

# Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades: Do casamento aos contratos de namoro no Direito brasileiro

Rute Saraiva<sup>1</sup>

1. Considerações iniciais – 2. O conceito de família – 3. O casamento – 4. As relações extra-matrimoniais – 4.1. O concubinato e a união estável – 4.2. As uniões homossexuais e a convivência assexual – 4.3. O namoro qualificado e os contratos de namoro – 4.3.1. A união estável e o namoro qualificado – 4.3.2. Os contratos de namoro – 5. Notas finais



*Sou contra os noivados muito prolongados.  
Dão tempo às pessoas para se conhecerem melhor,  
o que não me parece aconselhável antes do casamento.*

Oscar Wilde

## 1. Considerações iniciais

A dimensão cultural e social do Direito obriga à sua mutação e evolução constantes. As profundas e céleres alterações económico-sociais sentidas no último século, tais como o abandono da actividade agrícola, a industrialização, a aposta nos serviços, a inovação e tecnologia crescentes, a urbanização, a globalização, a emancipação feminina e dos jovens ou a redução do papel da Igreja, obrigam a um processo de

---

<sup>1</sup> Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

desconstrução e reconstrução dos institutos de Direito da família na sua aproximação, nem sempre fácil, ao pulsar social, em nome de uma maior justiça e realismo.

A transfiguração mais ou menos paulatina do enquadramento da família e, em particular, do casamento reflecte-se, por um lado, pela sua despatrimonialização e repersonalização e, por outro, pela passagem de um Direito patriarcal conservador, individualista, despótico e opressor para um Direito humanista com o enfraquecimento da autoridade marital, baseado na convivência e no afecto e, em especial, na dignidade da pessoa humana, na liberdade de escolha, no respeito à vida.

A Lei Fundamental de 1988 reconhece, desta feita, a liberdade de constituição de vida familiar e inova ao prever e dignificar realidades diversas do tradicional casamento, marcando um ponto de viragem no ordenamento jurídico brasileiro e contribuindo para uma certa pacificação social reconciliadora, embora simultaneamente delimitadora da tradução legal dos institutos extra-matrimoniais aceites. Todavia, a sua consagração não encerra a polémica em torno destes. Não apenas o tecido social muda, colocando novas questões (veja-se o aumento da liberdade sexual, com, por exemplo, o *swing*, a constituição de “novas famílias” multi-camadas resultantes de divórcio e segundos ou mais casamentos<sup>2</sup>, ou os muito recentes contratos de namoro), como a resposta do Direito infra-constitucional e a sua aplicação, sobretudo a nível judicial, potenciam a discussão, já para não mencionar alguma rigidez cultural. Afinal, apagar uma memória colectiva e individual geneticamente imprimida por anos de uma sociedade patriarcal e machista associada à sacramentalização do casamento não se opera por decreto.

Assim, nos últimos anos, novos fenómenos emergem como os famigerados contratos de namoro ou o instituto do namoro qualificado que têm ganho, em particular junto dos tribunais, algum destaque, sobretudo num contexto actual de adiamento da família com o atrasar do casamento e da maternidade. Originalidade tipicamente brasileira, sinal dos tempos ou moda? No mínimo prova do dinamismo do Direito da família e isco tentador para uma análise doutrinária.

---

<sup>2</sup> José Gameiro (1998). *Os meus, os teus e os nossos*, Terramar.

## 2. O conceito de família

Árdua tarefa a de recortar o conceito de família. Para começar, a complexidade deriva quer do seu carácter heterogéneo quer da polissemia do vocábulo. Enquanto fenómeno social e cultural, a sua definição varia de acordo com o tempo ou a geografia, mas também de acordo com os interessados ou observadores envolvidos. Afinal, é difícil livrar-se dos pré-conceitos mais ou menos conscientes e latentes à observação e tratamento da informação. Um intérprete ocidental educado na filosofia judaico-cristã ficará, por exemplo, perplexo com a poligamia, a poliandria ou o casamento entre irmão aceite no antigo Egipto. O conceito de família revela, portanto, não apenas um carácter evolutivo e dinâmico mas também alguma plasticidade quanto ao seu entendimento, constituição e função.

Quanto ao primeiro aspecto, a compreensão pode ir de uma definição mais abrangente a uma concretização mais restrita, da promíscua família primitiva baseada num parentesco místico e espiritual à familiar nuclear conjugal resultante do casamento e da consanguinidade directa e do convívio sob o mesmo tecto (pais e filhos ainda vivendo em casa), passando pela concepção de unidade político-económica dentro de um grupo mais lato subjacente ao Direito romano. Neste último caso, antes de ser alterada pela influência esmagadora da Igreja, a família resultava da junção de um número determinado de parentes (incluindo entre outros, embora não necessariamente, esposa, filhos legítimos e adoptados), clientes, trabalhadores e escravos dependentes em termos económicos de um chefe, o *pater familias*. Etimologicamente, *famuli* designava o conjunto de escravos e servos que viviam sob tecto comum.

A constituição da família depende, em consequência, de factores diversos desde o parentesco, à afectividade, ao casamento, à convivência, à comunhão de interesses religiosos, espirituais, políticos, sociais ou económicos, ao rapto, à compra, à liberdade de escolha. No Direito romano, por exemplo, distingue-se entre a agnação (*agnaticio*) e a cognação (*cognatitio*). A primeira designa-se o vínculo entre pessoas afectas ao mesmo poder inclusivé na ausência de consanguinidade, enquanto a segunda concerne o

parentesco sem sujeição à mesma autoridade<sup>3</sup>. Já na Constituição brasileira de 1988, do artigo 226.º resulta, pelo contrário, uma clara e refrescante aposta no elo afectivo.

Enquanto unidade social, a família prossegue historicamente algumas funções, por vezes também delegadas noutras instituições como o Estado ou a Igreja, como a defesa e protecção do agregado, ou a sua educação e moralização, num esforço de formação e transmissão de princípios e regras de convivência. Em Roma, designadamente, o casamento e a constituição familiar visavam o fortalecimento do poder político, em especial com a perpetuação dos cidadãos e o seu enriquecimento, dando azo a um certo divórcio entre a institucionalização da família e a afectividade. Veja-se o caso paradigmático de Marco António.

No Direito romano, com efeito, o nascimento e a afeição não constituem fundamento necessário para a formação do elo familiar. Aliás, distingue-se entre o *pater familias*, autoridade no seio familiar e o *genitor*, paternidade meramente biológica, além do que os *fili familias* podiam não ser filhos biológicos mas também adoptivos, irmãos, ou sobrinhos entre outros. A própria esposa legítima partilha do fogo doméstico enquanto *filiae loco* (portadora do título jurídico de filha) e não enquanto verdadeira mulher (*uxor*) sob a autoridade incontestada do *pater familias* depois de celebradas as *iustae nuptiae*. A família romana surge, portanto, como um clã alargado de estrutura piramidal. Nas palavras de Ulpiano: “*iure proprio familiam dicimus plures personas quae sub unis potestate aut natura aut iure subiectae sunt*”. Ou seja, a família romana assume-se como uma unidade jurídico-económica (património, organização, gestão) e social institucionalizada superior ao clã (*gens*) sob autoridade de um chefe, o único com capacidade jurídica plena. Com efeito, o poder do *pater familias* inclui, entre outros, a susceptibilidade de romper o casamento, de repudiar a própria esposa ou a de um dos seus dependentes, de devolver o dote, de a casar de novo, de a mandar abortar, de repudiar filhos biológicos ou outros da *domus*, de dá-los para escravatura ou emancipá-los. O laço afectivo, biológico e conjugal não se assume como primordial na sociedade romana.

---

<sup>3</sup> A cognação interessava sobretudo em matéria de impedimentos matrimoniais mas a sua importância acabou por aumentar, conduzindo mesmo Justiniano à supressão da *agnatio*. Sobre esta matéria, Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque (1983). *História do Direito Português*, Vol. I, Tomo II, Faculdade de Direito, Lisboa, 137-138.

A hegemonia da Igreja católica no Ocidente obrigou à reconstrução do conceito romano de família, em particular a partir da Idade Média, muito embora na Antiguidade Tardo-Cristã já se tivesse começado a sentir a mão do novo credo, em particular na sua delimitação mais restrita, associada ao sacramento do matrimónio e à consanguinidade<sup>4</sup>. A figura do bom pai de família e uma certa hierarquia no seio familiar mantêm-se contudo. A vida privada passa, deste modo, a interessar à autoridade religiosa e ao Estado que estendem a sua influência até à intimidade do lar, por oposição à tradição clássica pagã, restringindo a liberdade dos sujeitos. Com os ensinamentos da Igreja, designadamente os contidos na Carta de S. Paulo aos Coríntios, a castidade, a continência e o celibato assumem-se mesmo como um modo de vida superior ao casamento, limitando, ainda mais, a liberdade individual.

O Direito da família brasileiro, à semelhança do português, funda-se na compreensão romana e cristã. O Código Civil de 1916, marcado pelo individualismo liberal, adopta o modelo da família patriarcal apesar da revolução industrial, da separação entre Estado e Igreja traduzida, em especial, na imposição do casamento civil decorrente da proclamação da República e da Constituição Federal de 1891. A família, embebida no Direito napoleónico, implica, desta feita, uma hierarquia, o casamento, a procriação (até para efeitos de mão-de-obra) e a consolidação do património, numa estrutura mais económica do que afectiva. Nos termos do artigo 233.º daquele diploma, o marido enquanto chefe da família administra os bens comuns e particulares da esposa, pode fixar o domicílio comum e deve prover o sustento.

A evolução social associada, em particular, à emancipação feminina aliada às guerras mundiais e crises económicas permite, no entanto, uma adaptação e abertura do ordenamento jurídico à realidade. Desta feita, assinalem-se a Lei n.º 883 de 1949, relativa ao reconhecimento dos filhos ilegítimos, a Lei n.º 4121 de 1962 quanto ao estatuto da mulher e a Lei n.º 6515 de 1917 que põe termo à indissolubilidade do casamento ao regular o divórcio. A Constituição Federal de 1988, com o seu Título VIII, capítulo VII, representa o culminar de um processo de desconstrução do Direito da

---

<sup>4</sup> Cf. Paula Barata Dias (2004). *A influência do Cristianismo no conceito de casamento e de vida privada na Antiguidade Tardia*, Agora, Estudos Clássicos em Debate, n.º 6, Universidade de Coimbra.

família tradicional, abrindo de par em par as portas para a sua reconstrução ao servir de referência basilar para a sua renovação legislativa e interpretativa.

O artigo 226.º da actual Constituição brasileira dispõe que “*a família, base da sociedade, tem especial protecção do Estado*” e alarga o seu entendimento ao reconhecer tanto a união estável<sup>5</sup> (equivalente à união de facto na terminologia lusa) como a família monoparental<sup>6</sup>, num rasgo de modernidade que se afasta da tradicional visão centrada no casamento e na prole. A convivência e a afectividade assumem dignidade constitucional, potenciando o surgimento e cristalização de novos institutos como as relações homossexuais, as economias comuns, o concubinato e o namoro qualificado e para novos princípios basilares no Direito da família. A este propósito, aliás, com a Lei Fundamental de 1988 afirmam-se os princípios da liberdade de constituição da comunhão familiar, de igualdade jurídica entre os cônjuges<sup>7</sup> e entre os filhos, da paternidade responsável e do planeamento familiar<sup>8</sup> e da supremacia dos interesses dos menores e dos idosos<sup>9</sup>. No fundo, a organização piramidal da família esbate-se com o fim legal do poder do *pater familias* e a sua substituição pelo poder da família exercido em conjunto pelos cônjuges<sup>10</sup>. Porém, esta igualdade jurídica ainda está longe de se traduzir numa igualdade real sobretudo devido à dificuldade cultural de se ultrapassar uma divisão secular de tarefas entre os elementos constitutivos da família, nomeadamente em matéria doméstica e de sustento.

Por outro lado, a sintonização da lei constitucional com o pulsar social com a previsão da união estável e da família monoparental levanta algumas questões de resposta nem sempre linear que tem apaixonado e dividido a doutrina e a jurisprudência brasileiras. Assim, por exemplo, admitirá a Constituição outras formas familiares? Quais? Com que limites? Haverá alguma hierarquia entre os institutos de Direito da

---

<sup>5</sup> Artigo 226.º § 3.

<sup>6</sup> Artigo 226.º § 4.

<sup>7</sup> Artigo 226.º § 5. Esta igualdade resulta da evolução da própria condição feminina, fugindo à condição kantiana de existência inerente dependente da ordem de outros e não de um impulso próprio.

<sup>8</sup> Artigo 226.º § 7. Note-se que não se deve confundir o planeamento familiar com o controlo demográfico, pois o que se pretende é potenciar e garantir a qualidade de vida. Neste sentido, atente-se ao artigo 3.º da Lei n.º 9263 de 1996.

<sup>9</sup> Corpo do artigo 227.º e artigos 229.º e 230.º, decorrendo a solidariedade para com os idosos de um dever de reciprocidade. Veja-se ainda a Lei n.º 8069/90 (Estatuto da criança e do adolescente) e a Lei n.º 10741 de 2003 (Estatuto do idoso).

<sup>10</sup> O artigo 1568.º do NCCB determina que a manutenção da família é obrigação de ambos os cônjuges.

família? Será o casamento privilegiado? Ao longo do presente trabalho, procurar-se-á argumentar sobre estes assuntos.

### 3. O casamento

O conceito de casamento, à semelhança do conceito de família, varia no tempo e no espaço, passando pela poliandria praticada no Tibete à monogamia tipicamente ocidental.

Na Bíblia, por exemplo, existem referências à poligamia de Abraão ou de Jacob em especial no intuito da procriação, à condenação do envolvimento de Salomão com mulheres estrangeiras, à monogamia de Adão e Eva numa união de entrelaçada e de perpetuação da espécie e, no Cântico dos Cânticos, enquanto símbolo de amor. Veja-se, aliás, que Cristo escolheu iniciar a sua vida pública num casamento e que este se reveste, de acordo com os ensinamentos do Evangelho de S. Mateus (19:6), de um carácter sagrado e indissolúvel. Também S. Paulo reconhece, em particular na Epístola aos Efésios, o matrimónio como um sacramento, um pacto sagrado entre duas partes numa união abençoada por Deus que representa a própria união entre Cristo e a Igreja.

No Direito romano, por sua vez, o casamento reforça a sua natureza contratual e surge como um acto sobretudo de natureza privada com um peso ritual moderado, designadamente em comparação com a ascensão a *pater familias*. Note-se, todavia, que este instituto evoluiu ao longo da antiguidade tanto em termos jurídicos como sociais.

Como recorda Bologne<sup>11</sup>, o Direito romano conhecia igualmente vários graus de casamento mas eram poucos os que permaneceram sob o Império.

