

O CONTEÚDO ECONÔMICO DAS FAMÍLIAS

Apontamentos sobre o contrato de união estável

Cláudia Elisabeth Pozzi

Mestre em Direito/ Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP
Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Carlos/SP
Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da
Fundação Educacional Raul Bauab em Jaú/SP
Advogada/Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUCAMP
Socióloga/Universidade Paulista Júlio de Mesquita - UNESP

Sumário

Introdução.

1. O novo Código Civil e a concepção de família.

1.1. A organização jurídica da família brasileira.

1.2. A família após a Constituição Federal de 1988 e o advento do novo Código Civil. 2.

Matizes econômicos da família extramatrimonial.

3. Perfis dos contratos das entidades familiares.

3.1. Do contrato de união estável e o namoro.

3.2. Do contrato de união homossexual.

Considerações finais.

Introdução

A permissão legal das famílias estabelecerem contratos para disciplinar sua vida econômica, pacto antenupcial ou contrato de união estável, tomou novo enlevo com o advento do Código Civil de 2002 prevendo a alteração do princípio da imutabilidade do regime de bens que enrijecia a estrutura econômica familiar, bem como a importância do regime patrimonial estabelecido na sucessão do cônjuge sobrevivente.

Somam-se a isso as alterações no âmbito da teoria geral dos contratos que realinha o princípio da autonomia da vontade com os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva.

Assim, o estudo dos contratos no âmbito da família e, especificamente, da família extramatrimonial requer a compreensão da concepção hodierna dos vínculos familiares em concomitância com os novos paradigmas dos contratos, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

Os princípios da função social dos contratos e da boa-fé, cláusulas abertas que orientam as relações contratuais novo Código Civil, tornam-se caminhos necessários para a percepção dos contratos na seara familiar, posto que esses contratos especialíssimos não podem ofender as orientações principiológicas, de ordem pública, na disciplina de seu conteúdo econômico.

O tema será desenvolvido com o propósito de evidenciar a humanização da família frente aos seus aspectos econômicos: as inovações no ordenamento jurídico pátrio com diversidade de estruturas familiares orientadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade e o dirigismo estatal sobre o princípio da autonomia da vontade na auto-regulamentação dos interesses patrimoniais.

Os rumos da família e do contrato passam por uma radical mudança em sua estrutura normativa e axiológica do estado de filiação, destacando-se, no entender de Eroulths Cortiano Junior que no âmbito do direito privado deixa-se (rectius: está se deixando) atrás a velha concepção do patrimonialismo, marcante nas codificações que praticamente atravessaram este século. O direito civil deixa de ser marcado pela propriedade, contrato, testamento e família. Uma contemporânea visão do direito procura tutelar não apenas estas figuras pelo que elas representam em si mesmas, mas deve tutelar certos valores tidos como merecedores de atenção: a última ratio do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si.

O objeto desse trabalho cinge-se à análise dos contratos de família sob o olhar valorativo e legal, procurando-se estabelecer uma análise crítica, a partir do vértice do ordenamento jurídico, os

limites da autonomia privada e sua função social.

1 O NOVO CÓDIGO CIVIL E A CONCEPÇÃO DA FAMÍLIA

1.1. A organização jurídica da família brasileira

Em recente artigo publicado na revista francesa *Label*, François de Singly evidencia que, após quase três décadas de desestruturação da família tradicional, tem-se um movimento contrário de "reconstrução do mundo doméstico", com ênfase no espaço familiar como referência para a construção da identidade das pessoas.

Assim, na concepção da família contemporânea, a relação de mútua confiança e solidariedade do casal torna possível a expressão da personalidade dos membros familiares.

Merece destaque, como sinal desta busca pela dignidade e identidade pessoal da família atual, e, conseqüentemente, da fragilização da família tradicional, hierarquizada e patriarcal, recente pesquisa realizada pelo IBGE em 2002 sobre o número de divórcios e separações no Brasil: a cada dez casamentos, ocorrem sete separações.

Muito embora os dados possam apresentar uma multiplicidade de fatores que explicam o fenômeno social, parece que a tônica familiar aponta para a busca permanente da dignidade e do amor sobre o império da instituição social. Assim, o grande número de famílias recompostas, famílias monoparentais e famílias extramatrimoniais coexistindo com as famílias do primeiro casamento.

Interessante refletir, ainda, sobre o seguinte aspecto. Em 1994, Ano Internacional da Família, a ONU declarou que a família era "uma pequena democracia no coração da sociedade". Ora, partindo dessa premissa, pode-se afirmar que quanto mais desigual as relações entre marido e mulher, na ordem pessoal e patrimonial, mais desiguais as relações presentes na sociedade, a família, na sua esfera privada, seria um reflexo do todo social?

Em termos nacionais, o Código Civil de 1916, sob os auspícios da sociedade e economia liberal do século XIX, a família apresentava um chefe, o cabeça do lar, e, a partir dele, como que circundavam os outros membros familiares (mulher e filhos).

Em contraponto, a atual família constrói-se sobre indivíduos ligados por vínculos afetivos, visando o aprimoramento e desenvolvimento com dignidade de seus membros. Com o advento da Constituição Federal de 1988 surge o reconhecimento jurídico de uma nova família, reconhecendo cada membro - homem, mulher e filhos - como sujeitos de direitos. Muda-se o olhar.

Neste ângulo, a proteção jurídica às relações familiares emerge da órbita privada rumo ao reconhecimento social e público desses direitos de isonomia e dignidade, sob a tutela das normas e princípios constitucionais, efetivando a crescente intromissão do Estado na esfera das relações familiares.

Como enfatizaram Orlando Gomes, nas questões atinentes à família no Código Civil de 1916, preponderaram os valores predominantes do século XIX, pois "o Código incorpora certos princípios morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico, particularmente no direito familiar", sendo que a concepção de família e o conservantismo na disciplina das relações de família e Pontes de Miranda, para o qual, o Código Civil brasileiro revela um direito "mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação", concluindo que em vários dispositivos o Código demonstra "a preponderância do círculo da família, ainda despoticamente patriarcal".

Os textos constitucionais brasileiros trataram de forma sucinta a questão da isonomia do homem e da mulher no casamento. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, tendo como cerne a preocupação de instalar o regime democrático, quase abstém-se de tratar sobre a família e a filiação, limitando-se a introduzir no ordenamento positivo, no Título IV, Seção II, a "Declaração dos Direitos" dos cidadãos, brasileiros e estrangeiros residentes no País, concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade (art. 72, caput), atribuindo a isonomia legal das pessoas (§ 2º, art. 72: "Todos são iguais perante a lei.) e o reconhecimento exclusivo do casamento civil (§ 4º).

A Constituição de 1934, além de ampliar o rol dos direitos e garantias individuais (art. 113, incisos 1 a 38 e art. 114), trouxe ao âmbito constitucional, com maior detalhamento, a preocupação em circunscrever a família constituída pelo matrimônio, com proteção especial do Estado.

Nota-se nestes textos constitucionais que a isonomia entre as pessoas, em matéria de direito de

família e, principalmente, filiação, limita-se à família legítima constituída pelo casamento civil, que estariam sob a tutela do Estado.

Com o Ato Constitucional de 10 de novembro de 1937, retoma as disposições contidas no texto anterior, consagrando a indissolubilidade do casamento (art. 124).

