

JANICE PESSOA GARCIA

**UNIÃO ESTÁVEL E NAMORO QUALIFICADO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito – Mestrado Acadêmico, área de concentração Poder, Estado e Jurisdição do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Martinho Martins Botelho

**CURITIBA/PR
2023**

G216u Garcia, Janice Pessoa
União estável e namoro qualificado sob a ótica da
análise econômica do direito / Janice Pessoa Garcia. -
Curitiba, 2023.
115 f. : il. (algumas color.)

Orientador: Prof. Dr. Martinho Martins Botelho
Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Direito de família. 2. União estável. 3. Namoro.
4. Direito e economia. 5. Análise econômica. 6.
Jurisdição. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias – CRB-9/547

JANICE PESSOA GARCIA

**UNIÃO ESTÁVEL E NAMORO QUALIFICADO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO**

Linha de Pesquisa: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito – Mestrado Acadêmico, área de concentração Poder, Estado e Jurisdição do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador Professor Doutor Martinho Martins Botelho
Centro Universitário Internacional – UNINTER

Examinador convidado Professor Doutor Luís Alexandre Carta Winter
Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Membro externo

Examinador convidado Professor Doutor Jailson de Souza Araújo
Centro Universitário Internacional (UNINTER/PR) – Membro interno

**CURITIBA/PR
2023**

AGRADECIMENTOS

Não poderia encerrar este momento importante da minha vida acadêmica sem agradecer a todos aqueles que participaram direta ou indiretamente da concretização deste trabalho. Ninguém anda só, nem faz nada sozinho. Esta dissertação tornou-se real porque muitas pessoas se empenharam para concretização deste estudo, acreditaram, incentivaram, estiveram por perto e por isso agradeço:

A Deus, por ter me feito forte e com fé suficiente para acreditar em mim mesma.

Agradeço a minha mãe, Nelci Liene, que, ao desbravar os próprios caminhos, abriu muitas portas para a realização dos meus sonhos. Por todo amor, assistência moral, pela educação espiritual e por me ensinar o quão forte pode ser uma mulher.

Ao mestre e amigo Rafael Baggio Berbicz, agradeço por tudo aquilo que me ensinou e continua me ensinando a cada dia, e também, por tudo de bom que a sua postura séria, honesta e ética me sugere. Gratidão pelo incentivo, pelo respeito, pela parceria, pelo exemplo, por me incentivar a crescer como profissional e, conseqüentemente como pessoa.

Meu agradecimento especial ao Professor Doutor Martinho Martins Botelho, meu orientador, por ter me apresentado a Análise Econômica do Direito e por ter me dado a honra de ser sua orientanda, pela paciência e pela generosidade no compartilhamento do seu conhecimento.

A todos os Mestres do Programa de Mestrado do Centro Universitário Internacional - Uninter, por todos os ensinamentos e pelas aulas incríveis que possibilitaram o meu amadurecimento e progresso acadêmico.

É enfrentando as dificuldades que ficamos fortes, superamos limites, crescemos e vencemos. Como ouvi um dia: “Pedras no caminho? “Guardo todas, um dia vou construir um castelo...”

"Na vida, não vale tanto o que temos, nem tanto importa o que somos. Vale o que realizamos com aquilo que possuímos e, acima de tudo, importa o que fazemos de nós!"

Chico Xavier

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito

AC – Apelação Cível

ARESP – Agravo em Recurso Especial

art. - Artigo

CC – Código Civil

CF– Constituição Federal

CNB – Colégio Notarial do Brasil

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

PPGD – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

PROCJUDIC – Processo Judicial

RE – Recurso Extraordinário

RESP – Recurso Especial

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

UCB – Universidade Católica de Brasília

UFBA – Universidade Federal da Bahia

UNINTER – Centro Universitário Internacional

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 01 - Número de escrituras de Uniões Estáveis realizadas por ano no território nacional

Gráfico 02 - Número de contratos de namoro realizados por ano no território nacional

RESUMO

O objetivo da presente dissertação é estudar evolução do Direito de Família no que diz respeito à formação dos novos modelos familiares, trazendo a problematização acerca da dificuldade de distinguir união estável e namoro qualificado, utilizando a teoria econômica como ferramenta para análise, explorando as contribuições deste campo de conhecimento científico para investigar o comportamento dos indivíduos quando optam pela concretização de um ou de outro relacionamento. Usando como instrumento o método hipotético dedutivo, realizado a partir de pesquisa bibliográfica, constituída de livros, teses, artigos científicos, documentos legislativos, legislação e jurisprudência, explora as matrizes teóricas da Análise Econômica do Direito, com o intuito de buscar elementos que possam facilitar a compreensão do processo de formação, transformação e dissolução dessas modalidades de relacionamento afetivo. Com as mudanças do instituto familiar e o reconhecimento de diferentes formas de constituição de vínculo afetivo, surgiu uma nova modalidade de relacionamento que apresenta grande similaridade com a união estável, denominado pela doutrina pátria como namoro qualificado. Essa modalidade de relacionamento afetivo tem sido confundido em inúmeros casos com a união estável, levando ao Poder Judiciário litígios nesse sentido, porquanto apresenta os mesmos elementos exigidos para configuração da união estável, com uma pequena distinção quanto ao elemento subjetivo “intenção de constituir família”, que de acordo com o entendimento jurisprudencial, se for atual, caracteriza a união estável e, se for futura tem-se um namoro qualificado. Nesse contexto é que se questiona se a ênfase dada pelo Judiciário à análise do elemento subjetivo, aumentou a insegurança de que união estável e namoro qualificado possam ser confundidos e o impacto que o reconhecimento de um ou de outro pode causar as partes em caso de dissolução do relacionamento? Apesar de haver uma linha bem tênue na distinção entre quais requisitos seriam imprescindíveis para a configuração dessas duas modalidades de instituto familiar, as possíveis repercussões de cada um estão expressamente delimitadas e definidas na legislação, e seguem caminhos completamente diferentes. Para contextualizar o objeto dessa pesquisa estabeleceu-se como necessário um estudo da evolução ocorrida nos modelos de família. Buscando analisar essas duas modalidades de relacionamento foram empregados alguns elementos da Análise Econômica do Direito para entender suas diferenças e as possíveis implicações fáticas do ordenamento jurídico que motivam as pessoas optarem por um ou por outro quando desejam se relacionar. Por fim, para uma abordagem econômica da união estável e do namoro qualificado foram utilizados os elementos da cooperação, da assimetria informativa, das preferências comportamentais e da estrutura de incentivos, com a pretensão de introduzir um novo olhar sobre esse fenômeno jurídico.

Palavras-chave: Jurisdição Contemporânea. Análise Econômica do Direito. Direito de Família. União estável. Namoro qualificado.

ABSTRACT

The aim of this dissertation is to study the evolution of Family Law with regard to the formation of new family models, problematizing the difficulty of distinguishing between stable unions and qualified dating, using economic theory as a tool for analysis, exploring the contributions of this field of scientific knowledge to investigate the behavior of individuals when they choose to enter into one relationship or another. Using the hypothetical deductive method as an instrument, based on bibliographical research, consisting of books, theses, scientific articles, legislative documents, legislation and case law, it explores the theoretical matrices of the Economic Analysis of Law, with the aim of seeking elements that can facilitate understanding of the process of formation, transformation and dissolution of these types of affective relationship. With the changes in the family institute and the recognition of different ways of forming affective bonds, a new type of relationship has emerged that is very similar to a stable union, known by the legal doctrine as qualified courtship. This type of affective relationship has been confused in countless cases with a stable union, leading the Judiciary to litigate along these lines, as it has the same elements required for a stable union, with a small distinction in terms of the subjective element "intention to start a family", which according to case law, if it is current, characterizes a stable union, and if it is future, it is qualified dating. In this context, the question arises as to whether the emphasis given by the Judiciary to the analysis of the subjective element has increased the insecurity that stable unions and qualified dating can be confused and the impact that recognizing one or the other can have on the parties in the event of the relationship being dissolved? Although there is a very fine line in the distinction between which requirements would be essential for the configuration of these two types of family institute, the possible repercussions of each are expressly delimited and defined in the legislation, and follow completely different paths. In order to contextualize the subject of this research, it was necessary to study the evolution of family models. In order to analyze these two types of relationship, some elements of the Economic Analysis of Law were used to understand their differences and the possible factual implications of the legal system that motivate people to opt for one or the other when they wish to have a relationship. Finally, in order to take an economic approach to stable unions and qualified dating, the elements of cooperation, informational asymmetry, behavioral preferences and the structure of incentives were used, with the intention of introducing a new perspective on this legal phenomenon.

Keywords: Contemporary Jurisdiction. Economic Analysis of Law. Family Law. Stable union. Qualified dating.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. FAMÍLIA LÍQUIDA E AS RELAÇÕES FLUÍDAS: UM NOVO PARADIGMA	16
1.1. O AMOR LÍQUIDO E A EVOLUÇÃO NOS MODELOS DE INSTITUIÇÃO FAMILIAR.....	16
1.2. O PAPEL DO AFETO NA CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA	24
1.3. UNIÃO ESTÁVEL E NAMORO QUALIFICADO: O ESPAÇO CINZENTO DAS UNIÕES.....	30
1.4. REPERCUSSÕES JURÍDICAS ESPECÍFICAS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO NAMORO QUALIFICADO	38
2. O DIREITO DE FAMÍLIA SOB AS LENTES DA ANÁLISE ECONÔMICA	45
2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA: DIÁLOGO ENTRE DIREITO E ECONOMIA	45
2.2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA PROPOSTA DE ESTUDO INTERDISCIPLINAR	47
2.2.1. O papel da eficiência para a economia	53
2.2.2. Teoria da escolha racional	55
2.3. ESTUDOS DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL INCORPORADOS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	58
2.4. ANÁLISE ECONÔMICA APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA	61
3. UNIÃO ESTÁVEL E NAMORO QUALIFICADO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	68
3.1. UNIÃO ESTÁVEL E NAMORO QUALIFICADO SOB A PERSPECTIVA DA COOPERAÇÃO.....	69
3.1.1. Princípio da Solidariedade Familiar	70
3.1.2. Cooperação Econômica e Princípio da Solidariedade Familiar: aspectos convergentes	73
3.2. ASSIMETRIA INFORMATIVA E PREFERÊNCIAS COMPORTAMENTAIS NA UNIÃO ESTÁVEL E NO NAMORO QUALIFICADO	78
3.3. ESTRUTURA DE INCENTIVOS APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA: UNIÃO ESTÁVEL X NAMORO QUALIFICADO.....	87
CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS	105

INTRODUÇÃO

A família ao longo do tempo sofreu inúmeras transformações, de entidade com finalidade econômica, política e religiosa, voltada à procriação e com uma estrutura de desigualdade e autoridade do homem – *pater família* e ¹– sobre seus membros (mulher, filhos, filhas, escravos, netos etc.), passando paulatinamente à posição de coordenação e comunhão de interesses da vida.