Por um lado, o casamento *cum manu* (com a mão) supunha a transmissão da autoridade paternal ao marido, que se tornava tutor da esposa e podia advir de várias formas. Em primeiro lugar, do rapto e da coabitação por um ano para ser legitimado (para o romper bastava que a mulher dormisse três noites fora de casa). O antigo

---

<sup>11</sup> Jean Claude Bologne (1999). *História do Casamento no Ocidente*, tradução de Isabel Cardeal, Temas e Debates, Lisboa.

casamento *per usum* (de facto) era a forma jurídica engendrada para justificar os primeiros casamentos romanos, pelo rapto das Sabinas. Todavia, sob o Império, reduziu-se a uma hipótese académica, pouco se diferenciando do concubinato. A compra recíproca (*coemptio*, com a troca de presentes), que caiu em desuso sob a República, assumiu-se igualmente como base constitutiva da união matrimonial e parece ter sido originariamente associada ao casamento dos plebeus. Por fim, o casamento solene e consensual (*confarreatio*), praticado por algumas famílias patrícias e acompanhado de uma cerimónia religiosa importante. Todavia, o casamento *cum manu* decaiu na época imperial já que a maioria efectuava-se, então, *sine manu*, “sem a mão”, ou seja, sem a transmissão da autoridade paternal. A liberdade da mulher era, portanto, maior.

Sublinhe-se, contudo, que a homogeneização do instituto matrimonial não se consolidou sob o império, verificando-se um conjunto de uniões inferiores resultantes das diferenças de estatuto jurídico dos envolvidos. Assim, apenas os cidadãos livres romanos tinham direito a *iustae nuptiae*. Os estrangeiros encontravam-se submetidos à jurisdição do seu país de origem e se desposassem uma romana, o seu casamento não era “justo”, ou seja, não tinha consequências jurídicas: os filhos eram ilegítimos, a mulher continuava sujeita ao poder paternal e não havia qualquer regime dotal. Da mesma forma, o casamento de um homem livre com uma escrava não era válido. Já as uniões entre escravos eram consideradas apenas como um mero *contubernium* (camaradagem)<sup>12</sup>.

O casamento assume, portanto, no Direito romano, uma estrutura móvel não necessitando, em certos casos de celebração para a sua constituição apesar da sua existência de facto e ressalvando a susceptibilidade do seu rompimento. Face à sua função eminentemente política e económica e ao seu significado social dentro da Roma dos cidadãos, ao lado do casamento legal surgem uniões afectivas sob a forma de concubinato, gerando assim uma realidade dual com, de um lado, a aliança pública e, do outro, a união íntima.

---

<sup>12</sup> Sobre esta matéria e a evolução das relações entre indivíduos de estratos sociais diferentes ou inferiores, ver Jean Claude Bologne (1999).



Neste contexto, entendem-se as mudanças introduzidas por Augusto e Constantino no sentido da maior institucionalização e promoção do casamento com a valorização da afetividade e do papel feminino<sup>13</sup>, com o intuito de incentivar a natalidade dos patrícios, garantir maior estabilidade conjugal e conter as fugas de património. Serão estas regras relativas à classe aristocrática que o cristianismo primitivo democratiza e universaliza num apelo ao casamento legal - veja-se o uso do véu como símbolo de liberdade e não de sujeição -, aproveitando para simplificar a sua forma e reduzir o conceito de família através do apelo à continência e emancipação das mulheres (S. Jerónimo).

Já nas Ordenações prevêem-se três tipos de matrimónio: o casamento de facto (*usus romano*), o casamento por escritura, diferente do casamento civil, com documento *ad probationem tantum* e o casamento religioso católico.

Por seu turno, a Constituição brasileira de 1824 não inclui qualquer referência à família nem ao casamento mas, em 1890, o Decreto n.º 181 secularizou o casamento numa ruptura sem precedentes ao apenas admitir o casamento civil reconhecido pelo Estado, como aliás, acaba por confirmar a Constituição Federal de 1891 no seu artigo 72.º § 4, numa aparente intromissão do Estado no seio da vida familiar e da intimidade. Também a Carta de 1934, dedicando capítulo próprio ao instituto, estabeleceu a constituição da família brasileira pelo casamento civil indissolúvel, princípio mantido nos textos constitucionais de 1937 (artigo 124.º); de 1946 (artigo 163.º); de 1967 (artigo 167.º) e de 1969 (artigo 175.º). O casamento representou assim, por muito tempo, a única forma legítima para a constituição de família. Desta feita, por via infra-constitucional e jurisprudencial, flexibilizou-se a institucionalização do casamento, embora com avanços e recuos, mesmo se o Código Civil de 1916 de matriz napoleónica preferia a família matrimonializada e reprimiu o concubinato<sup>14</sup>. Assim, aceitam-se paulatinamente realidades diversas como a sociedade de facto (depois transformada em união estável) ou o concubinato, atribuindo-se, por exemplo, direitos de pensão à concubina equiparáveis aos da mulher casada. Veja-se o Decreto n.º 2681 de 1912, a

---

<sup>13</sup> Com Constantino põe-se fim à tutela das mulheres pelos seus parentes. Veja-se, igualmente, a liberdade das mulheres solteiras de mais de 25 anos em gerir a sua vida e património.

<sup>14</sup> Ana Elizabeth Cavalcanti (2002).; Maria Luiza Mayer Feitosa (2000). *Concubinato e união estável*, Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.º 45, Setembro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=545>

primeira manifestação legal brasileira com uma norma positiva relativa à companheira (atribuiu-lhe o direito a uma indemnização no caso de morte de passageiro dos caminhos ferroviários) ou a Lei n.º 3724 de 1919 relativa aos acidentes laborais, ou o primeiro decreto previdenciário extensível ao concubinato (o Decreto n.º 20465, de 1931), ou a Lei n.º 3807, de 1960, Lei da Previdência Social, que possibilitou a designação da companheira como dependente, na falta dos dependentes expressamente mencionados na lei ou, por fim, a Lei de Registos Públicos, Lei n.º 6015 de 1973, que autorizou a mulher, solteira, separada judicialmente ou viúva, companheira de homem, também, solteiro, viúvo ou separado judicialmente a requerer a averbação do nome do companheiro no seu registo de nascimento.

A Constituição de 1988, como atrás se referiu, opera nesta matéria uma viragem histórica, ao dissociar o casamento (incluindo o religioso) da única forma de constituição legítima da família e ao moralizar as uniões extra-matrimoniais, em particular a união estável. Dito de outra forma, avança-se para uma compreensão plural mas una da família<sup>15</sup>. Ou seja, passa-se a falar em famílias (famílias de facto e de casamento) e não apenas em família, sendo elas, no entanto, compatíveis entre si e merecedoras de protecção por parte do Estado. Verifica-se, portanto, a abertura ao reconhecimento jurídico de realidades factuais e extra-matrimoniais.

#### **4. As relações extra-matrimoniais**

Várias são as razões possíveis por detrás de uma relação extra-matrimonial, aqui entendida num sentido lato e não pejorativo de todo o tipo de união, mais ou menos socialmente aceitável, entre dois sujeitos e não reconduzível ao casamento de acordo com as formalidades, direitos e deveres legalmente previstos pela lei brasileira para a sua legitimidade. Pense-se em razões culturais, sociais, económicas, de feitio ou de afecto do próprio casal ou ainda resultantes da rigidez e formalidades exigidas para o casamento e para o divórcio ou separação que, apesar do peso da Igreja<sup>16</sup> no Brasil e do

---

<sup>15</sup> Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2006). *A união estável no Código Civil de 2002*, R. SJRJ, n.º 18, Rio de Janeiro, prefere falar numa “nova família”.

<sup>16</sup> Como recorda Maria Luiza Mayer Feitosa (2000)., o primeiro Concílio de Toledo autorizou o concubinato perpétuo. Todavia, depois de imposta a forma pública de celebração (dogma do matrimónio-

seu repúdio pelas relações extra-matrimoniais, justificam a sua existência e reconhecimento jurídico ou pelo menos a sua não proibição ou criminalização.<sup>17</sup>

O avanço jurisprudencial no tratamento da questão, embora reticente e tímido ao início, revela-se essencial para a juridificação das relações extra-matrimoniais e dos seus efeitos, colmatando as falhas e injustiças legais. Desta feita, o Supremo Tribunal Federal acabou por produzir quatro súmulas<sup>18</sup> a este respeito, pacificando as relações sociais e procurando ultrapassar as limitações do tratamento do concubinato em sede do Direito das obrigações e de Direito patrimonial (e não do Direito da família), já que a união estável só foi reconhecida como unidade familiar com o advento da Constituição Federal em vigor.

Note-se, contudo, alguma variação terminológica, ainda hoje, no Brasil, no tratamento desta temática tanto a nível legal como jurisprudencial e doutrinário, com a referência, por exemplo, ao concubinato, à concubinagem, à sociedade de facto, à união estável, aos concubinos, companheiros ou aos conviventes. Mas será esta apenas uma questão de estilo ou traduzirá algum tipo de diferença substancial?

#### **4.1. O concubinato e a união estável**

A não uniformização terminológica no Direito brasileiro a propósito das relações extra-matrimoniais tem dividido a doutrina. Assim, enquanto uns empregam os termos como sinónimos, outros defendem a sua individualização total ou parcial.

---

sacramento), a Igreja mudou de posição e o Concílio de Trento impôs excomunhão aos concubinos que não se separassem após a terceira advertência.

<sup>17</sup> Sobre a evolução histórica das relações extra-matrimoniais e Direito comparado, em especial a união estável e o concubinato, ver Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2006).; João Batista Marques (2000). *A união estável e a família*, Revista de Informação Legislativa, ano 37 n.º 145, jan./mar, Brasília.

<sup>18</sup> Súmula 35: “*Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimónio*”; Súmula 380: “*comprovada a existência de sociedade de facto entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do património adquirido pelo esforço comum*”; Súmula 382: “*A vida em comum sob o mesmo tecto, ‘more uxorio’, não é indispensável à caracterização do concubinato*”; Súmula 447: “*É válida a disposição testamentária em favor de filho adúlterino do testador com sua concubina*”.

Por exemplo, Maria Luiza Feitosa<sup>19</sup> propugna que os vocábulos “união estável” e “concubinato” se confundem actualmente e que concubinato e concubinagem foram historicamente empregues com sentidos diferentes. Assim, enquanto o primeiro se referia a uma união não legalizada de carácter contínuo e duradouro, o segundo designava ligações livres de cunho eventual e transitório. Com a Constituição de 1988, na sua opinião, o termo união estável veio substituir o antigo concubinato e a posterior referência legal a este passou a designar aquilo que se entendia como concubinagem. Ou seja, hoje, o termo concubinato refere-se a uniões furtivas, tais como o concubinato adúlterino ou impuro (casamento concomitante ao concubinato), o concubinato múltiplo e a união estável putativa, que apenas geram protecção legal para o concubino de boa fé não sendo ainda reconhecidas como entidade familiar. Desta feita, o património conjunto resultante da união adúlterina deverá ser dividido de acordo com as regras obrigacionais e não pelo Direito da família, muito embora o concubinato sirva em matéria de investigação da paternidade.<sup>20</sup>

À semelhança de Maria Luiza Feitosa, para Nehemias Domingos de Melo<sup>21</sup>, “o termo união estável pode ser considerado menos um eufemismo para substituir a cacofonia moral, produzida pelo vocábulo concubinato, do que uma verdadeira definição a respeito da convivência heterossexual sem casamento. Com efeito, por menos despida de preconceitos que fosse, a palavra concubinato sempre soou como algo pejorativo, pouco pudentoso. E isso porque ela não contém, quer explícita, quer implicitamente, elementos diferenciadores, marcos sólidos que sugiram separação entre o que é moral e o que é imoral, ou seja, entre a aventura extraconjugal adúlterina e a convivência marital diuturna”. Todavia, para este jurista, com quem parcialmente se concorda, deve-se, em termos jurídicos distinguir, em particular após a Constituição de 1988 e do novo Código Civil, concubinato e união estável, reportando-se o primeiro a relações passageiras ou então duradouras, desde que fora dos pressupostos do casamento ou da união estável, designadamente com carácter de infidelidade. Já o segundo refere-se a uniões duradouras entre duas pessoas de sexo oposto que poderão ser transformadas em casamento.

---

<sup>19</sup> Maria Luiza Mayer Feitosa (2000).

<sup>20</sup> Maria Luiza Mayer Feitosa (2000).

<sup>21</sup> Nehemias Domingos de Melo (s.d.). *União estável: conceito, alimentos e dissolução*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, ano 3, n.º 133. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=696>

Com efeito, no novo Código Civil brasileiro, no fim do título que regula a união estável, surge o artigo 1727.º, no qual o legislador define o concubinato como as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar. O novo diploma legal afasta, portanto, de forma expressa, o concubinato enquanto convivência fortuita, ao contrário do que afirmam os autores *supra* citados, como aliás parece decorrer da sua inserção no capítulo referente à união estável. A não ser assim, o concubinato traduzir-se-ia numa multiplicidade de situações de facto mais ou menos definidas desde o “*one-night-stand*”, às “amizades coloridas” e “*curtes*” na linguagem adolescente, imiscuindo o Direito (e o Estado) no próprio seio da vida privada, numa intromissão perigosa de regulador das relações sexuais e afectivas. A interpretação restrita e qualitativa da não eventualidade por parte da maioria da doutrina brasileira enquanto consciência e carácter não aleatório do relacionamento factual, e como tal excluindo o elemento quantitativo temporal, resulta avassaladora e prepotente na regulação da afectividade e da sexualidade, em especial enquanto processo de moralização do Direito pelo próprio legislador que sente necessidade de tipificar e juridificar a intimidade.

A este propósito, faça-se notar que apesar de não se encontrar explícito na lei, o concubinato, à semelhança da união estável, pressupõe uma ligação emotiva e sexualizada, não contemplando situações como a convivência sob o mesmo tecto de irmãos, avós e netos ou amigos. Esta interpretação decorre, por um lado, do peso histórico da própria palavra concubina, muitas vezes até confundida com amante<sup>22</sup>, e, por outro, da sua relação sistemática com a união estável e com o próprio casamento, nomeadamente no que à filiação respeita. A jurisprudência brasileira tem vindo a dispor neste sentido. Todavia, saliente-se que, em sentido restrito, amante designa o sujeito que se encontra com outro meramente com finalidade sexual. Desta feita, se todo o concubino (companheiro ou convivente) é amante, nem todo o amante é concubino (companheiro ou convivente).

---

<sup>22</sup> De acordo com Euclides Benedito de Oliveira (1996). *Nova regulamentação legal da União Estável inovações da Lei 9.278/96*, Boletim da Emeron, Informativo da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, Edição Mensal, Ano II, n.º 5. <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/boletins/bol5.htm> “o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão estampado na RT 651/170, pinta a concubina como a mulher dos encontros velados, frequentada ao mesmo tempo pelo homem casado, na constância do convívio com sua esposa legítima, situação imoral que nem a sociedade admite e a lei nenhum amparo poderia dar”.