Com a Constituição Federal de 1988, uma nova concepção de família, distantes da família patriarcal do século XIX e constituída pelo casamento, constantes do ideário do Código Civil de 1916, perfazendo uma revolução copernicana nas relações familiares ao enfatizar o valor da pessoa humana.

Cumprir discutir o modelo codificado de família, com raízes na época colonial, patriarcal, que na redação original do Código Civil era chefiada pelo cônjuge varão, estabelecendo o domicílio e administrando o patrimônio conjugal.

A mulher casada era tida, juridicamente, como pessoa relativamente incapaz, devendo ser assistida pelo marido nos atos da vida civil, o qual detinha, a exclusividade do pátrio poder e, na qual, apenas os filhos legítimos poderiam fazer parte da unidade familiar de produção, com a filiação edificada sobre a ficção jurídica da presunção pater is est e a metamorfose operada com a Constituição Federal de 1988, consolidando os valores supremos da dignidade da pessoa humana e da isonomia entre os cônjuges.

As profundas modificações socioeconômicas do Estado intervencionista, desde o limiar do século XX, solapando o sustentáculo fundamental do liberalismo que pressupunha a separação entre o Estado e a sociedade civil, permissiva na matéria da auto-regulação das esferas individuais, para que atuassem livremente, entrou em crise desde que o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia, retirando o Código Civil do centro das relações de direito privado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiram os denominados microsistemas de direito privado, regulando matérias específicas - tal como a Lei de Direito Autoral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei das Locações -, deslocando o pólo centralizador do Código Civil de 1916, marcados pela presença intervencionista do Estado.

Ora, em se admitindo a unidade dentre as características do ordenamento jurídico, como preceitua Norberto Bobbio, desse movimento de pulverização do direito civil exsurtem os princípios constitucionais que oferecem tónus, unidade, ao sistema jurídico privado.

Logo, como preleciona Gustavo Tepedino, "os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo", rompendo com a clássica dicotomia entre direito público e direito privado à medida que "os princípios e os valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um modo fragmentado, logicamente incompatível com a idéia de um sistema unitário".

Assim, conclui o jurista, redesenha-se a família sob um novo paradigma, levando em consideração o momento histórico junto com o sistema normativo vigente, verificando, no entender do autor, no caso brasileiro, nos valores constitucionais os contornos do direito de família.

Em um enfoque histórico, a família contemporânea principia, tendo em última instância a propulsão econômica das sociedades industrializadas e a emergência de uma nova classe social que veio a quebrar a rigidez da composição social estratificada, marcada por grandes revoluções a partir do século XVII - Revolução Gloriosa, Revolução Francesa, Revolução Industrial - no modelo liberal de formação estatal do sistema capitalista de produção.

Paralelamente ao liberalismo, visando a proteger seus interesses burgueses ao quebrar as amarras do Estado absolutista, emergem novos paradigmas de proteção jurídica, enunciando a proteção dos cidadãos contra o poder supremo dos monarcas.

Particularmente, em nossa sociedade colonial, monárquica e escravista até o século XIX, findada com a Proclamação da Independência (1824), a Abolição da Escravatura (1888) e a República (1889), a exclusão jurídica das relações extramatrimoniais e da filiação advinda tornava-se o reflexo da exclusão social dos filhos e das mulheres concubinas, na dinâmica da desigualdade jurídica entre senhores e escravas, a nobreza e os seguimentos sociais que se prestavam a servir.

Entretanto, como reflexo das transformações econômicas do cenário europeu, engendram-se instrumentos jurídicos para a proteção dos direitos inerentes aos homens, expungindo todas as formas de discriminação e proclamando a igualdade formal entre os cidadãos e os direitos insitos à pessoa.

Em prática, com a edição do novo Código Civil consagra-se um longo percurso histórico que consolidou a humanização das relações familiares, quer entre cônjuges e companheiros e quer entre pai, mãe e filhos.

Muito embora as constituições brasileiras assentaram como princípio fundamental o da igualdade jurídica entre as pessoas, a legislação privada cingiu os direitos da mulher ao torná-la, quando casada, colaboradora do marido, chefe de família (art. 233), competindo-lhe "velar pela direção material e moral" da família (art. 240).

Neste passo, cabe a seguinte indagação: como que o sistema privado, formado pelo direito civil e comercial, podiam fazer discriminação e tratar desigualmente homens e mulheres se as constituições brasileiras, desde 1891, dá tratamento isonômico para as pessoas, sendo todos iguais perante a lei? O que justifica a limitação da capacidade da mulher, no casamento e na filiação, se no texto constitucional há igualdade, infringindo-se o princípio básico da hierarquia das normas jurídicas?

Ressalta Clóvis, em nota explicativa, que se aos direitos do marido, correspondem deveres da mulher, esta, por seu lado, é também um foco, de onde se irradiam direitos, que visam assegurar o seu bem estar e a sua dignidade na vida conjugal: direito de usar o nome de família do marido e gozar das honras e direitos, que se lhe possam comunicar (art. 240) e direito de exigir do marido sustento e defesa para a sua pessoa e para os seus bens (art. 233).

Assim, compreende o iminente jurista, existe no sistema das relações privadas entre marido e mulher uma tônica de justiça, ou seja, mecanismos de compensações e reajustes do mais forte e do mais fraco. Ou seja, na concepção original do Código de 1916, a relação da mulher na família representava a formação da sociedade brasileira da época, o homem enquanto provedor e a mulher, relativamente incapaz quando casada, como auxiliar do homem, para o funcionamento adequado da família.

Assim explica o autor do Projeto do Código de 1916:

Atualmente, a mulher goza de capacidade civil e a par do homem. Porém, casando-se, sofre limitações na sua capacidade civil (como, aliás, também sofre o homem), para recobrar a inteireza de sua personalidade, quando se quebra o vínculo matrimonial (...). É que, em muitas legislações, procede da autoridade marital a incapacidade com que o direito civil fere a mulher casada. Mas é sempre bom recordar que há nessa incapacidade da mulher muito de proteção e desvelo tutelar.

Como lhe cabe a direção interna dos negócios domésticos, com tal ou qual amplitude, constituía costume aceito, valendo por dinheiro, hoje expresso em lei, que ela está autorizada a comprar objetos, que pertencem à economia do lar, ainda que os adquira por crédito.

Note-se que, na concepção do Código, não existe um sistema de desigualdade que ofenda dispositivo constitucional de isonomia de todos perante a lei, sem menção à questão do gênero, mas sim, na legislação privada havia mecanismos de proteção tutelar ao gênero mais frágil e suscetível em relação ao homem e à sociedade.

Preocupado com os efeitos do casamento sobre as relações pessoais recíprocas dos cônjuges, determinando o complexo de direitos e deveres a que se submetem, Clóvis faz os seguintes apontamentos:

Na família e perante o direito, a mulher deve ser igual ao homem, cabendo a cada um desses dois seres uma esfera própria de ação, dentro da qual se movam de harmonia, porque sinergeticamente impulsionados devem ser os dois elementos fundamentais do organismo familiar.

E, conclui:

Mas, se uma divergência se levantar no domínio em que coincidir a competência de ambos, é natural que a um caiba a decisão última (...).

Ainda, destaque-se a relação de subordinação da mulher frente ao marido no exercício do poder familiar (art. 380, caput), na possibilidade de anulação do casamento por erro essencial quanto à mulher deflorada (art. 219, IV) e, no âmbito do direito das sucessões, a deserdação por desonestidade da filha que vive na casa paterna (art. 1.744, III).