Na atualidade a constituição da entidade familiar não é mais sinônimo de casamento formal, uma vez que a sociedade se distanciou da ideia da família como uma composição matemática formada por “pai + mãe = filhos”, adotando a multiplicidade de fórmulas e resultados. As novas modalidades de arranjos familiares comprovam as profundas mudanças implementadas e uma variedade de modelos viáveis que requerem uma tutela jurídica adequada, o que, indubitavelmente, provocou uma considerável evolução do Direito de Família.

A família é o instituto jurídico que mais sofreu transformações no decorrer do tempo, sendo influenciada por diferentes aspectos sociais, culturais e religiosos, encontrando-se em constante evolução. Até meados do século XX, vivia-se em uma sociedade conservadora e patriarcal, onde o casamento era a única forma instituída de constituição legítima de família, não se reconhecendo à época, nenhuma outra entidade familiar a não ser a advinda do matrimônio.

Com a natural transformação dos relacionamentos familiares ocorridos a partir da Idade Média, a família deixou de ser fundamentada na manutenção da linhagem e do patrimônio e passou a valorizar o afeto, tornando-o pressuposto fundamental de união familiar.

O afeto como elemento fundador da instituição familiar é fato relativamente recente, sobretudo por considerar que não se vislumbrava tal perspectiva na família antiga, pois a sua base não era encontrada no afeto natural e sim na perspectiva religiosa, que estabelecia os elementos condicionantes que vinculavam os indivíduos em torno do ente familiar.

Sobrelevando as mudanças ocorridas nas relações familiares, com o reconhecimento das diversas modalidades de constituição de família em virtude da

¹ O termo *pater familiae* tem sua origem no Direito Romano, determinando que a família era organizada a partir do princípio da autoridade do pai sobre seus membros.

ascensão do vínculo afetivo, a legislação se viu obrigada a regular os pressupostos da constituição e as repercussões jurídicas das novas espécies de famílias.

Nesse cenário, o ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da Constituição da República de 1988, passou a proteger os vínculos decorrentes da união estável, reconhecendo-a no § 3º do art. 226 como uma entidade familiar, passível de suas próprias repercussões jurídicas, bem como chancelou a existência das famílias monoparentais, formadas por apenas um dos progenitores e a sua descendência.

Posteriormente, ganharam proteção jurídica, outros modelos de organização familiar, como as uniões homoafetivas e as famílias socioafetivas, que eram uma realidade social, mas não eram legitimadas pelo Estado e, inclusive já se discute a possibilidade da família poliafetiva (família formada por uma tríade ou grupo maior de pessoas).

Alguns autores como Conrado Paulino da Rosa, alertam para a possibilidade do modelo de família virtual ou *iFamily*, formada por entes que estão afastados do convívio familiar para atender a algum compromisso profissional (caráter provisório), ou por aqueles que simplesmente não desejam conviver no mesmo espaço diariamente com o parceiro afetivo (caráter permanente), e se utilizam das novas ferramentas tecnológicas para a convivência virtual.

Com tantas mudanças na instituição familiar surgiu um outro tipo de relacionamento, que ocorre quando os casais apresentam relação duradoura, contínua, pública e notória, com compartilhamento de bens e projetos de vida, divisão de despesas, e em muitos casos, inclusive, dividindo moradia, que foi nomeado pela doutrina de namoro qualificado.

Observa-se que essa modalidade de relacionamento apresenta enorme semelhança com o instituto da união estável, podendo por vezes, com ela ser confundido.

A presente dissertação de Mestrado em Direito tem, por objeto de estudo os institutos da união estável e do namoro qualificado sob a ótica da Análise Econômica do Direito, e tem, por objetivo, uma leitura da evolução do Direito de Família no que diz respeito à formação desses novos modelos familiares, apresentando seus elementos caracterizadores e buscando aferir as reais contribuições deste campo de conhecimento científico para distingui-los e investigar o comportamento dos indivíduos quando optam pela concretização de uma união estável ou de um namoro qualificado.

Com a criação dessa nova modalidade de relacionamento afetivo denominada de namoro qualificado, que apresenta os mesmos elementos exigidos para configuração da união estável, com uma pequena distinção quanto ao elemento subjetivo “intenção de constituir família”, e de acordo com o entendimento jurisprudencial, se a intenção for atual, caracteriza a união estável, se for futura tem-se um namoro qualificado, emerge uma imprecisão na diferenciação dessas relações, em razão de que uma intenção de constituir família, exteriorizada ou não, qualquer um pode ter, e como definir se ela é atual ou futura.

Nesse contexto, apresenta-se um questionamento: A ênfase dada pelo Judiciário à análise do elemento subjetivo, que vem a ser a intenção de constituir família aumentou a insegurança de que união estável e namoro qualificado possam ser confundidos e o impacto que o reconhecimento de um ou de outro pode causar as partes em caso de dissolução do relacionamento?

Por seu turno, a metodologia da pesquisa instrumentalizou-se pelo método hipotético dedutivo, realizando-se a partir de pesquisa bibliográfica, constituída de livros, teses, artigos científicos, documentos legislativos, legislação e jurisprudência.

Para nortear o desenvolvimento dessa pesquisa, com o intuito de viabilizar essa análise econômica do direito de família adotou-se uma perspectiva fenomenológica para revelar as circunstâncias em que se deu a evolução familiar na contemporaneidade, optando-se por uma análise evolucionista e centrada na diversidade de modalidades e complexidade dos relacionamentos afetivos.

Nesse sentido, é essencial uma apreciação do comportamento dos sujeitos envolvidos na construção de relacionamentos familiares, bem como conhecer as nuances e particularidades da compreensão desse fenômeno, ainda que brevemente, principalmente por se tratarem de institutos afetivos do Direito de Família.

Pode-se dizer que a sociedade atual se encontra assentada na fragmentalidade, fluidez e complexidade, não possuindo mais a capacidade de manter uma mesma forma por muito tempo. As instituições, costumes, estilos de vida, crenças e convicções mudam rapidamente, sem tempo para se solidificar. Uma das consequências desses novos tempos é que as relações sociais, inclusive familiares, estabelecidas nesse espaço, dificilmente oferecem laços duradouros a seus membros.

Essa constante possibilidade de escolha, tornou os indivíduos sempre abertos às opções que lhe ofereçam maior satisfação individual. Assim, as pessoas sempre

podem contar com a possibilidade de uma alternativa melhor ou que lhe traga um maior bem-estar. Os padrões sociais, culturais ou religiosos já não exercem a mesma pressão de outrora no comando da vida privada, permitindo aos sujeitos buscarem constantemente, sem maiores dificuldades a sua satisfação pessoal, seu próprio bem-estar, ou seja, a melhor escolha.

Esse momento paradigmático, de verdadeira metamorfose no Direito de Família, apoiada no discurso do afeto, promoveu uma transformação em diversas relações sociais, inclusive nos relacionamentos familiares, principalmente em razão de que tais relações têm origem no contexto social e cultural em que estão inseridas.

O ordenamento jurídico empenha-se em acompanhar as modificações ocorridas na sociedade com inovações consideráveis no Direito de Família que, atualmente, é regido por princípios que têm como fundamento básico a afeição entre os envolvidos e a necessidade da presença do objetivo de comunhão de vida.

É sabido que a legislação não trata, expressamente, da maioria das relações existenciais afetivas colocadas para a análise do Direito, o que somado a uma interpretação limitada da estrutura codificada, acarreta uma tutela intrincada destes novos conflitos. Nada obstante, doutrina e jurisprudência constataram a afetividade intrínseca a tais relações pessoais e passaram a oferecer respostas a estas demandas, mesmo sem expressa previsão legislativa.

Diante das constantes mudanças de costumes e valores socioafetivos, quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, nota-se o surgimento de uma nova modalidade de relacionamento, que ocorre quando os casais apresentam relação duradoura, contínua, pública e notória, de conhecimento da família, amigos e da comunidade em geral, compartilhando bens, dividindo despesas, realizando viagens a dois, compartilhando projetos de vida, e em muitos casos, inclusive, dividindo moradia por motivos diversos, denominado pela doutrina pátria como namoro qualificado.

Embora o ordenamento jurídico, especificamente o Código Civil, trate do instituto da união estável, reconhecendo-a no artigo 1.723 como a relação estabelecida entre homem e mulher, que configura uma entidade familiar, desde que atenda aos requisitos necessários como: presença de convivência pública, contínua e

duradoura (elementos objetivos) e da finalidade de constituição de família (elemento subjetivo)², não faz qualquer menção ao namoro qualificado.

A despeito das dificuldades envolvidas no esforço de distinguir o instituto da união estável do namoro qualificado, esta é de extrema relevância, em razão das diferentes consequências jurídicas e patrimoniais entre as duas relações afetivas. Isso porque a união estável, sendo equiparada ao casamento, produz consequências em diferentes âmbitos, influenciando nas relações patrimoniais, pessoais e íntimas do casal.

De outra parte, consistindo o relacionamento afetivo em namoro, seja ele simples ou qualificado, ao contrário da união estável, não há que se falar em direitos e deveres jurídicos, principalmente de ordem patrimonial entre os namorados, não se discutindo sobre regime de bens, alimentos, pensão e direitos sucessórios.

