interesses, e não de, a seu coberto, desencadear atitudes nocivas. É importante sublinhar a manutenção da permissividade: a transformação dos direitos em deveres deriva, historicamente, de tentativas mais ou menos assumidas de suprimir ou restringir a autonomia individual, caso do jusprivatismo. Da boa fé advém, pois, apenas um dever genérico, inóquo mas relevante, até para a preservação da permissão genérica em jogo, de considerar pelo seu escopo os actos concretos de autonomia, vedando os que tenham objetivos prejudiciais estranhos à produção de efeitos jurídicos, nunca imposta” (2001, p. 649).

Especificamente nas relações familiares, a ideia central da boa-fé objetiva “é assegurar um conteúdo dotado de seriedade e veracidade, isento de falsidades e omissões dolosas (SANCHES, 2011, p. 42).

Assim, o fato de duas pessoas elaborarem um contrato de namoro para registrarem esta união na tentativa de se precaverem do risco de sobre o mesmo incidir efeitos inerentes ao Direito de Família não representa, *a priori*, violação à boa-fé objetiva, pois o contrato refletirá exatamente a relação que está sendo experienciada naquele momento. Contudo, caso o comportamento dos enamorados evolua para a ostentação da “posse de estado” de cônjuges e sejam verificados os pressupostos para configuração de união estável ou homoafetiva, tentar afastar a incidência dos direitos de família constituirá má-fé, já que o art. 422 do Código Civil explicitou que “os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”⁴.

Pode-se aventar que a eficácia do contrato, no caso em tela, seria prejudicada pela implementação de condição resolutiva tácita, ou seja, pela ocorrência de acontecimento futuro e incerto que fez cessar seus efeitos. Em outras palavras, quando duas pessoas iniciam um namoro não há como prever os desdobramentos do mesmo ou se haverá uma

⁴ “Esqueceu-se o legislador de incluir expressamente na fórmula do art. 422 os períodos pré e pós-contratual, dentro dos quais o princípio da boa-fé tem importância fundamental para a criação de deveres jurídicos para as partes, diante da inexistência nessas fases de prestação a ser cumprida. Essa omissão não implica negação da aplicação da regra da boa-fé para essas fases antecedente e posterior ao contrato, muito pelo contrário, já que cabe aqui a interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas no seu espírito” (PEREIRA, 2017, p. 18).

gradação no grau de envolvimento dos envolvidos. Pode-se prever, contudo, que caso o namoro seja transmutado em união estável ou homoafetiva, passando a configurar entidade familiar, o contrato de namoro perderá sua eficácia, passando a relação a ser regulada pelo Direito de Família.

Importante ressaltar que, conforme prevê o art. 474 do Código Civil, a condição ou cláusula resolutiva tácita depende de interpelação judicial que, no caso em tela, irá verificar o tipo de união vivenciada pelas partes, sendo certo que as situações de fato têm cada vez mais se tornado fontes geradoras de efeitos jurídicos no direito contemporâneo.

Como para a verificação da união estável e homoafetiva ambos precisam ostentar o ânimo de constituir família, o juiz não reconhecerá este tipo de relacionamento se um de seus componentes conseguir comprovar que o outro está de má-fé ao alegar um grau de compromisso e comunhão de vidas inexistente.

O juiz deve, portanto, ocupar-se, no exercício do mister de interpretar e integrar o contrato, de observar com vivo interesse a conduta das partes no período que antecede o contrato (fase de pré-eficácia contratual), no período da execução do contrato (fase de eficácia do contrato), bem como no período posterior à execução do contrato (fase de pós-eficácia contratual). É fundamental para a análise da lealdade das partes a consideração efetiva do modo como se conduziram: isto pode influenciar na análise das cláusulas do negócio jurídico, se a conduta das partes desmente – pelo modo como executaram o contrato – as cláusulas dispostas no instrumento. Essa tarefa, hermenêutico-integrativa, o juiz somente realiza quando estiver diante dos pedidos de revisão e renegociação dos contratos, quando se deparar com a necessidade de interpretar e integrar a vontade das partes à luz da lealdade e, fundamentalmente, quando dispuser de soluções criadas por virtude de comportamentos sociais típicos (NERY; NERY JÚNIOR, 2016, p. 5).

“Isto significa que o ‘contrato de namoro’ não tem validade para evitar a configuração da união estável, a qual se constituirá com ou sem contrato, desde que os seus requisitos estejam, de fato, presentes” (MALUF, 2012, p. 287).

Da mesma maneira, não é possível que o casal pactue viver em união estável e simulando um fato inexistente, caso os requisitos do art. 1.723 do Código Civil não estejam realmente preenchidos. Assim, por exemplo, um contrato de união estável não terá validade para um casal que estabeleça uma relação sem o objetivo de constituir família. Caso fique comprovado que o relacionamento é desprovido de qualquer dos requisitos da união estável, esse contrato será nulo (MALUF, 2012, p. 287).