Porém, as transformações da sociedade brasileira e, principalmente, a inserção cada vez mais destacada da mulher no mercado de trabalho, repercute no Direito, como podemos vislumbrar a introdução de legislação específica do gênero feminino pelo Estatuto da Mulher Casada e, posteriormente, legislação relativa ao divórcio.

Ainda, não se pode olvidar os mecanismos internacionais de defesa dos direitos humanos,

assim, no âmbito da proteção global das pessoas, a Declaração da ONU de 1948 cristaliza como valor supremo de todas as sociedades "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo", dissipando todas as formas de exclusão, tornando-se pressupostos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito .

No que se refere aos direitos humanos, vale lembrar que embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, compreenda três gerações de direitos - de primeira, envolvendo os direitos civis e políticos; de segunda, representando os direitos sociais, econômicos e culturais, e os de terceira, recepcionando os direitos difusos e coletivos -, sendo que em 1966 foram adotados dois Pactos complementares à Declaração, a saber, o Pacto das Nações Unidas para os Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais, criando um sistema diferenciado para a implementação dos direitos humanos neles contidos; cumpre destacar que: enquanto os direitos civis e políticos detêm a chamada auto-aplicabilidade e, por conseguinte, devem ser assegurados de plano pelo Estado, os direitos sociais, econômicos e culturais apresentam conteúdo programático, uma vez que sua implementação está condicionada ao grau de desenvolvimento específico de cada Estado signatário.

Para Malak El-Chichini Poppovic e Paulo Sérgio Pinheiro dentro dos recentes processos de democratização, a prioridade dada aos direitos civis e políticos relegam a um segundo plano os problemas de igualdade e de justiça social, garantindo apenas em parte os direitos fundamentais, já que uma grande parte da população está excluída da participação social, colocada à margem do desenvolvimento econômico. E concluem que, atualmente, um dos fatores primordiais que engendram as violações dos mais flagrantes dos direitos fundamentais é a desigualdade sob suas diversas formas: desigualdade de recursos, desigualdade no tratamento diante da lei e desigualdade de rendimentos, tal como apontam os estudos referentes à renda da mulher frente ao homem.

Diante da difícil tarefa dos países, que adotaram estruturas democráticas recentes, em progredir em matéria de direitos econômicos, sociais e coletivos, e, por conseguinte, a desigualdade de tratamento diante da lei por uma grande parte da população, conduz a uma imperfeição da instância judicial na realização de suas funções sociais básicas na efetivação das condições elementares de cidadania. Segundo Cristina G. Pascual, "el análisis de la función judicial, su contenido y sus características es un paso necesario para conocer el alcance real de los derechos humanos, pues, como es sabido, la última instancia jurídica de eficacia de un derecho se concreta siempre ante la institución judicial".

A aproximação e interdependência entre a democracia e o Judiciário ganha um grande peso, hoje em dia, à medida que se entrelaçam de forma que não se pode imaginar a prática democrática cindida da organização judiciária independente e atuante na salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana , temática que encerra a nova dimensão de pessoa e das relações familiares no Novo Código Civil.

Propriamente, a problemática acerca da isonomia dos gêneros na legislação privada encerra sérias questões de ordem econômica de exclusão na sociedade brasileira. Se atentarmos aos dados fornecidos pela Fundação SEADE/DIEESE, tem-se que: "estudos sobre o trabalho feminino e as características da inserção das mulheres no mercado de trabalho brasileiro apontaram uma realidade caracterizada por uma dupla face: continuidades e mudanças. De um lado, as continuidades dizem respeito ao ainda grande contingente de mulheres (cerca de 40% da força de trabalho feminina) que se inserem em um pólo no qual se incluem as posições menos favoráveis quanto ao vínculo de trabalho, à remuneração, à proteção social ou às condições de trabalho propriamente ditas. São ocupações nas quais a presença das mulheres tem se dado tradicionalmente, como o trabalho doméstico, as atividades sem remuneração e as atividades de produção para o consumo próprio e do grupo familiar. De outro lado, as mudanças apontam na direção de um pólo oposto, no qual ocorre a expansão da ocupação feminina em profissões de nível superior de prestígio, áreas até a pouco tempo reservadas a". profissionais do sexo masculino (medicina, direito, arquitetura e engenharia)".

1.2 A família após a Constituição Federal de 1988 e o advento do novo Código Civil

Sensível às transformações operadas na família brasileira, Orlando Gomes destaca, em estudo da década de 1980, que as de ordem econômica, são as que mais afrontam a hierarquia dentro

da família sob o comando do marido, tendo como epicentro a inserção da mulher no mercado de trabalho.

E resume, a igualdade da mulher enquanto força produtiva "influindo em sua situação jurídica" acabou por assolar a família desenhada no Código Civil e, posteriormente, o reconhecimento de direitos obrigacionais da concubina, vaticinando sobre a necessidade de se flexibilizarem todas as formas de reconhecimento da filiação e de família pois "em diversos setores do Direito de Família, brechas cada vez mais largas rasgam-se na empena dos Códigos distantes da vida".

A família legítima tradicionalmente vinculada por relações de ordem patrimonial, aristocrática, merecendo em nosso Código especial destaque quando do tratamento dos dispositivos pertinentes ao casamento, aos deveres e direitos entre os cônjuges, ao regime de bens, ao parentesco e à filiação legítima, contextualizada à realidade social, cede para novos conteúdos, "ético e humanista", visando ao desenvolvimento e bem-estar de seus membros.

A compreensão de que os ligados institutos ao direito de família detêm múltiplas funções - quer no plano da religião, da política ou da sociedade -, assumindo uma proteção supra-individual e que passam a ter, sob o enfoque axiológico e diante do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), um papel fundamental na promoção da dignidade humana.

Em assim sendo, as normas atinentes ao direito de família abrandam o tônus protetor dos interesses exclusivamente patrimonial, político ou moral para postarem-se, na atualidade, como protetoras da pessoa humana: suporte à dignidade e ao livre desenvolvimento das pessoas envolvidas.

A família, recebendo especial proteção do Estado (art. 226, caput, da CF), conquanto seja família ou entidade familiar, havida ou não do casamento, ou formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§§ 3º e 4º, art. 226 e § 6º, art. 227, ambos da CF); atinge uma amplitude que rompe com a organização da família elaborada no Código Civil e consagra a constitucionalização da família.

E, a concepção de família no sistema privado atual liga-se ao conceito de pessoa trazida na Parte Geral do Código Civil de 2002, regida pelo princípio geral da dignidade da pessoa humana, determinando as relações entre cônjuges, à medida que a "comunhão plena de vida" preconizada (art. 1.511) busca o desenvolvimento e a dignidade dos membros familiares inseridos no meio social.

A promoção da dignidade de cada membro da família (marido, mulher e filhos), é a tônica do Código de 2002, sob uma nova ética: a humanização das relações, a afetividade e a integração de cada unidade familiar no todo social. A família ultrapassa seu lado privatístico, patrimonial, ensimesmada, para permear todo o tecido social.

Notória, ainda, a concepção do Código de 2002, formado por cláusulas gerais que possibilitem "a adaptação de todas as normas referentes à sociedade conjugal aos valores de cada época, garantindo, assim, total atualidade ao Código. Esta cláusula [comunhão plena de vida] será preenchida com o conteúdo valorativo que for captado ao longo dos anos do que representará, em determinado momento histórico, comunhão plena de vida", tendo-se em mira a evolução histórica da família e o fato do casamento ser o mecanismo mais adequado de proteção jurídica da família.