Veja-se que, apesar de haver uma linha bem tênue na distinção entre quais requisitos, seriam imprescindíveis, para a configuração da união estável e do namoro qualificado, as possíveis repercussões de cada um estão expressamente delimitadas e definidas na legislação, o que torna maior o desafio quando é solicitado o reconhecimento da união estável em juízo, uma vez que concretizado o reconhecimento, as repercussões do namoro qualificado e da união estável seguem linhas completamente diferenciadas.

Buscando refletir sobre esses aspectos, utiliza-se os instrumentos da Análise Econômica do Direito, incluindo como objeto de estudo não somente bens e serviços mercadológicos, mas também elementos como alimentos, moradia e afeto, que são obtidos pelo esforço conjunto dos membros da família.

No primeiro capítulo, numa perspectiva fenomenológica, procede-se à contextualização da evolução familiar por meio de uma análise evolucionista direcionada à diversidade de modalidades e complexidade dos relacionamentos afetivos, voltando a observação para o comportamento dos agentes envolvidos na construção de relacionamentos familiares.

O segundo capítulo é dedicado à teoria da Análise Econômica do Direito, aplicada ao Direito de Família, com o objetivo de asseverar como ciências aparentemente distintas como Direito e Economia foram unidas com o mesmo

² BRASIL. **Código Civil**. Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

propósito e que a despeito de, em regra, ser utilizada nas áreas jurídicas de conteúdo patrimonial, pode ser aplicada ao Direito de Família.

Com base no instrumento proposto, adotou-se a teoria econômica nas proporções permitidas e naquilo que foi possível, para estudar situações presentes no atual Direito de Família brasileiro, especialmente as ferramentas da Economia Comportamental, ramo da Análise Econômica do Direito que se debruça sobre a influência de diversos fatores nas escolhas humanas, sendo um campo de estudo vasto e em pleno crescimento. Em outras palavras, a economia comportamental busca entender as decisões individuais a partir de uma visão alternativa a respeito das pessoas. Influências psicológicas, emocionais, conscientes e inconscientes que afetam o ser humano em suas escolhas, são incorporadas aos modelos, objetivando entender as escolhas do indivíduo de forma mais realista.

O terceiro capítulo, com o devido filtro que merece, traz esta abordagem econômica da união estável e do namoro qualificado seguindo elementos da teoria econômica: i) a cooperação dos sujeitos envolvidos na constituição desses respectivos institutos, ii) a assimetria informativa e preferências comportamentais, e iii) como a estrutura dos incentivos pode influir sobre as condutas desses agentes econômicos.

Com base nessas premissas, tem-se que a Análise Econômica do Direito se apresenta como uma importante ferramenta que utiliza alguns elementos da economia para examinar os institutos da união estável e do namoro qualificado, entender suas diferenças e as possíveis implicações fáticas do ordenamento jurídico que motivam as pessoas optarem por um ou por outro quando desejam se relacionar.

1. FAMÍLIA LÍQUIDA E AS RELAÇÕES FLUÍDAS: UM NOVO PARADIGMA

As diversas novas modalidades de arranjos familiares comprovam as profundas mudanças implementadas no direito de família e a multiplicidade de modelos viáveis que requerem uma tutela jurídica adequada à complexidade contemporânea.

Para possibilitar uma análise econômica do direito de família, principalmente no que se refere aos institutos da união estável e do namoro qualificado, adotou-se uma perspectiva fenomenológica com o intuito de contextualizar a evolução familiar no tempo e no espaço, optando por uma análise evolucionista e centrada na diversidade de modalidades e complexidade dos relacionamentos afetivos.

Por essa razão, é indispensável a apreciação do comportamento dos sujeitos envolvidos na construção de relacionamentos familiares, bem como conhecer as nuances e particularidades da compreensão desse fenômeno, ainda que brevemente, principalmente porque se trata de institutos afetivos do direito de família.

1.1. O AMOR LÍQUIDO E A EVOLUÇÃO NOS MODELOS DE INSTITUIÇÃO FAMILIAR

Por se encontrar em constante evolução e influenciada por diferentes aspectos sociais, culturais e religiosos, a entidade familiar é o instituto jurídico que mais sofreu transformações no decorrer do tempo. Até parte do século XX, vivia-se em uma sociedade conservadora e patriarcal, onde o casamento era a única forma de constituição legítima de família, não se reconhecendo à época, nenhuma outra entidade familiar a não ser a advinda do matrimônio³.

Consoante se depreende dos ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Em uma sociedade conservadora, para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico, o núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. Necessitava ser chancelado pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha formação extensiva, verdadeira comunidade rural,

³ TEPEDINO, Gustavo; BROCHADO, Ana Carolina. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Tratava-se de uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos⁴.

Como ensina Arnaldo Rizzardo, o termo família no direito romano significava a reunião de pessoas colocadas sob o poder familiar de um único chefe:

O *pater familias* –, que era o chefe sob cujas ordens se encontravam os descendentes e a mulher, a qual era considerada em condição análoga a uma filha. Submetiam-se a ele todos os integrantes daquele organismo social: mulher, filhos, netos, bisnetos e respectivos bens. Estava a família *jure proprio*, ou o grupo de pessoas submetidas a uma única autoridade. De outro lado, conhecia-se também a família *communi jure*, uma união de pessoas pelo laço do parentesco civil do pai, ou *agnatio*, sem importar se eram ou não descendentes. Não se considerando o parentesco pelo laço da mulher, o filho era estranho à família de origem da mãe. Considerava-se a família patriarcal propriamente dita.⁵

O ordenamento jurídico brasileiro se inspirou na concepção de família do direito romano, utilizando alguns dos seus fundamentos para regular o direito de família no Código Civil de 1.916, que tinha como grande preocupação estatuir as questões patrimoniais deixando de lado os aspectos afetivos de seus membros.⁶

Nesse contexto histórico, a família estava ligada a dois pontos fundamentais: o casamento formal e a consanguinidade. O marido era o chefe da família e a ele competia representa-la e administrar os bens.⁷ Quanto aos filhos, eram classificados como legítimos, os gerados na constância do casamento; legitimados, os filhos naturais que em situações específicas poderiam ser reconhecidos pelos pais e ilegítimos os filhos nascidos de pessoas não ligadas pelo matrimônio.⁸ O casamento

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 48

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 9.

⁶ ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 79-80.

⁷ BRASIL. **Código Civil de 1916**. (Revogado) Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Compete-lhe:

I – a representação legal da família;

II – a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial.

III – o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV – O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal.

⁸ BRASIL. Código Civil de 1916. (Revogado) Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento. [...]

Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos. [...]

Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

possuía uma base patrimonialista⁹, com a preservação do instituto do dote, que “era uma espécie de antecipação da herança a que a noiva teria direito. Esses bens materiais poderiam ser dinheiro, terras, escravos, roupas e joias”.¹⁰

Contudo, a família sofreu alterações ao longo dos anos, sendo a sua concepção desvinculada desses modelos originários baseados no casamento, patrimônio e procriação.

A transformação social, ocorrida durante o século XX, paulatinamente modificou o Direito de Família brasileiro, culminando no advento da Constituição da República, promulgada em 1.988, que ampliou e flexibilizou o conceito de família, admitindo outras modalidades de entidade familiar.

Nas palavras de Conrado Paulino da Rosa, “inserida em nosso ordenamento jurídico somente pela Constituição Federal de 1988, as famílias que não eram constituídas segundo os laços do matrimônio enfrentaram décadas de negativas de direitos e preconceito social¹¹”.

Com a conseqüente ampliação dos direitos e garantias inerentes a pessoa humana, que elimina qualquer forma de preconceito e discriminação, os costumes e a questão da moral evoluiu, sobretudo no que se refere aos relacionamentos amorosos.

Nesse sentido, pode-se vislumbrar os denominados relacionamentos abertos, os relacionamentos casuais, bem como a prática sexual sem vínculo afetivo, que em tempos anteriores era uma questão tratada com preconceito pela sociedade, que exigia da mulher a virgindade como requisito de dignidade e indispensável para a solenidade do casamento.

Os vínculos familiares tornaram-se frágeis, as dissoluções cada vez mais constantes e aceitas como acontecimentos normais, e essa situação acarretou esse fenômeno conhecido como liquidez dos relacionamentos.

⁹ BRASIL. Código Civil de 1916. (Revogado). Art. 278. É da essencial do regime dotal descreverem-se e estimarem-se cada um de *per sí*, na escritura antenupcial (art. 256), os bens, que constituem o dote, com expressa declaração de que a este regime ficam sujeitos.

Art. 279. O dote pode ser constituído pela própria nubente, por qualquer dos seus ascendentes, ou por outro.

Art. 280. O dote pode compreender, no todo, ou em parte, os bens presentes e futuros da mulher.

Parágrafo único. Os bens futuros, porém, só se consideram compreendidos no dote, quando, adquiridos por título gratuito, assim for declarado em cláusula expressa do pacto antenupcial.

¹⁰ ABRANTES, Elizabeth Sousa. **O Dote é a moça educada**: mulher, dote e instrução em São Luís na Primeira República. Revista História e Diversidade. 2014. Disponível em: <http://www.unemat.br/revistas/historiaediversidade/> Acesso em 10 Mai 2023.

¹¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2020.p. 66

Nesse contexto, o escritor Zygmunt Bauman, em sua obra “O amor líquido”, assevera que:

Com a nova fragilidade das estruturas familiares, com a expectativa de vida de muitas famílias sendo mais curta do que a de seus membros, com a participação em determinada linhagem familiar tornando-se rapidamente um dos elementos "indetermináveis" da líquida era moderna e com a adesão a uma das diversas redes de parentesco disponíveis transformando -se, para um crescente número de indivíduos, numa questão de escolha — e uma escolha, até segunda ordem, revogável —, um filho pode ser ainda "uma ponte" para algo mais duradouro. Mas a margem a que essa ponte conduz está coberta por uma neblina que ninguém espera que venha a se dissipar, e portanto é improvável que provoque muita emoção, menos ainda que alimente o desejo inspirados da ação.¹²

A instituição familiar é dinâmica e moldável em conformidade com a estrutura e anseios da sociedade em que esta está inserida, quase sempre reproduzindo os valores do cidadão médio e influenciada por fatores de coerção social, de modo a impor aos indivíduos a satisfação dos anseios da sociedade, sendo um reprodutor das convenções sociais¹³.

