

CONTRATO DE NAMORO X DA UNIÃO ESTÁVEL

FUNDAMENTAÇÃO.

2. DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.

O Código civil de 1916 trazia no direito de família que a única relação afetiva reconhecida legalmente era o casamento, não abrindo espaço para filhos advindos fora deste, sendo considerados ilegítimos, em outras palavras, não havia o que se falar em União estável, quiçá contrato e namoro.

Existia nessa época, para as pessoas que eram separadas de fato, mas não de direito o chamado concubinato, nesse mesmo sentido havia o concubinato puro e o impuro, esse último se dava quando a pessoa já casada entrava em um outro relacionamento, porém, informal. Já o puro a pessoa se relacionava com outra como se fosse uma união estável, todavia, de maneira informal.

Posteriormente, com o passar dos anos e com o aumento expressivos de problemas nas relações de casamento, vem dois grandes marcos históricos na legislação a fim de reconhecer a famosa união estável. Esses acontecimentos ocorreram na vigência das leis de nº 8971, de 29/12/1994 e a Lei nº 9278 de 13/05/1996, que trazia no seu bojo o direito da companheira ou companheiro, e as sucessões dentro do direito de família.

É importante mencionar que com essas duas leis anteriormente explanada houve regulamentação também no art. 226, § 3º, da própria Constituição Federal vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, há de se observar os requisitos subjetivos e os objetivos são:

Requisitos subjetivo entende-se que é o “animus familiae”. Já por requisitos objetivos, entende-se que são os citados do parágrafo acima.

Finalmente, há de se notar que a união estável não depende de prazo mínimo, e até mesmo morar na mesma casa, desde que não haja uma relação afetiva-amorosa entre os moradores.

Assim, orienta a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, que traz o seguinte teor: “A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Ante ao exposto, elucidado está este presente tópico, vez que os dispositivos legais e doutrinários foram citados. Interessante salientar que a união estável se trata de uma situação de fato, não apenas de direito.

A união estável é uma situação fática que ocorre na sociedade e pode ser comprovada ainda que não se tenha uma escritura pública de união estável devidamente registrada e uma certidão para que comprove esta união. Segundo o disposto no artigo art. 22, do Decreto 3.048, de 06/05/99, há outros meios que podem ser utilizados na comprovação da união estável, dentre eles os mais comuns são as testemunhas, as contas conjuntas, prova de mesmo domicílio, dentre outras.

3.REQUISITOS DE VALIDADE CONTRATUAL.

De plano é importante entendermos o que é um contrato e seus requisitos para sua aplicação. Nota-se que existem 05 (cinco) requisitos a serem estudados sendo eles:

A capacidade das partes. Entende-se que aquele que realize um contrato deverá ser considerado capaz de realizar o ato, sendo imprescindível a análise de sua idade e saúde mental.

A idoneidade do objeto, está ligada ao objeto que não seja proibido, ou seja, lícito e perfeitamente possível, não sendo algo impossível de se materealizar.

A legitimidade, trata-se de não simplesmente a parte ter capacidade para realizar o negócio e sim ser legítima, ter poder para tal realização do contrato.

O consentimento é obvio que as partes devem realiza-lo com livre e espontânea vontade, caso contrario o objeto do contrato se torna ilícito, negatizando tudo o que foi acordado, não tendo validade.

A classificação dos contratos, serão várias, porém, será direcionado para a discussão em tela que será um contrato bilateral, devendo ter duas pessoas.

4. DA UNIÃO ESTÁVEL

Atualmente a união estável é reconhecida sempre que houver uma convivência pública, contínua, duradoura com o intuito de constituir família, conforme o artigo:

1.723 preceitua que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, configurada pela convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Nesse mesmo contexto podemos observar mais um artigo de lei que trata do mesmo assunto bem como: Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996:

“ Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”

De acordo com Gagliano e Pampolha Filho, compreende-se que a união estável é um aspecto histórico perante a sociedade, posto que nenhum ser humano foi feito para ficar sozinho, constituindo –se assim família, antes mesmo do casamento já existe uma vontade preexistente de pertence-la.