2 MATIZES ECONÔMICOS DA FAMÍLIA EXTRAMATRIMONIAL

A análise dos contratos, que disciplinam os vínculos patrimoniais das famílias, merece atenção redobrada, pois, além da aplicação dos princípios que norteiam os novos contratos, dever-se-á levar em consideração as peculiaridades intrínsecas ao Direito de Família, assunto que será desenvolvido a seguir.

Sendo a família a base da sociedade (CF, art. 226) é notável o caráter ambíguo das formações familiares, enquanto instituição social organizada sobre a forma de contratos especialíssimos. Com efeito, a teoria geral dos contratos sofre, no âmbito dessas relações, uma disciplina especial, em decorrência sua proteção específica do ordenamento jurídico.

Exemplos disso, tem-se a admissibilidade, pela doutrina e jurisprudência pátrias da promessa de doação em sede de separação judicial consensual e de divórcio direto consensual, exceção à regra geral da inexigibilidade dos contratos preliminares de doação.

Também, a limitação da autonomia da vontade nos contratos de compra e venda entre cônjuges (art. 499), podendo o casal tão-somente alienar os bens incomunicáveis em decorrência do

regime de bens adotado.

E, especificamente no que concerne à teoria da validade dos negócios jurídicos, o casamento sujeita-se às regras da putatividade, ou seja, embora nulo ou anulável, poderá ter eficácia até a sentença que decretou a nulidade, produzindo efeitos para o cônjuge de boa-fé, expressando a especial atenção do legislador na proteção da família.

Partindo dessas premissas - o conteúdo patrimonial das famílias e os mecanismos de proteção específicos - importa desenvolver, mesmo que resumidamente, as características do contrato no novel codex privado.

É de se notar que a noção dos contratos principia pela sua função na sociedade. Por função social do contrato já se entendeu como a expressão jurídica dos interesses eminentemente econômicos das partes interessadas, enquanto auto-regulamentação da vontade expressa em negócio jurídico bilateral. Daí ser a vontade, conforme destaca Cláudia Lima Marques, o elemento essencial dos contratos na disciplina do Código Civil de 1916, sendo a lei apenas a moldura a dar consistência e garantia jurídica para a exigibilidade das obrigações livremente assumidas pelas partes contratantes.

Contudo, a compreensão do instituto contratual em paralelo à concepção hodierna de família, também sofreu uma mudança de paradigma com ênfase na proteção da dignidade dos contratantes, na busca de isonomia das relações contratuais. Tal redefinição dos contratos, quando estendidas à regulamentação dos interesses patrimoniais das famílias tem potencializado o fator dignidade, pois a humanização das famílias passa por elementos econômicos que coordenam a estrutura familiar e a possibilitam a convivência harmônica e igualitária entre seus membros.

Sob este ângulo, cabe indagar se a isonomia legal (entre homem e mulher no casamento e na união estável) corresponde à isonomia real na livre manifestação da vontade visando o estabelecimento de cláusulas contratuais, tal como no pacto antenupcial e no contrato de convivência, diante do desnivelamento socioeconômico das condições de gênero e a inserção no mercado de trabalho.

Especificamente na realidade brasileira, há de se considerar, como aponta Fábio Bauab Boschi, que "na verdade, a equiparação entre os sexos máxime diante dos filhos e nas relações conjugais, estabelecida na Constituição da República, põe fora do sistema jurídico discrimenes centrados em preceitos ou em costumes, por mais gerais que sejam, tal como o que enxerga na mulher a precípua condutora da educação dos filhos."

Como reflexo da formação sócio-cultural brasileira, na qual a mulher habita, preferencialmente, a esfera doméstica, há uma forte tendência de permanência dos filhos junto à mãe quando da separação do casal. Pesquisa do IBGE sobre as Estatísticas do Registro Civil, evidenciam importante aspecto da sociedade brasileira. No Estado de São Paulo, no ano de 1998, 49.898 mulheres em São Paulo ficaram responsáveis pela guarda de filhos, mas tão-somente 2.369 homens assumiram a mesma posição. Refletindo quase a mesma proporção, em termos nacionais, 119.663 mulheres assumiram a guarda frente a 6.820 homens. Ainda, dentro da formação dos orçamentos familiares, no ano de 1996, na região metropolitana de São Paulo, apenas 25% das famílias são chefiadas pela mulher, apontando para sua hipossuficiência econômica frente ao homem.

Ainda, quando há a inserção da mulher no mercado do trabalho, existe disparidade de rendimentos, pois as mulheres recebem em torno de 65% do salário dos homens, refletindo, "um fenômeno que tem raízes sociais mais amplas. A situação da mulher na sociedade deriva das relações estabelecidas pela separação entre a vida pública, espaço tradicionalmente reservado ao masculino, em que se insere o mundo do trabalho, e a vida privada, ambiente feminino e doméstico. A presença massiva das mulheres no mercado de trabalho já há algumas décadas e a intensidade que sua presença organizada e pública vem adquirindo diminuíram as margens do preconceito, sem, no entanto, aboli-lo".

Em conclusão, muito embora tenha a legislação privada, apoiada no princípio da dignidade da pessoa humana, caminhado para a construção do conceito de pessoa, em superação aos gêneros masculino e feminino, no âmbito das relações familiares, não se pode olvidar das profundas diferenças que marcam nossa sociedade, na qual, ainda as mulheres, como característica de gênero, estão cingidas à esfera doméstica.

A efetividade da isonomia da mulher frente ao homem, mesmo na pequena democracia familiar, perpassa a efetivação da inserção da mulher no mercado de trabalho em igualdade de condições, admitindo-se, nada obstante, as diferenças inerentes de cada gênero e de cada

pessoa em sua especificidade.

3 PERFIS DOS CONTRATOS DAS ENTIDADES FAMILIARES

O casamento, na clássica definição de Clóvis Bevilacqua, apresenta-se como um contrato a disciplinar as relações pessoais entre os cônjuges, pois "é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer".

Por sua vez, Carvalho Santos assim dispõe sobre a natureza jurídica do casamento: "O casamento é um contrato. Mas, também ninguém pode contestar, é um contrato todo especial, que muito se distingue dos demais contratos, meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes giram em torno de interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais e de tal forma que, uma vez ultimado o contrato, produz ele desde logo efeitos que não mais podem desaparecer (...)".

A concepção atual do casamento na atual legislação toma por fundamento a comunhão plena de vida (art. 1.511) amparada na isonomia de direitos e deveres dos cônjuges, sendo a disciplina econômica não pode contrapor-se à essa ordem geral (jus cogens) estabelecida como premissa da vida conjugal.

E, especificamente sobre as relações econômicas no casamento, conclui o consagrado jurista que "o conjunto dos princípios jurídicos que regulam as relações econômicas dos cônjuges constitui o que se denomina - regime de bens no casamento".

Seguindo a tradição da liberdade contratual sobre a disciplina patrimonial da família, desde as Ordenações Filipinas passando pelo Código Civil de 1916 (art. 256) e retomado pelo Código Civil de 2002, que além de possibilitar a livre estipulação dos bens (art. 1.639), amplia a margem da autonomia da vontade para possível alteração de regime de bens na adequação das necessidades econômicas mutáveis ínsitas à vida social da família, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges (§ 2º, art. 1.639).

