

A Autonomia Privada nas Relações Familiares:
O Cerceamento do Direito ao Namoro.

Luciano L. Figueiredo¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A Configuração da União Estável. 2.1 Quando é Namoro? 3. A Publicização do Direito Civil: Uma Leitura Privatística. 4. Autonomia: Fato Gerador das Relações Privadas. 5. O Direito ao Namoro. 6. Conclusões.

Resumo: O presente *paper* objetiva perquirir resposta ao seguinte tema-problema: É possível namorar nos dias de hoje? A indagação centraliza-se na problemática da cogente configuração da união estável, haja vista que, hodiernamente e para avalizada doutrina, formata-se tal relação independentemente de um ato consciente de vontade das partes, emergindo, tão só, da presença dos requisitos legais. Pior. A diferenciação para o namoro é feita apenas com base no requisito subjetivo, qual seja: o frágil *animus* de constituir família. Nesse diapasão, ainda que existente um contrato de namoro - declarando expressamente a não configuração da união estável -, este pode ser afastado no caso concreto, e a vontade inconsciente sobrepor-se à declaração realizada, configurando-se a união estabilizada com todas as suas conseqüências jurídicas. Conforme verificado no trabalho a seguir, tal raciocínio funda-se em uma equivocada leitura do fenômeno da publicização do direito civil, impondo a incidência de normas cogentes em campo protegido pela cláusula pétrea da privacidade. Alia-se ao equívoco a indevida mitigação de um dos pilares básicos do direito privado: a autonomia, em campo estritamente pessoal. Por tudo isso, roga a produção acadêmica pela mudança de posicionamento, sendo garantido o direito ao namoro.

Palavras-Chaves: Namoro, União Estável, Autonomia e Publicização.

*Não, ele não vai mais dobrar
Pode até se acostumar
Ele vai viver sozinho
Desaprendeu a dividir...
Foi escolher o mal-me-quer
Entre o amor de uma mulher
E as certezas do caminho
Ele não pôde se entregar
E agora vai ter de pagar
Com o coração
Olha lá!
Ele não é feliz
Sempre diz
Que é do tipo Cara Valente*

Maria Rita.

Composição: Marcelo Camelo.

¹ Advogado. Sócio do Figueiredo & Figueiredo Advocacia e Consultoria. Graduado em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Especialista (Pós-Graduado) em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito Civil, atualmente, na Universidade Salvador (UNIFACS); Escola dos Magistrados da Bahia (EMAB); Associação de Procuradores do Estado da Bahia (APEB); Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Estado da Bahia (FESMIP); Curso JusPodivm, Rede LFG de Ensino e Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Palestrante. Autor de Artigos Científicos e Livros Jurídicos. Contato: lucianolimafigueiredo@yahoo.com.br. Site: www.direitoemfamilia.com.br.

1. Introdução

Há alguns anos, desde que ingressei no magistério do Direito das Famílias, uma inquietude me persegue: como é possível falar-se na imposição cogente de uma união estável, ao revés de um namoro?

Pior. Como podem duas pessoas realizar um contrato, afirmarem em um Cartório de Registros Públicos, perante um agente estatal e de forma livre e desembaraçada, sua intenção de um mero namoro e, ainda assim, restar configurada uma união estável, com todas as suas conseqüências legais?

A priori o raciocínio deveria ser simples: em havendo uma declaração de vontade em desfavor da união estável, esta deveria ser considerada como apta a afastar o *animus* de sua configuração, não sendo possível falar-se em pleito de alimentos, regime de bens, herança e demais conseqüências da união estabilizada.

Demais disso, sendo inexistente tal declaração, em regra dever-se-ia estar diante de um namoro, apenas falando-se de união estável em situações cujos requisitos fossem cristalinos.

Parece que o sistema foi invertido...

A linha da *quase presunção* de uma união estável funda-se, inicialmente, em uma equivocada visão do paradigma constitucional do direito civil, o qual conduz a uma publicização extrema, falando-se na incidência de normas cogentes em temas de índole eminentemente privada, a exemplo das escolhas afetivas, formas de relacionamentos interpessoais e questões familiares.

A publicização, inadvertidamente, adentra a privacidade, tema tão íntimo que fora elevado a cláusula pétrea dos direitos e garantias fundamentais, bem como um direito da personalidade².

Soma-se a isso a percepção de um segundo equívoco: o direito civil, progressivamente, perde o que há tanto tempo, suor e sangue construiu: a liberdade de ação. A autonomia - antes festejada e celebrada como um dos principais sustentáculos do direito privado - perde seu espaço para as *supostas questões* de ordem pública, tendo seu espaço de atuação diminuído.

Será que, na leitura da autonomia, o senso comum teórico não deveria impor a observância de um regime de namoro aos relacionamentos, apenas configurando a união estável excepcionalmente? Por que publicizar?

² Com efeito, percebe-se tratamento do tema no art. 5º, X, XI e XII da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 21 do Código Civil. Interessante tais redações trabalham com o caráter inviolável da intimidade, malgrado já haver algumas mitigações doutrinárias, a exemplo das famosas quebras de sigilo na persecução penal. Transcrevem-se os principais artigos: art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; art. 21 - A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Atento a essa problemática, o escopo deste *paper* é perquirir os rumos da publicização das relações familiares, especialmente da união estável, construindo-se uma tese um tanto quanto óbvia, mas cada vez mais afastada das casas judiciais brasileiras: é hora de retomar a privatização das relações familiares, com a presunção do namoro e preservação da liberdade.

Objetivando atender a essa proposta, perpassa esse artigo pelos seguintes temas: a) A Configuração da União Estável; b) Autonomia: Fato Gerador das Relações Privadas c) A Publicização do Direito Civil: Uma Leitura Privatística; d) O Direito ao Namoro; e) Conclusões.

2. A Configuração da União Estável.

O concubinato puro³, hodiernamente chamado simplesmente de união estável, ingressou no ordenamento jurídico nacional através do Direito Previdenciário, mediante o Decreto 20.465/31 (LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social). Naquele contexto fora conferido à companheira, à época ainda denominada de concubina, o direito de perceber pensão previdenciária.

O direito civil, muito conservador e guiado por uma ótica patrimonialista, apenas iniciou a tutela na seara das obrigações, quando reconheceu à companheira o direito a *indenização pelos serviços domésticos prestados*, com nítida tutela obrigacional. Posteriormente, avançou dentro da seara obrigacional, adotando a teoria da sociedade de fato, ventilada através da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (STF), a qual verbera que: “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.”

Verifica-se que, até então, existia uma proteção guiada pelo *patrimonialismo obrigacional*. As ações, inclusive, não eram de competência específica da Vara de Família, mas sim do Juízo Cível Obrigacional.

Apenas ao final do Século XX, com a Constituição Cidadã⁴ de 1988, que foi dignificada a união estável, considerando-a entidade protegida pelo direito das

³ Antes da Constituição Federal de 1988 apenas havia de falar-se em família no casamento. Relacionamento extraconjugal eram denominados de concubinato. Este se submetia a um regime dual: a) concubinato impuro: entre pessoas impedidas de se casar; b) concubinato puro: entre pessoas desimpedidas de se casar. Hodiernamente, com a elevação da união estável a entidade familiar (art. 226 da CF), o sistema dual foi quebrado, falando-se apenas em concubinato na sua versão impura. Sobre o tema, conferir artigo deste autor desenvolvido no primeiro Fórum de Teses da Faculdade Baiana de Direito. Para aprofundamento, indica-se a leitura da primeira revista do Fórum de Teses.