“Como nunca foi da natureza humana viver sozinho, a constituição de uma família surge como uma consequência lógica, motivo pelo qual valorizar uniões espontaneamente formadas soa perfeitamente natural para as novas gerações, menos apegadas a tradições imemoriais. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012).”

Conforme narra o artigo 1723, do código civil, passamos agora discorrer mais especificadamente em relação de cada aspecto de sua caracterização.

5. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.

O primeiro requisito, trata-se da convivência pública, sendo está declarada quando não há uma relação clandestina, e de se notar que existem varias formas para essa caracterização bem como, aparição em publico, redes sociais, conta conjuntas, apólices de seguros entre outros. É importante mencionar que a sociedade de uma forma normal consiga distinguir que nessa relação exista animus de afetividade.

Em conformidade com o exposto acima segue o entendimento do Doutrinador Euclides de Oliveira (2003, p.132) referente a publicidade requerida no artigo 1723, do código civil :

“Há de ser pública a convivência na união estável, isto é, de conhecimento e reconhecimento no meio familiar e social onde vivem os companheiros. Não é preciso que eles proclamem, festejem ou solenizem a vida em comum. Se a fizerem, tanto melhor, mas a normalização da união se mostra dispensável na espécie, diferente do casamento, que é direito eminentemente solene e de pública celebração. (OLIVEIRA,2003, p.132).”

O segundo requisito e terceiro requisito esta ligado ao aspecto continuo e duradouro da relação, trata-se de algo que não poderá ser esporádico, único, ou seja, não é uma simples “paquera” algo que aconteceu uma única vez que terá o condão de qualificar uma relação continua entre as partes, deve ser algo rotineiro, que perdure um certo tempo, um exemplo disso para fins de provas está relacionado a viagem, festas de fim de ano, comemoração de tempo percorrido com a relação entre outros. É algo como se fosse um compromisso firmado com uma só pessoa (ULHOA, 2020, p.86).

O quarto requisito e não menos importante esta ligado ao intuito de constituir família, aqui entra outro aspecto cultural apresentado anteriormente, pois quando se tem os três requisitos anteriores existentes na relação presumisse que existe também a vontade de constituição de família, levando como base o ciclo natural da vida.

É o que preceitua Euclides de Oliveira (2003, p.133) diz que:

“Esse propósito se evidencia por uma série de elementos comportamentais da convivência more “uxório”, com o dispensável “affectionomoritalis”, isto é, apresentação em público dos companheiros com se casados fossem e com afeição recíproca de um verdadeiro casal (OLIVEIRA,2003, p.133).”

6. DO CONTRATO DE NAMORO:

Segundo Manoella Queiroz Duarte Freitas e Bernardo José Drumond Gonçalves, em seu artigo “Contrato de Namoro”, publicado no site Migalhas, o contrato de namoro surgiu com o advento da Lei 9.278/96, lei esta que regulamentou o artigo 226 § 3º da Constituição Federal que excluiu a necessidade de 5 anos de relação para configuração da União Estável.

Nasce a partir daí como meio de proteção ao patrimônio daqueles que desejavam impedir a comunicabilidade de bens entre o casal. Este contrato surge justamente com a intenção acima referida, mas, deve-se observar a função social do contrato, bem como o caso concreto vez que a união estável é uma questão de fato.