Nada obstante à ampliação da autonomia da vontade no estabelecimento do regime de bens entre os cônjuges e de sua mutabilidade exatamente para flexibilizá-lo às variações dos interesses econômicos do casal, conquanto autorizada por decisão judicial, remanescem na nova legislação privadas limitações específicas da seara familiar. E isto não se refere propriamente aos limites ínsitos a qualquer negócio jurídico na análise de seu conteúdo, ou seja, como regra geral dos negócios jurídicos bilaterais o objeto tem que ser lícito e possível, fisicamente e juridicamente. Logo, como regra fundamental, não poderá o regime de bens contradizer os princípios de ordem pública, a moral e os bons costumes, com destaque à dignidade da pessoa humana, à função social dos contratos e a cláusula da boa-fé objetiva.

E, especificamente, no Direito de Família existem limitações da liberdade contratual inerentes à instituição familiar como condições para a validade e eficácia dos negócios jurídicos praticados, conforme será tratado a seguir.

3.1 Do contrato de união estável e o namoro

Após longo percurso histórico de paulatino reconhecimento das relações familiares de fato, distanciando do sentido pejorativo e restritivo de direitos que o Código Civil de 1916 atribuía notadamente ao concubinato adulterino, a Constituição Federal de 1988 revestiu o concubinato puro como entidade familiar merecedora de proteção estatal (§ 3º, art. 226).

Da matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal versando sobre direitos obrigacionais advindos do concubinato alheios ao Direito de Família, tais como as importantes Súmulas 35 ("Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio") e 380 ("Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum"), surgem, seguindo o texto constitucional, a Lei n. 8.971/1994, regulando direito a alimentos e sucessórios entre os companheiros, conquanto fossem desimpedidos para se casarem e a Lei n. 9.278/1996, regulamentando o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, estabelecendo novos contornos, análogos à família matrimonial, à entidade familiar.

Com isso, a intervenção do Estado no estreito mundo das famílias, quer advindas do casamento

quer organizadas à margem deste instituto, veio respaldar juridicamente o que na sociedade já se dava como fato - ex facto oritur jus - fazendo com que as diferenças e a exclusão da família e da filiação extramatrimonial oriundas do âmago da legislação fossem mitigadas, democratizando e flexibilizando as possibilidades de organização familiar.

Álvaro Villaça Azevedo, como precursor, ensina que

"a maior missão do Estado é a de preservar o organismo familiar sobre que repousam suas bases. Cada família que se desprotege, cada família que se vê despojada, a ponto de insegurar-se quanto à sua própria preservação, causa, ou pelo menos deve causar, ao Estado, um sentimento de responsabilidade, fazendo-o despertar a uma realidade, que clama por uma recuperação"

As famílias de segunda categoria e sua exclusão perante a ordem jurídica, compreensíveis na dinâmica do Código Civil de 1916, de caráter patrimonialista no qual o asseguramento da ordem social. Orlando Gomes, em notável estudo, assim resume:

A influência da organização social do Brasil-colônia faz-se sentir até ao fim do século XIX, e é nos primeiros anos do século XX que começa a discussão do projeto do Código Civil elaborado por CLÓVIS BEVILÁQUA. Natural, assim, que repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial. Razões históricas e ecológicas modelaram-na por forma a que preponderasse, na organização social, a ordem privada ...

E, em célebre passagem, Virgílio de Sá Pereira evidencia os limites da lei (casamento: fato social construído) e frente à família (fato biológico, natural), tendo em vista que "o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera". Logo, expõe sua conclusão:

a convenção social é estreita para o fato, e este então se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda parte ele constitui a família, dentro da lei se é possível, fora da lei se é necessário.

Expressão da diversidade de formação familiar, tem-se recente pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas referente ao ano de 2000, dos casamentos realizados na idade compreendida de 15 a 24 anos, 49% das famílias são constituídas mediante união estável, sendo que 30% por casamento religioso com efeitos civis, 17,5% mediante casamento e 3,4% por casamento religioso sem efeitos civis.

Nesse rumo de idéias, assinala Giselda Maria F. Novaes Hironaka que

A evolução dos costumes, em face da diversa necessidade humana a cada época, nos informa que a família pôde se apresentar, neste cenário, com roupagem diferenciada, ela também. Desta maneira, reconhece-se, por exemplo, entre os diferentes modelos familiares - diferentes no que respeita à origem ou à própria estrutura de composição -, a família matrimonial, a família comportamental, a família concubinária, a família monoparental e a família homossexual.

Da efervescência da atual legislação sobre a família emerge o impropriamente denominado contrato de namoro, com o fito de declarar a não intenção dos companheiros em constituir família.

De fato, caso haja declaração volitiva no sentido de documentar a inexistência de sociedade de fato, esta não origina um contrato, posto este ser negócio jurídico bilateral que tornam exigíveis as obrigações e os direitos assumidos em decorrência da autonomia das vontades e da força do pacto entre os declarantes (pacta sunt servanda).

O namoro, de per si, não é fato jurídico que possa produzir efeitos no mundo do Direito, contudo esse fato social (namoro) não qualificado juridicamente não há que se confundir, tecnicamente, com união estável, este um negócio jurídico de direito de família apto a criar, modificar e extinguir direitos (pessoais e patrimoniais) entre os conviventes e perante terceiras pessoas.

A tipificação da união estável requer a incidência e o reconhecimento judicial quando há litígio entre os interessados ou terceiras pessoas interessadas, concomitantemente, de elementos de aferição objetiva e subjetiva traçados pelo novo Código Civil para que tenha a produção de efeitos desejados pelas partes. Objetivamente, as hipóteses legais previstas de união estável circunscrevem-se a dois tipos, sendo o primeiro o formado por pessoas com diversidade de sexo (homem e mulher) que não tenham impedimentos matrimoniais e, o segundo, via exceção, por pessoas que estejam separadas judicialmente ou de fato (§ 1º, art. 1.723).

Sob o campo de análise subjetiva da relação, há que se demonstrar o animus de constituir família, mediante convivência pública, contínua e duradoura (art. 1.723, caput). Configurados ambos os elementos essa relação fática reveste-se de juridicidade específica de Direito de Família, advindo, por consequência legal, o complexo dos direitos e deveres na ordem pessoal, mútuos deveres e obrigações entre os companheiros (art. 1.724) e patrimonial, com o regime de

comunhão parcial de bens salvo estipulação contrária, ou seja, contrato de convivência (art. 1.725).

Acrescente-se a isso, por analogia e para que não se atribua à união estável mais direitos ou vantagens que o casamento civil, todos os demais requisitos para o casamento, tais como a idade núbil de 16 anos (art. 1.517) e as implicações na ordem patrimonial decorrentes das causas suspensivas do casamento (§ 2º, art. 1.723 c/c art. 1.641).

Importante destacar que o Código Civil diferenciou, tecnicamente, casamento, união estável e concubinato, que consiste em relações não eventuais entre homem e mulher impedidos para se casar (art. 1.727) acrescido das exceções previstas no § 1º, art. 1.723, in fine; sendo que a eficácia deste último encontra-se adstrita ao direito das obrigações, permanecendo vigente para dirimir conflitos patrimoniais no concubinato a Súmula 380 do STF. O Projeto de Lei 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, prevê alteração no art. 1.727, propondo a seguinte redação, verbis:

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar e que não estejam separados de fato, constituem concubinato, aplicando-se a este, mediante comprovação da existência da sociedade de fato, as regras do contrato de sociedade. Parágrafo único. As relações meramente afetivas e sexuais, entre o homem e a mulher, não geram efeitos patrimoniais, nem assistenciais.