⁴ A Constituição Federal de 1988 foi o diploma responsável por abrir os poros das famílias, passando a tutelar no seu art. 226 a família fora do matrimônio. Enfim, rompeu o constituinte originário com a elevada influência católica, a qual durante grande lapso de tempo influenciou o direito a apenas legitimar a família casamentária. Reconheceu expressamente o constituinte originário outros núcleos familiares, como a família decorrente da união estável e àquela denominada monoparental.

A doutrina, conduzida pelo artigo de Paulo Luiz Netto Lôbo (2002), não demorou a reconhecer que a aludida enumeração constitucional é exemplificativa, inserindo outras modalidades familiares, como a anaparental, na feliz construção de Sérgio Resende de Barros (2002), a homoafetiva, dentre outras...

A família, antes vista como uma finalidade em si mesma, passa a ser vista como instrumento, cujo escopo é a proteção do ser humano. Nessa trilha, reconhece o poder judiciário que o *single* forma uma família,

famílias. Ato contínuo, duas leis surgiram regulamentando o comando constitucional, quais sejam: Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96, deferindo aos companheiros direito aos alimentos, regime de bens e sucessões.

Diuturnamente, tem-se a união estável⁵ como a convivência pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher⁶, desimpedidos para casar ou separados, com o intuito de estabelecer família. Assim, há elementos objetivos - convivência pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher, desimpedidos para casar ou separados – e um subjetivo - intuito de estabelecer família.

Infere-se que a caracterização da união estável não mais demanda a presença de um prazo mínimo, como outrora aconteceu no direito nacional⁷. De igual sorte, não se faz necessária a coabitação (*more uxorio*), a teor da súmula 382 do Supremo Tribunal Federal⁸, e nem constatação de prole em comum.

Na relação interpessoal a união estável pressupõe a observância de deveres bem próximos aos do casamento, como o de lealdade, respeito, assistência, guarda sustento e educação dos filhos⁹. A maioria doutrinária vaticina que, malgrado a norma abordar a

para o fim de proteção do bem da família legal, em clara tutela do patrimônio mínimo e direito de moradia. Esse é o teor da Súmula 364 do STJ.

Sobre o tema indica-se a consulta a Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010) e Rodrigo da Cunha Pereira (2006).

⁵ Sobre o tema, confira o art. 1.723 do Código Civil.

⁶ Uma das discussões ainda da ordem do dia é acerca da possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista a dicção do art. 1723 do Código Civil, e art. 226, parágrafo 3 da Constituição Federal, ambos expressos ao afirmar que a união estável é entre homem e mulher.

Durante largo período de tempo, o Poder Judiciário nacional afastou o pedido de união estável entre pessoas do mesmo sexo com base na tese de carência da ação, em vista da suposta impossibilidade jurídica do pedido – a norma fala em união entre homem e mulher.

O tema, apesar de instigante, não foi eleito no recorte epistemológico deste trabalho. Merece, decerto, produção acadêmica específica e aprofundada, enfrentando todas as nuances da questão. Todavia, há, ao menos, três importantes notícias dos Órgãos de Cúpula do Direito Nacional.

Inicialmente, o STF, no seu Informativo 414 veiculado em fevereiro de 2006, noticiou sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 3.300, do Distrito Federal, proposta pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros. Tal ação foi extinta sem o julgamento do seu mérito, ao passo que buscava reconhecer a inconstitucionalidade de um artigo já revogado, qual seja: o artigo 1º da Lei 9.278/96, o qual afirmava ser a união estável entre homem e mulher. Todavia, o relator Celso de Mello, na dicção do seu voto, asseverou a necessidade de se discutir o tema, até mesmo através de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou até mesmo uma ADI em face do atual art. 1723 do Código Civil.

Mais recentemente, tem-se o Informativo 366 do STJ, este de setembro de 2008, o qual afirmou ser juridicamente possível o pedido de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Segundo tal entendimento do STJ, não há de falar-se em carência da ação em vista da suposta impossibilidade jurídica do pedido. Isto, porém, não quer significar que o STJ reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, pois remeteu o julgamento às instâncias inferiores, para não haver supressões indevidas.

Seguindo nas notícias importantes, é possível verificar, no mesmo STJ e no ano de 2011, a aplicação da proteção conferida à união estável aos relacionamentos estabilizados entre pessoas do mesmo sexo, como se observa no REsp 1026981 / RJ. Ministra NANCY ANDRIGHI. Terceira Turma. DJ 04/02/2011.

Atualmente, há julgamento em andamento para, de uma vez por todos, ser reconhecida a união estável homoafetiva.

⁷ A norma vigente no Brasil entre 1994 e 1996 (Lei 8.971/94) exigia, no seu art. 1º, o prazo de 5 (cinco) anos para configuração da união estável.

⁸ Afirma a Súmula 382: A vida em comum sob mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização da união estável.

⁹ Sobre o tema, confira o art. 1.724 do vigente Código Civil.

lealdade no lugar da fidelidade, esta é necessária na união estável, pois decorre daquela¹⁰. Por conseguinte, no particular não há abissal diferença entre os deveres do casamento, a exceção da necessidade de coabitação¹¹.

O regime de bens da união estável, aplicável no silêncio das partes, é o da comunhão parcial, conforme norma supletiva do Código Civil¹², na mesma linha do casamento¹³. Infere-se que a norma é supletiva, pois é facultado às partes, mediante *contrato escrito*, estabelecer eficácia patrimonial diversa. O *contrato* apto à eleição do regime de bens na união estável denomina-se de *convivência*, sendo a medida substitutiva ao pacto antenupcial presente no casamento¹⁴.

No particular, malgrado a lei apenas exigir que o contrato de convivência seja por escrito, aconselha-se a confecção mediante escritura pública, com posterior registro, para que tenha eficácia *erga omnes*.

Ocorre que, da leitura dos requisitos, uma pergunta fica no ar: quando é namoro e quando é união estável?

2.1 Quando é Namoro?

Uma das principais dificuldades enfrentadas no estudo da união estável é a sua diferenciação para o namoro. Eis um grave problema!

Isso ocorre porque os namoros dos dias de hoje tendem a ter requisitos muitos próximos, para não dizer idênticos, aos da união estável, com intimidade ímpar. Ademais, a legislação não veicula parâmetros de diferenciação entre a união estável e o namoro, cabendo a doutrina e jurisprudência a construção de tais elementos distintivos.

Ambos (doutrina e jurisprudência), ao realizar a diferenciação, se apegam ao elemento subjetivo, na medida em que, repisa-se, boa parte dos namoros atuais possui os requisitos objetivos da união estável - convivência pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher, desimpedidos para casar ou separados.

Conforme relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo¹⁵, em julgado histórico e paradigmático do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema, a distinção entre a união estável e o namoro é justamente o ténue objetivo de constituição de família, também denominado de *animus* de constituir família, *intuitu familiae* ou *affectio maritalis*.

¹⁰ Este é o posicionamento de Álvaro Villaça de Azevedo (2002, p. 444), Rolf Madaleno (2008, p. 819), Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 232) e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 402), dentre outros. Com efeito, o autor deste *paper* não concorda com o posicionamento majoritário, conforme defendido no primeiro Fórum de Teses da Faculdade Baiana de Direito. *Data vênia*, é possível ser leal e infiel, desde que a infidelidade seja comunicada, como no concubinato consentido. Para aprofundamento, indica-se a leitura da primeira revista do Fórum de Teses.

¹¹ Vide art. 1566 do Código Civil.

