



Recebido 12 fev. 2014

Aceito 11 abr. 2014

AFETIVIDADE EM QUESTÃO: A DISTINÇÃO JURÍDICA ENTRE O NAMORO E A UNIÃO ESTÁVEL

Fernanda Holanda Fernandes*

RESUMO

Discute a diferença entre a união estável e o namoro, aborda a consagração daquela como entidade familiar; sua evolução ao longo do tempo; a inexatidão dos seus requisitos jurídicos e a sua natureza de ato-fato jurídico. A partir disso, traça um paralelo com o namoro, desprovido de efeitos legais, cuja transição para união consensual é tênue e, muitas vezes, imperceptível. Elabora-se a hipótese de que somente pelo comportamento objetivo do par seja possível evidenciar a distinção entre esses modos de relacionamento. Por fim, apresenta o contrato de namoro como tentativa para evitar o reconhecimento da união estável e explicita as razões pelas quais ele é nulo.

Palavras-chave: União estável. Namoro. Contrato de namoro.

“Qualquer amor já é um pouquinho de saúde, um descanso na loucura. (...) Ah, a flor do amor tem muitos nomes.”

(Graciliano Ramos)

1 INTRODUÇÃO

A distinção entre o namoro e a união estável é uma questão bastante presente na contemporaneidade, visto que, com as novas tecnologias, os espaços cibernéticos se

* Bacharela em Psicologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

transformaram em ambientes propícios para a intensificação das relações. Em poucos minutos, sabe-se tudo sobre a vida de uma pessoa. Assim, essa “aparente intimidade” é transposta para a vida real, pois, em pouco tempo, namorados passam a morar juntos, dividir obrigações e viver “como se casados fossem”.

Nesse contexto, é comum se escutar a expressão “*namorado*”, termo que significa uma mistura de namorado com marido e traduz bem a confusão existente entre esses dois padrões de relacionamento. Isso demonstra que a língua portuguesa se adequa com rapidez às necessidades sociais, através dos neologismos. Porém, as normas evoluem de forma mais lenta e gradual, já que a dinamicidade do Direito precisa ser contrabalanceada com a segurança jurídica.

Em face disso, namoro e união estável, na esfera jurídica, são institutos distintos e precisam ser conceitualmente diferenciados. Muito embora já existam os “Contratos de namoro” que buscam evitar o reconhecimento da situação fática da união estável, pretendendo que ela permaneça com um status de namoro.

Sob esse prisma, sublinha-se que o Direito deve acompanhar os fenômenos sociais, inovando o ordenamento jurídico para corresponder à realidade. No que diz respeito às relações afetivas, a matéria tem características peculiares, pois como impor normas e regras às diferentes modalidades de trocas afetivas?

Considera-se mais importante reconhecer as diversas formas de interação e conceder-lhes os efeitos legais que delas derivam do que tentar adequá-las a formas pré-definidas. A partir dessa premissa, surge a problemática da conceituação e identificação de uma entidade familiar. Se não existem modelos capazes de abranger os diferentes formatos de vínculos afetivos, como delimitar a existência de uma família?

Nesse âmbito, apresenta-se a questão específica: Como distinguir a união estável, unidade familiar, do simples namoro, relação sem qualquer efeito legal? Elabora-se como hipótese a ideia de que a distinção entre os dois institutos só é possível através da observação do comportamento objetivo do casal que, quando está vivendo em união estável, se traduz numa “aparência de casados”.

Assim, objetiva-se traçar um breve esboço acerca das possíveis respostas para essas indagações através da delimitação do problema conceitual da união estável; explicitação dos direitos e deveres inerentes a essa relação; a necessidade de diferenciá-la do casamento e a dificuldade de identificar o ponto de transição entre a união estável e o namoro. Por fim, procura-se esclarecer se nessa seara de conceitos subjetivos, é possível um contrato que estabeleça, a priori, a inexistência de uma união estável, o denominado “contrato de namoro”.

A importância do tema encontra-se traduzida nas mudanças no padrão de nupcialidade brasileiro. Visto que as estatísticas revelam um aumento expressivo das uniões consensuais que passou de 28,6% para 36,4% do total, e uma consequente redução dos casamentos oficiais que caiu de 49,4% em 2000 para 42,9% em 2010¹.

Ademais, a modernidade tem provocado profundas alterações no modo de interação entre as pessoas, tornando-se cada vez mais comum namorados viverem em conjugalidade. Embora, muitas vezes, não atentem para as consequências jurídicas disso e, inadvertidamente, pretendam continuar apenas como “enamorados”. Espera-se que o presente trabalho possa contribuir para o esclarecimento acerca dessa questão relevante e delicada.

2 A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

Pode-se considerar que o namoro e a união estável são espécies de um mesmo gênero: o das relações afetivas. Porém, o primeiro sempre existiu como uma etapa preliminar ao casamento, enquanto a união estável surgiu como relação extraconjugal, desprovida de qualquer reconhecimento e evoluiu para uma forma de unidade familiar.