Adiante-se ainda que face à inclusão do concubinato no título referente à união estável poder-se-ia, por questões de interpretação sistemática, argumentar a favor da sua recondução a esta, ou pelo menos a uma das suas sub-formas. Contudo, não parece ser esse o melhor entendimento.

Por um lado, por que razão o legislador empregaria uma terminologia diferente e se sentiria compelido, depois de regular a união estável, a introduzir este artigo, numa duplicação inútil e destabilizadora<sup>23</sup>? Por outro lado, o Código Civil tem que atender aos imperativos constitucionais e a interpretação dos seus preceitos passa obrigatoriamente pelo crivo da Lei Fundamental. Ora, esta, no § 3 do artigo 226.º, além do pressuposto da heterossexualidade da relação, exige, *in fine*, a facilidade de conversão em casamento, o que choca de forma frontal com a própria definição de concubinato plasmada no artigo 1727.º NCCB. Daqui resulta, portanto, a dignificação da união estável, até pela sua previsão expressa na Constituição e reconhecimento enquanto unidade familiar, assim elevada a um estatuto próximo do casamento, resultando da sua licitude (moral e ou legal) e/ou do seu carácter duradouro em conjunto com a imanente liberdade de decisão dos conviventes em optar por uma relação menos formal. Depreende-se, desta feita, a sua diferenciação em relação ao concubinato no qual se verifica, apesar da eventual afectividade subjacente, a impossibilidade de celebração do casamento devido à existência de impedimentos dirimentes, nomeadamente a ilicitude da relação por adultério ou incesto, procurando a sua consagração legal abranger, regular e proteger relações que não estariam, de outro modo, sujeitas à protecção jurídica por haver uma aparência de família. Veja-se que o carácter de laço familiar da união estável decorre, em particular, do seu carácter público,

---

<sup>23</sup> Luiz Felipe Brasil Santos (2003). *A união estável no novo Código Civil.*, Instituto de Estudos Jurídicos e Sociais de Cruz Alta. <http://www.iejusca.org.br/biblio/uniaoestavel1.htm> recupera o PL 6960/02 para tentar dar sentido útil a este artigo: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar e que não estejam separados de facto, constituem concubinato, aplicando-se a este, mediante comprovação da existência de sociedade de facto, as regras do contrato de sociedade. Parágrafo único. As relações meramente afectivas e sexuais, entre o homem e a mulher, não geram efeitos patrimoniais, nem assistenciais. Consta na justificativa: Há grave contradição entre este artigo e o disposto no artigo 1.723, § 1º, que possibilita a constituição de união estável àqueles que, embora impedidos de casar, estão separados de facto. Daí a alteração procedida na cabeça do artigo. Quanto ao parágrafo único, a proposta contempla disposição constante do Esboço de Projecto de Lei discutido em sucessivas reuniões e, afinal, redigido em Abril/02, pela comissão de familiaristas coordenada pelo ilustre professor Segismundo Gontijo (MG) a pedido da Comissão de Família e Seguridade Social, da Câmara Federal, como substitutivo de outros projectos sobre a matéria, em tramitação na Casa.” Sobre a interpretação útil do artigo 1727.º, Daiana Santos Silva (2006). *Os "companheiros", contraentes da união estável como sujeitos de Direito*, Boletim Jurídico, Uberaba/MG, ano 3, nº 183. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1345>

duradouro e contínuo<sup>24</sup> e de um implícito *animus* conjugal e familiar. Afinal, mais do que a importância quantitativa da duração do relacionamento, os conviventes movem-se na direção da constituição da família<sup>25</sup>. A ausência expressa destas exigências no concubinato e a expressão legal “*impedimento*” sustentam apenas a sua admissão enquanto relação paralela, concorrente, suplementar e acessória a uma outra sociedade conjugal, como casamento ou a união estável, muito embora da sua inserção no livro de Direito de família e do Título III pareça resultar a necessidade implícita de pelo menos aparência familiar.<sup>26</sup>

Assim, pode-se definir à luz do Direito brasileiro hodierno, união estável como o relacionamento heterossexual não adulterino nem incestuoso, duradouro, público e contínuo, sem impedimentos temporários ou não à realização do casamento<sup>27</sup> (tais como os previstos no artigo 1521.º do NCCB, não se aplicando, todavia, a incidência do inciso VI do referido artigo, no caso de a pessoa casada se achar separada de facto ou judicialmente) e com a consequente possibilidade de conversão em matrimónio<sup>28, 29</sup>. Deste tipo de união resulta um conjunto de direitos e obrigações, tais como os decorrentes dos artigos (alimentos) 1694.º, 1724.º (lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos), 1725.º (meação) e 1790.º (herança) do NCCB<sup>30</sup>. Já concubinato designa relações entre duas pessoas de sexos opostos de carácter duradouro, adulterino, incestuoso, pedófilo ou desleal sem possibilidade de conversão em casamento por existência de impedimentos legais. A discussão em torno dos seus efeitos jurídicos continua a aquecer e dividir doutrina e jurisprudência.

---

<sup>24</sup> Note-se, contudo, quanto aos requisitos caracterizadores da união estável, que mais recentemente se tem defendido a dispensabilidade do *mos uxorius*, ou seja, a convivência idêntica ao casamento, na linha da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>25</sup> Neste sentido, Nehemias Domingos de Melo (s.d.).

<sup>26</sup> Sobre a localização sistemática da união estável no novo Código Civil, Patrícia Eleutério Campos (2003). *União estável e o novo Código Civil: uma análise evolutiva.*, Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.º 89, Setembro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4342>

<sup>27</sup> Pode, neste sentido, distinguir-se entre união estável plena e condicional. Neste último caso, pense-se, por exemplo, no relacionamento entre um convivente solteiro e outro separado judicialmente ou de facto, como aliás, resulta de forma expressa do novo Código Civil.

<sup>28</sup> Mas quais serão os efeitos da conversão: *ex-nunc* ou *ex-tunc*? Sobre este assunto, ver Luiz Felipe Brasil Santos (2003).

<sup>29</sup> Euclides Benedito de Oliveira (1996). define a união estável como “*posse do estado de casados*”.

<sup>30</sup> Cristiano Chaves de Farias (s.d.). *A união estável como forma extintiva da punibilidade*, Justitia, chama a atenção para o facto da união estável também poder garantir a extinção da punibilidade.

Põe-se, desta forma, termo a alguma confusão conceptual e terminológica subjacente às soluções legais anteriores ao novo Código Civil, em particular as leis n.º 8971 de 1994 e 9278 de 1996.<sup>31</sup>

Resumindo, o Direito brasileiro aceita como tipos de relacionamento entre homem e mulher com efeitos e protecção jurídicas diferentes: o casamento, a união estável e o concubinato, tendo muito recentemente, como se verá, a jurisprudência começado a desenvolver um quarto conceito: o namoro qualificado. Deixa, todavia, pelo menos de forma expressa, fora do seu âmbito outro tipo de uniões ou relacionamentos afectivos e/ou sexuais como as relações homossexuais, a convivência sob o mesmo tecto de irmãos, avós e netos, tios e sobrinhos, amigos, colegas de trabalho, entre outros.

#### **4.2. As uniões homossexuais e a convivência assexual**

Martim e Ruy de Albuquerque<sup>32</sup> chamam a atenção, no seu manual, para a necessidade do historiador do Direito não reflectir as suas pré-compreensões na sua análise, procurando contextualizar a informação, numa leitura e interpretação de acordo com os quadros mentais da época. Ora, em matéria de Direito da família, quando se examina de perto o ordenamento actual brasileiro, verifica-se, embora de forma implícita, os preconceitos do legislador que transpôs para a ordem jurídica uma visão ainda conservadora da família.

Com efeito, de um exame inicial tanto da Lei Fundamental como do Código Civil ressalta uma tendencial supremacia do instituto casamento já que, não só surge em primeiro lugar e com maior número de disposições, como, mesmo em matéria de união estável, existe uma referência à facilitação da sua conversão em matrimónio. Por outro lado, e apesar da realidade fáctica e da sua crescente aceitação social, não se descobre nenhuma referência a uniões homossexuais. Pelo contrário, sublinha-se a heterossexualidade constitutiva da família nuclear. Querirá isto significar um repúdio mais ou menos camuflado dos relacionamentos “marginais”?

---

<sup>31</sup> Criticando duramente a confusão terminológica, Helder Dal Col (2005). *União estável e contratos de namoro no Código Civil de 2002*, Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.º 759. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7100&>; Euclides Benedito de Oliveira (1996).

<sup>32</sup> Ob. Cit.



Tal compreensão pareceria implicar a aceitação da moralização social pelo Direito e a sua padronização, tarefa que ultrapassa as funções do legislador. Por outras palavras, o Direito serviria de instrumento para a matização das diferenças através de um processo de alisamento de arestas, em vez de as aceitar, assumir e enquadrar de acordo com as suas características distintivas. Se é verdade que *dura lex sed lex*, e que o Direito injusto existe, também não deixa de ser verdade a procura incessante da justiça e do incansável trabalho de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico em busca de uma maior aproximação ao Direito natural. Neste sentido, quase se poderia falar em normas constitucionais inconstitucionais nesta matéria.

Todavia, de uma leitura mais aprofundada, verifica-se que ao basear os princípios constitucionais, incluindo os de Direito da família, na dignidade de pessoa humana, cerne do próprio Direito natural, a Lei fundamental facilita o reconhecimento de novos institutos, sobretudo quando da aceitação da união estável e da família monoparental resulta um elo afectivo e de protecção e convívio constitutivo da unidade familiar<sup>33</sup>. A previsão da protecção dos menores e dos idosos no capítulo referente à família reforça este entendimento de enumeração não taxativa do artigo 226.º e muito embora, como estatui no seu § 3, o casamento se assuma como o modelo de referência, ele não é nem exclusivo nem hierarquicamente superior, representando apenas uma das possibilidades<sup>34</sup>. Da Constituição parece apenas sobressair a exigência da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica dos intervenientes, do respeito mútuo e do elo afectivo e/ou de convivência. Assim, enquanto norma aberta e sujeita a uma interpretação actualista, o artigo 226.º não representa, por si só, um limite ao Direito infra-constitucional e à sua aplicação judicial. O pulsar social, mais do que a Constituição, dita os limites à aceitação e institucionalização de fenómenos como a união homossexual ou o namoro qualificado que poderão desenvolver-se a nível infra-constitucional. Afinal, não é por decreto que se constrói uma família. Não é porque o legislador prefere o casamento que as pessoas se passarão a casar. São elas que, no seu

---

<sup>33</sup> Neste sentido, Roberto Nogueira Feijó (2006). *Direito de Família Contemporâneo: Análise dos Institutos da União Estável e da União Homoafetiva diante dos Princípios Constitucionais do Direito de Família*, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Vol. 22, p.16.

<sup>34</sup> Contra, defendendo mesmo a inconstitucionalidade de grande parte das normas infra-constitucionais referentes à união estável por a estimularem, Wilson J. Comel e Denise Damo Comel (2005). *União Estável e Casamento – Adequação da disciplina da União estável no Código Civil à Constituição Federal*, Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 832, Fevereiro, São Paulo.

quotidiano, escolhem os modelos que melhor se lhes adequa. A família nasce e desenvolve-se, portanto, no social e não no Direito.

No caso da homossexualidade, um dos argumentos a mais das vezes apresentado prende-se com a finalidade das unidades familiares: a procriação. Todavia, esta não pode servir de argumento decisivo. Afinal se assim fosse, muitos casais não poderiam fundar famílias por causa de infertilidade, além de que os desenvolvimentos científicos e os fenómenos de bancos de esperma e óvulos ou barrigas de aluguer deixariam cair por terra o argumento. A vontade das partes e a *affectio maritalis* são decisivas. Como bem resumiu o Des. José Carlos Teixeira Giorgis<sup>35</sup>, “*não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafectivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural actividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afecto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevando sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade.*” Com efeito, segundo a Desembargadora Maria Berenice Dias, “*é de ser reconhecida judicialmente a união homoafectiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um facto social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afecto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de géneros. E, antes disso, é o afecto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.*” Mais, “*a ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4.º da LICC).*”<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Apelação Cível n.º 70001388982, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

<sup>36</sup> Apelação Cível n.º 70009550070, Rel. Des. Maria Berenice Dias, 2004.

Alguma jurisprudência e doutrina brasileira, sobretudo gaúcha, tem, aliás, argumentado neste sentido, reconhecendo até efeitos patrimoniais às relações homossexuais, como pensão, meação, direitos sucessórios e recebimento de seguro de vida, remetendo mesmo a resolução das questões para as varas de família, contrariando a abordagem tradicional de tratamento da matéria enquanto sociedade de facto sujeita ao Direito das obrigações.<sup>37</sup> Verifica-se, portanto, uma tendência em se encarar certos casais homossexuais como uma unidade familiar<sup>38</sup>. A dignidade da pessoa humana surge, deste modo, fortalecida.

Este último princípio surge também referido a propósito do reconhecimento de direitos em relações assexuadas como a convivência sob o mesmo tecto de irmãos, sobrinhos e tios, avós e netos, amigos, uma vez que a realidade subjacente, apesar de não prevista legalmente, não choca com um ordenamento humanista como o brasileiro. Desta feita, as instâncias superiores brasileiras têm paulatinamente vindo a ampliar o rol das entidades familiares aceites, conferindo-lhes direitos e deveres. Veja-se, por exemplo, quanto a irmãos, o Recurso especial n.º 205170 /SP<sup>39</sup>.

### **4.3. O namoro qualificado e os contratos de namoro**

O processo afectivo tradicional de envolvimento entre um homem e uma mulher passa, à semelhança dos contos de príncipes e princesas, por quatro fases: corte, namoro, noivado e casamento, vindo posteriormente a abundante prole. Nas palavras de João Moreno Pomar<sup>40</sup>, “*namoro como acto preparatório, noivado como promessa e, casamento, como acto legal para gerar efeitos jurídicos definitivos*”. Neste sentido, o

---

<sup>37</sup> Cf. Apelação Cível n.º 70010649440, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 2005; Apelação Cível n.º 70006542377, Rel. Des. Rui Portanova; Apelação Cível n.º 70006844153, Rel. Des. Catarina Rita Krieger Martins, 2003, com aplicação analógica do enquadramento da união estável; Apelação n.º 598362655, 8.ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. José Trindade, 2000, recorrendo ao princípio da igualdade na sua dimensão de proibição de discriminação. Contra, REsp 323370 / RS, Recurso especial n.º 2001/0056835-9, DJ 14.03.2005, p. 340, Rel. Ministro Barros Monteiro; REsp 502995 / RN ; Recurso especial n.º 2002/0174503-5, DJ 16.05.2005, p. 353, Rel. Ministro Fernando Gonçalves; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, RT 791/354. Com uma posição ambígua, o Superior Tribunal de Justiça, REsp 148897 / MG; Recurso especial n.º 1997/0066124-5, DJ 06.04.1998, p. 132 Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Ver por todos, Roberto Nogueira Feijó (2006).