¹² Sobre o tema, confira o art. 1.725 do Código Civil.

¹³ Vide art. 1640 do Código Civil.

¹⁴ Sobre o pacto antenupcial, conferir o art. 1653 e ss. do Código Civil.

¹⁵ Isso que se observa no julgamento do REsp 474.962/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 23.09.2003, DJ 01.03.2004 p. 186, quando assevera o relator que: [...] IV - Seria indispensável nova análise do acervo fático-probatório para concluir que o envolvimento entre os interessados se tratava de mero passatempo, ou namoro, não havendo a intenção de constituir família.

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça Gaúcho¹⁶, asseverando que o namoro prolongado, mesmo como congresso íntimo, desenrolando enquanto as partes resolviam anteriores casamentos, não induz a união estável, ante a ausência do requisito subjetivo.

Justo por isso, na análise do caso concreto, já afirmou o Egrégio Tribunal Gaúcho, os requisitos da união estável - em especial o subjetivo - devem estar claramente caracterizados¹⁷.

Os requisitos objetivos possuem prova, de certa maneira, não dificultosa. Porém, como saber se há, ou não, o *animus* de constituir família?

A experiência demonstra que o conjunto probatório processual relativo ao *animus* envolve a percepção de projetos em comum, contas conjuntas, declaração de dependências em clubes sociais, imposto de renda, previdência pública e privada, casamento religioso sem efeitos civis, convívio social...

No campo doutrinário, afirma Maria Berenice Dias (2007, p. 172) que, na busca da intenção, deve ser analisado o nível de comprometimento do casal. Lembram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2010, p. 449) que o *affectio maritalis* relaciona-se à intenção do casal de estar vivendo como se casados fossem, havendo tratamento recíproco como esposos e objetivos traçados em comum.

Na prática, o que se busca é verificar se o casal-convivente é reconhecido no meio social como marido e mulher, configurando núcleo familiar próprio.

O desafiador, porém, é que os autores afirmam que tal união estabilizada há de ser reconhecida mesmo que inexista uma declarada intenção das partes nesse sentido, desde que possa o Poder Judiciário evidenciar os requisitos legais de sua incidência. Vão além. Afirmam que, ainda existindo declaração expressa das partes que não vivem uma união estável (contrato de namoro), esta (união estável) poderá ser reconhecida pelo Poder Judiciário, acaso presentes os seus elementos de configuração, inclusive o subjetivo.

Nessa esteira de pensamento, retiram tais autores qualquer função às declarações de vontade, realizada pelo casal, com o intuito de afastar o requisito subjetivo da união estável, coloquialmente denominadas de contrato de namoro.

Esse raciocínio, decerto, que causa estranheza! Como afirmar a presença de um requisito subjetivo quando as próprias partes o afastam no caso concreto, através de uma vontade livre e desembaraçada, mediante um instrumento contratual?

D'outra banda, a análise doutrinária sobre o tema é, no mais das vezes, rasteira, pois desprovida da busca acerca da natureza jurídica da união estável. Poucos são os autores que, efetivamente, enquadram a natureza jurídica da união estável e, posteriormente, observam se tal união seria, ou não, passível de ser afastada pela vontade humana.

¹⁶ Vide TJ/RS Ac. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 599.152.105. Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 12.05.99.

¹⁷ A título de exemplo, cita-se: Ac. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 70013787536. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil. Julgado em 29.03.06.

Mas, isso não é tudo!

Na própria análise do contrato de namoro, alguns autores afirmam a sua invalidade, por ilicitude do objeto; outros falam em sua ineficácia, por ser a união estável um estado de fato; havendo ainda aqueles que mencionam apenas seu não reconhecimento pelo direito, sequer adentrando a problemática de ser defeito de validade ou eficácia.

Vejam os posicionamentos!

Maria Berenice Dias vaticina a natureza jurídica da união estável como ato jurídico (2007, p. 158), o qual emerge como fruto de uma vontade humana. Posteriormente (2007, p. 172), propugna a autora o não reconhecimento do contrato de namoro, sob pena de restar configurada uma fonte de enriquecimento ilícito para uma das partes, a qual construiu o patrimônio com a ajuda da outra e não foi desfavorecida com a meação, ao retirar-se do relacionamento.

Afirma Paulo Luiz Netto Lôbo (2008, p. 152) que a natureza jurídica da união estável é de ato-fato jurídico, sendo, portanto, desnecessário qualquer manifestação de vontade para que produza seus efeitos, bastando à configuração fática para incidência das normas cogentes. Assim, defende ser possível sua existência mesmo diante da manifestação da vontade de uma, ou ambas as partes, afirmando a inexistência da união estável, pois, repisa-se, não depende de manifestação volitiva declarada.

Pablo Stolze Gagliano (2005), em artigo sobre o tema, assevera ser de questionável validade o que usualmente vem sendo denominado de contrato de namoro. Arremata o autor que seria um contrato nulo, por invalidade de seu objeto, o qual seria ilícito. Funda-se na noção de ser a união estável uma situação de fato, reconhecida pelo direito, não sendo apta de ser afastada por uma mera declaração das partes.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 479) defendem que, malgrado a licitude do contrato de namoro – haja vista inexistência de vedação legal –, ele não é instrumento apto a afastar a eventual configuração de união estável, a qual é uma situação de fato. Logo, seria um pacto ineficaz.

Certo, porém, que a defesa da ineficácia e/ou invalidade do contrato em comento não seria inédita para o direito, tendo em vista que é justamente essa a linha aplicada às hipóteses nas quais o Juiz do Trabalho desconsidera o contrato de prestação de serviços – o que seria o namoro, por analogia – e aplica às normas relativas à relação de emprego – o que seria a união estável, por analogia –, curvando-se ao princípio da primazia da realidade.

Data venia, é justamente contra essa configuração cogente da união estável, principalmente quando haja manifestação de vontade expressa em contrário, que se contrapõe este *paper*. E a insurgência se dá por dois motivos básicos: a) não há porque falar-se, no caso concreto e em regra geral, na incidência de normas cogentes (publicização) sobre relacionamentos afetivos desse tipo; b) quando há contrato expresso em sentido contrário (contrato de namoro), a manifestação de vontade foi plena, não sendo possível, no campo do direito privado, ser afastada, sob pena de uma indevida publicização.

Passa-se aos argumentos.

3. A Publicização do Direito Civil: Uma Leitura Privatística.

Ainda que tardiamente, após a Constituição Federal de 1988, descobriu o operador do direito, principalmente àqueles ligados à seara privatística, a necessidade de obediência formal e material à normatividade maior.

Como uma obviedade ululante, a doutrina, jurisprudência e os estudiosos em geral do direito passaram a pregar observância à superior hierarquia constitucional, sob pena de conseqüente expurgo do diploma eivado de inconstitucionalidade (ou não-recepcionado) do sistema jurídico. A efetividade das normas constitucionais adveio como *novus e único* caminho, sendo a filtragem dos fenômenos privatísticos, através de um olhar constitucional, o incessante objetivo. Afirma Luis Roberto Barroso (2002, p. X):

[...] a verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvésemos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade – ou não – de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições.

Passou a falar-se na filtragem constitucional, como lembra Paulo Ricardo Scheir (1994, p. 104)¹⁸. Entende-se por este fenômeno que os institutos privados devem ser revisados sob a lente da eficácia constitucional, filtrados pela norma fundamental. O direito infraconstitucional contamina-se com a normatividade e legalidade da Constituição, em observância a sua supremacia formal e material¹⁹

Esta idéia, hoje tranqüila e pacífica, nem sempre ganhou o eco, a importância e a aceitação dos tempos hodiernos.