Antes de entrarmos afundo nesse aspecto, vamos falar um pouco do que se entende por namoro vejamos:

Trata-se de um fato, não tendo respaldo jurídico, único e exclusivamente por não ter determinação legal que fale a respeito, Bom neste caso estamos de uma situação efetivada, mantida entre duas pessoas com fundamento em questões culturais aplicada pelo país que vivemos, vejamos:

“Namoro significa a relação afetiva mantida entre duas pessoas que se unem pelo desejo de estarem juntas e partilharem novas experiências. É uma relação em que o casal está comprometido socialmente, mas sem estabelecer um vínculo matrimonial perante a lei civil ou religiosa. (Significado de Namoro, 2019)”

Por outro lado, para montarmos por inteiro o objeto dessa discussão temos o contrato, que está ligado a um acordo feito entre as partes, com o intuito de objetivar o acordo de vontades, fazendo lei entre as partes.

Ante ao mencionado descreve a doutrina argumentada por Maria H. Diniz:

“Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. (DINIZ, Maria Helena, 2008. P. 30)”

Importante mencionar neste momento que é perfeitamente aceito no nosso ordenamento jurídico a celebração de contratos atípicos, respeitando o artigo 425, do código civil.

Para entendermos bem a aplicabilidade dessa modalidade, é importante delimitarmos o marco temporal que esse contrato deverá ser feito a fim de que tenha um possível validade perante o judiciário.

Neste sentido cumpre anotar que esse contrato deverá ser feito antes da união, com total acordo entre as partes, afim de destacar da relação as questões

patrimoniais de cada parte. Trata-se de um instrumento com o condão de resguardar direito, daquele que insere neste cenário de namoro sem comprometer o seu patrimônio parente o seu parceiro pois as cláusulas nele contido rege o que previamente são estabelecidos entre as partes.

Portanto, e esse é o principal motivo do presente trabalho, e que esse dispositivo não poderá ser totalmente aceito como um meio de prova específico para exclusão do parceiro afim de descaracterizar a união estável, visto que esse procedimento enquadra-se como um meio de prova, que posteriormente será analisado pelo judiciário e poderá perder o sua aplicabilidade.

Neste contendo, vale ressaltar que no direito brasileiro existe a aplicabilidade da primazia da realidade, ou seja, um contrato de namoro não terá o poder de excluir a união estável se no processo for comprovado que houve os requisitos exigidos no artigo 1723, do código civil, caindo então por terra todo o contrato anteriormente celebrado entre as partes.

6.1 NAMORO QUALIFICADO

6.2 DO CONCEITO

O namoro qualificado, trata-se da modalidade de construir uma família, toda via, essa possibilidade só se faz verdadeira somente no futuro.

Não havendo nesse momento nenhuma característica de comunhão de vida . Assim entendem Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Dabus Maluf, em seu Curso de Direito de Família (2013, p. 371-374) abordam o tema, nos fornecendo esclarecedora lição.

Segundo os eminentes autores: Nesse caso na relação de namoro, por mais que possa existir um objetivo futuro de constituir família, nesse momento não é essa hipótese efetivamente completada, mesmo que essa convivência atual tenha o condão de demonstrar uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preserva sua vida pessoal e sua liberdade.

Seus interesses particulares ainda não se faz presente nesse primeiro momento.

Portanto a grande diferença entre eles é que no contrato de namoro, não existe a intenção de formar família, pois isso já fica pré estabelecido pelas partes anteriormente, já na união estável não, pois a mesma não é intenção futura e sim uma intenção de constituir família no presente.

6.3 DA DIFERENÇA ENTRE O CONTRATO DE NAMORO X DA UNIÃO ESTÁVEL:

Para definirmos bem a diferença entre as modalidade é necessário que saibamos que o contrato de namoro está ligada a uma relação de afeto de convívio social provisório, não possuindo um possível vínculo matrimonial entre as partes, é algo que já fica expresso em clausula que não existe a vontade de constituição de família.

Tem o condão de dar uma segurança para ambas as partes no negócio jurídico, visto e acordado anteriormente antes de iniciar a relação, único e exclusivamente com o o objetivo de proteger o seu patrimônio, mas mesmo assim se relacionar.