O código civil de 1916 regulamentava as relações matrimoniais e atribuía unicamente a estas a qualidade de entidade familiar. Contudo, mesmo existindo a condenação das relações extramatrimoniais, a tipificação do adultério como crime e o não reconhecimento jurídico desses relacionamentos, a afetividade humana não se sujeitava a regras. E a própria lei, ao impedir a dissolução do casamento, ensejou a formação de relações fora do casamento, denominadas de concubinato.

Destas surgiram demandas patrimoniais que necessitavam ser resolvidas pelo judiciário. As soluções encontradas se restringiam ao âmbito econômico, considerando-as como sociedade de fato e concedendo à mulher indenização por serviços domésticos prestados, conforme a súmula 380 do Superior Tribunal Federal.

Com a Lei do Divórcio (1977), permite-se aos divorciados contrair novas núpcias, e o concubinato deixa de ser uma imposição, para aqueles que não podiam se divorciar, e passa a ser uma escolha para os que, mesmo desimpedidos de oficializar a relação, preferiam não fazê-lo. Assim, esse tipo de vínculo foi ganhando relevância e aceitação social, de tal modo que, de fenômeno excluído do ordenamento pátrio, se transformou em opção, necessitando de

¹ Dados preliminares do Censo do IBGE, 2010.

reconhecimento legal.

Visando atender a esse imperativo, a Constituição Federal de 1988 apresentou uma nova concepção de família, traduzida no termo generalizante “entidade familiar”. Passou, assim, a proteger outras formas de vínculo familiar além do casamento, como a união estável e a unidade monoparental, formada por um dos pais e os filhos.

Vale ressaltar que a Constituição Federal, ao apresentar, no art. 226, um rol exemplificativo das entidades familiares, sem apontar as características comuns a esse tipo de instituição, admitiu a sua diversidade. Cabendo à doutrina e à jurisprudência definir os seus elementos fundamentais.

Nesse sentido, Dias (2007) defende que, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade, o conceito de família foi reformulado. E passou a abranger qualquer tipo de ligação afetiva capaz de unir pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.

Sob esse prisma, todos os critérios anteriores para definição da família foram abolidos, como a celebração do casamento, casal formado por pessoas de sexo oposto, presença de filhos etc. A autora salienta que essa pluralidade de configurações familiares é produto da ideologia pós-moderna, assentada nos valores do individualismo e eudemonismo, na qual a satisfação individual predomina sob os interesses sociais e patrimoniais. E, nesse âmbito, o único elemento presente em todas as espécies de família é a afetividade.

Contudo, essa conceituação evidencia o problema da transformação da afetividade, termo de significado eminentemente psicológico, em um conceito jurídico, passível de ser inserido no contexto normativo. Nesse diapasão, Lôbo (2001), baseando-se numa interpretação sistemática do texto constitucional, aponta os fundamentos para a consagração da afetividade como princípio implícito.

Segundo o jurista, a igualdade entre os filhos, independentemente da sua origem biológica ou adotiva (art.227, § 6º), evidencia como único fundamento da relação entre pai e filho o interesse afetivo; por outro lado, o advento do divórcio (e a livre dissolução da união estável), indica que o vínculo entre os indivíduos se mantem apenas pela afetividade e não devido a imposições legais; ademais, a extensão da proteção constitucional a unidade monoparental e a união estável, modelos totalmente distintos, ressalta que o afeto é o elemento comum entre eles.

Sobre o papel essencial dos afetos nas interações interpessoais não restam dúvidas. Porém, a afetividade não pode ser o único requisito a definir uma família, uma vez que ele está presente tanto na união estável como no namoro e estes possuem naturezas distintas.

Nessa direção, Lôbo (2001) apresenta como elementos da unidade familiar além da afetividade, a ostensibilidade, o caráter público da união, e a estabilidade, ou seja, exclui da espécie família os relacionamentos eventuais episódicos e sem comprometimento e comunhão de vida. Em face disso, indaga-se em que medida a afetividade se traduz num grau de comprometimento e comunhão capaz de indicar a existência de um núcleo familiar.

3 O PROBLEMA CONCEITUAL DA UNIÃO ESTÁVEL

Entre as entidades familiares elencadas pela Constituição Federal, a união estável parece ser aquela que apresenta maiores dificuldades para sua conceituação. Uma vez que devido a sua natureza informal, distancia-se do casamento, sem assemelhar-se ao namoro.

Até mesmo a legislação, ao tentar delinear os parâmetros da união consensual, esbarra em conceitos pouco claros à luz da ciência jurídica. Pois o Código Civil (2002), no art. 1723, dispõe como atributos característicos dessa relação: a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Mas qual o significado desses requisitos? Em que consiste a “convivência pública, contínua e duradoura?” Em que se traduz o “objetivo de constituir família”?