Logo, somente a união estável poderá criar um conjunto de direitos e deveres entre os conviventes, em decorrência das normas específicas do Direito de Família. As declarações de vontade emanadas pelos namorados objetivam, tão-somente, demonstrar a inexistência de relação jurídica, afastando os efeitos legais advindos da entidade familiar em eventual ação declaratória de relação jurídica, segundo tese defendida por Zeno Veloso. E, caso existam acontecimentos que possam gerar direitos patrimoniais ou indenizatórios, como aquisição conjunta de determinados bens móveis, imóveis ou, ainda, atos ilícitos praticados as regras obrigacionais deverão ser aplicadas para dirimir eventuais conflitos.

Cabe relevar, contudo, a fragilidade desta prova documental quando desamparada de circunstâncias fáticas, ou seja, mesmo que uma pessoa tenha manifestado sua vontade pode ser que subjaza a união estável e, diante do interesse público desta sociedade de fato, as declarações pessoais rompem-se diante da imperatividade intrínseca a esses direitos. Em síntese, a suposta eficácia da manifestação de vontade das partes estará condicionada - conditio juris - à inexistência de situação fática a configurar união estável.

E, por não ter eficácia específica no mundo do direito, a obrigação de não fazer (de não formar entidade familiar) implícita a essa manifestação volitiva é inexigível jurídica e moralmente, pois, o fato natural da família não pode deixar de aflorar em decorrência de vontade anteriormente anteposta.

Contudo, o contrato de entidade familiar encontra plena efetividade no mundo jurídico, conquanto não contrarie a principiologia geradora da família, por extensão do regramento pertinente ao pacto antenupcial (art. 1.655). Há, ademais, a necessidade de prova da existência da união estável para que o contrato de convivência possa ter efetividade. Assim, mesmo que os declarantes livremente manifestem sua vontade no sentido de constituir uma família, concretamente, só haverá direitos e obrigações essa manifestação de vontade tenha por fundamento o fato social.

A isso se contrapõe ao pacto antenupcial, posto que a este, caso cumpridos requisitos legais (escritura pública, seguir-se o casamento, autorização do representante legal quando realizado por menor, registrado no Registro de Imóveis) haverá eficácia mesmo diante da não convivência marital, devendo os cônjuges, para interromper o regime de bens pactuado, promover o término judicial de referida sociedade, pela separação ou divórcio.

Assim, a eficácia do contrato de convivência condiciona-se à concretude da relação fática, conforme os entendimentos expressos nos julgados abaixo

Pelo que se depreende dos elementos probatórios coligidos a ligação entre o apelante e o falecido assumiu mais a feição de um envolvimento amoroso e de companheirismo, por interesses e conveniências mútuas, mas sem a participação da mulher na aquisição do patrimônio, o que torna inviável o pedido sob o ângulo da alegada sociedade de fato. (TJSP, Apel. Cível n. 34.135-4/4, 6ª Câmara, Dir. Privado, Rel. Des. Testa Marchi, j. 16/04/1998, v.u.)

E, ainda, esclarecedora a seguinte posição:

A prova feita demonstrou que o concubinato existiu por pouco tempo, sendo que passou ele a ter vida mais fora de casa do que dentro, dedicando-se a conquistas amorosas e mantendo

relacionamento com outras mulheres. Assim, a concubina foi obrigada a se manter com o auxílio das filhas e seu trabalho, e os bens adquiridos foram por ela comprados, com o produto de seu labor e com o auxílio das mesmas.

Claro está que o documento assinado com a requerida, no qual se fixou que os bens seriam divididos em partes iguais, quando adquiridos após o concubinato, tinha em mente uma relação duradoura e constante, com ambos aplicando o produto de seu trabalho numa caixa única, com o objetivo comum de proveito para a família constituída... (TJSP, Apel. Cível 132.065-1/8, 2ª Câ. Cível, voto vencido do Pres. Rel. Silva Ferreira, j. 01/10/1991, v.m.)

Em conseqüência, para que a auto-regulamentação dos interesses patrimoniais dos conviventes tenha efetividade e valha como norma jurídica entre as partes, tem-se, como requisitos, a constituição válida e a existência da entidade familiar. Logo, contratos que estabeleçam a denominada "relação aberta" ofendem jus cogens que impõe aos conviventes mútuos deveres de lealdade, respeito e assistência moral e material entre si. Cumpre observar que tão-somente os interesses patrimoniais são passíveis de auto-regulamentação.

Com efeito, para que o contrato de união estável seja validamente constituído e apto para produzir os efeitos almejados pelas partes, em linhas gerais a capacidade dos contratantes deverá levar em conta os impedimentos matrimoniais e a idade núbil, quanto ao objeto não se podem violar os deveres matrimoniais sob pena de nulidade ou de descaracterização da entidade familiar e requer forma escrita, por instrumento particular ou público.

Francisco José Cahali em notável monografia leciona que pode haver pluralidade de contratos de convivência, com regras gerais e específicas para cada bem que integra o patrimônio comum ou particular dos companheiros, adquirido anteriormente ou na constância da sociedade conjugal. Em conseqüência, tem-se a mutabilidade dos contratos de convivência, alteráveis, total ou parcialmente, conforme os interesses patrimoniais dos conviventes.

E, especificamente, no que se refere às causas suspensivas do casamento (arts. 1.523 e 1.524) que importam no regime de separação absoluta de bens, a liberdade contratual para estabelecer regime diverso mediante contrato na união estável esbarra em norma imperativa, tornando referida cláusula nula.

Mas, observe-se que doutrina e jurisprudência pátrias têm compreendido que a Súmula 377 do STJ permanecerá mesmo diante do combatível dispositivo contido no novo Código Civil (art. 1.641), corrigindo-se eventuais prejuízos de ordem patrimonial que os cônjuges poderiam sofrer com os obstáculos para a comunicação do patrimônio no transcorrer da coexistência familiar. Primorosa decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a incidência do referido texto legal para validar doação entre cônjuges que se casaram com idade superior a sessenta anos, sob os fundamentos assentados no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme excerto abaixo transcrito:

É que seu sentido emergente, o de que varão sexagenário e mulher quinquagenária não têm liberdade jurídica para dispor acerca do patrimônio mediante escolha do regime matrimonial de bens, descansa num pressuposto extrajurídico óbvio, de todo em todo incompatível com as representações dominantes da pessoa humana e com as conseqüentes exigências éticas de respeito à sua dignidade, à medida que, por via de autêntica ficção jurídico-normativa, os reputa a ambos, homem e mulher, na situação típica de matrimônio, com base em critério arbitrário e indução falsa, absolutamente incapazes para definirem relações patrimoniais do seu estado de família.