<sup>38</sup> Neste sentido, Luiz Felipe Brasil Santos (2006). *Acórdão*, Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 7, n.º 26, pp. 59-75, Janeiro-Abril.

<sup>39</sup> Recurso especial n.º 1999/0017119-5, DJ 07.02.2000, p. 173, Rel. Min. Gilson Dipp.

<sup>40</sup> João Moreno Pomar (2006). *Dos namoros aos Tribunais*.

rompimento dos laços criados levaria, nos dois primeiros casos à dor traduzida em lágrimas e em melancolia, no terceiro caso a uma eventual indemnização por danos patrimoniais e morais (pense-se na própria origem do anel de noivado) ou a uma pretensão da partilha dos bens adquiridos na iminência do matrimónio e, no último caso, à divisão do património e regulação do poder paternal. Todavia, mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, saltam-se ou sobrepõem-se etapas, inventam-se novas formas de relacionamento, baralham-se institutos, obrigando a uma maior dinâmica do Direito para acompanhar o pulsar social traduzida não apenas na arte do legislador mas também do engenho dos aplicadores do Direito, *maxime* os tribunais.

Se o casamento permanece como a referência por excelência dos relacionamentos afectivos, como aliás decorre da própria Constituição Federal, as barreiras tanto à entrada (ex. económicas, sociais, jurídicas) como à saída (historicamente a indissolubilidade ou hoje as regras relativas ao processo de divórcio ou de separação) alimentaram a proliferação de uniões mais ou menos informais extra-matrimoniais desde a simples “junção de trapos” à celebração de contratos de união ou sociedade conjugal<sup>41</sup>. Nestas situações, tal como nos casamentos e malgrado as promessas de eterno amor, os conflitos e separações também sucedem, acabando a sua resolução por nem sempre se conter dentro do universo interpessoal e social, em especial, num contexto de emoções fortes e de sensibilidade exacerbada pela dor do rompimento. O Direito dificilmente se consegue alhear desta problemática, muito embora a fronteira entre o jurídico e o trato social nem sempre ser clara e a juridificação das relações amorosas conter perigos de publicação da intimidade com a consequente susceptibilidade de ingerência do Estado e do coarctar da espontaneidade natural dos relacionamentos. Sem sequer pensar na questão do entupimento da máquina judicial, afinal nada é mais complexo do que a vida a dois, quem consegue imaginar a interferência de um juiz ou de um árbitro para resolver desentendimentos sobre quem deve ir buscar a criança à escola, fazer o jantar ou puxar o autoclismo ou decidir sobre a

---

<sup>41</sup> De acordo com Pablo Stolze Gagliano (2006). *Contrato de namoro*, Jus Navigandi, Teresina, Ano 10, n.º 1057. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8319>, uma pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, veiculada em 2000, revela que, na faixa etária entre 15 a 24 anos, 49 % dos casais unem-se informalmente, contra apenas 30 % que optam pelo casamento religioso com efeitos civis. 17,5 % escolhem o matrimónio civil e só 3,4% realizam a cerimónia religiosa (o que faz com que acabem incidindo nas regras da união estável, quando não obtiveram o reconhecimento do Estado). De acordo com o censo de 2000, citado por Renata Mariz (2006). *Um contrato em nome do amor*, Correio Braziliense, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística identificou que 28,63% das uniões eram consensuais sem registo em cartório.

bondade dos rompimentos e da conseqüente divisão da culpa. Aproveite-se, aliás, esta ocasião para criticar a actual intromissão do legislador no seio do conflito conjugal com a determinação arcaica da culpabilidade no caso de separação ou divórcio. Veja-se, nomeadamente, o artigo 1578.º do NCCB, que choca com os melhores ensinamentos hodiernos da psicologia e terapia familiar em que a culpa, se é que se trata do conceito mais adequado até pelo carácter pejorativo do termo (preferindo-se falar em responsabilidade partilhada), não morre solteira.

Ora, a tentativa de juridificação dos relacionamentos extra-matrimoniais pelo legislador brasileiro no intuito de conferir maior protecção e segurança aos envolvidos criou, face à sua natural inabilidade em lidar com a casuística e especificidade dos mesmos através da técnica da tipificação, ansiedades e incertezas potencialmente desastrosas em termos afectivos.

#### 4.3.1. A união estável e o namoro qualificado

Quando a Lei n.º 8971 de 1994 regulamentou a “união estável” exigiu como elementos constitutivos uma convivência superior a cinco anos ou a existência de prole comum, preferindo, portanto, referenciais objectivos para o seu reconhecimento e conseqüente produção de efeitos jurídicos. Já a Lei n.º 9278 de 1996<sup>42</sup>, que revogou parcialmente o diploma anterior, abdica desses critérios objectivos, passando, na esteira da súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, a exigir a convivência pública e duradoura, com a finalidade de constituição de uma família. Também o novo Código Civil, ao contrário das expectativas, optou por estes conceitos indeterminados e sujeitos a interpretações subjectivas, talvez por considerar que o casuísmo assim potenciado condiria melhor com as especificidades e plasticidade da afectividade. Como argumenta

---

<sup>42</sup> Sérgio Couto (s.d.). *Uniões Estáveis ou Uniões Instáveis?*, Nagib Slaibi Filho, Rio de Janeiro. [http://www.nagib.net/variedades\\_artigos\\_texto.asp?tipo=14&area=3&id=288](http://www.nagib.net/variedades_artigos_texto.asp?tipo=14&area=3&id=288), chama a atenção para o processo conturbado de aprovação desta lei e a conseqüente “*legislação anencefálica*” na sequência da truncagem do projecto-lei. Ver também Euclides Benedito de Oliveira (1996). Sobre a união estável antes destas leis, Carlos Alberto Menezes Direito (1991). *Da União Estável*. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9376>. Para uma apreciação crítica e “autêntica” do acervo legislativo sobre a união estável e o concubinato, Álvaro Villaça Ribeiro (1999). *Projecto do Código Civil: A união estável: legislação e projetos*, Revista CEJ, Set-Dez. <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo8.htm>; Álvaro Villaça Azevedo (s.d.). União Estável: Antiga Forma de Casamento de Facto, Impulso.

Euclides de Oliveira, “*era mesmo de rigor a dispensa desse prazo certo para que se reconheça a entidade familiar resultante da união estável. Primeiro, porque a Constituição, no art. 226, §3º, não prevê a condicionante temporal. Segundo, pela evidência de que a estabilidade da união tem que ser examinada caso a caso, pelas circunstâncias do modo de convivência, e pela família que daí resulte, ainda que não dure muitos anos e mesmo que não haja filhos dessa união.*”<sup>43</sup> Todavia, a publicidade mediática em torno do novo Código e das consequências jurídicas de situações fácticas que consubstanciem uma união estável, num país em que o contacto entre o Direito e a população é esparso e em que crescem os relacionamentos informais, levou, por um lado, à multiplicação do recurso aos tribunais para o reconhecimento de uniões estáveis e, por outro, ao sucesso dos denominados “contratos de namoro”. Afinal as fronteiras entre um namoro, nomeadamente um namoro “moderno” com relacionamento sexual e convivência sob o mesmo tecto, e união estável nem sempre se delineiam com facilidade. Com efeito, nenhuma união nasce “estável” ou duradoura. Ela torna-se estável e duradoura se persistir.

Um casal pode iniciar um relacionamento fixando, de antemão, eventualmente por instrumento particular ou público, que o mesmo é estável? E como classificar a relação enquanto a característica da durabilidade não se efectivizar? Quando se preenchem apenas alguns dos elementos necessários ao reconhecimento da “união estável” serão os envolvidos apenas namorados? Ou “companheiros” ou mesmo concubinos a partir do momento em que coabitam? Ou haverá alguma denominação intermédia que os designe? Até quando são “namorados”? Quando deixam de sê-lo para se tornarem “conviventes” ou “companheiros”? Quanto tempo de convivência é necessário para que uma união seja considerada estável e duradoura? Qual o momento e/ou o factor especial que marca essa mudança? Como se transpõe essa linha limítrofe? No fundo, quando passa uma relação de namoro ou amizade colorida a união estável? Afinal no casamento existe um acto formal que marca o início de uma nova etapa, o que não sucede naturalmente nas uniões estáveis. Mais, certos rituais como a troca de alianças ou a mudança definitiva para uma casa comum não são hoje determinantes para recortar a formalização de uma união estável. A partir de que momento se estará então face a uma relação deste tipo? E terá a sua constituição efeitos retroactivos? Em caso positivo até

---

<sup>43</sup> Euclides de Oliveira (2003). *União Estável - Do concubinato ao casamento - Antes e depois do Código Civil*, Método, 6.ª edição, pp. 129/130.

que data? Ou seja, estando reunidos os requisitos para a união estável, os efeitos, designadamente patrimoniais e sucessórios que daí resultam, deverão ser estendidos a todo o processo formativo da relação?

Outras questões se levantam: E se um dos envolvidos não possuir em relação ao outro qualquer intenção de estabelecer uma “união estável”, preferindo um simples relacionamento ou namoro prolongado? Poder-se-á nessa situação impor-se o regime da “união estável” mesmo contra vontade, em especial face à subjectividade da avaliação do elemento anímico? E se um ou ambos os companheiros se arrependerem durante a união do seu maior envolvimento e resolverem aligeirá-lo? A durabilidade deverá ser contínua ou é cumulativa? Será o elemento objectivo tempo (assim como a publicidade) mais ou menos importante do que o elemento subjectivo de *animus* de constituição de família? Haverá algum preponderante? Imagine-se que dois namorados resolvem finalmente viver juntos com intenção de constituir família, comunicando o facto aos familiares e amigos mais próximos, passando a dividir contas bancárias e encargos. Todavia, passado dois meses um morre. Poderá esta relação ser classificada como união estável? Por outro lado, não havendo união estável, o rompimento da relação produzirá de *per si* efeitos jurídicos, em especial em termos de partilha de bens e indemnizatórios sobretudo no caso de convivência pública e sob tecto comum? E havendo filhos?

A resolução destas questões, que tem animado a doutrina e jurisprudência civilística brasileira na ausência de normas, não se averba fácil, espelhando a própria complexidade dos envoltimentos amorosos e/ou sexuais e obriga a uma mais aprofundada análise dos elementos constitutivos da união estável e da própria relação entre os diplomas que regulam esta matéria.

A este respeito, parece pacífico o entendimento doutrinário da mera revogação parcial da Lei n.º 8971 de 1994 pela Lei n.º de 9278 de 1996, em especial no que respeita a delimitação dos elementos constitutivos da união estável<sup>44</sup>. Desta feita, os requisitos de cinco anos de duração mínima de convivência contínua e estável ou

---

<sup>44</sup> Ver, por exemplo, Andrea Melo de Carvalho (2007). *A Família e a Constituição Federal de 1988*, Revista da Justiça Federal do Piauí, Vol. II. [http://www.pi.trf1.gov.br/Revista/revistajf2\\_cap8.htm](http://www.pi.trf1.gov.br/Revista/revistajf2_cap8.htm). Sobre o problema de sucessão de leis tempo, ver, por exemplo, Marlusse Pestana Daher (2000). *União estável e concubinato*, Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.º 44, Agosto. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=552>>

existência de prole anteriormente exigidos desaparecem, como aliás acaba por ser confirmado pelo novo Código Civil, apesar de no seu projecto constar a referência a cinco anos. Estes elementos poderão, no entanto, constituir um auxiliar interpretativo, muito embora apenas a título meramente indicativo. Já no que concerne a relação entre o novo Código Civil e as Leis n.º 8971 de 1994 e n.º de 9278 de 1996, as opiniões divergem. Não havendo qualquer indicação expressa quanto à sua revogação, o problema coloca-se no âmbito da questão da revogação de uma lei especial por uma lei geral posterior e, portanto, se subjaz ao NCCB uma intenção de regular a totalidade da problemática da união estável já que lhe dedica o título III do Livro IV da Parte Especial. Sem querer discorrer muito sobre este assunto, até porque no que releva para este trabalho o Código repete as disposições legais avulsas, concorda-se com Helder Martinez Dal Col<sup>45</sup> quando conclui pela não revogação da lei especial por esta regular matérias não atendidas pelo legislador em 2002.

O novo diploma exige, como já por várias vezes se mencionou, para além da dualidade sexual, a “*convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objectivo de constituição de família*”. Note-se a dispensabilidade do relacionamento *mos uxorius*, na esteira da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, deixando ao aplicador do Direito, *maxime* ao juiz, uma grande margem de liberdade interpretativa na tentativa de uma melhor resposta ao caso concreto. A jurisprudência tem, aliás, contribuído de forma substancial para a densificação e determinação de um núcleo mínimo da união estável e dos seus requisitos, em particular os tribunais do Rio Grande do Sul conhecidos pela sua maior abertura e vanguardismo. Neste sentido, têm-se concentrado sobretudo sobre os elementos fácticos presentes em cada caso concreto, avaliando a prova da união estável, em particular a sua notoriedade, duração, estabilidade, vocação de permanência, propósito de continuidade da vida em comum, amealhação de património pelo esforço comum e a afectividade, fidelidade, respeito e mútua assistência<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Helder Martinez Dal Col (2005).

<sup>46</sup> Veja-se, por exemplo, o Processo n.º 20030150073404, na 1.ª Turma Cível do TJ-DFT. De acordo com a Juíza de 1.ª Instância do processo, Zoni de Siqueira Ferreira, “*ocorre que namoro sério não pode ser confundido com união estável. A união estável exige muito mais que namoro; exige a convivência sob o mesmo teto e ajuda mútua, dependência económica, uso do nome do companheiro, o que não foi demonstrado pela autora, pois o falecido não morava em sua residência e não há provas de que a ajudava financeiramente*”.



No que respeita o requisito da publicidade, traduz-se na apresentação do casal como uma unidade afectiva guiada pelo respeito mútuo face a familiares, amigos ou vizinhos. A notoriedade não exige, porém, que toda a comunidade esteja a par do relacionamento, mas pelo menos os que com eles convivam ou lidem, o que é facilitado no caso de morada conjunta. Todavia, tanto a jurisprudência como a doutrina têm aceitado a possibilidade dos companheiros residirem em locais separados antes e depois da constituição da união estável, seja por razões de ordem profissional, seja de ordem pessoal, salvo se o distanciamento for tal que ponha em causa a disponibilidade afectiva e sexual do casal, provocando a sua ruptura enquanto unidade familiar.

Quanto à durabilidade e continuidade da relação<sup>47</sup>, normalmente associadas à estabilidade da relação, dois pontos parecem claros: por um lado, constituem dois elementos distintos e legalmente cumulativos (o que não significa que tenham igual valor ou ponderação na análise do caso concreto) e, por outro, não podem ser determinados *a priori* mas apenas constatados *a posteriori*.