É de suma importância salientar que se esse contrato estiver com vícios por uma das partes poderá ser considerado nulo, pois o próprio ordenamento protege as partes no sentido que os negócios jurídicos deverão ser celebrados com a boa fé, requisito que deve ser indispensável para tal celebração.

Portanto, é de se notar que o contrato de namoro está atrelado a vontade das partes anterior com a capacidade de fazer lei entre as partes afim de proteção de patrimônio e prevenção enriquecimento ilícito por uma das partes .

Já a união estável esta ligada com a exteriorização dos requisitos firmado em lei, bem como: 1-convivência pública, 2-contínua 3- duradoura 4-estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Nota-se que nessa modalidade as partes ao conviverem já declaram que o intuito é a constituição de família, não sendo arguido nesse momento nenhuma cautela referente ao patrimônio ou coisa do gênero.

Entende-se que as partes simplesmente querem conviver, pois no início do relacionamento nenhuma dela demonstrou vontade de realizar um contrato com o intuito de proteção.

É de se notar que a linha das duas modalidades são tênues, devendo assim os requisitos serem cumpridos a risca, afim de não causar duvidas posteriores nas modalidades.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira (CUNHA PEREIRA, 2015):

Declara que o contrato de namoro é uma preparação para o casal que posteriormente poderá evoluir para uma relação de união estável ou ate mesmo o casamento. Firma sua tese dizendo que uma união estável poderá ocorrer em um curto espaço de tempo se for constado os requisitos do artigo 1723 do código civil, mas não poderá ser constatada por um longo período de convivência se existir o contrato de namoro realizado anteriormente.

Outro ponto importante e que o contrato de namoro não se encontra amparo específico em lei, diferente da união estável que consta taxativamente prevista no ordenamento jurídico.

Já a união estável, caso comprovada vários aspectos elencados em lei, deverão ser analisados em sua dissolução, bem como, herança e alimentos fato esse que não ocorre em um possível contrato de namoro.

EylenDelazeri (DELAZERI, 2018), em seu artigo, diz:

“Contrato de Namoro visa assegurar aos integrantes da relação (para um ou para ambos) a garantia de que o patrimônio individual é incomunicável e não será partilhado na ocasião do término da relação, justamente porque o casal não convive em união estável (DELAZERI. 2018).”

Portanto, com os aspectos mencionados acima, podemos dizer que existem várias diferenças entre as duas modalidades.

6.4 DA EFICACIA JURIDICA EM CONTRATO DE NAMORO:

Como já superado não há que se falar em fundamento jurídico no ramo de família para namoro e sim uma relação contratual entre as partes sem o intuito de constituir família, neste debate é importante trazer a fala do ilustre PABLO STOZE GAGLIANO :

“que preconiza in verbis Por isso, não se poderia reconhecer validade a um contrato que pretendesse afastar o reconhecimento da união, cuja regulação é feita por normas cogentes, de ordem pública, indisponíveis pela simples vontade das partes. Trata-se, pois, de contrato nulo, pela impossibilidade jurídica do objeto. (GAGLIANO, 2005, p. 2).”

Neste mesmo sentido trago as palavras da ilustre doutrinadora MARIA BERENICE DIAS, o qual menciona que:

“o contrato de namoro é inexistente no ordenamento jurídico, e por isso é incapaz de produzir qualquer efeito, podendo inclusive representar uma fonte de enriquecimento ilícito” (DIAS, 2010. p. 186).”