A princípio, tentou-se estabelecer um lapso temporal que definisse “a convivência pública, contínua e duradoura”, nesse sentido, a Lei n. 8971/94 estabeleceu o requisito mínimo de 5 anos, salvo se houvesse prole. Entretanto, Diniz (2011) observa a incongruência de tal determinação, pois o estabelecimento de qualquer prazo poderia afastar da tutela legal certas situações que a ela fariam jus, como a do companheiro que morre pouco antes de completar o prazo legal, deixando sua companheira desprotegida. Ademais, ressalta a autora que esse limite temporal poderia ensejar fraudes, como a interrupção forçada da convivência às vésperas da consumação do referido período.

Destarte, a Lei n. 9278/96 estabeleceu o enunciado genérico de convivência duradoura, pública e contínua, eliminando a referência a qualquer período de tempo. Sublinha-se que tal medida vai ao encontro da ideia de que tempo cronológico difere da dimensão temporal psicológica, pois a intensidade das interações entre duas pessoas nem sempre é diretamente proporcional ao período de convivência.

[...] há um componente da experiência psicológica do tempo que também deve ser considerado: frequentemente, os acontecimentos externos e internos parecem ocorrer

de maneira mais ou menos veloz, a nossa percepção dessa duração (...) depende da relação que estabelecemos com estes fenômenos em função de nossos interesses da vida prática. (COELHO, 2004, p.245)

Como evidenciado, a maneira como cada sujeito percebe o grau de envolvimento em um relacionamento pode ser diferente, visto que a percepção humana é guiada não apenas pelos estímulos externos, mas também pelos sentimentos, pensamentos e expectativas. Por outro viés, tempo e estabilidade nem sempre podem ser considerados sinônimos. Lôbo (2001) explica que na união estável, ao contrário do casamento, no qual a estabilidade é presumida, o caráter estável decorre da conduta fática dos companheiros. Dessa forma, só é presumida quando conviverem sob o mesmo teto ou tiverem filhos, admitindo tais presunções prova em contrário.

Vale destacar que a doutrina e a jurisprudência indicam que a convivência sob o mesmo teto não é requisito para união estável, conforme súmula 382 do Supremo Tribunal Federal: “A vida em comum sob o mesmo teto *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Acrescente-se que os fundamentos para a inexigibilidade de coabitação encontram-se no fato de que na realidade social hodierna a aproximação afetiva entre as pessoas se intensifica com mais facilidade, através dos meios de comunicação cada vez mais rápidos e acessíveis. Desse modo, a estabilidade da relação não pode mais ser avaliada apenas quantitativamente pela convivência, mas sim qualitativamente pela intensidade do vínculo, que independe dos encontros físicos.

Em relação ao elemento “união pública”, Dias (2007) evidencia não se tratar de publicidade, mas sim de notoriedade. Já que tudo aquilo que é público é notório, mas o inverso não é verdadeiro. Segundo a autora, a notoriedade restringe-se às relações no meio social frequentado pelos companheiros, afastando da definição de entidade familiar as relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de “como casados fossem”.

Conforme a jurista, essa condição transparece quando o envolvimento mútuo transborda o limite do privado, possibilitando a identificação social de duas pessoas como um par, uma unicidade. Assim, é a visibilidade do vínculo que o transforma em ente autônomo merecedor de tutela jurídica como uma entidade.

Por fim, apresenta-se o elemento característico mais importante: o objetivo de constituir família. Visto que este é o fator de distinção entre a unidade familiar e outros

compromissos afetivos, de acordo com Lôbo (2011), tal componente deve ser analisado objetivamente a partir do comportamento do casal e não através da intenção de cada um.

Observa-se que a declaração de vontade, por mais das vezes, é incompatível com a conduta apresentada. E como a primeira é de caráter subjetivo, impossível de se auferir a sua veracidade, somente o comportamento pode ser observado e servir como parâmetro para a constatação da existência ou não do objetivo de constituir uma família.

Após a enumeração dos componentes do conceito de entidade familiar, é imprescindível ressaltar as considerações de Cunha (2001). Segundo estas, os elementos essenciais da união estável são aqueles que vão delinear a definição de família, mas não é a ausência de um deles responsável pela sua descaracterização.

Para o autor, o importante é, ao analisar cada caso, saber se ali na somatória dos elementos está presente um núcleo familiar merecedor da proteção do Estado e da ordem jurídica. Dias (2007) vai ao encontro dessas ideias, ao destacar ser a unicidade do enlace afetivo detectado através do sopesamento de todos os requisitos legais, de forma conjunta e ao mesmo tempo maleável, sob pena de engessamento do instituto.