Destarte, é inegável que a família é uma realidade sociológica, que apresenta, em seu desenvolvimento histórico, desde a família patriarcal até a família líquida contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.

Aliás, essa atual conjuntura histórico-social marcada pela superficialidade e instantaneidade das relações sociais é denominada de modernidade líquida, caracterizada pelo impacto das relações de consumo nas relações afetivas e pela passagem da modernidade sólida, marcada pelas certezas e valores concretos para uma realidade formada pela diversidade e flexibilização, que influencia as relações sociais e afetivas, implicando em modificações das estruturas sociais com repercussão no mundo jurídico.¹⁴

A experiência de vida da sociedade contemporânea apresenta como objeto de destaque cultural o indivíduo, trazendo como determinantes fundamentais desta experiência, a propaganda e o consumismo. Com as múltiplas possibilidades de escolha, e as regras tradicionais de controle social e moral do comportamento já não

¹² BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 43.

¹³ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 9. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 11.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 11.

fazendo mais parte do ideário de relacionamento, tem-se uma enorme diversidade de alternativas, com a permissão aos indivíduos para que possam decidir serem aquilo que vestem ou aquilo que os lugares que frequentam significam.

Para Zygmunt Bauman:

A medida em que essa liberdade fundada na escolha de consumidor, especialmente a liberdade de auto-identificação pelo uso de objetos produzidos e comercializados em massa, é genuína ou putativa é uma questão aberta. Essa liberdade não funciona sem dispositivos e substâncias disponíveis no mercado. Dado isso, quão ampla é a gama de fantasias e experimentação dos felizes compradores?¹⁵

Em busca de se autoconhecer, o indivíduo passou a utilizar como base de comparação a sua disposição para consumir este ou àquele material da indústria cultural. Não importa o que se escolhe, desde que essa escolha esteja disponível no mercado, reduzindo o exercício da liberdade e menosprezando as decisões familiares coletivas em prol das alternativas individuais.

Em outras palavras, a sociedade contemporânea, forjada a partir do consumismo exagerado e do descarte do obsoleto, influenciou sobremaneira as relações sociais, que passaram de longínquas e duradouras para relacionamentos caracterizados pela efemeridade e experimentação, o que implica em uma transformação da interpretação jurídica dos conceitos estabelecidos no contexto legal.

Assim, os laços sociais e afetivos e as parcerias estabelecidas tendem a ser reconstituídas na perspectiva mercadológica, como objetos a serem consumidos, não havendo satisfação, não havendo motivos para permanecer com o produto haja vista a possibilidade de substituir a mercadoria quebrada e ultrapassada por uma nova, na loja. Essa perspectiva desvencilha os parceiros da responsabilidade de construir um relacionamento duradouro por meio de diálogos, reflexões e reposicionamento de preferências.¹⁶

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2021. p. 80.

¹⁶ CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **Minha família, minhas regras: da família contratual aos smartcontracts de Direito de Família**. Data de publicação: 27/04/2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1809/Minha+fam%C3%ADlia%2C+minhas+regras%3A+da+fam%C3%ADlia+contratual+aos+smartcontracts+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em 30 de Jul 2023.

Para Ricardo Calderón, “as pessoas passam a ver a satisfação com o parceiro como um objetivo a ser constantemente alcançado, não se vinculando profundamente a projetos de longo prazo”, sobretudo na perspectiva do amor líquido.¹⁷

Mas afinal, o que seria o amor líquido?

A compreensão de amor líquido está relacionada à passagem de um relacionamento sólido e não volátil, constituído pela dedicação, tolerância e respeito ao próximo para um relacionamento que busca a satisfação imediata, fenômeno que, como mencionado anteriormente, tem origem na relação de consumo da sociedade contemporânea, ou seja, aspectos da relação de consumo foram incorporados às relações de afeto, de modo que o tratamento dispensado aos produtos na lógica imediatista do consumismo exagerado teria influenciado as relações afetivas.

Por esse ponto de vista, tem-se que a substituição da visão de longo prazo pela de curto prazo influenciou nos relacionamentos afetivos, fazendo com que a concepção do casamento como instituição familiar que duraria para sempre, fosse substituída pela consciência dos parceiros de que não mais se vive muito tempo juntos. Nas palavras de Euclides de Oliveira:

O namoro à moda antiga se fazia cauteloso e era até difícil chegar aos beijos e abraços, o que só acontecia depois de certo tempo de espera e da aprovação familiar (era comum o namoro incipiente no sofá da sala dos pais da moça, sob olhares críticos e vigilantes dos donos da casa). Hoje é sabidamente mais aberta a relação, que logo se alteia para os carinhos mais ardentes e com boa margem de liberalidade (fim de semana a sós, viagens, sexo quase declarado).¹⁸

Realizando um paralelo com o que diz Zygmunt Bauman, no curso do processo de estruturação dessa modernidade líquida, que exalta valores individuais, passionais e temporários, está a base da sociedade: a família. Com efeito, as modificações na estrutura social impactaram diretamente esse instituto, fazendo com que o relacionamento duradouro passasse a ser compreendido como um fenômeno de opressão, uma situação de dependência, não mais aceitável nas relações amorosas.¹⁹

¹⁷ CALDERÓN, Ricardo. Princípio da afetividade no direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹⁸ OLIVEIRA, Euclides de. **A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/13.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023. p. 13.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2021.

Com a passagem do caráter sólido para o líquido, da realidade de longo para a de curto prazo das relações afetivas, o indivíduo, buscando minimizar os riscos desse modelo de relacionamento, começa a priorizar aspectos como flexibilidade, parcialidade e um menor comprometimento com o outro, e controversamente busca sentir-se inserido e conectado ao mesmo tempo em que tem dificuldade em ceder parte de sua liberdade para construir uma relação duradoura caracterizada pela renúncia parcial do indivíduo frente ao parceiro.

É importante destacar que, além do fato de ser uma instituição natural, a família é também uma construção social, na medida em que as funções dos seus membros variam conforme conjunturas e pressões específicas da sociedade. Essa mudança de funções altera igualmente a sua natureza e a família deixa de ser uma instituição forte, caminhando para a informalidade²⁰.

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

A família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade.²¹

Sobrelevando as mudanças do instituto familiar, com a possibilidade de tutela jurisdicional de diferentes formas de constituição de vínculo afetivo, o ordenamento jurídico brasileiro se empenha em delimitar os requisitos legais caracterizadores da constituição e das repercussões jurídicas dessas novas espécies de famílias.

As relações familiares adquiriram novos contornos e a legislação brasileira adotou a possibilidade do pluralismo familiar, avançando do estágio onde a constituição desse instituto era baseada apenas pelo casamento, para o que estabelece a sua estruturação na afetividade, reconhecendo as suas diversas formas²².

Maria Berenice Dias leciona que:

Como a sociedade só aceitava a família constituída pelos “sagrados laços do matrimônio”, a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as relações extramatrimoniais ingressarem no mundo

²⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 37.

²¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.17.

²² RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.13.

jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável.²³

Apesar da diligência do legislador em regulamentar esse instituto do Direito de Família, olvidou-se de normatizar as demais modalidades, como as famílias monoparentais, homoafetivas, recompostas, entre outras que há tempos existem de fato e estão inseridas no âmbito do ordenamento jurídico por obra da jurisprudência.

Nesse contexto, vale ressaltar que nesta realidade de modernidade líquida e pluralismo familiar, não se pode esquecer que a família dos tempos modernos é a família eudemonista, que tem como finalidade precípua a satisfação pessoal de cada indivíduo que a compõe. E, para isso, é fundamental que esta entidade seja democrática, aberta e plural, com a menor intervenção possível do Estado em sua configuração e intimidade, só intervindo para garantir a aplicação dos direitos fundamentais quando, no caso concreto, estiverem sendo violados.

Consoante Carlos Elias de Oliveira e João Costa-Neto:

Família eudemonista é um conceito que estabelece a busca pela felicidade (eudaimonia) por meio do afeto intersubjetivo como principal característica da entidade familiar. É preciso, porém, ter cautela com o conceito de família eudemonista. O liame afetivo, por si, não é suficiente para caracterizar uma entidade familiar. Namorados, por exemplo, têm afeto, mas não formam família. Ademais, mesmo sem a existência de afeto, pode haver família. O pai que ignora o filho não deixa, por isso, de integrar seu núcleo familiar.

Observa-se que para o reconhecimento e a proteção efetiva de todas as modalidades de família existentes faticamente no seio social, tem-se como suporte, os princípios e garantias fundamentais da Constituição, que gradativamente inseriram o afeto como elemento a ser considerado nessas relações.

²³ DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 42

1.2. O PAPEL DO AFETO NA CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA

A valorização do afeto como elemento fundador da instituição familiar é algo relativamente recente, sobretudo por considerar que não se vislumbrava tal perspectiva na família antiga, pois a sua base não era encontrada no afeto natural, e sim, na perspectiva religiosa, que estabelecia os elementos condicionantes que vinculavam os indivíduos em torno do ente familiar.²⁴

Na Idade Média, a instituição familiar era fundamentalmente alicerçada no casamento religioso, em que preponderavam interesses econômicos, patrimoniais e sociais. A partir do início da modernidade, principalmente após o final do século XVIII, percebeu-se uma valorização da subjetividade, vinculada ao declínio da influência e a eclosão da racionalidade individual.²⁵

Em consequência da disseminação dos ideais revolucionários franceses de liberdade, igualdade e fraternidade, que alcançaram a concepção familiar, a subjetividade apresentou-se como um projeto a ser alcançado e impulsionou as bases da afetividade como alicerce da família contemporânea.