No que concerne o primeiro aspecto, embora ambos os conceitos se refiram ao elemento temporal, a durabilidade reporta-se à sua caracterização quantitativa, enquanto que a continuidade respeita o aspecto qualitativo. Enquanto conceitos indeterminados, a sua concretização pode conduzir a um de três campos: 1) branco/positivo (por exemplo, quinze anos de vida em comum sem interrupção); 2) preto/negativo (por exemplo, um mês ou cinco anos com quatro interregnos de seis meses); 3) cinzento/inconclusivo (por exemplo, três anos e meio de convivência ou cinco com um interregno de um ano). Este último revela-se com certeza o mais difícil de apreciar, obrigando a uma averiguação mais aprofundada por parte do juiz no sentido de uma melhor caracterização da relação, angariando provas junto de outras fontes sobre a estabilidade da mesma<sup>48</sup>. Além do mais, interessa não esquecer que a lei não considera apenas a durabilidade e a continuidade como elementos constitutivos da união estável. Desta feita, a avaliação do *animus* familiar pode revelar-se preciosa até para a própria avaliação quantitativa e

---

<sup>47</sup> Sobre esta questão, Ricardo Fiúza (2002). *O novo Código Civil e a união estável*, Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n.º 54, Fevereiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2721>

<sup>48</sup> Marcos Vinícius Baumann (2006). *União Estável. Breves considerações acerca da União Estável*, DireitoNet. <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/24/91/2491> salienta, recordando Hélio Borghi, a importância da manutenção da sexualidade como sinal de estabilidade.

qualitativa da estabilidade<sup>49</sup>. Assim, dois anos poderão ser suficientes e a verificação de interrupções não desnaturar o carácter contínuo da relação, em particular se não se verificarem, nos intervalos, novos relacionamentos notórios<sup>50</sup>.

No que respeita o segundo aspecto, como acima se afirmou, uma relação não nasce estável, torna-se estável no plano fáctico e ontológico. Um contrato que pré-determine a sua durabilidade e continuidade não tem, desta feita, qualquer sentido pois a qualquer momento pode haver um rompimento mais ou menos definitivo, evidenciando que não se tratou de uma união estável mas apenas de um namoro, de um caso amoroso ou de um momento de paixão. Já a celebração de um contrato na constância da união estável faz sentido sobretudo na lógica da divisão do património passado e futuro, num verdadeiro acto de reconhecimento da situação de facto subjacente, na linha do artigo 1725.º NCCB.

A lei exige ainda um elemento funcional para a constituição de uma união estável: o objectivo de constituição de família, aliás reforçado pela susceptibilidade da sua conversão em casamento. Porém, como apurar essa finalidade? Através de uma declaração ou da existência de filhos ou de planos nesse sentido, nomeadamente o fim das medidas anti-contraceptivas, tratamentos de fertilidade ou a iniciação de um processo de adopção?

A declaração mais ou menos pública e formal poderá por si só não bastar. Afinal pode ter sido feita num arroubo de paixão, evidenciando até um erro ou um vício da vontade. Por outro lado, terá de envolver as duas partes. Na união estável, à semelhança do casamento, pressupõe-se um encontro de vontades livres e esclarecidas, até devido à produção de efeitos jurídicos para ambas as partes, no primeiro traduzido na situação fáctica, no segundo pela sua natureza contratual. Por outras palavras, não pode haver

---

<sup>49</sup> Dijosete Veríssimo da Costa Júnior (2001). *União estável: O reconhecimento da existência do amor e da entidade familiar*, Especial para O Neófito. <http://www.neofito.com.br>/considera mais importante o elemento anímico do que temporal.

<sup>50</sup> O artigo 1724.º NCCB impõe, no caso de se consubstanciar uma união estável, o dever de lealdade e de respeito. Quanto a estes deveres, e aos outros previstos naquela disposição, poder-se-á questionar se não valerão não apenas para o futuro mas igualmente de forma retroactiva. Dito de outra forma, se para a caracterização da união enquanto estável os envolvidos deverão, no decurso do tempo necessário para a formação daquele instituto, comportar-se de acordo com o disposto naquela norma. Se é certo que a lei não o exige de forma expressa, também é verdade que a sua verificação funciona como prova ou indício material não apenas de continuidade mas igualmente de intenção de constituição de família.

uma união estável se se registrar uma dissonância de entendimento entre as partes, por exemplo, para um ser apenas um namoro e para o outro uma união estável.

A existência de filhos não é, igualmente, decisiva. Afinal quantas vezes a gravidez não é acidental mesmo com a utilização de contraceptivos ou utilizada como arma para prender o homem, já para não mencionar as relações que não resistem às ansiedades dos primeiros anos de vida das crianças. E se o casal não poder ter filhos e o souber desde cedo na relação, ou se pura e simplesmente não os quiser ter? Mais, e se a relação não passar sequer pela dimensão sexual mas da camaradagem e companhia? Pense-se em casais de idosos. Também aqui o trabalho do juiz passará pela junção e ponderação de provas no sentido de apurar um sentimento, um *animus* de família, por exemplo através da divisão de tarefas ou encargos sobretudo quando relacionados com a morada comum, e assim separar as águas entre relações amorosas e união estável.

No universo ôntico dos relacionamentos afectivos entre adultos apresenta-se uma vasta zona cinzenta entre namoros, em particular prolongados, e a união estável. A jurisprudência mais recente desenvolveu o conceito de “*namoro qualificado*” ou “*namoro prolongado*” para qualificar relações próximas da união estável mas às quais falta um ou outro elemento constitutivo como a *animus* ou a durabilidade e continuidade, numa espécie de escalão imediatamente inferior àquele tipo e superior ao namoro simples e por maioria de razão a relacionamentos eventuais e fortuitos como as modernas amizades coloridas.

Assim, por exemplo, a 7.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>51</sup> negou o reconhecimento de um namoro de nove anos como união estável por ausência de comprovação da sua publicidade, da mesma forma que a 4.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, por maioria de votos, indeferiu o pagamento de uma pensão previdenciária a uma ex-namorada de um magistrado apesar da existência de um relacionamento amoroso prolongado por falta de prova do objectivo de constituição de família. Afinal, de acordo com o relator do Acórdão, o desembargador João de Almeida Branco, “*simples relações sexuais, ainda que repetidas, por largo espaço de tempo, não constituem concubinato, que é manifestação aparente de casamento, vivendo os dois*

---

<sup>51</sup> Luiz Felipe Brasil Santos (s.d.). *TJ-RS não reconhece união estável em namoro de nove anos*, em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/29262.1>

*sob o mesmo tecto, como se casados fossem*". Por seu lado, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais atesta que *"um simples namoro, maxime se o suposto relacionamento transcorreu em um curto período, sem prole, sem relacionamento sexual, sem património comum, e com publicidade duvidosa"* não permite que se reconheça *"a existência da 'affectio societatis' para fins de averiguação de união estável"*<sup>52</sup>. Por seu turno, o pró-activo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, enfrentando uma onda de processos associados às preocupações despertadas com o novo Código Civil na complexa teia das relações afectivas contemporâneas diferenciou a união estável de um novo instituto baptizado pelo Desembargador Antônio Carlos Stangler Pereira: o namoro qualificado<sup>53</sup>.

Nas suas palavras, *"o relacionamento do homem e da mulher, para merecer a protecção do Estado e ser reconhecido como uma entidade familiar, há de ter o propósito de um casamento, e não de um namoro qualificado que, ocorrida a primeira desavença, serve esta de motivo para a separação dos conviventes"* Mais, no caso em apreciação, *"os elementos de prova reunidos nos autos, no que respeita as fotografias, folhas de cheques e uma nota fiscal, bem como o registo de ocorrência policial, não servem para caracterizar a união estável pretendida pela autora, pois o que efectivamente aconteceu é aquilo que se pode chamar de "namoro qualificado", muito comum hoje em dia, quando as pessoas se propõem a habitarem sob o mesmo tecto, mas sem que isto signifique a formação de uma entidade familiar, até mesmo porque a convivência não durou mais do que nove meses, e, se tivesse perdurado (...), ainda assim não estaria caracterizado um casamento de facto. Dos dois depoimentos testemunhais, nada se aproveita no sentido de afirmar uma convivência de modo a formar uma entidade familiar, para merecer a protecção do Estado como união estável, até mesmo pelo pouco tempo de convivência, que não se arrastou por anos a fora, mas teve uma duração efémera, em face de uma denúncia de agressão, que foi suficiente para causar a morte do amor, se é que existiu, uma vez que tudo indica que passado o interesse sexual, não mais se restabeleceu a convivência, apenas persistindo o interesse*

---

<sup>52</sup> Acórdão 1.0105.00.001417-2, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 2005.

<sup>53</sup> Veja-se, por exemplo, os Acórdãos n.º 70002534212 de 2003, 70007852890 e 70009906942 de 2004. Note-se, contudo, que em 1997, o Des. Eliseu Gomes Torres já se referia a "um namoro estável" e chamava a atenção para os exageros em torno da união estável com a "patrimonização" do afecto e com a consequente decadência do amor. (Apelação Cível Nº 597074061, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliseu Gomes Torres, Julgado em 10/12/1997).

*económico por parte da mulher”*<sup>54</sup>. Já noutro acórdão estabelece que “*caracterizando-se o relacionamento existente entre as partes como mais que um simples namoro, cabível mostra-se o seu reconhecimento como união estável, já que presente seus requisitos.*”<sup>55</sup>

Noutro acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Desembargador Luiz Felipe Brasil dos Santos determina que “*não obstante o relacionamento amoroso entretido (...), para que a convivência levada a efeito seja reconhecida como união estável se faz necessária ampla e segura demonstração de que o relacionamento é bem mais que um namoro e se assemelha em tudo e perante todos ao casamento. A união estável, sendo um facto, deve emergir indubitosa das evidências, visto que, ao contrário do casamento, que é um contrato, essa relação é um construído no dia-a-dia, onde a manifestação de vontade de seus integrantes se expressa tacitamente nos pequenos detalhes da convivência*”. Acrescenta ainda que “*não é só de afectividade que é feito o relacionamento more uxorio. É preciso bem mais. É impositiva a aparência de convívio nos moldes de um casamento. (...). Ademais, carinho, compreensão e solidariedade são qualidades presentes nas mais diversas formas de relacionamento.*”<sup>56</sup>

No mesmo Tribunal, ressaltam ainda as opiniões da Juíza Catarina Rita Krieger Martins que considera que o “*namoro e noivado são fases da formalização do objectivo comum, constituir família, que não se confundem com união estável*” apontando que no caso em julgamento “*se a intenção era manter convivência como marido e mulher, não existia qualquer impedimento para antecederem a celebração do casamento*”.<sup>57</sup> Por seu turno o Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, a propósito de um caso semelhante, relata que não “*se pode aceitar que um relacionamento baseado não na infidelidade ocasional - que não chega a abalar um casamento ou união estável - mas na liberdade notória de pluralidade de parceiras, assuma os moldes de uma união estável, sob pena de desvirtuamento da entidade familiar em questão, que pressupõe, entre outros requisitos, o objectivo de constituir família*”.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> Acórdão n.º 70002534212, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, 2003. Note-se ainda, neste acórdão, a subtil referência ao amor e interesse sexual como determinantes da união estável, em contraposição com um mero interesse económico.

<sup>55</sup> Acórdão n.º 70007852890, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, 2004.

<sup>56</sup> Acórdão n.º 70007302748, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil dos Santos, 2003.

<sup>57</sup> Acórdão n.º 70006784417, Rel. Juíza Catarina Rita Krieger Martins, 2003.

<sup>58</sup> Acórdão n.º 70010997807, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, 2005.

Resumindo, os tribunais chamados a analisar e julgar situações de facto envolvendo relacionamentos amorosos e sexuais entre homem e mulher criam uma categoria intermédia de relação, apelidada de namoro qualificado, para distinguir das uniões estáveis por faltar pelo menos um dos seus requisitos constitutivos, nomeadamente o intuito de constituição de uma unidade familiar. Munidos de um acervo considerável de provas documentais, testemunhais e factuais procuram identificar de forma contundente cada um dos elementos tipificadores da união estável. Aliás, resulta da jurisprudência analisada a tendência de, *in dubio*, classificar a convivência como namoro, limitando desta forma a produção de efeitos jurídicos não desejados por uma das partes. Afinal, apesar de ao contrário de não constituir um contrato como o casamento, e de resultar de uma situação fáctica duradoura e contínua, a união estável pressupõe, mesmo no âmbito social, a liberdade dos envolvidos na condução da sua vida íntima e privada. A própria estabilidade, tanto na sua aceção de durabilidade como de continuidade, resulta das decisões quotidianas no sentido de, no dia-a-dia, ambos os envolvidos (e não apenas um deles) demonstrarem, na sua vivência, sintonia e sentimento que os una. Ademais, se ninguém pode ser obrigado a casar mesmo existindo uma promessa, como tem sido amplamente aceite quer na doutrina brasileira, quer na jurisprudência, então não parece que alguém possa, contra vontade, ser obrigado a tornar-se companheiro.

Esta última afirmação poderia, no entanto, chocar com a própria característica fáctica da união estável. Ou seja, que se alguém viveu com outrem um relacionamento que reúne os elementos necessários para a sua classificação como união estável não pode, *a posteriori*, vir negar a sua existência e a sua condição de companheiro durante o período que durou a relação. Ele existiu, verificou-se, é um facto inultrapassável. Diferente é, todavia, a situação de durante o processo de constituição da união estável, uma das partes ser impelida a interiorizar a sua construção. Por outras palavras, ninguém é apanhado de surpresa pela constituição fáctica de uma união estável. Pode, depois do rompimento, com a raiva, a dor, o ressentimento querer negar e procurar esquecer o que existiu. Os factos existem, estamos no plano ôntico. Aspecto bem diferente é alguém nunca ter encarado um relacionamento como estável, nomeadamente na prossecução da unidade familiar, e deparar-se, quando julgava tratar-se de um namoro, mesmo se qualificado, com a obrigação dessa união estável porque assim

deveria ter sido no plano deontico por pressão social ou da outra parte. Mesmo em casos de provada manifesta má-fé (por exemplo, um dos envolvidos enganar o outro fingindo de forma contínua e duradoura um relacionamento amoroso com intenção de constituição de família), não parece possível considerar a verificação de uma união estável, pela própria ausência do elemento subjectivo de *animus* familiar e de  *affectio societatis*. Seria sinal de um mundo orwelliano a determinação de uma obrigação legal de afectividade. Como afirma João Moreno Pomar<sup>59</sup>, “*os namoros e suas variáveis, portanto, para felicidade dos enamorados, ainda que sob a designação técnica de namoros qualificados, (...), estão imunes à caracterização da união fáctica. E é bom que assim estejam por muito tempo, pois nesta concepção se estará, de um lado, preservando a constituição da família pelo casamento ou pela união estável e, de outro, a liberdade das relações afectivas não societárias, posto que a sexualidade e a fidelidade, assim como o respeito, a consideração, a assistência moral e material mútuos não são atributos exclusivos daquelas instituições.*”

A questão que porém permanece no ar prende-se com a possibilidade ou não do namoro, *maxime* qualificado, produzir ou não efeitos jurídicos de *per si*, designadamente em termos reais, obrigacionais, pessoais, sucessórios ou de família.