Dessa maneira, é imperioso destacar que embora a lei institua os requisitos para a união estável, a identificação de uma união estável, enquanto unidade familiar, não ocorre através da simples subsunção dos fatos à norma. Tal análise requer sensibilidade para extrair, das experiências de duas pessoas que tiveram suas vidas entrelaçadas, circunstâncias capazes de provar a convivência marital de forma cristalina perante a sociedade.

4 OS EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ESTÁVEL

Acrescente-se que apesar de toda a dificuldade para definir a união estável, as tentativas são necessárias em razão da existência dos efeitos jurídicos decorrentes do seu reconhecimento, uma vez que, enquanto unidade familiar, merece a proteção do Estado e assistência a cada um dos seus integrantes.

Dentre tais efeitos, destacam-se os direitos e deveres entre os companheiros e o regime patrimonial dos bens. Conforme o art. 1724 do Código Civil brasileiro (2002), os companheiros assumem um para com o outro os deveres de lealdade, respeito e assistência material e moral. No art. 1725, se estabelece o regime de comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito, o qual a doutrina denomina de contrato de convivência.

Em face desses dispositivos, a doutrina tece algumas considerações que os tornam

mais maleáveis. Já que a união estável, ao contrário do casamento, não surge pela vontade de contrair direitos e obrigações, mas sim a partir da realidade construída paulatinamente.

Nesse âmbito, Monteiro (1978) adverte que o regime de bens da união estável é dotado de presunção relativa, ou seja, admite prova em contrário. Além disso, o legislador não se limitou a assegurar apenas o amparo econômico entre os companheiros, mas também a assistência moral, como o apoio em relação às questões existenciais. Tal fato reflete a ideia de que a união estável não é um mero acordo tácito de direitos e deveres, mas sim uma unidade fundamentada no afeto.

Em relação aos deveres de lealdade e respeito, Lôbo (2001) os flexibiliza, ao considerá-los como obrigações naturais, já que ambos são juridicamente inexigíveis, e não são causa de dissolução. O autor destaca, ainda, a diferença entre lealdade (dever da união estável) e fidelidade (dever do casamento):

O conceito de lealdade não se confunde com o de fidelidade. A lealdade é respeito aos compromissos assumidos, radicado nos deveres morais de conduta. Fidelidade, no âmbito do direito de família tem sentido *strito*: é o impedimento de ter ou manter outra união familiar, em virtude do princípio da monogamia matrimonial. Controverte a doutrina e a jurisprudência a respeito da aplicação do princípio da monogamia a União Estável. Entendemos não ser possível essa extensão, não só por se tratar de restrição de direitos – que não admite a interpretação extensiva, mas também porque não se pode submeter a União Estável as características próprias do casamento. (LÔBO, 2001, p. 178)

É importante destacar que Lôbo (2001), ao fazer essa distinção, introduz um relevante aspecto na polêmica conceitual da união estável. A ideia de que, embora ela proteja os companheiros da mesma forma que o matrimônio, ela não pode ser equiparada a este. Pois, constituindo-se a união consensual como uma escolha, em face da inexistência de impedimento para o casamento, pode-se concluir que os sujeitos dessa relação não desejam se sujeitar ao regime matrimonial.

Dessa forma, fica claro que a união consensual permanece no campo do não institucionalizado, visto que o casal prefere não oficializar sua relação através do casamento, sendo com ele inconfundível. Entretanto, em relação ao namoro a linha divisória parece ser mais tênue, pois a transição entre eles, muitas vezes, é imperceptível até mesmo para o próprio casal.

5 A DISTINÇÃO ENTRE O NAMORO E A UNIÃO ESTÁVEL

Como demonstrado, a caracterização da união estável é uma problemática na qual a doutrina e a jurisprudência ainda encontram muitos obstáculos. E nessa esteira, a celeuma se agrava com o entendimento jurisprudencial de que a convivência sob o mesmo teto não é condição necessária para o seu reconhecimento. Com isso, ocorre a dissolução das fronteiras entre o namoro e a união consensual.

Em ambos os vínculos pode estar presente a convivência pública, contínua e duradoura e o objetivo de constituir família. Além disso, para a parcela mais conservadora da sociedade o namoro é considerado uma etapa anterior ao casamento, existindo planos futuros de uma vida em comum e estabilidade.

Segundo Coutinho e Duarte (2011), a estabilidade de uma relação amorosa está condicionada a alguma garantia de que ela irá se manter e se consolidar com o tempo. E essa segurança não é mais obtida com uma garantia externa, mas sim pelo comprometimento pessoal dos parceiros. Ademais, é o compromisso entre eles que fornece o apoio emocional para suportar as possíveis dificuldades.