Decerto, à época do positivismo mais rigoroso, na qual era aceita a existência de uma dicotomia entre o Direito Público e o Privado, entendia-se haver um completo

¹⁸ Paulo Ricardo Scheir, em obra específica sobre o tema filtragem constitucional (1999, p. 104), assevera que esta expressão foi utilizada pela primeira vez no Brasil pelo Prof. Dr. Clémerson Merlin Cléve. Na doutrina alienígena, tem-se notícia de primeiro uso da expressão por Arturo Santoro, em 1938, ao realizar estudo acerca da constitucionalização do direito penal.

¹⁹ O paradigma jurisprudencial alemão sobre o tema (*leading case*) foi fixado pelo Tribunal Constitucional no difundido caso Lüth. Neste julgado, determinou o referido tribunal que a liberdade de expressão era protegida como direito fundamental devido à legalidade constitucional; *in verbis*: “Los derechos fundamentales son ante todos derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho (Jünger Schwabe, Cincuenta años de Jurisprudência del Tribunal Constitucional Federal alemán, 2003, Sentencia 7, 198).

distanciamento entre o ramo civil e a Constituição Federal. A Constituição incorporava o diploma regente das relações públicas, ao passo que o Código Civil disciplinava, de forma solitária, os temas privados. Não existiam simbioses, defendendo-se ser a seara cível atemporal, não influenciada sequer pelas diferentes ideologias das diversas espécies de constitucionalismos (liberal, social, ou fraternal).

Diuturnamente, porém, tal neutralidade advinda da idéia de existência de uma *summa divisio*²⁰ já não mais encontra eco.

Há, de forma progressiva, a publicização do direito privado²¹ e privatização do público. Infere-se, por conseguinte, institutos privatísticos submetidos à incidência de normas de ordem pública (de eficácia cogente, obrigatórias), bem como temas de direito público privatizados. Percebendo esse fenômeno, enfatiza Marcos de Campos Ludwig²² (2002, p. 99 - 103):

Isto representa um dos pontos essenciais que nosso trabalho pretende assentar: *também o direito privado, atualmente, contempla normas de ordem pública; o direito privado contém preceitos de interesse geral; também os institutos de direito privado possuem marcada função social.*

Efetivamente, o conceito de ordem pública não é exclusivo do direito público, equívoco em grande parte responsável pela concepção dicotômica do discrimine entre direito público e privado.

[...]

No sentido oposto ao fenômeno que acabamos de focar, dar-se-ia a chamada “privatização do público”, quando fosse valorativamente verificada a supremacia do privado sobre o público.

Essa interpenetração desemboca em uma visão unitária da ciência do direito, sendo o seu centro ocupado pela Constituição Federal, astro rei, a qual possui hierarquia formal e material sobre todos os demais diplomas (PERLINGIERI, 2002, p. 55).

Nessa senda, a própria Constituição Federal passa a veicular normas e princípios de direito privado, em especial do direito civil, nomeando-se este fenômeno de constitucionalização do direito civil²³.

²⁰ Por *Summa Divisio* entende-se a divisão do Direito em dois grandes grupos, compartimentos, completamente estanques, quais sejam: o Direito Público, regido pela Constituição Federal; e o Direito Privado, capitaneado pelo Código Civil. Ainda para idéia de *Summa Divisio*, inexistiam simbioses, interpenetrações entre tais ramos, sendo uma divisão absoluta.

²¹ É bem verdade que o próprio dirigismo estatal, marca característica de um dado momento histórico - *welfare state* - possui grande parcela de responsabilidade por essa publicização do Direito Privado, como noticiado no tópico destinado ao estudo da autonomia.

²² Em relação ao tema há interessantes textos escritos pela doutrina nacional, falando por todos menção à doutrina de Maria Celina Bodin (2006). Pontua-se que não há mais divisão estanque entre o Direito Público e Privado, subsistindo, entretanto, menção a tais ramos como facilitadores do estudo, ao permitir que o operador do direito realize maior e progressivo recorte do tema. Logo, o estudioso do direito civil, por exemplo, encontra-se dentro do ramo privado. Existe, então, a distinção entre público e privado, mas não há dicotomia. A distinção ainda existente é inclusive necessária, por razões didáticas de aprofundamento e facilitação na verticalização do estudo dos temas.

²³ Esse fenômeno já era percebido pelo mestre Orlando Gomes, em 1986, por influência da Constituição de Weimar, passando a Constituição a ocupar a centralidade do universo jurídico, conforme bem pontuado por Natalino Irti. (GOMES, 1986, p. 148 - 149). Com a mesma percepção e conceituação, porém mais modernamente, interessante consulta ao texto de Paulo Luiz Netto Lobo (LÔBO, 1999, 1).

Observa o operador do direito, portanto, que o Texto Constitucional de 1988 acaba por trazer uma série de princípios aplicáveis diretamente ao Direito Civil, a exemplo da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III), Solidarismo Social (art. 3º, I), Diminuição das Desigualdades (art. 3º, III), Função Social da Propriedade (art. 5º, XXIII e 170, III), Tutela da Família e Proteção Integral do menor e adolescente (art. 226 e ss)...

Ao adotar esta conduta, o legislador constituinte promove uma reunificação da ordem civil pelo Texto Constitucional, e, conseqüentemente, a necessidade de releitura dos institutos privados clássicos sob a lente da normatividade constitucional.

Por reunificação do Direito Civil infere-se o fenômeno decorrente da constitucionalização deste ramo privado, segundo o qual a Constituição passa a não ser apenas o centro do direito público, mas também do direito privado. A Constituição Federal, dessa forma, passa a ocupar o papel de *astro rei*, sendo o Código Civil e as demais normas satélites que giram, obedecem e têm como centro a normatividade constitucional. Esclarecedoras são as palavras de Pietro Perlingieri (2002, p.6)²⁴:

Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.

Ademais, ainda como conseqüência da constitucionalização, nasce necessidade de serem revistados os institutos clássicos atinentes ao Direito Civil, lhes sendo aplicados os contornos constitucionais segundo a ideologia presente no Texto Maior, objetivando de sua *máxima efetivação* (CANOTILHO, 1999).

Ao realizar a aludida constitucionalização, a Constituição Cidadã de 1988 acaba por inaugurar um sistema existencialista despatrimonializador, promovendo uma mudança de 180 (cento e oitenta) graus na ordem jurídica vigente, saindo o centro do ordenamento jurídico da propriedade (*ter*), e passando a fincar suas bases no ser humano (*ser*)²⁵.

Esse é o existencialismo constitucional.

Mas tal sistema existencial proposto pelo Constituinte originário é adjetivado pela dignidade. Destarte, propugna a nova ordem constitucional cidadã um existencialismo digno, fulcrado em um modelo hermenêutico interpretativo que impõe como ponto de partida e chegada de toda significação constitucional a dignidade da pessoa humana.

²⁴ Também verificando esta reunificação do Direito Civil e o papel central assumido pelo Texto Constitucional, interessante a consulta ao pensamento de Gustavo Tepedino (2004, p.7), e Maria Celina Bodin (2006).

²⁵ Vide Pietro Perlingieri (2002, p. 33), e Maria Celina Bodin (2006). Acerca dessa mudança de valores, Lênio Luiz Streck (2004) pontua que há, até mesmo, uma ruptura do paradigma individual-liberal, em razão do nascimento do paradigma transindividual. Por conseqüência, prega a necessidade de uma adaptação do processo a demandas difusas, pós-modernas.