Tal fato ocorrerá em virtude do Princípio da Afetividade que rege o Direito de Família. De acordo com o mesmo, a tônica para que um núcleo de pessoas seja considerado família não é a solenidade ou a biologia dos vínculos que os une, mas o *affectio familiae*, a vontade de constituir família ostentada publicamente, de forma duradoura e contínua, conforme visto anteriormente, quando da conceituação das uniões estáveis e homoafetivas. Sobre o referido Princípio merece destaque suas duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva:

A dimensão objetiva envolve a presença de fatos tidos como representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva. A dimensão subjetiva trata do afeto anímico em si, do sentimento de afeto propriamente dito. Essa dimensão subjetiva do princípio certamente escapa ao direito, de modo que é sempre presumida, sendo que constatada a dimensão objetiva da afetividade restará, desde logo, presumida a presença da sua dimensão subjetiva. Dito de outro modo, é possível designá-lo como princípio da afetividade jurídica objetiva, o que ressalta o aspecto fático que é objeto da apreensão jurídica (CALDERÓN, 2013, p. 139).

Assim, se o namoro evoluir para uma união estável ou homoafetiva e isso restar constatado pelo magistrado, estar-se-á diante de ato-fato jurídico que seria de natureza não negocial, para o qual “a lei estabelece uma consequência jurídica sem observância do que foi pactuado entre as partes. Em decorrência, não lhe são aplicáveis, nem analogicamente, as prescrições sobre os negócios jurídicos ou declarações de vontade” ou seja, “pouco interessa a vontade declarada de se constituir família. A vontade encontra-se objetivada no agir das partes, podendo ser inferida por fatos vários, que não uma declaração de vontade” (BALBELA; STEINER, 2012, p. 9 e 20).

A objetificação do princípio da afetividade torna clara que sua leitura jurídica não irá se imiscuir no sentimento das pessoas ou em searas que são estranhas ao direito. A presença da afetividade será apurada a partir da análise de atos/fatos concretos – tal como se dá com diversos outros institutos de acepção igualmente subjetiva.

O substrato do princípio não é exaustivo, haja vista que não é possível dizer que esta seja uma tarefa concluída. Ainda assim, é possível vislumbrar que a afetividade jurídica envolve atos de cuidado, de subsistência, de carinho, de educação, de suporte psíquico e emocional, de entreatada, de comunhão de vida, entre outros. Apenas em uma dada situação fática se poderá apurar a presença, ou não, da afetividade, de modo que tais características podem variar de acordo com cada *fattispecie*.

A apuração da afetividade se dará pela verificação da presença de *fatos signo-presuntivos* dessa manifestação afetiva, de modo que, ante a constatação de determinados fatos (dimensão objetiva), estes significarão, desde logo, a presença da afetividade, restando presumida, então, a sua dimensão subjetiva (*presunção iuris tantum*). A percepção da possibilidade de apuração da afetividade pela análise de *fatos signo-presuntivos* pode permitir uma maior

eficácia ao princípio, superando dificuldades que poderia, se apresentar na sua verificação concreta (CALDERÓN, 2013, p. 139).

Nesses casos o contrato de namoro será válido, mas inidôneo para o fim desejado, já que a situação fática experimentada pelas partes produzirá efeitos que não poderão ser bloqueados por um negócio jurídico (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 382-383).

Não concorda-se, portanto, que o contrato de namoro seja, de plano, algo inexistente e desprovido de eficácia no seio do ordenamento jurídico, conforme defende Dias (2009, p. 176), tampouco ilícito, já que, conforme explica Pereira, para que isso reste caracterizado, o objeto da obrigação deve envolver contrariedade à normação (2017, p. 31).

Parece mais acertado dizer que com a descaracterização do namoro a partir da detecção do ânimo de constituir família, o contrato de namoro perde sua eficácia em virtude do aperfeiçoamento de condição resolutiva tácita: o desenvolvimento da *affectio familiae* (evento futuro e incerto que poderia ou não ocorrer). Diante desta evidência, pretender afastar a incidência do Princípio da Afetividade, além de violar a boa-fé objetiva, retiraria a licitude do objeto da avença – uma vez que “ilícitas serão as convenções que excluam os direitos de família” (MONTEIRO, 1981, p. 6) – e a aplicação do contrato tal qual como celebrado ensejaria enriquecimento ilícito daquele que insiste na configuração de mero namoro na tentativa de preservar para si o patrimônio constituído durante a união amorosa.

A qualidade dos vínculos, portanto, passou a ser objeto de análise constante (CALDERÓN, 2013, p. 131), sendo tal entendimento o que tem norteado a jurisprudência pátria que, a depender das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto, confere ou não efetividade ao contrato de namoro. Assim,

o viver sob o mesmo teto, dormir na mesma cama, compartilhar a convivência familiar, seja para uma pessoa sinônimo de compromisso sério, próximo do estado de casado e, para outro, mero namoro, já que seu estilo de viver, sem hipocrisias e desfrutando da máxima liberdade, modela tal relacionamento como fruto de maturidade psicológica e não de comprometimento social. (...) talvez para garantir o entendimento claro das intenções e o modo de ser e pensar, é que tais contratos estejam sendo utilizados em maior escala (COL, 2004, p. 143).