Nessa esteira, Bertoldo e Barbará (2006, p. 229) definem o namoro nos seguintes termos:

O namoro é caracterizado, sobretudo, pela estabilidade da associação entre duas pessoas, que é inversamente relacionado à probabilidade que uma pessoa vai deixar a relação. Refere-se à adesão de uma pessoa a uma relação específica mesmo quando fatores ambientais se interpõem contra a associação (Rodrigues, Assmar & Jablonski, 2002). Segundo Gonzaga, Kelner Londahl e Smith (2001), a presença momentânea e expressa de amor tem um papel crítico na aproximação entre parceiros ao assinalar e fortalecer compromisso e, consequentemente, promover comportamentos comprometidos e a percepção destes pelos parceiros.

Como evidenciado, os autores apresentam a estabilidade como um componente também do namoro. Em face disso, cabe a indagação: O que diferencia a estabilidade da união estável daquela presente no namoro?

Elabora-se a hipótese de que a estabilidade do namoro é produto da percepção, que se fortalece com o passar do tempo, de que o outro parceiro não deixará a relação. Essa estabilidade pode, sem dúvidas, se projetar no futuro traduzindo-se em planos para constituir

uma família, mas permanece como hipótese futura, a ser confirmada a cada momento. Enquanto na união estável, a estabilidade não é mais produto de percepções constantes, mas sim de um projeto de vida em comum que já está efetivamente se concretizando.

Nessa direção, destaca-se a jurisprudência:

UNIÃO ESTÁVEL. PRESSUPOSTOS. AFFECTIO MARITALIS. COABITAÇÃO. PUBLICIDADE DA RELAÇÃO. PROVA. 1. Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar, ficando comprovado que eram namorados e que pretendiam futuramente constituir uma família, tanto que chegaram a noivar, pouco antes de romperem a relação entretida. 2. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*. 3. Não comprovada a entidade familiar, nem que a autora tenha concorrido para aquisição do imóvel, a improcedência da ação se impõe. Recurso desprovido.²

Pode-se concluir que o elemento “com o objetivo de constituir família” no namoro é pensado numa perspectiva de futuro distante, enquanto na união consensual é interpretado como uma experiência que já está acontecendo. Assim, deve-se ter em mente que a perspectiva de futuro sempre estará presente nos relacionamentos amorosos, variando o grau em que o este pode estar se tornando realidade.

Em consonância com esse pensamento, Fletcher (2002) afirma que os indivíduos desenvolvem teorias sobre as relações de intimidade com o objetivo de as explicar, prever e controlar. O autor destaca as teorias gerais sobre a concepção de amor, as crenças e as expectativas para as relações íntimas em geral, e teorias locais, que começam a desenvolver-se desde o momento em que se conhece o parceiro, a partir das quais as pessoas começam a construir um modelo do outro e da relação.

Assim, Fletcher (2002) ressalta que o relacionamento é acompanhado de uma atividade cognitiva constante de avaliar a personalidade do companheiro e prever o futuro da relação, numa tentativa de compreender os motivos do seu sucesso ou fracasso. São tais teorias que estão, silenciosa e constantemente, influenciando e orientando o processo de decisão pelo parceiro e pelo casamento.

² TJRS. AC 70029276110. Sétima Câmara Cível. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. j. 30/09/2009

Contudo, nem sempre essa decisão é expressamente tomada, por vezes, a união estável vai se delineando sem que o casal perceba. E paulatinamente o compromisso com um futuro distante vai se aproximando e se transformando em presente, sem que nenhum papel seja assinado, ou direitos e deveres estabelecidos.

Nesse âmbito, Lôbo (2011) afirma que o namoro se transforma em união estável quando o par começa a adotar deveres próprios da entidade familiar, como lealdade, respeito, assistência material e moral. Visto que, o namoro, por não ser uma relação jurídica e sim um fato da vida, não cria direitos e deveres exigíveis juridicamente. Nesse ponto, é importante assinalar que essas obrigações não são impostas pela lei, mas nascem da própria relação e se tornam exigíveis a partir do momento em que esta é reconhecida.

Desse modo, é exatamente quando ocorre uma mudança comportamental dos namorados que se reflete numa “aparência de casados” que o namoro se transforma em união estável. Porém, não é difícil perceber que aí reside toda a problemática, pois as mudanças comportamentais são lentas e graduais e não tem como delimitá-las de modo exato no tempo.

Nesse diapasão, Dias (2007) ressalta que enquanto o casamento tem seu início marcado por uma celebração solene, a união estável não tem termo inicial estabelecido, pois nasce da consolidação do vínculo de convivência, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas e do embaralhamento de patrimônios.

Contudo, Lôbo (2011) ressalta que mesmo em face de toda a dificuldade para identificá-lo, não se pode olvidar a importância do termo inicial para qualquer relação jurídica. Visto que ele delimita o momento a partir do qual os direitos e deveres podem ser exigidos. Na união consensual, esse início poderá ser aferido a *posteriori*, caso um dos companheiros ingresse com uma ação de declaração de existência e dissolução da união estável, a fim de satisfazer seus direitos em face do término da relação.