Confere-se à dignidade um papel fundamental na ordem jurídica vigente, sendo as normas significadas sob a lente constitucional da dignidade, em caminho de uma realização digna e existencial do ser humano, em busca da concretização do seu projeto de felicidade.

A legalidade constitucional, pois, confere ao *astro rei* maiores ares de efetivação. O ramo cível não mais é visto como algo neutro, atemporal. O constitucionalismo influi, de sobremaneira, na esfera privada. Às garantias e normas constitucionais confere-se habitual eficácia irradiante, como bem percebe Daniel Sarmiento (2004), influenciando seus preceitos diretamente a seara infraconstitucional.

O Direito Privado passa, necessariamente, a ser enxergado sob essa lente constitucional, sendo as normas constitucionais²⁶ - sejam normas-princípios ou normas-regras - aplicadas até mesmo de maneira direta ao caso concreto (FACHIN, 2003, p. 38)²⁷. Trata-se de uma *nova* ótica apta a enxergar a normatividade constitucional, em conseqüência de uma teoria permeada de axiomas influenciadores da esfera privada.

O fenômeno da constitucionalização traz, à reboque, uma maior publicização do direito privado, ao passo que a Constituição Federal é um diploma eminentemente público, cujas normas aplicam-se diretamente ao direito civil. É legitimada intervenção estatal da seara privada, reduzindo o campo de atuação particular em prol de *supostas questões de ordem cogente*.

Mas quando publicizar? Será que a autonomia pode, diuturnamente, ser reduzida? Seria a publicização um fenômeno incondicionado?

4. Autonomia: Fato Gerador das Relações Privadas.

O vocábulo autonomia vem do grego *auto + nomos* e significa independência, autodeterminação, o que é regido por leis próprias (CABRAL, 2004, p. 84). Esse conceito grego, na sua origem, se referia “à coletividade, precisamente ao seu poder autárquico, consistente na capacidade de a polis grega instituir os meios de seus poderes legítimos e fazê-los respeitados pelos cidadãos”. Somente a partir do século XVIII, é que o conceito de autonomia se aplica aos indivíduos (BARBOZA, 2008. p. 408).

No dicionário Houaiss (2001, p. 351), autonomia significa “capacidade de se autogovernar; [...] direito de reger-se segundo leis próprias”

A autonomia, na lição de Carlos Alberto da Mota Pinto (1999, p. 42), é a idéia fundamental do direito civil e deve ser entendida quer no aspecto da liberdade de exercer ou não os poderes ou faculdades de que se é titular, quer no aspecto, mais

²⁶ Diuturnamente, pelo menos no Brasil, resta praticamente pacificada a noção segundo a qual as normas são subdivididas em normas-princípios, e normas-regras, estas também nomeadas de normas disposição (BARROSO, 2003, p. 151). Nessa linha, em sendo princípio também uma norma, ao mesmo resta conferida plena aplicabilidade e eficácia, podendo incidir no caso concreto até mesmo sem uma normatização infraconstitucional interposta, ou secundária. Essa é a premissa que embasa-se o trabalho. Nesse mesmo sentido pode-se conferir, além dos autores mencionados no corpo do texto, Pietro Perlingieri (2002, p. 11) : “[...] É importante constatar que também os princípios são normas.”; Daniel Sarmiento (2003, p. 47), e Gustavo Tepedino (2002, p. 22), apenas para mencionar alguns importantes autores.

²⁷ Sobre o tema conferir, falando por todos, Pietro Perlingieri (2002, p.11).

completo, da possibilidade de conformar e compor, conjuntamente ou por ato unilateral, os interesses próprios.

No domínio dos contratos, a doutrina da autonomia da vontade surge a partir do século XVI, com o Humanismo e com a Reforma, mas é com a Escola Jusnaturalista que toma corpo doutrinal.

Na lição de John Gilissen, a Escola Jusnaturalista racional, no século XVII, constituiu fator importante de laicização do direito, da concepção racional. Para os jusnaturalistas, o direito regia a sociedade civil e a vontade era soberana. O livre arbítrio era o princípio base de todo o direito natural (2001, p. 737-738).

Com a evolução dessa noção, no século XVIII a autonomia da vontade passa a ser interpretada como fonte e fim de todo o direito. Os ideais da Revolução Francesa balizaram a organização jurídica no consenso das partes, cujas palavras se atribuía força de lei pelo que convencionavam (ARAÚJO, 2006, p. 281).

Nessa época, a vontade chegou ao extremo de ser elevada à categoria de dogma. A vontade revela-se a expressão da liberdade humana, e ninguém poderia se obrigar senão por vontade livre e espontânea. Os contratos possuíam um caráter justo e intangível (*pacta sunt servanda*), devendo ser executados de acordo com o quanto disposto pelas partes. Esse princípio da força obrigatória, decorrente da autonomia, era visto de forma absoluta.

Com o Código Civil de Napoleão - primeiro corpo legislativo a adotar, em toda a sua extensão, o dogma da autonomia da vontade - as partes envolvidas nas relações jurídicas eram consideradas igualmente capazes, ainda que existisse desigualdade econômico-social entre elas. A força obrigatória dos contratos servia de pano de fundo para a doutrina da justiça, sendo intolerável a intervenção estatal (VIEIRA, 2001). Eis a lição de Érico de Pina Cabral (2004, p. 88):

O Estado não podia intervir nas relações privadas formadas livremente pelas partes. E assim, o voluntarismo e o liberalismo como instrumentos de equilíbrio e prosperidade se tornaram símbolos de igualdade e justiça social, e influenciaram profundamente as primeiras experiências de codificação no início do séc. XIX.

A vontade não era vista apenas como um elemento psicológico, interno, mas, sobretudo, possuía uma força real e ativa, que levava ao nascimento e desenvolvimento das relações jurídicas. Tinha a mesma força criadora da lei, não existindo hierarquia entre elas.

Essa idéia de voluntarismo jurídico integra-se decisivamente na ciência do Direito por obra dos filósofos Rousseau e Kant, que, nos fins dos séculos XVIII e XIX, acabaram por potencializar a teoria da autonomia da vontade (STRENGER, 2000, p. 106).

Todavia, após a Revolução Industrial, com o aprimoramento do princípio da repetição – produção em série -, e a decorrente massificação dos contratos, através da desigual figura do pacto por adesão, a doutrina da vontade livre, que antes libertava, passou a aprisionar.

A classe burguesa, valendo-se de sua condição mais forte na relação econômica, passou a redigir, unilateralmente, os contratos, submetendo a outra parte apenas a sua adesão. Tais pactos eram recheados de cláusulas abusivas. O contrato, antes visto como instrumento de libertação, transmuda-se em um meio de exploração.

O Estado não mais poderia permanecer inerte ao poderio econômico e social da classe burguesa. Surgem críticas ao princípio da autonomia da vontade, alicerce do liberalismo econômico. Em meio à desigualdade sócio-econômica, a liberdade plena da autonomia da vontade importava desequilíbrio contratual²⁸.

O contragolpe do Estado veio mediante a intervenção, a qual fora ampliada para coibir os desmandos e controlar a desigualdade fática existente nos tratos negociais, sendo necessário delinear uma nova ordem. No século XX, portanto, os negócios jurídicos não mais se pautavam “na causa psíquica representada pela vontade, mas nas regras extraídas de interesses socialmente relevantes” (CABRAL, 2004, p. 91). Vivencia-se a crise do voluntarismo²⁹.