A ratio legis, que uníssonos lhe reconhecem a doutrina e a jurisprudência, vem do receio político, talvez compreensível nos curtos horizontes culturais da sociedade arcaica dos séculos anteriores, de que, pela força mecânica e necessária de certo número de anos, estipulado, sem nenhum suporte científico nem fundamentação empírica, de maneira diversa de cada sexo, assim o homem, como a mulher, posto que em idades diferentes, já não estariam aptos para, nas relações amorosas, discernir seus interesses materiais e resistir à cupidez inevitável do consorte. "Estas pessoas, dizia-se outrora e repete-se hoje sem preocupação crítica, "já passaram da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo" (CLOVIS, op. cit., p. 132, obs. 6), de modo que a proibição de que um alienasse bens ao outro, ainda quando por efeito jurídico direto de regime legal adotado com entendimento lúcido e ânimo resoluto, aparecia como "invento eficaz para neutralizar a influencia desmoralizadora que a cobiça podia exercer no seio do casamento e ao mesmo tempo impedir que, obsecado pela força do amor, um dos cônjuges não se empobrecesse em benefício do outro" (LAFAYETTE, "Direitos de Família, RJ,

Ed. Virgilio Maia & Comp., 1918, p. 211, § 97)." (TJSP, 2ª Câm. de Direito Privado; Ap. nº 007.512-4/2-00, Rel. Des. Cezar Peluso, j. 18/08/1998, v.u.).

Importa notar que a intervenção do Judiciário mitigando regra patrimonial imperativa no casamento para consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana na esfera familiar conduz a estender o mesmo sentido aos pactos em união estável. Ou seja, o conteúdo patrimonial do regime de bens, no casamento ou na união estável, não pode violar os princípios maiores do ordenamento jurídico quer por imposição da legislação privada quer por emanção volitiva dos conviventes.

Esse traço do conteúdo econômico das relações familiares, notadamente dos contratos de convivência que são produtos da autonomia da vontade no seio familiar, abre importante espaço para o debate de cláusulas que possam causar desequilíbrio patrimonial entre o casal.

Em decorrência de cláusulas adversas que possam suprimir direitos tais como a separação total de bens ou participação radicalmente diferenciada nos aquestos (por exemplo: 90% para o homem e 10% para a mulher), inúmeros princípios jurídicos - princípio da igualdade entre homem e a mulher na família, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da função social dos contratos, princípio da boa-fé objetiva e, ainda, o da função social da família -, poderiam restar abalados.

Para exemplificar, caso a situação se encontrasse circunscrita pela disparidade econômica entre os companheiros no momento da formação contratual gerando obrigações assumidas de forma desequilibrada - e, diga-se, como anteriormente demonstrado, no Brasil existe notável diferença de rendimentos entre homem e a mulher, além do quase exclusivo cuidado e guarda dos filhos por parte da mãe em caso de separação, divórcio ou extinção de sociedade de fato - ou, ainda, inexperiência ou premente necessidade de uma das partes declarantes, tal como o estado de gravidez esse contrato de família mereceria revisão judicial ou decretação de anulabilidade, com retaliações nos planos da eficácia e da validade.

Ao repisar-se que o contrato de convivência ou qualquer de suas cláusulas não pode contrapor-se à disposição absoluta de lei torna necessária a compreensão em duplo sentido: normas imperativas pertinentes ao universo familiar e normas imperativas da teoria geral dos contratos. E, na dinâmica do novo Código Civil há um poder maior do Judiciário frente aos pactos celebrados limitando a autonomia da vontade para consagrar a igualdade real entre os declarantes.

É de se questionar a eficácia de cláusula estipulando a renúncia prévia aos alimentos, conforme assevera Álvaro Villaça Azevedo para o qual "a renúncia do direito a alimentos é possível, tanto na separação consensual ou amigável entre cônjuges, como no contrato de convivência na união estável" diante do disposto no art. 1.707 que veda a renúncia aos alimentos e do Projeto de Lei n. 6.960/2002 propugnando alteração para cingir o obstáculo legal tão-somente aos alimentos entre parentes ("Tratando-se de alimentos devidos por relação de parentesco, pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar ao direito a alimentos").

A natureza da prestação alimentícia ultrapassa o conteúdo eminentemente patrimonial por advir de um dever de mútua assistência entre os conviventes (art. 1.724), sendo imprescindíveis para a garantia do viver com dignidade, "de modo compatível com a sua condição social" (art. 1.694). Logo, mesmo que tida por válida referida cláusula no que tange aos acordos celebrados para a extinção das sociedades conjugais, conforme reiterada jurisprudência, não terá eficácia caso seja provada a necessidade do ex-convivente em decorrência de circunstâncias imprevisíveis, tais como doença, impossibilidade de prover o próprio sustento, desemprego (art. 1.695) no momento da dissolução da união estável, por ser interesse de ordem pública que se sobrepõe à manifestação de vontade dos particulares.

Mais restritiva ainda da autonomia da vontade evidencia-se a impossibilidade de pactuar-se cláusula que pretenda alterar normas sucessórias, notadamente quando da concorrência do companheiro sobrevivente junto aos descendentes, ascendentes e parentes colaterais do falecido, na conformidade do art. 1.790.

As vigas mestras do novo Codex privado pautam-se, segundo ensinamento de Miguel Reale, na eticidade, na socialidade e na operabilidade das relações jurídicas privadas. Em razão disso, ao contrato de união estável impõe-se o mister de estar eticamente orientado para que a disciplina econômica do patrimônio dos conviventes possa conduzir ao desenvolvimento digno das pessoas envolvidas na entidade familiar. E, havendo abalo ou prejuízo nessas premissas, ter-se-á a intervenção do Estado na esfera privada familiar para a revisão de cláusulas onerosas, para a decretação de sua nulidade ou anulabilidade.

Nesse sentido, a concepção de Gustavo Tepedino sobre a noção moderna dos contratos:

A codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, cingindo-se a garantir a estabilidade das regras do jogo, de tal maneira que a liberdade individual, expressão de inteligência de cada um dos contratantes, pudesse se desenvolver francamente, apropriando-se dos bens jurídicos, os quais, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações exógenas.

Garantia-se assim o tráfego jurídico e a propriedade privada, esta considerada como expressão da liberdade e da personalidade humanas.

Tal ordem de coisas, própria do Estado liberal, altera-se profundamente no Estado intervencionista do século XX, onde a atenção do legislador se desloca para a função social que os institutos privados devem cumprir, procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais.

O legislador despede-se do papel de simples garantidor de uma ordem jurídica e social marcada pela igualdade formal (conquista inquestionável da Revolução Francesa), cujos riscos e resultados eram atribuídos à liberdade individual, para assumir um papel intervencionista, voltando para a consecução de finalidades sociais previamente estabelecidas e tutelando, para tanto, a atividade negocial.

Preocupa-se o legislador em particular com os efeitos perversos gerados pela isonomia formal, princípio destinado exatamente a acabar com privilégios do regime anterior mas que, aplicado às relações jurídicas de desigualdade, acabava por consagrar o predomínio da parte economicamente mais forte sobre a mais fraca. (...)

Tal decomposição conceptual, portanto, coerentemente com as observações até aqui lançadas, há de ser associada à fragmentação das forças de poder político e do próprio Estado: o Estado liberal estava para o Código Civil (tido como a verdadeira Constituição do direito privado, expressão monolítica de uma ordem de valores inquebrantável) assim como o Estado social estará para uma intervenção cada vez mais presente em vários setores da economia e, em particular, para uma Constituição que o referencia, avocando a si - e este é um ponto fundamental para a compreensão dos diversos institutos que regem as relações privadas - as normas gerais relativas a praticamente todas as matérias que antes eram reguladas exclusivamente pelo Código Civil e pela autonomia da vontade.

Existe irrefutável interesse coletivo, de todo o tecido social, para que as relações intrafamiliares sejam as mais harmônicas possíveis, posto ser a família a base da sociedade e do Estado (CF, art. 226, caput). A democracia e o equilíbrio desses contratos interfere no espaço social extrafamiliar, e, tal como aponta Antonio Junqueira Azevedo, a idéia da função social dos contratos está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, V); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro...