A jurisprudência consultada, em particular a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo seu louvado trabalho inovador, não tem reconhecido efeitos jurídicos no caso de simples namoros ou relacionamentos não tipificados. Assim, quando nega o reconhecimento de uma união estável em prol de um namoro, o colectivo indefere as pretensões jurídicas dos apelantes, repudiando, portanto, qualquer produção de efeitos reais, obrigacionais, pessoais, sucessórios, de família, ou outros. Por outro lado, quando aceita o provimento de uma união estável, os efeitos produzidos decorrem da existência fáctica desta, nomeadamente os estabelecidos no NCCB e na legislação avulsa, e não da verificação de um qualquer namoro. Esta posição merece, porém, alguns comentários e esclarecimentos.

Em primeiro lugar, nenhuma norma no ordenamento jurídico actual determina a produção de qualquer consequência jurídica decorrente de namoro. Da Constituição

---

<sup>59</sup> João Moreno Pomar (2006). *Dos namoros aos Tribunais*, 3 de Julho, e (2006). *O namoro nos tribunais*, *Intelligentia Jurídica*, Ano IV, n.º 64, Outubro.

Federal apenas resulta, na lógica de um Estado Social, a protecção das unidades familiares, a saber, no seu entendimento, o casamento, a união estável e a família monoparental, deixando-se de fora outras realidades afectivas que socialmente começam a ter aceitação. O Código Civil acrescenta ainda, embora de forma um pouco atabalhoada, o concubinato. Ora, o silêncio legal não deve ser interpretado como uma lacuna, até mesmo intencional, pois da própria tradição do Direito da família resulta, em regra, uma lógica de contenção reguladora, em especial sancionatória, no sentido de não se imiscuir em ordens paralelas como a social, moral e religiosa (que muitas vezes regem os comportamentos afectivos) e no espaço de liberdade inerente ao próprio homem. Aliás, a intromissão excessiva do Direito e do Estado no seio familiar poderia minar a sua intimidade, convivência e espontaneidade, potenciando a fraude e a comercialização dos afectos.

Em segundo lugar, se de uma relação não identificada legalmente como familiar, resultar o nascimento planeado ou não de uma criança, daí não decorre, por si só, o seu “*up-grade*”, por exemplo a passagem de namoro a união estável. Por um lado, a lei, como em altura oportuna se referiu, deixou de exigir como condição (ainda que alternativa) a existência de prole. Por outro, se o nascimento pode efectivar e estabilizar um relacionamento, nem sempre tal sucede, sendo mesmo causa de separação. Isto não significa, porém, a ausência de efeitos jurídicos. Uma vez verificado o nascimento, geram-se efeitos jurídicos, tais como direitos sucessórios ou obrigação de alimentos. Mas esses efeitos derivam daquele facto independentemente da vontade das partes, da existência ou não de um relacionamento e do seu tipo. Por outras palavras, no que nos interessa, não resultam de forma directa do namoro.

Em terceiro lugar, é necessário distinguir entre o namoro e o noivado, havendo, neste caso, uma promessa de casamento e a sua quebra implicar potencialmente a produção de efeitos jurídicos, devido às expectativas geradas e a uma presunção de maior envolvimento, em particular patrimonial. Todavia, nem sempre é fácil distinguir uma etapa de outra. A troca de alianças, por exemplo, tem sido banalizada e a tradição do anel de noivado nem sempre mantida. Mais, se num arroubo de paixão, muito frequente nos primeiros tempos de uma relação, houver um pedido e a respectiva aceitação de casamento, estar-se-á face a um noivado? Também aqui a análise factual e a recolha de provas por parte dos tribunais para a confirmação da situação de facto



subjacente revela-se crucial.<sup>60</sup> Não se retire, contudo, destas palavras a inevitabilidade de efeitos jurídicos em sequência de quebra uma efectiva promessa de casamento. A liberdade das partes e o respeito pelas posições das partes envolvidas quanto à contracção do matrimónio, patente, aliás, nos artigos 1514.º, 1535.º e 1538.º NCCB, implica cautela: eventuais sanções têm de ser avaliadas no caso concreto, obrigando à contabilização e ponderação tanto das causas<sup>61</sup> como dos danos causados, por um lado, e ao cálculo da não inibição da autonomia da vontade e da livre decisão, por outro.

Na ausência de norma concreta sobre o caso, ao contrário do que acontece em Portugal<sup>62</sup>, a jurisprudência brasileira tem-se aliás, pronunciado neste sentido. Por exemplo, a 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou pedido de indemnização pedida por uma ex-noiva, ao considerar que o fim de um namoro, mesmo longo, sério e com promessa de casamento, não gera direito à reparação por dano moral. Nas palavras do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, relator da apelação: *“Essa história de amor teve desfecho que magoou profundamente a autora, mas é rigorosamente igual a centenas de outras e que acontecem a cada dia”*; *“as perdas que cada pessoa enfrenta, por morte, abandono, quebra de confiança ou descoberta do amor não-correspondido, geram desilusão e decepção, mas são próprios da vida”*. Todavia, *“nada impede que as pessoas, livremente, possam alterar suas rotas de vida, quer antes, mesmo depois de casadas.”* Desta feita, no entendimento do Tribunal, o pedido de reparação por dano moral decorrente de ruptura é descabido quando o facto não é marcado por nenhum acontecimento excepcional, nomeadamente um qualquer episódio de violência física ou moral ou de ofensa contra a honra ou dignidade. De igual modo, referente ao mesmo caso, o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos afirmou *“não conseguir ver onde está o ilícito na circunstância de alguém não casar”*. Ele acredita até que, *“se o réu desistiu do casamento, após um prolongado noivado, esse comportamento tenha sido até benéfico para a autora, pois muito pior*

---

<sup>60</sup> Por exemplo, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, decidiu que *“o namoro prolongado, o noivado oficial, a aquisição das alianças e a construção da casa, por si só, levam a segura dedução de que se tratava de relacionamento sério, de actos preparatórios de futuros cônjuges, dispensando uma promessa formal de casamento. O rompimento injustificado da promessa de casamento enseja indemnização do dano moral, consistente na penosa sensação da ofensa, da humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima da lesão.”*

<sup>61</sup> A quebra da promessa pode até ser justificada. Imagine-se a descoberta de infidelidade por parte do outro noivo, ou agressão.

<sup>62</sup> Artigos 1591.º a 1595.º do Código Civil português.

*seria se viesse a casar, mesmo não nutrindo mais qualquer afecto por ela, pela simples obrigação decorrente de haver mantido um noivado de longa duração*"<sup>63</sup>.

No entanto, em sentido diverso, não deixa de ser curiosa a posição do Tribunal de Justiça de São Paulo ao determinar a *“desnecessidade de prova do dano moral, considerado notório o sofrimento de noiva jovem, protagonista de relacionamento que durou 5 anos”*<sup>64</sup> e que, no caso de rompimento injustificado do noivado deve *“o causador do rompimento indemnizar, moral e materialmente a parte inocente”* por *“descumprimento de promessa de contratar”*.<sup>65</sup> Noutro caso, o mesmo Tribunal determinou que a *“ruptura de noivado, quando este ocorre após sinais de sua exteriorização, alcançando familiares e amigos, gera a indemnização por dano moral, uma vez abalados os sentimentos da pessoa atingida, não só em relação a si própria como também perante os grupos sociais com os quais se relaciona”*.<sup>66</sup> Neste sentido, também a Juíza Maria Luíza Póvoa Cruz da 5.<sup>a</sup> Vara de Família, Sucessões e Cível de Goiânia condenou recentemente um homem a indemnizar em dois mil reais, por danos morais, sua ex-noiva por ter rompido o noivado sem razão aparente. Na decisão ficou ainda determinado o pagamento de R\$ 3415,43 por danos materiais, pois após a ruptura a autora descobriu que estava grávida e arcou sozinha com todas as despesas decorrentes do período de gestação. Para a magistrada, apesar da questão da responsabilidade civil pelo rompimento de noivado não ter sido contemplada nos Códigos Civil de 1916 e de 2002, não significa que a quebra, sem motivo, da promessa

---

<sup>63</sup> Processo n.º 70012349718, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Também neste sentido, Des. Teixeira Giorgisdo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao determinar que *“a dor e a angústia daquele que ama são consequências do término do consórcio, das agruras da vida, não se prestando o Judiciário a vingar a ausência da reciprocidade de afecto e respeito, indemnizando aquele que sentiu traído”* (Ap. 70.006.974.711); 13.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Processo 1.0040.04.021738-8/001, Rel. Des. Elpídio Donizetti, 2005; Diário Oficial do Rio de Janeiro de 11/10/2001, p. 317, Ementa n.º 2, Apelação Cível 14100/2001, 18.<sup>a</sup> Câmara Cível, Des. Miguel Pachá: *“Acção de Indemnização. Noivado. Sedução. Ruptura de Promessa de Casamento. Ressarcimento dos Danos. Impossibilidade. Improcedência da Acção. Desprovimento do Recurso”*. Apelação. Acção de Indemnização por danos morais e materiais decorrentes de alegado desvirginamento da autora, mediante sedução, com promessa de casamento, bem como de rompimento do noivado - prova insuficiente a demonstrar os factos alegados. Acção proposta após 5 anos de namoro, que culminou com convivência entre as partes durante certo período. Inocorrência de qualquer dano indemnizável. O rompimento de noivado, ainda quando comprovada sua existência, não gera, por si só, a obrigação de indemnizar, o que só ocorre em caso de ter ocorrido danos, devidamente comprovados. Improcedência da acção. Desprovimento do apelo”. Também, Sérgio Couto (s.d.) e Marcelo Benacchio (2006). *Acórdão*, Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 7, n.º 26, pp. 55-59, Janeiro-Abril.

<sup>64</sup> Acórdão n.º 89944-4, Rel. Des. Munhoz Soares, 2000.

<sup>65</sup> Acórdão n.º 79307-4, Rel. Des. Egas Galbiatti, 1999.

<sup>66</sup> Ag. Instr. n.º 36.868-4/3 / 2.a C. Rel. Des. Osvaldo Caron, 25.2.1997, pub. RT, vol. 741, Julho de 1997, pp. 255-7.

de casamento não obrigue à protecção da parte lesada nas suas expectativas, até por considerações de dignidade humana e da conseqüente lesão aos direitos de personalidade, na linha de alguma doutrina que baseia a tutela compensatória dos danos morais nos artigos 159.º e 1548.º, inc. III<sup>67</sup>, do NCCB e no artigo 5.º, inc. X da Constituição Federal, que resguarda os direitos de personalidade<sup>68</sup>. Quanto ao apuramento do valor da indemnização, deverá atender ao preceituado no artigo 944.º NCCB. Por seu lado, o Superior Tribunal de Justiça já determinou a este propósito que o valor da indemnização por dano moral se sujeita ao seu controle, “*sendo certo que, na fixação da indemnização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-económico dos autores e, ainda, ao porte económico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos na doutrina e na jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso*”.<sup>69</sup>

Para além da indemnização por danos morais, os tribunais têm também ponderado a questão patrimonial pois na constância do período de noivado pode verificar-se a aquisição conjunta de bens, despesas em vista do casamento (danos emergentes) e perdas (lucros cessantes<sup>70</sup>) por causa da aproximação da cerimónia<sup>71</sup>. Neste sentido, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro determinou o “*reembolso de valores despendidos com aquisição de parte dos materiais necessários à edificação de casa, que, quando pronta, serviria de residência ao jovem casal*”<sup>72</sup> ou,

---

<sup>67</sup> Recusando a sua chamada à colação, Yussef Said Cahali (1980). *Dano e indenização*, RT, São Paulo, p. 107 e Eduardo Cambi (2004). *Noivado: natureza e efeitos jurídicos decorrentes do seu rompimento lesivo*, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2004/MARCO/0503/ARTIGOS/A08.htm>

<sup>68</sup> Eduardo Cambi (2004).; Yussef Said Cahali (1980). pp. 103-8; J.M. de Carvalho Santos (1986). *Código Civil brasileiro interpretado*, Vol. IV, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, pp. 12-15.

<sup>69</sup> STJ / Resp. n.º 187.283-PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, por unanimidade, 24.11.1998, pub. DJ, 22.3.1999, p. 211.

<sup>70</sup> Contra, J.M. de Carvalho Santos (1986). pp. 14-5; Dalmo Silva (1988). *Rompimento de noivado. Dano moral. Aspecto do problema*, Revista Ajuris, Vol. 42, Março, p. 183.

<sup>71</sup> Para fins de reparação, atende-se à totalidade das despesas realizadas em razão do noivado (pense-se na verdadeira indústria por detrás do casamento, desde o vestido aos presentes para os convidados) e/ou os prejuízos daí advindos com o seu rompimento. Por exemplo, perda de promoção ou licença sem vencimento em virtude da proximidade do casamento. Neste caso de lucro cessante, tem que existir entre a conduta lesiva e o dano uma relação de causa e efeito directa e imediata, nos termos do artigo 1060.º do NCCB. Para a reparação do dano material é, portanto, necessário que haja uma diminuição efectiva da esfera patrimonial devido à ruptura. Todavia, para se verificar o reconhecimento judicial desses danos materiais, bem como para se precisar a sua extensão e quantificação, é indispensável a realização de prova, cujo ónus cabe ao autor de acordo com o artigo 333.º, inc. I do Código de Processo Civil Brasileiro.

<sup>72</sup> Acórdão n.º 18173/2003, Rel. Des. Nascimento Vaz, 2003.

noutro caso, confirmou a decisão de indenização por dano material (R\$ 13286,45) e ainda dano moral no valor de cem salários mínimos pelo rompimento da promessa de casamento<sup>73</sup>. Por outro lado, quanto à restituição dos presentes que reciprocamente cada um dos nubentes recebeu do outro ou de outrem durante o noivado, encontra solução no artigo 1173.º do NCCB ao estipular que “*a doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que no futuro houverem um do outro, não pode ser impugnado por falta de aceitação, e só ficam sem efeito se o casamento não se realizar*”.

Resumindo, a jurisprudência brasileira, à semelhança da doutrina, diverge, na ausência de norma expressa, entre a ausência de indenização e a indenização dupla (moral e patrimonial)<sup>74</sup>, exigindo tendencialmente, nesta última situação, a necessidade de uma efectiva promessa de casamento, a demonstração de inexistência de causa justificativa para o rompimento<sup>75</sup> e da anormalidade dos danos causados sob pena de banalização dos conceitos de responsabilidade e de dano, em particular moral<sup>76</sup>, num difícil jogo de equilíbrio entre a liberdade (individual, em especial no que toca a privacidade) e a dignidade da pessoa humana (incluindo a honra e o bom nome). A responsabilidade civil extracontratual pela quebra da promessa impõe ao nubente que a praticou, a regra geral contida no artigo 159.º do NCCB. Todavia convém não esquecer, como já várias vezes se afirmou, que o rompimento da promessa por si só não basta para um pedido de indenização pela parte lesada sob pena de transformar a esfera erótico-afectiva numa “indústria do noivado” como meio de obter lucros ou vantagens indevidas.