Cumprir observar que a dificuldade para identificar o termo inicial é reduzida quando se pode provar o começo da convivência sob o mesmo teto através da prova de aquisição ou contrato de aluguel de imóvel para moradia, testemunho de vizinhos, pagamento de contas do casal etc. Destaca-se que a jurisprudência tem admitido a prova exclusivamente testemunhal, desde que coerente e precisa, capaz de servir de elemento de convicção para o juiz, como evidenciado no julgado colacionado:

Pensão por morte. União estável (declaração). Prova exclusivamente testemunhal (possibilidade). Arts. 131 e 332 do Cód. de Pr. Civil (aplicação)

1. No nosso sistema processual, coexistem e devem ser observados o princípio do

livre convencimento motivado do juiz e o princípio da liberdade objetiva na demonstração dos fatos a serem comprovados (arts. 131 e 332 do Cód. de Pr. Civil).

2. Se a lei não impõe a necessidade de prova material para a comprovação tanto da convivência em união estável como da dependência econômica para fins previdenciários, não há por que vedar à companheira a possibilidade de provar sua condição mediante testemunhas, exclusivamente.

3. Ao magistrado não é dado fazer distinção nas situações em que a lei não faz. 4. Recurso especial do qual se conheceu, porém ao qual se negou improvemento.³

Em face do exposto, cabe salientar que o reconhecimento dessa estrutura de convivência requer apurado cuidado, devendo o magistrado investigar as experiências cotidianas do casal com sensibilidade.

Lôbo (2011) acrescenta que a convivência sob o mesmo teto não é requisito para a união estável, porém, é elemento de presunção que admite prova em contrário. Assim, quando os supostos namorados passaram a conviver sob o mesmo teto, com o compartilhamento de moradia, já houve a transição do namoro para a união estável, porque a estabilidade aí é presumida.

Em contrapartida, ausente a convivência “*more uxória*”, o autor ressalta que será importante identificar o tempo em que o casal passou a se apresentar “como se casados fossem”. E para isso são utilizadas as provas documentais do início da convivência, como correspondências, fotos e documentos de viagem, a assunção por um dos companheiros das despesas do outro, etc.

Como explicitado, não existe um evento específico que represente o início da união estável, as provas de sua existência vão sendo construídas com o tempo e a convivência. Se por um lado tais provas são formadas lentamente, por outro, são indubitáveis, pois o relacionamento, por mais descompromissado que seja, produz reflexos no meio social. Pois, um casal não vive isolado, ele compartilha suas experiências com o entorno social mais próximo, amigos, familiares, etc.

Em razão dessa facilidade probatória para constatar a existência de um vínculo afetivo com importantes efeitos jurídicos como o compartilhamento de patrimônio, deveres de assistência material e moral, muitas pessoas não desejam correr o risco de ter seus interesses econômicos afetados por uma relação amorosa. Para evitar que isso aconteça, surge a necessidade de garantir que o namoro não se transforme em união estável, através de um contrato que assegure a ausência de qualquer expectativa de constituir família.

³ STJ. REsp 783697- GO. Rel. Min. Nilson Naves. j. 18/04/2006. DJU 09.10.2006

5.1 O Contrato de Namoro

A partir das diferenças traçadas até aqui entre a união estável e o namoro, fica evidente que o limite entre ambos é muito tênue, o que despertou em algumas pessoas o receio de que de um simples namoro pudesse advir obrigações patrimoniais. Dessa preocupação surgiu o denominado “contrato de namoro”.

Este é definido por Gagliano (2012) como um documento por meio do qual se reconhece que determinada união é apenas um namoro, sem compromisso de constituição de família. Tal acordo, segundo Dias (2007), visa assegurar a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade de patrimônio presente e futuro.

É preciso esclarecer que, embora seja usado o termo “contrato”, sua real natureza é de declaração. Pois, conforme Silva (2003), o contrato é negócio jurídico que cria, modifica ou extingue direitos e obrigações (arts. 421 e seguintes do novo Código Civil) e estes inexistem numa relação de namoro. Assim, o ato pelo qual duas pessoas afirmam que namoram e ainda não constituíram família é mera declaração.

Nesse ponto, cabe a reflexão acerca da possibilidade das pessoas possuírem capacidade de determinar, a priori, o grau de envolvimento que determinada relação pode atingir. Uma vez que a união estável não surge de uma hora para outra, a partir de uma decisão, ela é construída paulatinamente, até se delinear como um fato social e transforma-se em relação jurídica.

Conforme Lôbo (2011), a natureza da união estável é de ato-fato jurídico, no qual a vontade está em sua gênese, mas o direito a desconsidera e apenas atribui juridicidade ao fato resultante. Entretanto, deve-se enfatizar que não se trata da inexistência de vontade, pois ela está presente em qualquer ação humana. Apenas ela não é exigida pela lei como requisito para a produção dos efeitos jurídicos dela decorrentes.