Nesse contexto, a autonomia, antes da vontade, passa a tomar nova feição, intitulando-se de privada³⁰. No plano da moldura legal estabelecida, segundo Paulo Nalin (2006, p. 29), os sujeitos atuam mediante o exercício de *certa* autonomia privada.

Dessa forma, percebe-se, portanto, que consenso não há entre as expressões autonomia da vontade e privada.

O que seria a autonomia privada?

É uma liberdade assistida.

²⁸ Manifesta-se, nesse sentido, Aline Arquette Leite Novais, ao analisar os contratos: “na verdade, as transformações sociais sempre influenciaram sobremaneira o mundo jurídico. Assim, o contrato vem sofrendo mudanças significativas, que iniciaram, de maneira mais intensa, no período pós-guerra. [...] A partir de então, a sociedade começou a passar por processos como o aumento da população mundial, o que deu margem a novas relações jurídicas, massificadas ou coletivas; acarretando, também, um grande desequilíbrio social. [...] Posteriormente, com a segunda grande guerra, foram aprofundadas as transformações, levando o Estado a assumir novas posturas, sempre a caminho do Estado social, onde a preocupação, no âmbito do direito dos contratos, passou a ser mais com o coletivo, com o interesse da sociedade, deixando de lado a concepção do contrato como instrumento de realização meramente individual”. (2001, p.18).

²⁹ Na lição de Érica de Pina Cabral (2004, p.90), “a crise do voluntarismo não desconstituiu, entretanto, o caráter originário do poder dos particulares de estabelecerem regras entre si, mas fez entrar em cena uma outra linguagem jurídica: ‘ordem de interesses’, ‘auto-regulamento’, ‘autonomia privada’ etc. Esta nova ordem delineou um novo caráter de objetividade para os negócios jurídicos, agora não mais fundado na causa psíquica representada pela vontade, mas nas regras extraídas dos interesses socialmente relevantes. A interpretação dos negócios jurídicos ganhou maior escora na teoria da declaração e a vontade ficou reduzida ao foro interno das partes. A vontade perdeu o seu status de valor em si, auto-suficiente a produzir efeitos jurídicos.

³⁰ A distinção aqui realizada, porém, não é uníssona na doutrina. Discordado dos autores que serão citados no corpo deste trabalho, cita-se a importante doutrina de Marcos Bernardes de Mello (2007, p. 168), quem trata as expressões ‘autonomia da vontade’ e ‘autonomia privada’ indistintamente. Isso porque, na visão do autor, em ambas predomina um voluntarismo semelhante. O fato é que há o predomínio de qualquer das expressões para designar o poder de manifestar a vontade no sentido de ‘auto-regulamentação’ ou autodisciplina dos interesses próprios. Também discorda da necessidade de distinção Pontes de Miranda (1983, p. 55-56), utilizando a expressão auto-regramento da vontade como gênero apto a ser aplicado a todo o direito.

Os particulares, enquanto sujeitos dos direitos individuais da liberdade, da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, possuem o poder de autoregulação, desde que dentro das fronteiras demarcadas pelo legislador. A esse poder de auto-regulação, limitado pelo ordenamento jurídico, dá-se o nome de autonomia privada.

António Menezes Cordeiro (2007, t. I, p. 391) defende que a autonomia privada tem, no direito, dupla utilização. Em termos amplos, equivale ao espaço de liberdade de cada um dentro da ordem jurídica, ou seja, engloba tudo que as pessoas podem fazer no prisma material ou jurídico e, em termos restritos, a autonomia privada corresponde ao espaço de liberdade jurígena, isto é, “à área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as actividades jurídicas que entenderem”.

Afirma Pietro Perlingieri (2002, p. 277) que a autonomia privada não se identifica somente com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito. Ela não é um valor em si mesmo. O poder de autonomia, nas suas variadas manifestações, “é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre o ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro”.

Na lição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 46), a evolução do conceito de autonomia da vontade para a noção de autonomia privada modifica a própria concepção de negócio jurídico, porque está vinculada diretamente aos valores constitucionais, em especial à valorização da pessoa humana.

Hodiernamente, portanto, fala-se em uma autonomia privada apta a gerar relações privadas, ao passo que a vontade não pode ser manifestada de forma desenfreada e abusiva, havendo de obedecer aos limites da ordem pública, como dignidade da pessoa humana, função social e boa-fé.

Essa noção é imposta pela própria Constituição Federal. Com efeito, como direito e garantia fundamental que o é, o direito à auto-regulamentação encontra assento na Constituição Federal, submetendo-se, assim, como os princípios em geral, à ponderação de interesses, encontrando especiais limites na lei e na ordem pública. Nesse sentido, pondera Daniel Sarmiento (2006, p. 177),

se é verdade que o constituinte rejeitou o modelo econômico socialista, da economia planificada, com a apropriação coletiva dos meios de produção, também é certo que ele não aderiu ao *laissez-faire*, preferindo um regime intermediário, mais consentâneo com as demandas da sociedade contemporânea, que aposta na força criativa e empreendedora da iniciativa privada, mas que não foge à sua responsabilidade de discipliná-la e corrigi-la, sempre que isso se faça necessário para a promoção da dignidade humana e da justiça social. [...]

É a partir dessa moldura axiológica que se deve examinar a proteção à autonomia privada outorgada pela Constituição brasileira. [...] A proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 1988 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial.

Nessa senda, apenas há de falar-se em redução do campo de liberdade particular, limitações à autonomia, quando houver relevante interesse público justificador da

intervenção estatal, como promoção da função social, ética, dignidade, moral ou ordem pública. A supremacia do interesse público é prerrogativa de atuação estatal (MELLO, 2009, p. 61).

Observa-se, portanto,

Imposição estatal de limites à autonomia privada, que dá-se para preservação de valores sociais consagrados no ordenamento - como igualdade substancial, a boa-fé objetiva (Art. 422, CC/2002), a função social dos contratos (Art. 421, CC/2002) etc. -, da economia popular, da livre concorrência, da autonomia e soberania estatais, das liberdades e garantias individuais (ARAÚJO, 2006, p. 285).

Será o interesse público que vai legitimar tais limitações à liberdade. O guia da ação estatal é o interesse público relevante. Lembra José dos Santos de Carvalho Filho que as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade, e que esse Estado, mesmo agindo em vista de algum interesse estatal imediato, deve voltar sua atuação para o interesse público, sob pena de, não agindo com esse objetivo, sua atuação ser inquinada de desvio de finalidade (CARVALHO FILHO, 2008).

Mas, o que seria o interesse público?

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “interesse público é uma faceta dos interesses individuais, sua faceta coletiva, e, pois, que é, também, indiscutivelmente, um interesse dos vários membros do corpo social” (MELLO, 2009, p.61)³¹. Nesse sentido, o princípio garantidor da segurança jurídica seria um poder concedido ao Estado por toda a sociedade - sociedade essa que estaria renegando seu direito de autonomia-, como forma de possibilitar que a segurança jurídica fosse resguardada através da atuação estatal.

Observar-se, por conseguinte, que a legitimação da atuação estatal dar-se-á segundo o interesse público primário, promovendo, segundo a doutrina italiana, os seus fins precípuos de justiça, segurança e bem-estar. Caso não haja tal interesse, estar-se-á diante de intervenção indevida e ilegal, devendo ser prontamente rechaçada.

Digno de nota que a noção de uma intervenção estatal desmedida vem sendo combatida pela doutrina, sendo a supremacia do interesse público revisitada. Esta apenas há de legitimar na análise do caso concreto, sendo que, como afirma Alexandre Santos de Aragão, “não há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre interesses particulares eventualmente envolvidos. A tarefa regulatória do Estado é bem mais complexa do que a singela formulação de uma “supremacia do interesse público”” (2005, p. 4).