---

<sup>73</sup> Apelação Cível n.º 17.643, Rel. Des. Humberto Mannes.

<sup>74</sup> Veja-se a Súmula 37/STJ. Cf. Também, Elizabete Alves de Aguiar (s.d.). *O dano moral e sua reparabilidade no Direito de Família*, Juris Poeisis, Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo14.htm> ; Belmiro Pedro Welter (s.d.). *Dano moral na separação judicial, divórcio e união estável*, Jus Podium; Heitor Luiz Ferreira do Amparo, Adriana Brandini do Amparo e Aline Brandini do Amparo (2006). *Responsabilidade Civil pelo rompimento do noivado*, Revista UNIARA, n.º 19.

<sup>75</sup> Neste sentido J. M. de Carvalho Santos (1986). p. 16 e TJ/PR, Apelação Cível n.º 52648-3 - 4.º C.C., Rel. Lauro Laertes, Acórdão n.º 13.265, pub. DJ 11.5.98; TJ/PR, Apelação Cível n.º 81.708-9 - 5.ª C.C., Rel. Des. Antônio Gomes da Silva, Acórdão n.º 4651, pub. DJ 13.3.2000; TJ/SP, Apelação Cível n.º 90.262-4, 3.2.2000. Contra Eduardo Cambi (2004).

<sup>76</sup> Neste sentido, Des. Sérgio Cavalieri Filho, mencionado na Apelação Cível n.º 9852/2001, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2001.

Em qualquer dos casos, os efeitos jurídicos potenciais resultam da quebra de promessa de casamento e não do namoro de *per si*. A 4.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais<sup>77</sup>, por exemplo, não aceitou o pedido de indenização por danos morais a uma ex-namorada, alegando que “*a expectativa de quem namora não é, obrigatoriamente, de casamento, ou seja, de vida em comum, com reciprocidade, companheirismo e fidelidade. Logo, a infidelidade de um dos namorados não causa lesão à honra*”. Afinal, o risco de ruptura por uma qualquer razão integra o próprio namoro. No que respeita a fidelidade, é verdade que ela perpassa o conceito deontológico de namoro mas, no campo ôntico, fará sentido a sua quebra implicar uma consequência jurídica, nomeadamente uma indenização à parte lesada? Certamente não se trataria de responsabilidade contratual, mas sim extracontratual nos termos do artigo 186.º NCCB que determina que aquele que causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, por culpa, comete ato ilícito e fica obrigado a reparar. Ora, exigir dos namorados condutas semelhantes ao casamento ou à união estável, com direitos e deveres recíprocos, é certamente um exagero e contraproducente. O Direito não se pode envolver na vida das pessoas a ponto de se confundir com a moral e com o julgamento social e de alimentar e prolongar os conflitos.

Rejeita-se, desta forma, a decisão de um Juiz de Sorocaba que condenou um polícia militar a pagar oitenta salários mínimos à ex-namorada por romper um namoro de quatro anos. Na sentença, o juiz considerou que a mulher teve prejuízos materiais na sequência do namoro frustrado.

Por último, no que concerne a produção de efeitos jurídicos decorrentes de namoro, convém raciocinar sobre a distinção entre esta situação de facto e o concubinato que, ao contrário do primeiro, encontra consagração legal. Todavia, a diferenciação entre os dois não se apresenta linear, já que como vimos, a lei apenas aponta como requisitos do concubinato (1) uma relação não eventual e (2) a existência de impedimento à celebração do casamento. Será, nestes termos, uma qualquer relação adúltera não fortuita, mesmo que virtual<sup>78</sup>, concubinato? Não poderá haver namoro, qualificado até, por exemplo, entre um homem casado e uma mulher, ou entre um

---

<sup>77</sup> Apelação n.º 380.092-8, Rel. Juiz Saldanha da Fonseca, 2002. No mesmo sentido, do mesmo colectivo, Apelação cível n.º 369.901-2, 2002.

<sup>78</sup> Vitor F. Kumpel (2004). *Infidelidade virtual*, Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo, Outubro. Disponível em: [www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br)

adulto e uma menor de dezasseis anos? Terão estas relações não eventuais e com impedimentos ao matrimónio de ser obrigatoriamente classificadas como concubinato? Ou dever-se-á destringir entre relações que se aproximam da vivência familiar e *more uxorio* doutras sem sentimento e comportamento de família?

Aparentemente o legislador distingue entre relações heterossexuais erótico-afectivas não eventuais moral e socialmente lícitas e ilícitas (afinal é o próprio legislador que abre porta à moral e ao trato social quando apresenta o artigo 1727.º NCCB). As primeiras (incluindo as fortuitas) não encontram denominação legal, podendo cair na vasta categoria do que tradicionalmente se denomina por namoro. Já as segundas, o legislador baptiza de concubinato. Assim, resulta claro que um relacionamento afectivo/sexual passageiro ou duradouro sem impedimentos matrimoniais deva ser classificado como namoro, assim como uma relação eventual com impedimentos matrimoniais. Da mesma forma, uma relação contínua e duradoura com impedimentos matrimoniais que reproduza uma convivência familiar, deverá ser apelidada de concubinato. Já na ausência desse *animus familiar*, parece abusiva a sua classificação como concubinato com a estatização e juridificação dos afectos. A própria *ratio legis* aponta no sentido de equacionar a aparência de vida familiar tanto para protecção dos envolvidos, em particular a parte mais fraca, e terceiros que, por exemplo, com eles contratem, já que insere o artigo 1727.º do NCCB no título referente à união estável e mais amplamente no livro de Direito da família. Assim se compreende que alguma doutrina e jurisprudência atribuam efeitos jurídicos ao concubinato apesar da omissão resultante do novo Código Civil.

Desta feita, em 2004, a 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito a uma concubina em receber uma indemnização de 516 salários mínimos pelo período de convivência com um homem casado que mantinha uma vida dupla (morava com a mulher e, alguns dias e noites por semana, passava com a concubina). O STJ alterou porém a decisão da justiça paulista, segundo a qual a concubina detinha o direito a morar no imóvel depois da morte da esposa legítima pois haveria uma apropriação de bem de espólio. Segundo relator do processo no STJ, numa interpretação sem precedente, “*a concubina faz jus a uma indemnização por serviços domésticos prestados ao companheiro, o que não importa em dizer que se está a remunerar como se serviçal ou empregada fosse, mas, sim, na sua contribuição para o funcionamento do*

lar, permitindo ao outro o exercício de actividade lucrativa, em benefício de ambos”.<sup>79</sup> Por outras palavras, o Tribunal “*contraria todo um conjunto de julgados de outros Tribunais, e dele próprio, que atestavam a indignidade do deferimento de indemnização por serviços prestados, já que o postulado da dignidade da pessoa humana reclama solução sob outros fundamentos. Não há como indemnizar o carinho, o afecto, o desvelo. Não se tarifam o amor e o prazer entre pessoas que se amam, especialmente quando tal sistema indemnizatório não é aplicável sequer à esposa, no regime de casamento. Mas o que poderia fazer o Tribunal, ante a ausência de previsão sobre a partilha de bens na hipótese de concubinato, quando o homem concubino é casado com outra?*”<sup>80</sup>

Surpreendente no panorama jurídico brasileiro é também um recente acórdão do da 8.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>81</sup>, que, não ignorando a existência do artigo 1727.º do NCCB, decidiu repartir 50% dos bens do *de cuius* entre a esposa e a concubina (com quem manteve um relacionamento público e notório durante 28 anos com colaboração na aquisição de património), destinando o restante aos filhos advindos de ambas as relações. Para o relator, o novo Código Civil não proibiu o concubinato. Nas suas palavras, “*agora é possível dizer que o novo sistema do Direito de Família se assenta em três institutos: um, preferencial e longamente tratado, o casamento; outro, reconhecido e sinteticamente previsto, a união estável; e um terceiro, residual, aberto às apreciações caso a caso, o concubinato*”. No fundo, o Tribunal gaúcho abriu um precedente em relação a muitos casos de união contínua, pública e duradoura, com aparência de família, como acima se solicitou, da qual resultam eventualmente filhos, aquisição de bens mas que possuem como protagonistas pessoas impedidas de casar e mesmo de constituir união estável.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> <http://www.espacovital.com.br/asmaisnovas02042003c.h> e Helder Dal Col (2005).

<sup>80</sup> Helder Dal Col (2005). No mesmo sentido, Supremo Tribunal Federal, RE 102.130, Rel. Min. Soarez Munoz, 1984: “*Concubinato. Serviços domésticos prestados pela concubina. Indemnização a ela devida, pois que tais serviços são perfeitamente destacáveis do concubinato em si e negar-lhes remuneração seria acoroçoar o locupletamento indevido do homem com o trabalho da mulher*” (Diário da Justiça de 25.04.1984, p. 8237 – Ement. Vol. 01337-06, p. 186 – RTJ Vol. 110-01, p. 432).

<sup>81</sup> Processo n.º 70004306197, Rel. Des. Rui Portanova.

<sup>82</sup> Neste sentido, aceitando de forma implícita a aparência familiar como característica estrutural do concubinato, Helder Dal Col (2005). nota 22. Veja-se ainda o estranho caso do reconhecimento de uma dupla união (casamento e união estável) apesar do artigo 1727.º do NCCB: Apelação Cível n.º 70006046122 da 8.<sup>a</sup> Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira (voto vencido); REsp 100888 / BA; Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n.º 1996/0043529-4, DJ 12.03.2001, p. 144 Rel. Min. Aldir Passarinho Junior; Processo n.º 70013876867 do 4.º Grupo Cível da Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos (vencido), 2006: “*De regra, não é viável o*

### 4.3.2. Os contratos de namoro

Da atrapalhada tentativa do legislador em tipificar os afectos entre homem e mulher e as realidades familiares socialmente verificadas resulta uma nem sempre clara distinção entre uniões, em particular entre a união estável e o namoro, em especial qualificado, que provocou a emergência da celebração dos apelidados contratos de namoro cuja própria denominação choca até os mais vanguardistas juristas. Fica-se imaginando o que será redigir um negócio jurídico deste tipo: por exemplo, Capítulo I: do mero conhecimento das partes; Capítulo II: do mero interesse pelo namoro; Capítulo III: dos efeitos pessoais e patrimoniais do simples namoro; Capítulo IV: da dissolução do namoro. Afinal, ainda todos se lembram do tempo em que um relacionamento amoroso começava com um olhar e um beijo e terminava com um adeus. Em que consistirá, então, esta inovação brasileira?

De forma simples, os envolvidos concordam que não vivem de facto numa estável e que não desejam avançar para uma unidade familiar, afastando desta feita, os efeitos jurídicos daí decorrentes, incluindo a possibilidade de indemnização por danos morais e patrimoniais. No fundo, determinam, por medida de precaução, que apenas são namorados e que assim se pretendem manter, não procurando levar para a relação nada mais do que o plano social e afectivo. Nas palavras bem elucidativas e satíricas de Letícia Gimenez, procuram “evitar que a expressão “meu bem” se torne, com o passar do tempo, “meus bens”.”<sup>83</sup>

Se a ideia pode, em teoria, parecer bondosa numa espécie de saída jurídica airosa e, em simultâneo, de início de prova da não existência de uma união estável<sup>84</sup>, a verdade

---

*reconhecimento de duas entidades familiares simultâneas, dado que em sistema jurídico é regido pelo princípio da monogamia. No entanto, em Direito de Família não se deve permanecer no apego rígido à dogmática, o que tornaria o julgador cego à riqueza com que a vida real se apresenta. No caso, está escancarado que o “de cujus” tinha a notável capacidade de conviver simultaneamente com duas mulheres, com elas estabelecendo relacionamento com todas as características de entidades familiares. Por isso, fazendo ceder a dogmática à realidade, impera reconhecer como co-existentes duas entidades familiares simultâneas.”* Ver a este propósito, Rolf Madaleno (s.d.). *A União (In)estável (Relações Paralelas)*. <http://www.rolfmadaleno.com.br/>

<sup>83</sup> Letícia Gimenez (2006). *Contrato de namoro pode evitar partilha de bens e pensão alimentícia*, *Intelligentia Jurídica*, Ano IV, n.º 64, Out.

<sup>84</sup> Renata Mariz (2006).



é que avança em terreno minado, levantando inúmeras questões e dividindo as opiniões dos estudiosos e aplicadores do Direito, desde os doutrinadores, aos advogados, notários e tribunais, já para não falar do melindre causado no seio da própria relação. Afinal a proposta de celebração de um contrato de namoro ou a recusa da sua elaboração pode ser interpretada como sinal de desconfiança ou de arrefecimento dos sentimentos.

Mas serão estes contratos verdadeiros negócios jurídicos? Não se estará antes perante uma declaração? Terão validade? Quais os seus requisitos formais? Deverá a vontade das partes ser respeitada independentemente da situação de facto subjacente? Poderá haver denúncia? Que valor terá este contrato de namoro face a terceiros? E se houver uma ruptura, que efeitos produzirá, em especial se houver descendência comum e património do casal mas em nome de apenas um deles?

Para começar, chame-se a atenção para a discussão sobre a natureza jurídica dos “contratos de namoro”. Três grandes posições, por vezes eclecticamente misturadas, têm vingado a este propósito com maior ou menor base de sustentação: (1) a sua natureza contratual, (2) a sua natureza declarativa, (3) a sua mera natureza factual.

Ora, um contrato, em sentido estrito, como aliás decorre dos artigos 421.º e seguintes do NCCB, representa um acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos com o intuito de criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. Desta feita, não parece tecnicamente correcta a expressão mediatizada de “contratos de namoro”. No limite, trata-se de uma declaração conjunta e recíproca sobre a situação de facto vivenciada, neste caso namoro sem intenção de constituição de uma unidade familiar<sup>85</sup>.

Afinal, o namoro é, por natureza, um acto corrente da vida social com reflexos afectivos, uma simples situação de facto (à semelhança da união estável<sup>86</sup> e ao contrário

---

<sup>85</sup> Neste sentido, Regina Beatriz Tavares da Silva (2003). *Declaração de namoro: ato válido*, especial para a Folha Online e (2004). *O Mal Falado Contrato de Namoro*. No entanto, a Professora acaba por estranhamente classificar a declaração de namoro como “*um acordo de vontades para a construção de uma declaração*”.

<sup>86</sup> Como recorda Paulo Stolze Gagliano (2006)., “*a Lei n.º 9278 de 1996 teve alguns de seus artigos vetados pelo Presidente da República exactamente porque se pretendia admitir a "união estável contratual", em detrimento do principio segundo o qual a relação de companheirismo seria um fato da convivência humana e que não poderia ser previamente discutida pelas partes em um contrato.*”

do casamento) sem pretensões jurídicas<sup>87</sup>. Veja-se que o próprio legislador não previu este tipo de relação amorosa mesmo quando em 1988 incluiu a união estável no Direito da família ou, em 2002, o concubinato.