Indo mais a fundo no assunto tragam as palavras de CARLOS ROBERTO GONÇALVES preleciona, de modo esclarecedor, no sentido de que:

“O denominado “contrato de namoro” tem, todavia, eficácia relativa, pois a união estável é, como já enfatizado, um fato jurídico, um fato da vida, uma situação fática, com reflexos jurídicos, mas que decorrem da convivência humana. Se as aparências e a notoriedade do relacionamento público caracterizarem uma união estável, de nada valerá contrato dessa espécie que estabeleça o contrário e que busque neutralizar a incidência de normas cogentes, de ordem pública, inafastáveis pela simples vontade das partes. (GONÇALVES, 2019, p. 713)”

Por fim, restou demonstrado que a doutrina majoritária entende que o contrato de namoro colide diretamente com o plano da validade determinado pelo ordenamento, principalmente acerca do objeto por se tratar de matéria de ordem pública e direito indisponível, uma vez que a União Estável possui amparo no Código Civil e na Constituição Federal, sendo, portanto, impossível haver renúncia dos requisitos presentes no artigo 1.723 do Código Civil, mesmo existindo comum acordo entre o casal.

Já no tocante as jurisprudência os entendimentos se divergem, há julgado que aceitam perfeitamente o contrato de namoro, bem como há julgado que enquadram tal situação na união estável, é o que resultou a decisão do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo (TJSP; Apelação Cível 1025481-13.2015.8.26.0554, 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2016; Data de Registro: 28/06/2016):

Magistrado relator do caso Beretta da Silveira discorreu fazendo alusão ao contrato de namoro, no sentido de que houve impossibilidade jurídica do pedido, pela falta de precedente legal afim de reconhecer tal contrato, acrescentou dizendo eu pelo fato de não haver previsão legal, gerou a impossibilidade de transportar o processo para a vara de família, tendo em vista que o objeto seria outro, mais precisamente o contrato, discutido em outra vara em outro ramo do direito. Ao final o presente recurso teve seu provimento negado.

Em sentido contrário, vejamos o julgado proferido pelo mesmo tribunal mencionado acima, (TJSP; Apelação Cível 1000884-65.2016.8.26.0288; Relator (a): Rogério Murillo Pereira Cimino; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ituverava - 2ª Vara; Data do Julgamento: 25/06/2020; Data de Registro: 25/06/2020)” vejamos:

A reclamatória foi julgada totalmente procedente por entender o Relator que não estavam presentes os requisitos elencado no artigo da união estável, fazendo valer o contrato firmado entre as partes, pois de acordo com sua decisão, não ficou demonstrado nos autos a intenção de constituir família.

Desse modo, com os julgados expostos, fica nítida a divergência entre os Magistrados, Relatores, o que se entende que cada julgador trata a situação de uma forma subjetiva, trazendo para os autos seus próprios entendimentos no caso concreto.

Nota-se que os julgados anteriores foram realizados no mesmo tribunal com julgados diferente, o que reforça a tese de que o assunto não está bem discutido, pacificado pelos julgadores, necessitando nesse caso o STF, se posicionar melhor no sentido de não reconhecimento de tal contrato ou pelo reconhecimento, afim de gerar economia processual e inúmeras demandas no poder judiciário por algo que nesse momento é um direito abstrato, depende do que é legado e do entendimento do julgador.

Entende-se que existe nessa problemática uma expectativa de direito, ao fazer uso do ramo dos contratos no namoro, porém, com muitas divergências até o momento. O que se percebe é que ambos os lados defendem suas teses com amparo na lei, porém em uma batalha judicial, pelo que foi estudado a caracterização da união estável fica mais firme, ao analisar o princípio da especialidade contida na Constituição federal, juntamente com o artigo elencados no código civil.

Neste sentido é importante mencionar que há muito que se acrescentar nessa nova modalidade, pois conforme explanado anteriormente as relações de acordo com o tempo veio mudando e comparado a isso existe a necessidade dos entendimentos principalmente do contrato de namoro serem mais firmes no sentido de aceitar aquilo que vontade entre as partes.

O ordenamento, deve andar junto com a evolução histórica da população, pois é para isso que ele existe, proteger a coletividade como um todo, por isso se faz necessário a mudança dos entendimentos afim de proteger que a lei na contemporaneidade seja desatualizada, sem eficácia.