Até então a família cumpria uma função social, política e econômica, impedindo que seus membros se reunissem em torno de laços exclusivamente afetivos. Entretanto, a diminuição do núcleo familiar possibilitou a valorização da afetividade, fazendo com que aos poucos a família diminuísse a quantidade de membros, e aumentasse a qualidade de afeto²⁶.

Em outras palavras, em tempos idos, muitas pessoas eram obrigadas por seus pais, com o intuito principal de cumprimento da função político-econômica, a constituir família com base no respeito mútuo, que com o tempo poderia se transformar em amor e, atualmente, as uniões ocorrem tendo como vínculo principal entre elas, o afeto, fazendo com que, hoje em dia, seja praticamente impossível falar sobre as relações familiares sem inserir no debate o elemento da afetividade,

²⁴ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 29.

²⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 38.

²⁶ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso de direito civil**. 11. ed. – Barueri: Atlas, 2023. p. 722

precursora do respeito da dignidade da pessoa humana e norteadora desses vínculos²⁷.

Nos ensinamentos de Flávio Tartuce:

(...) apesar da falta de sua previsão expressa na legislação, percebe-se que a sensibilidade dos juristas é capaz de demonstrar que a afetividade é um princípio do nosso sistema. Como é cediço, os princípios jurídicos são concebidos como abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.²⁸

Na esteira dessas extensas mudanças processadas na família, a Constituição de 1988²⁹ deu início ao reconhecimento legal da afetividade, inserindo este princípio implicitamente em diversas das suas disposições, sendo seguida pelo Código Civil 2002, que tratou do tema de forma pontual.

A título de exemplo, destaca-se que o Código Civil valorou o afeto no art. 1.511³⁰, ao instituir no casamento a comunhão plena de vida; no art. 1.593³¹ quando admite outra origem à filiação, além do parentesco natural ou civil; no art. 1.596³², ao instituir a igualdade na filiação e a irrevogabilidade do reconhecimento no art. 1.604³³.

É imperioso ressaltar que o Código Civil, não fazia referência expressa a palavra afeto até a alteração ocorrida nos seus artigos 1.583 e 1.584, pela Lei nº. 11.698/2008, que regulamenta a guarda dos filhos na dissolução da sociedade conjugal, com a instituição da guarda compartilhada.³⁴

²⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: **Direito de Família** - v. 5. 37. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2023.

²⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 23.

²⁹ Não obstante a palavra afeto não constar expressamente no texto constitucional, extrai-se do mesmo que as relações familiares são reconhecidas e protegidas, quer sejam havidas de casamento, de união estável, famílias monoparentais e famílias adotivas, o vínculo dessas pessoas ocorre pelo afeto e não mais apenas por procedimentos formais.

³⁰ Código Civil - Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

³¹ Código Civil - Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

³² Código Civil - Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³³ Código Civil - Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

³⁴ Código Civil - Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

[...]

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

De acordo com Ricardo Calderón:

[...] paralelamente se reconheceu que as relações familiares podem se configurar com diversos liames e não apenas com base em um ou outro modelo: laços biológicos, afetivos, registrais, jurídicos e matrimoniais desfilam lado a lado na multicolorida sociedade do novo milênio”.³⁵

O afeto tornou-se um valor de extrema relevância para o Direito de Família, que a sua ausência pode ser objeto de litígio e indenização por danos morais, como na situação do abandono afetivo na relação paterno-filial, viabilizando a reparação em dinheiro da dor sofrida pelo filho decorrente do abandono paterno.

O ordenamento jurídico empenha-se em acompanhar as modificações ocorridas na sociedade com inovações consideráveis no Direito de Família, que atualmente é regido por princípios que têm como fundamento básico a afeição entre os envolvidos e a necessidade da presença do objetivo de comunhão de vida.

É sabido que a legislação não trata expressamente da maioria das relações existenciais afetivas colocadas para a análise do Direito, o que, somado a uma interpretação limitada da estrutura codificada, torna intrincada a tutela destes novos conflitos. Nada obstante, doutrina e jurisprudência constataram a afetividade intrínseca a tais relações pessoais e passaram a oferecer respostas a estas demandas, mesmo sem expressa previsão legislativa. Foi nessa realidade paradigmática das relações familiares da sociedade com o discurso jurídico ainda formal que se desenvolveu o reconhecimento da afetividade pelo direito brasileiro.

Nas palavras de Conrado Paulino da Rosa e Leonardo Barreto Moreira Alves:

No contexto da franca personalização do Direito Civil, a família passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e entreajuda, e não mais como uma fonte de produção de riqueza, como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, o amor e a ajuda mútua.³⁶

BRASIL. **Código Civil**. Art. 1584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

[...]

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade

³⁵ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 6

³⁶ ROSA, Conrado Paulino da; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo na Prática Jurídica**. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 143.

O afeto, como um elemento concreto a ser considerado nas relações de família, foi sendo inserido no ordenamento jurídico, assim como a liberdade, igualdade, solidariedade, devido às transformações pelas quais ela passou, especialmente quanto à mudança do foco das preocupações da instituição família para aqueles que a compõem.

A despeito da palavra afeto não estar inserida no texto constitucional, ele reconhece e protege as relações familiares, quer sejam havidas de casamento, quer sejam constituídas pela união estável, famílias monoparentais e famílias adotivas, porquanto a união dessas pessoas ocorre pelo vínculo de afetividade e não mais apenas por procedimentos formais³⁷.

As famílias modernas passaram a se estruturar a partir da aproximação espontânea, cultivada reciprocamente pelos seus membros, condição que foi corporificada no Preâmbulo da Constituição da República de 1988, que preceitua a formação de “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]”³⁸.

Dessa forma, houve uma aceitação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, consagrando a família como unidade de relações de afeto após o desaparecimento da família patriarcal, que baseada na função primordial da procriação, desempenhava importante papel na religião, na economia e na política:

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

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

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

[...]

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

³⁸ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Houve um movimento crescente na defesa do reconhecimento da ligação afetiva como suficiente nas relações familiares, já que apenas os elos matrimoniais, biológicos e registrais não davam conta das variadas situações que se apresentaram. A partir da distinção entre o papel de pai/mãe das figuras dos ascendentes genéticos restou mais claramente perceptível a relevância que era conferida à afetividade, bem como se desnudaram diversas possibilidades oriundas de tal concepção. Legislação, jurisprudência e doutrina progressivamente trataram da temática, embora não sem enfrentar resistências e sobressaltos.³⁹

Sobrelevando que os princípios são parâmetros que conduzem o legislador e o intérprete da norma, o reconhecimento do afeto como princípio, tornou a sua força ainda maior. Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina que:

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁴⁰

Dessa forma, tem-se que a desobediência a um princípio é mais danoso do que o desrespeito à norma jurídica, posto que uma violação ao ordenamento jurídico como um todo é muito mais grave do que o desrespeito a uma regra determinada.

Impende proclamar que, enquanto atributo do Direito da Família, o afeto assume posição de direito fundamental e de elemento criador de entidades familiares e de outros relacionamentos socioafetivos, eclodindo assim, como cláusula geral de proteção aos direitos da personalidade.

Nessa conjuntura, tem-se que o afeto é um fato jurídico que foi elevado à condição de princípio jurídico, juntamente com os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, e consagrou-se com um fator imprescindível na construção não apenas da entidade familiar, como também do estado de filiação⁴¹.

A partir dessa mudança no processo de constituição da família, surge a possibilidade de eleger o cônjuge e a deliberar sobre a estrutura familiar a ser vivenciada, o que impulsiona a sua transformação na sociedade líquido-moderna, pois o caráter patrimonial, econômico, religioso e social foi cedendo para as características individuais, subjetivas, particulares e íntimas.

³⁹ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 140

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 451.

⁴¹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 110.

O processo de valorização do afeto foi gradual, surgindo com o processo de valorização da individualidade e da noção de sujeito, até tornar-se uma categoria própria dentro do âmbito familiar, não se limitando mais à perspectiva psicológica e sociológica.

Como se depreende das lições de Paulo Luiz Netto Lôbo:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide quando houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e rejeição).⁴²

Com a ascensão da afetividade, a instituição passou de um modelo familiar exclusivamente ligado ao patriarcado e alicerçado no matrimônio, em que preponderavam os laços sanguíneos, para a compreensão de família como instituição construída a partir de laços afetuosos, sobrepondo-se aos conceitos ligados essencialmente à ordem financeira e reprodutiva.

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 47.

1.3. UNIÃO ESTÁVEL E NAMORO QUALIFICADO: O ESPAÇO CINZENTO DAS UNIÕES

Sobrelevando as mudanças do instituto familiar, com o reconhecimento das diversas modalidades de sua constituição, em virtude da ascensão do vínculo afetivo, a legislação se viu obrigada a regular os pressupostos para sua caracterização e as repercussões jurídicas das novas espécies de famílias.

Inicialmente, foi a Constituição de 1.988 que passou a proteger os vínculos decorrentes da união estável, no § 3º do art. 226⁴³. Mesmo assim, foram necessárias duas iniciativas legislativas para tutelar essas relações que ainda enfrentavam forte resistência.⁴⁴

O artigo 1.723 do Código Civil reconheceu o instituto da união estável como a relação estabelecida entre homem e mulher, que configura uma entidade familiar, desde que atenda aos requisitos necessários como a presença de convivência pública, contínua e duradoura (elementos objetivos), e da finalidade de constituição de família (elemento subjetivo)⁴⁵.

Entretanto, nota-se o surgimento de outro tipo de relacionamento nos tempos atuais, que ocorre quando os casais apresentam relação duradoura, contínua, pública e notória, de conhecimento da família, amigos e da comunidade em geral, compartilhando bens, dividindo despesas, realizando viagens a dois, compartilhando projetos de vida, e em muitos casos, inclusive, dividindo moradia por motivos diversos, denominado pela doutrina pátria como namoro qualificado⁴⁶.

Essa relação tem sido confundida em inúmeros casos com a união estável, levando ao Poder Judiciário litígios nesse sentido, onde um ou ambos os namorados pleiteiam o reconhecimento e dissolução de união estável, a fim de ter para si os efeitos patrimoniais decorrentes dessa espécie de entidade familiar.