No que respeita esta declaração conjunta de namoro, a que por comodidade se continuará a apelidar de “contrato de namoro”, poder-se-ia até pensar na sua desqualificação pelas teses do erro de pessoa ou vício de consentimento quando firmada sob o ímpeto da paixão. Embora caricato, não deixa de ser equacionável em termos jurídicos considerar a inexistência de uma vontade livre e esclarecida no momento da declaração, turvada pelas emoções e sentimentos. A cegueira não parece ser apenas uma característica da Justiça. Também o amor é cego.

Outros argumentos mais ortodoxos têm sido apresentados para negar a validade jurídicas dos contratos de namoro.

O artigo 11.º do NCCB relativo aos direitos de personalidade estipula a sua irrenunciabilidade e transmissibilidade, não podendo o seu exercício sofrer limitações voluntárias<sup>88</sup>. Ora, o contrato de namoro pretende afastar os efeitos decorrentes da união estável, sendo, portanto, nulo por fraude à lei imperativa nos termos do artigo 166.º, inc. VI do NCCB. Com efeito, a regulação da união estável é feita por normas cogentes de ordem pública e, por isso, indisponíveis pela simples vontade das partes. Como afirma Paulo Stolze Gagliano “*trata-se, pois, de contrato nulo, pela impossibilidade jurídica do objecto*”<sup>89</sup>.

Todavia, o caso não se apresenta tão linear. Tudo depende da situação de facto subjacente. Se for incontestável a existência de uma união estável por reunião dos requisitos legais e das provas suficientes para a sua constituição então, a declaração será inválida. Já no caso de não se verificar ou em situação de dúvida, frequente em sede judiciária, o “contrato de namoro” não estará ferido por esse motivo. Afinal, representa

---

<sup>87</sup> Neste sentido, a maioria da doutrina. Cf., por exemplo, Regina Beatriz Tavares da Silva (2003). e (2004).; Paulo Stolze Gagliano (2006).

<sup>88</sup> Flávio Tartuce (2005). *Direito Civil*.

<sup>89</sup> Paulo Stolze Gagliano (2006). Também neste sentido, Alessandra Abate (s.d.). *Contrato de Namoro*, Correia da Silva Advogados, São Paulo.

a realidade, traduz de forma fiel a vivência e o sentir dos envolvidos: um simples relacionamento amoroso, sem *animus* de família. A invalidade é, portanto, relativa.<sup>90</sup>

Regina Beatriz Tavares da Silva vai mais longe, defendendo, no caso *sub judice*, que “*não se trata de acto ilícito, como tem sido afirmado, porque a declaração em tela não viola direito e não causa dano a outrem (art. 186 do novo Código Civil). Bem ao contrário, tem em vista precisamente evitar que de um namoro possam advir danos, caso um dos partícipes desta relação queira locupletar-se indevidamente em seu término.*” “*Daí origina-se a relevância da declaração de namoro, que define a real situação vivenciada pelos participantes desta relação e é perfeitamente válida perante nosso ordenamento jurídico. Desde que seja firmada com a finalidade de reflectir em documento escrito a realidade, resguarda direitos e não causa qualquer dano.*”<sup>91</sup>

Por seu turno, dentro deste contexto da validade quando não estão reunidos os requisitos para uma efectiva união estável, Helder Dal Col<sup>92</sup> entende, de forma interessante, que “*é claro que a vontade manifestada pelas partes deve ser respeitada, mais porque, se ambos os contratantes insistirem na ausência de qualquer vínculo senão o de simples namoro, consoante pactuaram, tal conduta conduzirá a uma forma de desistência tácita dos direitos que poderiam advir a um ou outro de tal relação continuada. Se a predisposição de ambos é estabelecer relacionamento afectivo sem qualquer vinculação, valerá o avençado, especialmente porque nenhum deles demandará contra o outro. Se essa predisposição for de apenas um, fatalmente poderá o outro questionar a validade do contrato de namoro, especialmente em face das transformações naturais operadas no relacionamento, que porventura tenha evoluído para um estado de nítida união estável, que antes não existia.*”

A aceitação da validade relativa do contrato de namoro levanta, no entanto, outras questões. No caso de nulidade poderá o contrato ser convertido ou reduzido? Afinal alguns contratos juntam ao lado da declaração, disposições sobre o regime patrimonial, o direito a alimentos ou sucessório. Poderá assim um contrato de namoro ser convertido num contrato de união estável e substituir nomeadamente o acordo por

---

<sup>90</sup> Neste sentido, Helder Dal Col (2005).;

<sup>91</sup> Regina Beatriz Tavares da Silva (2003). e (2004).

<sup>92</sup> Helder Dal Col (2005).

escrito quanto ao regime de bens consagrado na primeira parte do artigo 1725.º do NCCB? Questão concomitante: qual o momento que determina a invalidade? Poderá um contrato de namoro passar de válido para inválido ou vice-versa? Será este oponível a terceiros? E a um nubente não ciente do seu futuro amoroso? Que forma deverá revestir para garantir a sua validade e eficácia?

As perguntas multiplicam-se e as respostas legais escasseiam obrigando ao engenho interpretativo dos aplicadores do Direito.

Em primeiro lugar, sendo a união estável uma situação de facto, a validade do contrato de namoro depende não apenas do “quando” mas também do “enquanto”, o que se traduz na possibilidade de uma validade intermitente que vai ao encontro da realidade *sub judice*. A determinação do momento em que se transforma um namoro em união estável ou mesmo vice-versa, do qual resulta a apreciação negativa ou positiva do contrato, como várias vezes se afirmou não se apresenta como tarefa fácil face ao carácter contínuo exigido e às “modernidades” actuais nos relacionamentos amorosos. Todavia, como *supra* de mencionou, não é impossível, muito embora fosse desejável uma declaração registada do facto.<sup>93</sup>

Neste contexto, o contrato de namoro pode funcionar como indício, embora não exclusiva nem determinante, da não ultrapassagem da barreira da união estável ou, pelo contrário, como contraprova no sentido de a assinatura para negar a união estável significar que ela já existe e que não se quer reconhecê-la. No fundo, funciona como prova cabal de que se verifica um relacionamento, mas não do tipo de relação subjacente. Aos tribunais caberá averiguar a situação de facto. Um problema adicional será a aceitação de um documento referente a situações futuras. Como pode o acordo fixar que aquele relacionamento vai permanecer um namoro? Quem garante que com o decurso do tempo não evoluirá para uma união estável?

Talvez, para obviar dúvidas e incertezas, fosse aconselhável pensar num modelo de declarações periodicamente renovadas, até para impedir que o namoro se transforme

---

<sup>93</sup> Regina Beatriz Tavares da Silva (2003). e (2004). propõe, para diminuir as incertezas a recuperação de propostas legislativas no sentido da criação do estado civil de conviventes ou companheiros, com assento no Registo Civil, em livro próprio, ou seja a obrigação de declaração do estado de mútua convivência, no momento da assunção de qualquer obrigação, para resguardar os interesses de terceiros.

numa união estável<sup>94</sup>. No entanto, até mesmo no casamento que para além de contratual tem uma dimensão de sociedade afectiva, não se especifica em pormenor todos os direitos e deveres dos cônjuges, fixando apenas princípios gerais abertos ao desenvolvimento da relação, também ela aberta ao experimentalismo. O casamento constrói-se não resulta apenas de um decreto. Ora, imaginar um casamento por x anos, renovável por mais x parece estranho, da mesma maneira que declarações de namoro com “carregamentos obrigatórios” como os telemóveis.

Preferível será, apesar das dificuldades em falar de dinheiro nas relações amorosas, aproveitar a possibilidade legal de estabelecer por escrito o regime de bens a vigorar quando passar a existir uma união estável. Se tal não for feito, do artigo 1735.º do NCCB, novidade legal no regime da união estável, resulta a comunhão parcial de bens. Porém, como é difícil precisar o seu começo, a divisão pode ser conturbada.<sup>95</sup> Daí a importância de oficializar a união e suas condições patrimoniais, registando-as.

No que respeita a forma, várias posições têm sido adoptadas desde um papel escrito guardado numa gaveta a um registo público. De acordo com o artigo 107.º do NCCB, o contrato de namoro não precisa ser reconhecido em cartório, podendo ser feito por instituições particulares com a assinatura de duas testemunhas que confirmam o facto declarado.<sup>96</sup> Mas como afirma Luiz Kignel<sup>97</sup> “quanto mais formalizado, melhor, ainda que a figura do contrato de namoro não esteja previsto na lei”.

---

<sup>94</sup> Indo mais longe, Paulo Stolze Gagliano (2006). aconselhando a segurança do casamento: “*Em conclusão, pensamos que o "contrato de namoro" é, tão-somente, uma irrita tentativa de se evitar o "inevitável". Como costumamos dizer em sala de aula: se a relação já está ficando séria, e já há forte indícios de estabilidade na união, coloque as barbas de molho e pense no altar... é mais seguro!*”

<sup>95</sup> Poder-se-ia perguntar se no caso de se passar de uma união estável para o casamento, qual o regime de bens a aplicar àquela situação anterior, em especial na ausência de acordo escrito. Será sempre de comunhão parcial? De acordo com o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Processo n.º 70 009 937 582, Rel. Des.Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 2004, a solução dependerá do acordado em termos de convenção antenupcial, sobrepondo-se, portanto, o regime patrimonial decorrente do casamento ao da união estável.

<sup>96</sup> Regina Beatriz Tavares da Silva (2003). e (2004).; Letícia Gimenez (2006). Preferindo o registo, Rafael Nogueira da Gama (s.d.). *Independente do nome, relacionamentos estáveis exigem obrigações legais*, [http://www.paranashop.com.br/colunas/colunas\\_notas.php?id=10701](http://www.paranashop.com.br/colunas/colunas_notas.php?id=10701)

<sup>97</sup> Citado por Renata Mariz (2006).

Diferente é a questão da sua aceitação em juízo. A prática dos tribunais tem sido heterogénea<sup>98</sup>, dependendo embora muito da verificação da existência, de facto, de uma união estável.

Já no que respeita a oponibilidade a terceiros de boa fé, imagine-se a hipótese de um credor de um dos namorados, que julgava casado ou unido de facto pela exteriorização dos comportamentos, deparar-se na hora do incumprimento com a descoberta de um simples relacionamento amoroso declarado e de que o património ostentado no momento da concessão do crédito pertence tão-somente ao outro.

Face às obrigações contraídas e à boa fé do credor, poder-se-ia considerar a inoponibilidade do contrato de namoro a este terceiro<sup>99</sup>. Todavia, dever-se-ia apurar, em primeiro lugar, da própria consubstanciação do namoro e da não existência de fraude na negação de um estado que efectivamente existe. Ou seja, como acima se defendeu, se houver união estável incontestada, então o contrato não será válido e a questão da sua oponibilidade a terceiros aparentemente cai. Diz-se aparentemente, pois poder-se-ia pensar no seu aproveitamento e conversão em acordo sobre o regime de bens em união estável. Tal parece forçado pois a própria negação da sua existência plasmada no contrato de namoro indicia uma discordância sobre os moldes da mesma. Já se não existir qualquer união estável e se estiver face, por exemplo, a um namoro qualificado, a protecção do terceiro dependerá da prova feita sobre a aparência de união. Difícil será ela se, designadamente, os namorados tiverem registado publicamente a sua declaração e mais fácil se o documento estiver guardado na gaveta e o par amoroso usar de forma indiferente o património um do outro (por exemplo, o carro, a casa).

A este propósito, pergunta-se: estarão os bens adquiridos por ambas as partes durante o namoro abrangidos retroactivamente pelo reconhecimento de uma união estável? Por analogia ao casamento, o regime de bens só vigoraria a partir da efectivação da relação não abrangendo, portanto, salvo consideração em contrário (por exemplo adopção do regime de comunhão total), retroactivamente os bens adquiridos

---

<sup>98</sup> Ver Renata Mariz (2006). ; Regina Beatriz Tavares da Silva (2003). e (2004).

<sup>99</sup> Neste sentido, Paulo Stolze Gagliano (2006). Em relações aos terceiros na união estável, AZEVEDO, Álvaro Villaça (2004). *A união estável no novo Código Civil*, Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n.º 191, Janeiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4580>

anteriormente.<sup>100</sup> Por outro lado, veja-se a inovadora decisão dos Ministros da 3.<sup>a</sup> Turma do STJ, ao considerarem que a simples coabitação não é bastante para determinar a partilha do património, sendo necessária a demonstração de colaboração económica efectiva, um verdadeiro esforço comum, para a sua aquisição, afastando a divisão dos bens que teriam sido amealhados antes da união estável<sup>101</sup>.

## 5. Notas finais

As relações sociais, em particular afectivas, são ao mesmo tempo motor e reflexo cultural. Juridificá-las na lógica da sua dignificação e protecção incorre, contudo, no risco de as desvirtuar, esvaziando-as da sua própria essência emotiva e da liberdade de sentimentos. Mais, tipificá-las, mesmo em moldes subjectivos mais próximos da realidade fáctica como tenta o legislador brasileiro, cria mais problemas do que soluções, levanta mais questões do que respostas. A plasticidade dos relacionamentos e celeridade das suas alterações choca com a maior lentidão do Direito, por um lado. Por outro, é preciso lidar com os próprios preconceitos, interesses, limitações e cegueira do legislador, na senda da Escola da Escolha Pública, que se recusa ou não consegue lidar com determinados fenómenos heterodoxos, como por exemplo as relações homossexuais, ou leva para a ordem normativa ideias pré-feitas e desajustadas como a culpa nas relações afectivas ou uma tramitação antiquada do processo relacional.

A actual tentação hegemónica do Estado na senda de maior segurança e certeza, talvez um reflexo do mundo pós-21 de Setembro e de um Estado da ciência, corre o risco de criar um divórcio com o pulsar social e a legitimidade de base, em particular quando invade a esfera da intimidade. Afinal, se aí não se pode ser livre, se o Direito absorve o trato social e entra no mais sagrado da vida privada de cada um, dificilmente haverá outro espaço de liberdade. A estatização do afecto condena-o à agonia. Se tudo passa a ser certo e previsível, sem ponta de espontaneidade, incluindo os afectos, onde estará o gozo de viver ou o incentivo para ir mais além? Não se aumentará, ao contrário

---

<sup>100</sup> Neste sentido, Helder Dal Col (2005).

<sup>101</sup> Processo em segredo de Justiça - Com informações do STJ [http://www.emerj.rj.gov.br/forum/forum\\_dire\\_fam/ata\\_16.htm](http://www.emerj.rj.gov.br/forum/forum_dire_fam/ata_16.htm), citado por Helder Dal Col (2005). que chama a atenção para o rompimento com a jurisprudência anterior. Entanto, atente-se à Súmula 380 acima reproduzida.

do que se deseja, mais o risco moral com o excesso de protecção, negligenciando-se a verdade das emoções, potenciando, em consequência os conflitos que se procurava evitar?