³¹ Não é a missão desse artigo aprofundar o conceito de interesse público, tão pouco verificar se ele consiste na soma de interesses individuais, ou traduz interesse diverso. Com efeito, o aprofundamento do tema há de ser feito na análise de obras dedicadas ao direito administrativo. O que se busca aqui é, tão somente, fincar a premissa que intervenção estatal na autonomia privada há de ser justificada na busca de um interesse público supremo, primário, sobre pena de se estar diante de uma intervenção indevida.

Decerto, legitimizar intervenção estatal com base em um abstrato interesse público seria o mesmo que possibilitar a indevida invasão da esfera privada, recanto de intimidade de cada ser.

A evolução do estudo da autonomia possibilitou a sua incidência nas relações existenciais, ampliando seu campo de atuação d'antes reservado apenas às relações de fundo patrimonial. A busca da realização do projeto pessoal de felicidade, com uma maior incidência dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas, foi mola propulsora do alargamento da autonomia às relações extrapatrimoniais. Nesse sentido,

A incidência de direitos fundamentais nas relações privadas fez com que a autonomia privada perdesse a sua conotação exclusivamente patrimonial, típica do Estado Liberal, passando a ser aplicada também nas relações extrapatrimoniais, a exemplo daquelas travadas no âmbito do Direito de Família. O novo perfil da família desenhado pela Carta Magna Federal permitiu que ela se tornasse uma instituição verdadeiramente democrática, na qual a preocupação maior é com a felicidade pessoal dos seus membros, com a implementação da dignidade, com a realização dos seus direitos fundamentais, motivo pelo qual ela deixa de ser uma entidade estatal e ganha contornos de entidade social (célula básica da sociedade), o que autoriza o exercício da autonomia privada em seu âmbito (ALVES, 2010).

Logo, os argumentos aqui delineados sobre a autonomia contratual, mola propulsora das relações privadas, também possuem aplicação na esfera existencial. Sendo assim, também nas famílias a autonomia, outrora da vontade, transmudou-se para privada, merecendo limitações.

Mas, então, quando é possível falar-se da intervenção estatal como limitador da autonomia nas relações existenciais?

Justificar-se-ia a intervenção estatal, nas relações familiares, segundo Maria Berenice Dias (2009), em busca da promoção do bem estar social. Afirma a autora que a sociedade tem como base a estrutura familiar, a qual, quando protegida, acaba por promover o bem estar individual, assegurando a dignidade dos sujeitos da família. Propugna-se a intervenção como forma de promoção dos integrantes da família, tendo na família um instrumento de realização da felicidade individual.

De seu turno, na busca de fundamentos para intervenção estatal em relações existenciais, assevera Rolf Madaleno que tendo o estado como base social o modelo familiar, o homem, com sua família, deve ser alvo de permanente proteção do Estado, pois sujeito ativo e interventor na ordem econômico e social (MADALENO, 2004).

De mais a mais, em uma análise do próprio Texto Constituinte de 1988, é possível observar que há artigos destinados a legitimação da intervenção estatal nas relações existenciais, a exemplo dos artigos 226 e 227, com a proteção das entidades familiares plurais, igualdade entre os consortes, isonomia filial, paternidade responsável, planejamento familiar...

Vista a evolução da autonomia, sua limitação, na faceta privada, e aplicação às relações familiares, adentra o artigo sua problemática central: a configuração da união estável é uma situação de ordem pública capaz de legitimar a incidência de normas cogentes?

5. O Direito ao Namoro.

Como visto, a publicização deve ser enxergada como um fator limitador da autonomia privada sempre que houver, na análise do caso, interesse público apto a legitimar a intervenção estatal.

Tal interesse público justificador pode já ter sido verificado de forma prévia, pelo próprio legislador, ou até mesmo pelo magistrado, eventualmente e segundo as especiais condições de análise do caso concreto.

Trazendo as ilações até aqui desenvolvidas para a análise da problemática posta, retoma-se o tema-problema deste artigo científico: é possível namorar nos dias de hoje?

Com efeito, a família traduz o espaço de privacidade e intimidade por excelência. Talvez não haja tema mais particular do que os pertinentes às relações existencialistas familiares. Os laços familiares e seus desdobramentos, em regra, são protegidos pelo dogma da privacidade, elevado a direito e garantia fundamental – leia-se: cláusula pétrea – e direito da personalidade, como já mencionado neste trabalho.

Justo por isso, a intervenção estatal neste campo deve ser mínima, e, quando existente, demanda legitimação ímpar. Não se estar falando de questões patrimonialistas, públicas, mas sim existencialistas, íntimas, do ser. Analisando a privacidade nas relações familiares, afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 22 e 23):

Aliás, a família é o mais *privado* de todos os espaços do Direito Civil. Com isso, é forçoso reconhecer a suplantação definitiva da (indevida) participação do Estado no âmbito das relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade do próprio titular, como expressão mais pura da dignidade.
[...]
Por isso, o sistema jurídico (seja o direito material, seja o direito processual) tem de se adequar a essa realidade e, reconhecida a existência de limites para a intervenção estatal na vida privada, respeitar a autonomia dos titulares de direitos para sua própria autodeterminação.

Na mesma linha de pensamento, Paulo Luiz Netto Lôbo (2008, p. 5) afirma que “a família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade que serve ao próprio Estado”. Adiante, aduz o aludido autor que tal intervenção estatal apenas poderá acontecer quando presentes interesses públicos ou sociais, como educação, saúde, planejamento familiar, alimentos...

Nessa toada, a imposição cogente de uma união estável aos casais não deve ser tolerada, pois não há questão de ordem pública envolvida capaz de legitimar tal discurso. Trata-se de uma questão familiar privada, em regra.

Percebe-se, ainda, que compromissos mais sérios demandam manifestação de vontade expressa. O senso comum teórico caminha nesse sentido. No particular, deveríamos adotar a linha legal e doutrinária francesa, a qual exige manifestação de vontade para configuração da união estável, através de um pacto civil de solidariedade (art. 515 – 1 a 7 do Código Civil da França).

Mais cristalina ainda a impossibilidade de configuração da união estável quando existente uma declaração expressa e livre de vontade em sentido contrário, denominada de contrato de namoro. Isso porque pensamento em contrário, além de publicizar tema indevido - já que não há razão estatal legitimadora - estaria fulminando um dos pilares do direito privado, qual seja: a autonomia.

O referido contrato de namoro, portanto, deve ser apto a afastar o requisito subjetivo da união estável, no momento em que demonstra não ser objetivo do casal a constituição de uma família. Tal pacto, inclusive, tem presunção de validade, mormente quando realizado no respectivo Tabelionato, com a intervenção de um agente estatal referendando toda a conduta.

Essa é a linha mestre da tese aqui desenvolvida.

Entretantes, toda regra deve ter as suas exceções, as quais servem, tão somente, para configuração da regra. Eventualmente, na análise do caso concreto, é possível que o magistrado enxergue a necessidade de configuração da relação estabilizada, para não promoção do enriquecimento ilícito de uma das partes, ou outra questão de ordem pública, desde que inexistente um contrato de namoro.

Assim, quando da inexistência de um contrato de namoro restar clarificado, no caso concreto, uma união estável sólida, com fortes indícios - a exemplo de *more uxório*, conta conjunta, filhos, anos a fio de relacionamento... -, na análise dessa especial situação fática, poderá o magistrado declarar a existência de uma união estável, desde que, repisa-se, haja uma questão de ordem pública legitimadora.