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

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

⁴⁴ Lei nº 8.971/94, que garantiu aos companheiros os direitos aos alimentos e à sucessão.

Lei nº 9.278/96, que entre outras disposições garantiu ao companheiro o direito real de habitação.

⁴⁵ BRASIL. **Código Civil**. Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família

⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito civil**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2023. p. 1351.

Com efeito, o namoro qualificado nada mais é do que um namoro que se estende por longo período de tempo e implica também convivência íntima, pública, podendo haver ou não coabitação e prole, mas que não apresenta todos os requisitos necessários para constituição de família⁴⁷.

Consoante o ilustre doutrinador Rolf Madaleno:

Com a liberdade sexual e a facilidade dos rompimentos afetivos, sem se revestir das características de um casamento ou de uma união estável surge, o denominado “namoro estável ou qualificado”, reservado para aqueles pares que querem ter o direito de não assumirem qualquer compromisso entre eles e muito menos tencionam constituir família, embora estejam sempre juntos em viagens e principalmente em finais de semana, e que rotineiramente pernoitam na habitação um do outro, e frequentam as festas familiares em comum.⁴⁸

A doutrina e a jurisprudência brasileira passaram a identificar e reconhecer o namoro qualificado, como uma forma de relacionamento absolutamente comum, em que os conviventes apresentam relação duradoura, contínua, pública e notória, inclusive dividindo moradia por motivos diversos da intenção de constituir família.

No XIII Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões, o desembargador Raduan Miguel, presidente da seção Rondônia do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), destacou a tênue linha existente entre a caracterização do namoro qualificado com os requisitos caracterizadores da união estável. “A diferenciação dos requisitos caracterizadores destes dois institutos é que pode levar as pessoas ao equívoco de acreditar estar num tipo de relação e na verdade estar outro⁴⁹”, explicou.

Percebe-se um sensível aumento de casos em razão da mudança repentina e abrupta do *modus* de viver entre enamorados, que são levados a coabitação comum por variados motivos, mas protelam e procrastinam a constituição de família naquele momento.

Diante desse cenário e dos problemas enfrentados pelos tribunais do país em razão da avalanche de processos que buscam o reconhecimento da união estável, mesmo quando inexistentes os elementos caracterizadores, é imprescindível a

⁴⁷ RAVACHE, Alex Quaresma. **Diferença entre namoro e união estável**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18383/diferenca-entre-namoro-e-uniao-estavel> Acesso em: 18 jun. 2023.

⁴⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1490.

⁴⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Guarda e convivência; união estável e namoro qualificado**: temas de destaque do Congresso Internacional do IBDFAM. Notícias IBDFAM, Belo Horizonte, set. 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9079>. Acesso em: 10 Jul 2022.

distinção entre união estável e namoro qualificado, tendo em vista os efeitos patrimoniais gerados por apenas um dos institutos.

O Recurso Especial nº 1.558.015 / PR, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, publicado em 23/10/2017, ilustra essa complexidade de ajustamento das relações afetivas aos requisitos legais caracterizadores da entidade familiar:

[...] 2. As relações afetivas são inquestionavelmente complexas e, da mesma forma, o respectivo enquadramento no ordenamento, principalmente, no que respeita à definição dos efeitos jurídicos que delas irradiam. 3. A união estável, por se tratar de estado de fato, demanda, para sua conformação e verificação, a reiteração do comportamento do casal, que revele, a um só tempo e de parte a parte, a comunhão integral e irrestrita de vidas e esforços, de modo público e por lapso significativo. 4. Não é qualquer relação amorosa que caracteriza a união estável. Mesmo que pública e duradoura e celebrada em contrato escrito, com relações sexuais, com prole, e, até mesmo, com certo compartilhamento de teto, pode não estar presente o elemento subjetivo fundamental consistente no desejo de constituir família.⁵⁰

Ainda, cabe referência à decisão proferida pelo Desembargador Galdino Toledo Júnior do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando decidiu:

[...] Diante da ausência de formalismo para sua constituição, a união estável, para restar configurada necessita preencher determinados requisitos exigidos por lei. Doutrina e jurisprudência discorrem acerca dos pressupostos de ordem subjetiva como sendo a convivência *more uxório* e *affectio maritalis*, elencando os de ordem objetiva: notoriedade, estabilidade ou duração prolongada, continuidade, inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica. [...] Do conjunto probatório produzido nestes autos se verifica que, com efeito, não restou devidamente comprovada a existência de união estável entre as partes. Isto porque não se desincumbiu a autora do ônus de comprovar a convivência contínua, duradoura e com o intuito de constituir família a justificar a procedência do pedido. Com efeito, *in casu*, conquanto tenha sido comprovado que as partes mantiveram relacionamento amoroso, não houve o intuito de constituir família e sequer durou o tempo mencionado na inicial.⁵¹

Observa-se dos julgados o conceito da intenção de constituir família para caracterização da união estável é deveras abrangente, devendo se fazer presente durante toda a convivência, com compartilhamento de vidas, mútuo apoio moral e material entre os companheiros.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.558.015/PR, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Publicação em 23/10/2017. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 18 Jul. 2023.

⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1000359-49.2020.8.26.0157; Relator: Galdino Toledo Júnior. Publicado em 28/07/2023. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/>. Acesso em 31 Jul. 2023

Frente a um contexto social marcado pela dinamicidade das relações afetivas e pela diversidade de arranjos familiares, verifica-se a necessidade de se aplicar os diplomas relativos à matéria de Direito de Família principalmente no que se refere à diferenciação entre união estável e namoro qualificado, pois havendo demonstração dos princípios da afetividade, solidariedade, dignidade humana, igualdade e liberdade na relação entre os indivíduos e presente o *animus familiae*⁵², há de se verificar a constituição da entidade familiar, uma vez que “afastando-se dos laços formais, são valorizadas as relações de mútua ajuda e afeto, com índices cada vez maiores de uniões não matrimonializadas.

A união estável se configura pela convivência pública, contínua, duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família, a teor do artigo 1.723, do Código Civil. Essas características fundamentam o que se convencionou chamar de posse do estado de casado, correspondente ao comportamento social, público e notório, de marido e mulher, e configurando um núcleo familiar distinto e devidamente identificado.

Entretanto, não é qualquer relacionamento amoroso, ainda que público, durável e contínuo, que pode ser categorizado como uma união estável. Nesse sentido denota-se que a publicidade exigida pelo supramencionado dispositivo legal assinala o comportamento público, referindo-se à forma como os conviventes se tratam socialmente, se se apresentam como cônjuges, mostrando à comunidade em que estão inseridos como se casados fossem, ainda que possam fazer uso de outras denominações:

O propósito de formar família se evidencia por uma série de comportamentos exteriorizando a intenção de constituir família, a começar pela maneira como o casal se apresenta socialmente, identificando um ao outro perante terceiros como se casados fossem, sendo indícios adicionais e veementes a manutenção de um lar comum e os sinais notórios de existência de uma efetiva rotina familiar, que não pode se resumir a fotografias ou encontros familiares em datas festivas.⁵³

Com efeito, a continuidade e a durabilidade do relacionamento, por si só, não definem uma união estável, considerando que igualmente são elementos presentes em diversas modalidades de relações afetivas, como o namoro, o noivado e até

⁵² Objetivo de constituir família, do latim, *animus familiae*. Uma espécie de requisito essencial para o gênero "união estável", que é uma das classificações da "entidade familiar" (art. 226, § 3º, da CR).

⁵³ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10ª EDIÇÃO. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.207.

mesmo a amizade, que muitas vezes prolongam-se por um lapso temporal muito maior do que o do casamento.

Assim, a princípio, o que especificaria uma união estável seria o acréscimo, às características já referidas, do elemento subjetivo denominado "objetivo de constituir família". Contudo, o discurso normativo não deixa claro e, com isso, permite uma interpretação ambígua desse critério, porquanto pode induzir à suposição de que a mera "intenção", seja ela atual ou futura, de formar família com alguém, bastaria para configurar a entidade familiar.

Neste ponto é que emerge a imprecisão formadora de um espaço cinzento na diferenciação dessas relações, em razão de que uma intenção de constituir família, exteriorizada ou não, qualquer um pode ter. A título de exemplo, tem-se os noivos que, em geral, compartilham essa pretensão de formação familiar, sem que isso os categorizem como conviventes em união estável.

A discussão que naturalmente emerge prospera no sentido de que, disponibilizando a legislação pressupostos objetivos caracterizadores da união estável como convivência pública, contínua, duradoura, por qual razão o Judiciário decidiu criar um espaço cinzento e de insegurança jurídica na diferenciação dessas modalidades de relacionamento, dando maior ênfase à análise do elemento subjetivo, que vem a ser o objetivo de constituir família.

Para Zeno Veloso, não é a mera intenção de constituir família apta a caracterizar a união estável, mas:

(...) a efetiva convicção de que se está criando uma entidade familiar, assumindo um verdadeiro e firme compromisso, com direitos e deveres pessoais e patrimoniais semelhantes aos que decorrem do casamento, o que tem de ser aferido e observado em cada caso concreto, verificados os fatos, analisados o comportamento, as atitudes, consideradas e avaliadas as circunstâncias.⁵⁴

E foi nesse contexto que surgiu a figura do namoro qualificado. Dois indivíduos adultos que entabulam um relacionamento sensato e equilibrado, com intimidade e coabitação, que realizam conjuntamente a participação em eventos familiares e de amigos, concretizando viagens e eventos de lazer comuns, mas sem a constituição de família, ou seja, não há uma comunhão de vida.

⁵⁴ VELOSO, Zeno. **É namoro ou união estável?** Notícias no Portal do IBDFAM, 20 de jul. de 2016. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/6060>>. Acesso em: 25 de abr. de 2023.

Tem-se que o namoro qualificado seria uma modalidade de relacionamento, criada pelo judiciário, em que as partes não se relacionam com o objetivo de constituir família, mas com o objetivo de benefícios para uma vida melhor, sem a presença da *affectio maritalis*.