Por ser ato-fato jurídico (ou ato real) a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus efeitos jurídicos. Basta a sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais, cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica. Pode até ocorrer que a vontade manifesta ou íntima de ambas as pessoas – ou de uma delas – seja a de jamais constituir União Estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o judiciário que a União Estável existe. (LÔBO, 2011, p. 172)

Nesse âmbito, destaca-se a diferença primordial entre “vontade” e “declaração de vontade”: esta é objetiva e para o direito contratual é válida independente da sua correspondência à vontade íntima da pessoa. Esta última, por sua vez, é um ato que envolve diversos fatores psicológicos de difícil demonstração, pois é influenciada inclusive por fatores inconscientes, dos quais nem mesmo o sujeito tem um claro conhecimento. Ademais, nem sempre a vontade é traduzível, pois pode encontrar-se camuflada por resistências e desejos ocultos. Muitas vezes queremos algo e caminhamos na direção contrária.

O ato volitivo (ato de vontade) é traduzido pelas expressões típicas do “eu quero” ou “eu não quero”, que caracterizam a vontade humana *sensu strictu*. Distinguem-se também os motivos ou razões intelectuais que influem sobre o ato volitivo, dos móveis, ou influências afetivas (...) (MELO, 1979, citado por DALGALARRONDO, 2008, p. 175)

Dessa forma, no campo da afetividade o legislador, ao instituir a união estável, se baseou na realidade e não na vontade dos sujeitos ou na sua declaração. Os efeitos jurídicos dessa situação fática poderão ser aferidos a posteriori, na hipótese de um dos companheiros ingressar com uma Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável. Nesta, as partes poderão reunir os meios de prova existentes para o convencimento do juiz acerca da existência ou inexistência da relação.

De acordo com Dias (2007), a força da “vida em comum” é tão grande para o direito, que, até mesmo quando as partes escolhem o regime de separação total de bens no casamento, vem a jurisprudência reconhecendo a comunicabilidade dos bens adquiridos durante o período da vida em comum, a fim de evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes.

Nessa esteira, Dias (2007) adverte que nem mesmo os impedimentos que a lei estabelece para o casamento e estende para a união estável, podem ser aplicados a esta. Pois, devido a sua natureza de ato-fato jurídico, uma vez constatada a sua existência não tem como negá-la, invalidando-a, sendo apenas cabível a declaração de inexistência, ao contrário do casamento que pode ser anulado (art. 1550 do CC 2002).

Em face do exposto, apresenta-se a problemática: Como considerar válido uma declaração de vontade que tenha por escopo assegurar que um relacionamento amoroso não irá se transformar em uma unidade estável e real?

Gagliano (2000) afirma tratar-se de um contrato nulo, em razão da impossibilidade jurídica do objeto. Contudo, defende ser possível a celebração de um contrato que regule

aspectos patrimoniais da união estável, “contrato de convivência”, como o direito aos alimentos ou à partilha de bens. Mas, para o autor, não é lícita a declaração que simplesmente descaracterize a relação concubinária, em detrimento da realidade, como pretende o “contrato de namoro”.

Dias (2007), por sua vez, pondera sobre a impossibilidade de se afirmar previamente a incomunicabilidade do patrimônio, quando, por exemplo, segue-se longo período de vida em comum, no qual são amealhados bens pelo esforço compartilhado. Nessa circunstância, emprestar eficácia a contrato firmado no início do relacionamento pode ser fonte de enriquecimento ilícito.

Acrescente-se que a vedação ao enriquecimento sem causa encontra-se expressamente prevista no Código Civil 2002, art. 964, de forma genérica, aplicável a qualquer situação em que a pessoa recebeu o que não lhe era devido. Com mais razão ainda, se deve inserir nessa regra o “contrato de namoro” que permite a parte se aproveitar economicamente da dedicação e esforço do parceiro em prol de um relacionamento que se constitui uma unidade familiar, protegida constitucionalmente pelo ordenamento jurídico.

Silva (2003) diverge da doutrina majoritária, admitindo que a declaração de namoro é válida se retratar a realidade de um simples namoro, sem constituição de família. Se assim for, não configura ato ilícito, desde que não viole direito e não cause dano a outrem (art. 186 do novo Código Civil).

Contudo, observe-se que se a declaração de namoro traduz tão somente a realidade, ela é desnecessária, pois a relação de namoro é um fato social, sem qualquer repercussão no mundo jurídico. Ademais, o referido contrato não objetiva tão somente declarar a inexistência presente de vínculo duradouro com objetivo de constituir família, mas também assegurar a impossibilidade de tal configuração no futuro. E nesse aspecto reside sua ilicitude, porque é impossível prever o futuro, principalmente no campo da afetividade humana.