3.2 Do contrato de união homossexual

As uniões entre pessoas do mesmo sexo encontram-se, no panorama atual brasileiro, longe de configurar entidade familiar, em decorrência da expressão da lei sobre a diversidade de sexos trazida no texto constitucional (CF, § 3º, art. 226) e na legislação privada (CC, art. 1.723) - nada obstante tramitar Projeto de Lei n. 1.151, de 1995 - que vão de encontro à tendência de legislações estrangeiras, notadamente provenientes da União Européia.

Lembrando as palavras de Virgílio de Sá Pereira sobre a concepção da família ab initio como um dado da natureza com progressiva jurisdicionalização do comportamento, reconhecendo-se que "a convenção social é estreita para o fato, e este então se produz fora da convenção", não há como se afastar - salvo pelo apego à visão tradicional de família, fundamentada, sobretudo na moral cristã - a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo com o animus de sedimentar entidade familiar.

Assim, mesmo que incipientes de uma nova mentalidade, há julgados que propugnam pelo reconhecimento do status de família às uniões homoafetivas, como se pode vislumbrar nesta

decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMONIO. MEACAO PARADIGMA. NAO SE PERMITE MAIS O FARISAISMO DE DESCONHECER A EXISTENCIA DE UNIOES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A PRODUCAO DE EFEITOS JURIDICOS DERIVADOS DESSAS RELACOES HOMOAFETIVAS. EMBORA PERMEADAS DE PRECONCEITOS, SAO REALIDADES QUE O JUDICIARIO NAO PODE IGNORAR, MESMO EM SUA NATURALIDADE RETARDATARIA. NELAS REMANESCEM CONSEQUENCIAS SEMELHANTES AS QUE VIGORAM NAS RELACOES DE AFETO, BUSCANDO-SE SEMPRE A APLICACAO DA ANALOGIA E DOS PRINCIPIOS GERAIS DO DIREITO, RELEVADO SEMPRE OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. DESTA FORMA, O PATRIMONIO HAVIDO NA CONSTANCIA DO RELACIONAMENTO DEVE SER PARTILHADO COMO NA UNIÃO ESTAVEL, PARADIGMA SUPLETIVO ONDE SE DEBRUÇA A MELHOR HERMENEUTICA. APELACAO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA, PARA ASSEGURAR A DIVISAO DO ACERVO ENTRE OS PARCEIROS. (55FLS.) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70001388982, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, JULGADO EM 14/03/2001)

E, mais:

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTAVEL. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. E POSSIVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTAVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUICAO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINACAO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINACAO QUANTO A UNIÃO HOMOSSEXUAL. E É JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO, COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAIS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE CIENTIFICA DA MODERNIDADE NO TRATO DAS RELACOES HUMANAS, QUE AS POSICOES DEVEM SER MARCADAS E AMADURECIDAS, PARA QUE OS AVANCOS NAO SOFRAM RETROCESSO E PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES, POSSAM ANDAR SEGURAS NA TAO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENCA DESCONSTITUIDA PARA QUE SEJA INSTRUIDO O FEITO. APELACAO PROVIDA. (9 FL S) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 598362655, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 01/03/2000)

Assim, *pari passu*, têm-se admitido os efeitos da união homossexual notadamente no que tange ao patrimônio em comum adquirido na constância da união, evidenciando a possibilidade jurídica de auto-regulamentem seus interesses econômicos enquanto sociedade de fato, pois não se pode "hoje desconhecer a realidade e negar que duas pessoas do mesmo sexo podem reunir esforços... na tentativa de realizarem um projeto de vida em comum. Com tal propósito, é possível amealharem um patrimônio resultante dessa conjunção, e por isso mesmo comum. O comportamento sexual deles pode não estar de acordo com a moral vigente, mas a sociedade civil entre eles resultou de um ato lícito, a reunião de recursos não está vedada em lei e a formação do patrimônio comum é consequência daquela sociedade. Na sua dissolução, cumpre partilhar os bens".

Em suma, havendo sociedade constituída por pessoas do mesmo sexo é lícito às partes contratarem sobre o patrimônio comum tendo por pressuposto não só as regras atinentes ao direito obrigacional (contrato de sociedade) mas também o regramento específico da família, a fim de resguardar a isonomia e a dignidade das pessoas envolvidas em razão de terem o "mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais": o afeto.

Considerações finais

A inserção dos novos contornos da teoria geral dos contratos no campo do Direito de Família tem por escopo evidenciar as condicionantes de sua eficácia diante dos princípios que os regem. A interface entre o Direito Obrigacional, de cunho eminentemente patrimonial, e a família que tem origem contratual delineada por norma jurídica de ordem pública, estrutura subjacente à autonomia privada e à liberdade contratual para o estabelecimento de cláusulas específicas (dispositivas) sobre o patrimônio comum do casal; gera um complexo de direitos e deveres.

Tal situação acarreta a necessária discussão sobre a função da autonomia privada nos contratos de família, seus limites e a intervenção estatal para eventuais distorções que possam causar a indignidade dos declarantes.

Soma-se a isso o fato de que o patrimônio da família deve proporcionar a segurança e a realização dos interesses familiares, ou seja, são teleologicamente voltados para a consecução dos fins da família - a plenitude da comunhão de vida para que seus integrantes possam ter o mundo doméstico como referência para a construção da identidade das pessoas.

A família organizada sob uma base econômica igualitária e pautada na relação digna entre seus membros, realiza sua função social e torna-se um mecanismo hábil de inclusão social e de promoção da dignidade da pessoa humana, sendo que O que poderia parecer o paradoxo do 'ser do homem', em virtude de sua validade universal implicar necessariamente algo que singulariza e distingue um homem de outro homem, é antes a compreensão essencial de que a universalidade do homem não corresponde a uma idéia 'interchangeable', aplicável extrinsecamente a uma série de seres da mesma espécie; isto é, não expressa apenas a concretude de cada ente humano, mas constitui, ao mesmo tempo, essa concretude singular mesma e o que ela significa para si e para todos os homens.

É por essa razão que o ser humano não pode jamais se realizar vivendo segundo esquemas de um modelo ideal, extrapolado e posto 'ab extra'; mas cada um de nós só pode encontrar em si, na raiz de sua própria subjetividade e corporeidade, a sua imagem possível e irrenunciável, de tal modo que, sendo cada vez mais fiel a si mesmo, possa cada vez mais tomar consciência do sentido universal da humanidade em geral .

Partindo desses pressupostos, a liberdade contratual do casal para o estabelecimento das regras econômicas da família cinge-se à função social da família e dos contratos, tendo em vista a profunda desigualdade socioeconômica e cultural que permeia a sociedade brasileira, bem como as disparidades de renda entre o homem e a mulher, que podem dar ensejo a uma série de abusos diante das obrigações assumidas.

Os contratos e, de modo especial, os acordos sobre o patrimônio familiar constituem-se em um centro de irradiação de múltiplos direitos, protegidos pelo ordenamento jurídico; e, sob esse prisma, não podem ser concebidos como um "átomo" isolado na sociedade. A conjuntura econômica-familiar tem um interesse que se estende a toda coletividade, pois se a família é uma pequena democracia dentro da sociedade, quanto mais igualitárias suas regras e dignas as pessoas, mais equânimes as relações por toda a comunidade.