Repisa-se: trata-se de exceção à regra, pois a união estável, assim como relações civis em geral, demanda a necessidade de manifestação de vontade para configuração.

Todavia, caso haja declaração de vontade livre e desembaraçada, configurando o namoro, a preservação da autonomia, somada a inexistência de interesse público justificador, impossibilitam ao juiz invalidar ou declará-la ineficaz, salvo presente algum vício no negócio jurídico.

Falando claramente: se há contrato de namoro - perfeito e acabado; livre e desembaraçado - não há união estável. Aqui, a autonomia se impõe. O contato é válido e eficaz.

Mas, então, e se a situação fática mudar? Explica-se: realizado o contrato de namoro, tempos depois, o relacionamento estreitar-se?

Caso o estreitamento da relação seja de tal modo que as partes passem a enxergar uma união estável, deverão realizar novo ato de vontade, simplesmente revogando o anterior ou, ainda, declarando expressamente viverem união estável - declaração de união estável -, consignando data de início.

Pressupor que uma alteração a contrato escrito mediante mera conduta, em campo tão íntimo, seria possibilitar que uma vontade conscientemente declarada pudesse ser alterada por um ato inconsciente, gerando enorme insegurança. Será que isso não seria uma porta aberta para, em um futuro bem próximo, que o Estado *enxergue* alterações

inconscientes, em outros campos da vida privada, impondo configurações de relações indesejadas aos particulares?

Essa intromissão, ilegítima e injustificada, não pode ser tolerada.

6. Conclusões

Antes que as primeiras vozes ecoem e, equivocadamente, afirmem ser essa produção acadêmica um combate à constitucionalização do direito civil, ou à sua publicização, ou, ainda, um retrocesso para os reconhecimentos de uniões estáveis, algumas coisas precisam ser clarificadas, para cristalinas conclusões.

Não é objetivo desse artigo combater a constitucionalização do direito civil. Tal fenômeno de reunificação, com a nova leitura dos institutos privados sob a ótica do existencialismo constitucional, tem importância ímpar para o direito privado, no momento em que celebra a legalidade constitucional e confere logicidade ao sistema.

De igual forma, não é escopo dessa produção guerrear com a publicização do direito civil. Conduta interessante, desde que necessária e fincada em razões de interesse público, publicizar tem o condão de conduzir o direito privado pelas raias da ética, probidade, dignidade e sociabilidade.

Entrementes, constitucionalizar e publicizar não devem significar exterminar a autonomia privada. Afinal, esta é o fundamento do direito privado, fonte geradora de obrigações. Justo por isso, cada vez que se fala em publicização, deve o operador do direito questionar-se sobre sua razão de ser, legitimação. Pois, se infundada, desprovida de interesse público, deve ser rechaçada.

No caso em análise, *a priori* não é possível falar-se em razão legitimadora para intervenção estatal em uniões afetivas, determinando, de forma cogente, o seu arranjo como estável, e impondo conseqüências jurídicas. Tal raciocínio se impõe, mormente, quando há contrato – expresso, livre, desembaraçado e, por vezes, público – declarando ser o relacionamento de um mero namoro.

Como permitir afastar tal manifestação de vontade, em um tema privado e blindado pela inviolabilidade da privacidade, com o escopo de reconhecer uma união estável, não desejada pelas partes?

Isso não pode ser tolerado...

Caso a publicização se torne mais importante que a autonomia, enxergando as condutas cogentes e impostas pelo Estado com maior admiração do que àquelas decorrentes da vontade humana, melhor seja repensar a autonomia do direito privado, em especial o civil, pois se sequer sobre o arranjo familiar que vivemos podemos exercer o nosso direito de escolha, o que nos restará?

Ao fazer isso, porém, a sociedade deve ter extremo cuidado. As sucessivas reduções de liberdades podem tornar os cidadãos mero objeto do direito, ao revés de agentes. A *ladeira escorregadia* das limitações do poder de auto-regulamentação pode gerar

progressivas, ilegítimas e indevidas reduções no espaço de ação, restando pouco, ou quase nada, para se decidir.

Assim, os privatistas, que pregam a publicização extrema, talvez passem a agir dentro do direito que deveriam contemplar desde antes, o público, intervindo, intervindo, intervindo...

Referências

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Lael, 2002.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. Revista de Direito Privado, n.27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2007.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel. (org.). Interesses públicos x interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.171-215

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro. In DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueiredo. Questões controvertidas no novo Código Civil. São Paulo: Método, v.2, 2004.

_____. Estatuto da Família de Fato. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (coord.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.407-423.

BARCELOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o

princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos e Direito de Família. 2002. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>>. Acesso em: 24 maio 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 6^{ed.}, 2004

_____. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 6^aed, 2002.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós positivismo). In BARROSO, Luís Roberto (Org.). A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2000.

BELO, Nuno. Família. Coimbra: Almedina, 2009.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10.ed. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999

BODIN, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial. Ano 17, Julho-Setembro, 1993.

TRINDADE, Washington. Aulas proferidas na matéria Novos Quadros Jurídicos da Economia no Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, 2006.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005.

BETTI, Emílio. Interpretação da lei e dos atos jurídicos. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007

- BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. 1. ed. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t.I
- CABRAL, Érico de Pina. A "Autonomia" no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, a.5, n. 19, jul./set., 2004
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol.I. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 3. ed, 1999.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Manual de Direito das Famílias. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. União Homoafetiva: O preconceito e a justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. CAMARGO, Jefferson Luiz (Trad). São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. Levando os Direitos a Sério. BOEIRA, Nelson (Trad). São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro, Renovar: 2001.
- _____. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 177 p.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Civil. Teoria Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- _____. A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade da pessoa humana como réquiem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- _____. Escritos de Direito de Família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- _____. Direito das Famílias. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Direito Civil. Direito das Famílias. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de Família Brasileiro. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Obrigações. 10 ed. Vol.II. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. Ensaio de direito civil e de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navegandi, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em: 03 maio 2004.

_____. Entidades familiares constitucionalizada: para além do *numerus clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, nº 12:40-55, jan/mar, 2002.

_____. Transformações gerais do contrato. Revista Trimestral de Direito Civil, a.4, v.16, p. 103-113, out./dez, 2003

_____. Famílias. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2003.

MADALENO, Rolf. Direito de Família em Pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Curso de Direito de Família. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação". São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O Direito Privado como um “sistema em constrição”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: Jus Navegandi, ano 4, n. 41, maio de 2000. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br>. Acesso em: 26/09/2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Plano da existência. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da boa-fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2007

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Tomo III. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: _____. (coord.). *Contrato e Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, v.2, p. 15-45.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da Teoria Contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.17-54

PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do Direito Civil. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999

PRATA, Ana. A Tutela Constitucional da Autonomia Privada. Coimbra: Almedina, [1982?].

SAMPAIO, Maria de Ávila e Silva. Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

_____. Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). Leituras complementares de Processo Civil. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2006

SCHEIR, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004

STOLZE, Pablo. Contrato de Namoro. In: Juspodivm. 2005. Disponível em http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_225.html. Acesso em: 08.07.09.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRENGER, Irineu. Da autonomia da vontade. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v.I.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. Revista dos Tribunais, a.90, v.791, set.. 2001, p.31-63

VINCENZI, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003

XAVIER, M. Aranha da Gama Lobo. Limites à Autonomia Privada: Na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges. Coimbra: Almedina, 2009.