Sublinhe-se que, além da discussão jurídica em face dessa “negociação dos vínculos amorosos”, é imprescindível a reflexão crítica acerca desse tipo de fenômeno moderno que traduz a centralidade dos interesses econômicos e a atmosfera de desconfiança presente na atualidade. Como construir uma estrutura de convivência pautada no companheirismo e mútua apoio se desde o princípio ela foi alicerçada na desconfiança, sendo necessário um pacto para garantir que não haverá partilha de bens, declarando a inexistência de um projeto de vida comum.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerara-se que o legislador ao atribuir à união estável o status de entidade familiar foi muito cauteloso na sua definição e em detrimento da segurança jurídica- do uso de conceitos rígidos que determinem o que é esta relação- preferiu enfatizar a dignidade da pessoa humana que deve ser respeitada inclusive na sua singularidade. Dignidade esta que também se traduz na possibilidade de escolher o modo de entidade familiar que deseja construir.

Vale destacar que esse tipo de vínculo se originou da realidade fática, fora do campo de incidência legal. Eram as relações extramatrimoniais, não legalizadas, sem regras que ditavam seu modo de funcionamento. E se, por um lado, a união estável nasceu como uma imposição por força do impedimento à dissolução do casamento, não permaneceu como tal, pois com a lei do divórcio se transformou em uma escolha. O par, então, opta por não oficializar a relação, mantendo-se longe da intervenção estatal.

Dessa forma, o legislador, ao estabelecer requisitos vagos para o reconhecimento da união estável, buscou harmonizar a preservação, minimamente, da sua natureza informal. Sem, contudo, deixar de proteger os indivíduos nela envolvidos, evitando o enriquecimento ilícito e garantindo os direitos patrimoniais que nascem da vida em comum.

O namoro, por sua vez, não é resguardado pelo ordenamento jurídico, porque não representa uma entidade familiar. Embora possa apresentar alguns aspectos da união estável como convivência pública, contínua e duradoura, bem como apresentar o objetivo de constituir família, o casal não possui a “aparência de casados”. Esta se traduz, nos direitos e obrigações que os companheiros assumem um para com o outro.

Em face das dificuldades para delimitar a diferença entre essas duas formas de vínculo afetivo, surge o “contrato de namoro” visando evitar a atribuição da qualidade de união estável ao namoro.

Entretanto, como evidenciado, não é possível determinar, a princípio, os rumos que uma relação afetiva irá tomar. Se as pessoas não desejam integrar uma união estável, possuem autonomia para terminar a relação antes que isso aconteça. Mas, não podem prever e determinar que a construção da união estável jamais acontecerá. As relações humanas são imprevisíveis e não existe outra alternativa a não ser lidar com esse fato.

REFERÊNCIAS

BERTOLDO, Raquel Bohn; BARBARÁ, Andréa. Representação social do namoro: a intimidade na visão dos jovens. **Psicologia-USF**, v. 11, n. 2, p. 229-237, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pusf/v11n2/v11n2a11.pdf>> Acesso em: 01 dez. 2012.

COELHO, Jonas Gonçalves. Ser do tempo em Bergson. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, v.8, n.15, p.233-46, mar/ago, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/icse/v8n15/a04v8n15.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

CUNHA, Rodrigo Pereira da. **Concubinato e União Estável**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

SILVA, Beatriz Tavares da. **Declaração de namoro**: ato válido, Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u66401.shtml>> Acesso em: 01 dez. 2012

COUTINHO, Maria Lúcia Rocha; DUARTE, Juliana Puppim. "Namorado": uma forma contemporânea de conjugalidade? **Psicologia clínica**. vol. 23, n.2, 2011. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-56652011000200008&script=sci_arttext> Acesso em: 11 fev. 2014

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**, vol 5: Direito de família. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 406

FLETCHER, Garth. J. O. **The new science of intimate relationships**. USA: Blackwell Publishers, 2002.

GAGLIANO, Paulo Stozen. Contrato de namoro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8319>>. Acesso em: 07 fev. 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto **Entidades familiares constitucionalizadas**: Para além do *numerus clausus*. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>> Acesso em: 01 dez. 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1978. Vol. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**, vol 5: Direito de Família- 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

AFFECTIVITY IN QUESTION: THE DISTINCTION BETWEEN DATING AND RELATIONSHIP OF STABLE UNION

ABSTRACT

This article discusses the difference between Stable Union and dating, as well as addressing the consecration of that first one as a family entity; its evolution over time; the inaccuracy of their legal requirements and its nature of Act-fact legal. From there, draws a parallel with the dating's institute whose transition to the Stable Union is tenuous and often unnoticeable by the couple. It presents the dating contract as an attempt to avoid the Stable Union recognition and explicits the reasons why it is null.

Keywords: stable Union. Dating. Dating contract.