Consoante se pode constatar, a palavra "qualificado" não foi adotada em razão da existência de um namoro "desqualificado", mas apenas como uma alternativa para distingui-lo do namoro simples, modalidade de relacionamento em que o convívio é menos intenso e, por essa razão, mais facilmente diferenciado da união estável⁵⁵.

O namoro qualificado possui diversas características em comum com a união estável, podendo ser com ela facilmente confundido. Com efeito, ambos os tipos de relacionamento são de cunho romântico-afetivo, externados publicamente para a sociedade e costumam ser duradouros, denotando estabilidade, compromisso e um forte vínculo entre os envolvidos.

Entretanto, cada um apresenta efeitos jurídicos absolutamente diversos, onde a união estável possui regime de bens e, quando dissolvida, gera divisão patrimonial e obrigação de prestar alimentos, enquanto o namoro qualificado não é causa para nenhum desses efeitos.

Com a evolução do direito para se aproximar das modalidades contemporâneas de família, muitos requisitos anteriormente considerados pertinentes para a definição de união estável, passaram a ser considerados destoantes do contexto social. Assim, não mais se exige que a união se dê com a residência de ambos os conviventes no mesmo imóvel, bem como qualquer lapso temporal mínimo para que se considere constituída e tampouco há a necessidade de que o casal tenha filhos para que seja considerada uma espécie de família a merecer a tutela do Estado.

A união estável pode ser conceituada, modernamente, como o relacionamento afetivo-amoroso duradouro e público entre pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo, residentes sob o mesmo teto ou não, com *affectio maritalis*, ou seja, ânimo de constituição de família.

Dessa forma, a principal diferença entre a união estável e o chamado namoro qualificado reside no fato de que a primeira é família constituída no momento atual,

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 466-467.

enquanto o namoro qualificado seria um relacionamento em que os namorados meramente alimentam uma expectativa de constituição de uma família no futuro.

Para a configuração de um namoro qualificado é necessário a observância de aspectos específicos como a maioridade e capacidade civil das partes, publicidade do relacionamento, solidez, convivência contínua e duradoura e a ausência da *affectio maritalis*.

Assim, no namoro qualificado há planos para constituição de família, há projetos para o futuro, enquanto na união estável há uma família plena já constituída que transmite a imagem externa de um casamento.

Nesse sentido, a principal diferença entre os institutos estaria caracterizada pelo elemento chamado, *affectio maritalis*, a intenção de constituir uma família no presente ou futuramente, que constitui um componente subjetivo. Essa subjetividade fomenta divergência e imprecisão sobre como se configuraria essa intenção temporal.

Consoante decisão do Superior Tribunal de Justiça⁵⁶, o requisito legalmente estabelecido refere-se ao objetivo já consumado, ou seja, deve restar comprovado que no tempo presente já se tem uma família efetivamente constituída:

O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" -, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída.

São recorrentes as tentativas da doutrina e da jurisprudência em conceituar a união estável, bem como e, especialmente, de diferenciá-la de outras formas de relacionamento, como o namoro qualificado, que findaram por criar divergências e convergências na instituição dos elementos caracterizadores, tornando evidente que não é fácil distinguir essas duas modalidades de relacionamento, porquanto requer investigação penosa, complicada, e de difícil comprovação, representando grande desafio a análise dos elementos de cada caso concreto.

Ressalte-se que muito desse entendimento divergente se deve ao fato dos elementos caracterizadores da união estável possuírem conceitos abertos e

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.454.643/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicação em 10/3/2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 18 Jul. 2023.

genéricos, o que demanda uma análise caso a caso. Assim, pode-se encontrar julgados que consideram desnecessária a existência de prole comum, de coabitação ou de prazo mínimo para o reconhecimento:

[...] 2. Na contemporaneidade, devido à evolução dos costumes, à amplitude da liberdade sexual e à expansão da fluidez das relações afetivas (isto é, de “amor líquido” ou da “cultura da gratificação instantânea e descartável”), inclusive do sexo virtual, há maior dificuldade em distinguir o mero namoro, do namoro qualificado e da união estável. Literatura. 3. A distinção entre união estável e namoro qualificado depende do exame aprofundado da prova pelo Estado-Juiz, pois, nesta última hipótese, não se verifica no relacionamento afetivo o propósito atual (ou no presente) de constituição da família, ainda que tal vontade dos parceiros possa se projetar para o futuro. Afinal, pode haver namoros longos que jamais se transformam em entidade familiar e relacionamentos curtos que logo se caracterizam como união estável. Também pode haver família, constituída pela união estável ou pelo casamento, sem filhos e namoro com filhos sem a caracterização da entidade familiar. Portanto, o que distingue a união estável do mero namoro qualificado é o *animus familiae*, reconhecido pelas partes e pela sociedade (trato e fama). Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça. Enunciado nº 42 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Literatura jurídica.⁵⁷

Há casos em que outras circunstâncias foram capazes de demonstrar a necessidade de tutela da união como entidade familiar, e outros em que a estabilidade na união deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros.

PROVA ORAL E DOCUMENTAL QUE DEMONSTRAM O ÂNIMO DE CONSTITUIR FAMÍLIA EM JANEIRO DE 2012. MUDANÇA DO CASAL PARA A MESMA RESIDÊNCIA, JUNTO COM O FILHO DA AUTORA. PERÍODO ANTERIOR SE TRATOU DE NAMORO QUALIFICADO. PARTILHA DOS IMÓVEIS (LOTES). MANUTENÇÃO DA IMPROCEDÊNCIA. AQUISIÇÃO ANTERIOR À CONVIVÊNCIA EM UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS MÓVEIS E BENFEITORIAS. NÃO CONHECIDO O PEDIDO. INOVAÇÃO RECURSAL. NA PETIÇÃO INICIAL A AUTORA REQUEREU APENAS A PARTILHA DOS IMÓVEIS. IMPUGNAÇÃO EM CONTRARRAZÕES DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA CONCEDIDA À AUTORA. MANTIDO O BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE PROVA PELO APELADO DE MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DA APELANTE. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.⁵⁸

⁵⁷ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0004409-50.2022.8.16.0188. Relator: Eduardo Augusto Salomão Cambi. Publicação em 31.07.2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 31 Jul 2023.

⁵⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0002269-51.2021.8.16.0035. Relator: Desembargador Sigurd Roberto Bengtsson. Publicação em 12.07.2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 31 Jul 2023.

Para Maria Rúbia Cattoni Poffo:

Assim, ao preencher as lacunas, o Magistrado - ao qual cabe constatá-las - estará aplicando Direito Concreto e Novo, ou seja, estará desvendando normas que, de alguma forma estavam implicitamente contidas no sistema jurídico. O direito de família, por sua vez, também possui lacunas, podendo-se destacar a falta de limitação, ou, melhor dizendo, a confusão existente entre um namoro qualificado e a real e verdadeira união estável.⁵⁹

Em razão dessa situação, cresceu a insegurança de que união estável e namoro qualificado possam ser confundidos e o impacto que o reconhecimento de um ou de outro pode causar as partes em caso de dissolução do relacionamento.⁶⁰ Não sem razão a avaliação e a configuração da união estável pode depender das posições ideológicas do julgador competente para apreciá-la. Manifestamente, não se pretende aqui defender que os juízes abram mão das suas convicções, entretanto, é arriscado para a segurança jurídica que, um instituto da relevância da união estável fique submetido a pressupostos tão difusos para sua caracterização.

1.4. REPERCUSSÕES JURÍDICAS ESPECÍFICAS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO NAMORO QUALIFICADO

A despeito das dificuldades envolvidas no esforço de distinguir o instituto da união estável e do namoro qualificado, esta é de extrema relevância, em razão das diferentes consequências jurídicas e patrimoniais entre as duas relações afetivas. Isso porque a união estável, sendo equiparada ao casamento, produz consequências em diferentes âmbitos, influenciando nas relações patrimoniais, pessoais e íntimas do casal.

De outro modo, consistindo o relacionamento afetivo em namoro, seja ele simples ou qualificado, ao contrário da união estável, não há que se falar em direitos e deveres jurídicos, principalmente de ordem patrimonial entre os namorados, não se discutindo sobre regime de bens, alimentos, pensão e direitos sucessórios.

⁵⁹ POFFO, Maria Rúbia Cattoni. **Inexistência de união estável em namoro qualificado**. IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/601/>. Acesso em: 18 Jun 2023.

⁶⁰ NIGRI, Tânia. **União estável**. São Paulo: Blucher, 2020. p. 42.

A legislação brasileira estabelece, assim como no casamento, direitos e deveres pessoais entre os companheiros que convivem sob o regime de união estável. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald asseveram que:

Percebe-se uma grande semelhança entre os direitos e deveres recíprocos do casamento (CC, art. 1.566) e aqueles da união estável (CC, art. 1.724). A pequena diferença diz respeito à dispensa da coabitação como requisito para a caracterização da união estável e não exigência de fidelidade recíproca⁶¹.

Apesar de, como anteriormente mencionado, haver uma linha bem tênue na distinção entre quais requisitos seriam imprescindíveis para a configuração da união estável e do namoro qualificado, as possíveis repercussões de cada um estão expressamente delimitadas e definidas na legislação, ou seja, o maior entrave ocorre quando é solicitado o reconhecimento em juízo do caso concreto. Dessa forma, concretizado o reconhecimento, as repercussões do namoro qualificado e da união estável seguem linhas completamente diferenciadas.⁶²

Nesse sentido pode-se afirmar que os impactos do namoro qualificado são restritos unicamente ao âmbito pessoal. Por conseguinte, resguardados os casos específicos, o relacionamento caracterizado como namoro qualificado, quando desfeito, não estabelece nenhum tipo de repercussão jurídica, vez que não possui proteção garantida no ordenamento jurídico.