A 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se manifestou sobre o tema ao julgar um recurso de apelação em uma ação movida com a finalidade de se reconhecer a alegada união estável entre um casal e, reflexamente, do direito à partilha de bens e aos alimentos. O relator do acórdão confirmou a sentença de

primeira instância ao entender que não se tratava de uma união estável, mas de um namoro. Considerou como elementos probatórios o fato do casal ter convivido por apenas seis meses, por dormirem em casas separadas, exceto aos finais de semana e assinado um contrato de namoro: “Verifica-se que os litigantes convencionaram um verdadeiro contrato de namoro, celebrado em janeiro de 2005, cujo objeto e cláusulas não revelam ânimo de constituir família” (gn) (TJSP, Apelação n. 9103963-90.2008.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Grava Brazil, j. 12/08/2008).

Privilegiando mais o *pacta sunt servanda* que esta análise fática, caso a caso, Catan (2013) defende que para que o contrato de namoro fosse válido, deveria conter uma “cláusula de evolução” ou “cláusula darwiniana”, prevendo, desde sua celebração, a possibilidade da evolução do relacionamento para uma união estável ou homoafetiva e já estabelecendo o regime de bens a incidir sobre a mesma, restringindo-os conforme a vontade dos contraentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que os namorados, quando maiores de idade, tenham a liberdade de celebrar contratos de namoro para afastarem a configuração de união estável ou homoafetiva, considerando serem estes dois últimos tipos de relacionamentos atos-fatos jurídicos, a produção de efeitos jurídicos deles decorrentes não depende da vontade das partes neste sentido. Em outras palavras, mesmo havendo o contrato de namoro, caso os elementos configuradores de uma união estável ou homoafetiva sejam verificados na prática, assim serão tratados, não possuindo eficácia aquele contrato inicial.

A demonstração de existência de *affectio familiae* (ânimo presente de constituir família) entre duas pessoas é o elemento capaz de desnaturar o namoro e transformá-lo em união estável. Em decorrência deste elemento anímico, intencional, consistente no propósito de formação da família, evoca-se o Princípio da afetividade, o qual garante a aplicação dos dispositivos (direitos e deveres) inerentes ao Direito de Família quando se está diante de uma “família de fato”.

Apurou-se que o Princípio em tela privilegia a verdade dos fatos e que, portanto, relaciona-se diretamente com o Princípio da boa-fé objetiva. É necessário que se faça uma leitura lúcida deste último e de sua aplicação na problemática em torno da qual girou este estudo: o contrato de namoro não pode produzir efeitos se o relacionamento ao qual se refere não configura verdadeiramente um namoro. A boa fé inicial que norteou o registro

do relacionamento desaparece a partir do momento em que uma das partes insiste em afirmar estar vivenciando namoro, quando a comunhão de vidas já encontra-se em estágio muito mais profundo e íntimo capaz de fazer incidir os institutos de Direito de Família sobre referido relacionamento. Não é a verbalização de estar vivendo ou não uma união estável/homoafetiva que terá o condão de validar ou não este tipo de entidade familiar, mas o comportamento dos envolvidos.

Conclui-se que a validade e eficácia do contrato de namoro subsistirão enquanto subsistir o namoro, não surtindo efeito de blindagem patrimonial caso o relacionamento evolua para um “casamento por comportamento”, ratificando a frase de Confúcio de que “uma imagem vale mais que mil palavras”.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 3^a. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BALBELA, João Rubens Pires; STEINER, Renata Carlos. União estável como ato-fato: importância da classificação. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, ano XIV, n. 28, jun/jul 2012, Porto Alegre, Magister, p. 5-21.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BRASIL. *Lei 10.406/2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20/05/2018.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 30/04/2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, ano VI, n. 23, abr/mai 2004, Porto Alegre, Magister, p. 129-141.

CATAN, João Henrique Miranda Soares. *O réquiem dos contratos de namoro e a possibilidade da instituição da cláusula darwiniana* (2013). Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Jo%C3%A3o%20Henrique%20Miranda%20Soares%20Catan>. Acesso em 20/04/2018.

COL, Helder Martins Dal. Contratos de namoro. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, ano XV, n. 35, ago/set 2013, Porto Alegre, Síntese, p.126-156.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. Vol. 3. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 4ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FERREIRA, Fábio Alves. *O reconhecimento da união de fato como entidade familiar e a sua transformação num casamento não solene*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Tradução de Salma Tannus Muchail. 8ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, Vol. 4. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de família contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 6: direito de família. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade – sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1993.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias – amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 307-324.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 2ª parte. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil – Volume III. Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1ª edição em e-book, 2016.

OLIVEIRA, Euclides. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. In: PEREIRA (Coord.). *Família e dignidade humana – Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 315-346.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil* – Vol. III. Contratos. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANCHES, Raquel Elias. O princípio da boa-fé objetiva nas relações patrimoniais de família. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 23, n. 9, set. 11, p. 37-48.

TARTUCE, Flávio. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/48.pdf. Acesso em: 06/09/2018.