Corroborando o alegado, Maria Helena Diniz nos ensina que há situações que se enquadram na categorias das exceções que repercutem juridicamente nessa modalidade de namoro como, por exemplo, quando após o rompimento constata-se que há patrimônio advindo do esforço comum ou quando o próprio rompimento em si é realizado de forma prejudicial para alguma das partes, com repercussão na esfera patrimonial ou até mesmo moral.⁶³

Nessas circunstâncias, em que resta comprovado posteriormente ao rompimento do relacionamento, que o casal era possuidor de bens em comum, oriundos do esforço conjunto ao longo do período de duração do namoro qualificado, é possível requerer em juízo a partilha desses bens, destacando-se a especificidade em relação ao que será partilhado, não sendo condição única que os bens tenham

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 518.

⁶² VELOSO, Zeno. **Direito civil**: temas. Belém: Anoregpa, 2018, p. 314.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família - v. 5. 37. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2023.

sido adquiridos após a oficialização do namoro, mas principalmente que tal patrimônio tenha sido fruto do esforço comum do casal, posto que cada uma das partes fará jus ao que for correspondente ao seu investimento na aquisição.

Ainda em relação às situações que excepcionalmente geram efeitos em caso de rompimento do namoro qualificado, tem-se que é possível uma demanda em juízo com o intuito de reembolso de possíveis prejuízos patrimoniais advindos do desfazimento da relação. Nota-se que a tutela normativa é no sentido de evitar o enriquecimento sem justa causa de qualquer uma das partes.

Outrossim, tem-se a possibilidade de indenização por danos morais e materiais quando o rompimento do relacionamento afetivo ocorrer de maneira vexatória, perspectiva decorrente do instituto da responsabilidade civil que determina o dever de reparar sempre que o dano ocorrer por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência de uma das partes, motivada principalmente pela inobservância ao princípio da boa-fé. Nesse caso, é necessário o atendimento aos pressupostos da responsabilidade civil, comprovando que existiu uma promessa de casamento seguida de seu não cumprimento.⁶⁴

Com efeito, para que a honra e a reputação, que configuram direitos da personalidade tutelados pelo ordenamento jurídico, sejam protegidos, não basta simplesmente uma promessa de que futuramente esse relacionamento será transformado em casamento. Mais do que isso, é indispensável que esse compromisso já esteja em sua fase de execução, como quando os nubentes se encontram às vésperas da realização do matrimônio e um deles termina injustificadamente ou simplesmente não comparece à cerimônia, ou mesmo quando sujeita o outro a uma situação constrangedora, mesmo que antes da data do casamento, mas seja fato impeditivo à realização deste.

Da mesma forma, esse término injustificado ou efetivado de maneira constrangedora pode gerar danos materiais, considerando que a realização de um casamento requer investimento financeiro que muitas vezes dá origem a despesas de valores expressivos, que via de regra devem ser pagos com antecedência e o seu cancelamento pode produzir a necessidade de reparação do que foi investido, observando a razoabilidade e o consentimento dos gastos realizados.⁶⁵

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 135.

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – **Direito de Família** – v. 6. 13 ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 53

Sendo assim, a implementação da obrigação de reparação civil advinda do encerramento do namoro qualificado ocorre em casos excepcionais, nos quais resta e comprovada a culpa de qualquer das partes pela forma como se deu o rompimento, em razão da aplicação da responsabilidade subjetiva nestes casos.

Considerando que as partes envolvidas em um namoro qualificado não possuem direitos garantidos em caso de término, em razão da ausência de vínculo de parentesco por afinidade, o desinteresse em permanecer junto, que é uma possibilidade inerente aos relacionamentos afetivos, caracteriza-se como um exercício regular de um direito e não efetiva repercussões jurídicas no âmbito familiar como: alimentos, partilha de bens, herança e direito real de habitação.

Somente em situações em que o desfecho do relacionamento tenha causado prejuízos a uma das partes, conforme mencionado alhures, haverá a possibilidade de repercussão jurídica na esfera moral e material dos namorados, estando tais efeitos limitados à responsabilidade civil em caso de danos, sem a aplicação dos efeitos jurídicos provenientes da união estável.

Percebe-se que as condições que atribuem à uma união a característica da estabilidade, conferindo a ela o *status* de entidade familiar em decorrência do *animus* de constituir família, possui garantia constitucional, sendo doutrinariamente definida como *affectio maritalis*. Este é um elemento extremamente relevante dentre os pressupostos analisados no intuito de definir, no caso concreto, se é pertinente ou não o reconhecimento do vínculo familiar. Essa legitimidade pleiteada pela via judicial, pode ser cumulada com o requerimento de dissolução da mesma, com pedido de aplicação de todas as repercussões jurídicas garantidas à dissolução do casamento.

Nesse sentido, é possível inferir que a disposição normativa garante à união estável sua efetividade através de uma demanda judicial e, uma vez chancelada pelo Judiciário, automaticamente os efeitos jurídicos dessa relação são validados.

Lecionando sobre a matéria, Paulo Luiz Netto Lôbo aduz que:

Por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus efeitos jurídicos. Basta a sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica.⁶⁶

⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2022. p.172.

Vale ressaltar que a tutela do ordenamento jurídico à união estável visa garantir que o seu nivelamento ao casamento seja realizado de forma integral, desde que atendidos os requisitos necessários ao seu reconhecimento, porquanto as repercussões jurídicas da dissolução dessa modalidade de instituição familiar são extremamente relevantes ao cenário social, posto que estruturam um rol amplo de reverberação, abarcando não somente o direito sucessório ou o regime de bens, mas vários outros aspectos pessoais e patrimoniais.

Um dos mais importantes efeitos jurídicos resultantes da obrigação gerada pelo objetivo de constituir família, é a repercussão no patrimônio familiar, gerada após a dissolução em vida ou após a dissolução decorrente da morte:

[...] o aspecto patrimonial das relações matrimoniais nada mais é do que o natural reflexo das relações pessoais travadas pelos conviventes. [...] Destarte, a união estável dá origem a um conjunto de efeitos de ordem pessoal (CC, art. 1724) que estendem sua influência também à esfera patrimonial, produzindo consequências que interessam a ambos os companheiros, exigindo, por consequência natural, uma regulamentação jurídica. Dentre os efeitos patrimoniais da união estável sobleva explicar que alguns decorrerão de sua dissolução em vida, enquanto outros defluem da dissolução por morte⁶⁷.

Tratando-se de efetivo reconhecimento da união estável, conseqüentemente o regime aplicável é o de comunhão parcial de bens, em que a divisão dos bens é realizada em relação ao patrimônio adquirido na constância do relacionamento, com exceção dos casos em que o casal redija contrato escrito modificando o regime:

Consoante Maria Berenice Dias:

Quedando-se em silêncio tanto os noivos (CC 1.640) como os conviventes (CC 1.725), a escolha do regime patrimonial é feita pela lei: incide o regime de comunhão parcial (CC 1.658 a 1.666): todos os bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do esforço comum. Presume-se que foram adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em partes iguais.⁶⁸

É importante destacar que a referida meação pode ocorrer tanto em razão da dissolução da entidade familiar *inter vivos*, como da dissolução provocada pela morte, que será realizada *post mortem*, da mesma forma que em não havendo bens provenientes de esforço comum, não há que se falar em partilha.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 468.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 628

Outra repercussão jurídica da união estável revela-se no direito aos alimentos⁶⁹, resultante do princípio da mútua assistência que existe entre os conviventes. Vale noticiar que a viabilidade para pleitear este direito depende da comprovação da necessidade da parte requerente e da possibilidade de pagamento da requerida.

A lei estabelece mais direitos pertencentes ao rol das repercussões jurídicas decorrentes do reconhecimento e da dissolução da união estável como o direito à sucessão e o direito real de habitação, que podem ser pleiteados em juízo juntamente com a dissolução após a morte.

Acerca do direito de sucessão, em maio do ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema ao julgar o Recurso Extraordinário nº 878.694 com repercussão geral reconhecida (Tema nº 809), e declarou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que regulamenta o regime sucessório do companheiro e da companheira, estabelecendo a seguinte tese:

[...] 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.⁷⁰

No que se refere ao direito real de habitação, tutelado pela Lei nº 9.278/96 (Lei da União Estável), em seu art. 7º dispõe que: “dissolvida a união estável por morte dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não

⁶⁹ BRASIL. **Código Civil**. Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 878.694, Relator: Ministro Roberto Barroso. Publicação em 06.02.2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br>. Acesso em 31 Jul 2023.

constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.” Como se vê, o direito real de habitação concede ao companheiro sobrevivente o direito de permanecer residindo no imóvel utilizado como residência do casal.

Dessa forma, entende-se que o relacionamento afetivo namoro, independentemente de sua modalidade: simples ou qualificado, não produz repercussões jurídicas como as geradas pela caracterização da união estável, restando cristalina a relevância do labor dos magistrados em identificar, qual instituto afetivo se trata no caso concreto, considerando que as consequências jurídicas consideravelmente distintas a depender da decisão.

Nessa perspectiva e, considerando que conviver sob o regime de união estável ou estabelecer um namoro qualificado pode ser resultado de escolhas racionais tomadas por pessoas que buscam maximizar seu bem-estar, acredita-se que a Análise Econômica do Direito potencialmente pode contribuir para a compreensão dessas novas realidades familiares

2. O DIREITO DE FAMÍLIA SOB AS LENTES DA ANÁLISE ECONÔMICA

A Análise Econômica do Direito aplicada ao Direito de Família inclui em seus elementos não somente bens e serviços mercadológicos, mas também alimentos, moradia, saúde, que são obtidos pelo esforço conjunto dos membros da família. Destarte, a justificativa econômica para a formação familiar parte de pressuposto de que a família pode ser concebida como instrumento apto a auxiliar a maximização dos interesses individuais.⁷¹

De acordo com Ivo Gico Júnior, “a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não.”⁷²

Nesse contexto, concernente uma abordagem sobre os institutos da união estável e do namoro qualificado, empregando a Análise Econômica do Direito para entender suas diferenças e as possíveis causas que motivam as pessoas optarem por um ou por outro quando desejam se relacionar.

2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA: DIÁLOGO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Antes de adentrar no tema da Análise Econômica do Direito de Família propriamente dito, é relevante apresentar o que se entende por análise econômica, iniciando pelo conceito de economia. Existem inúmeras concepções de economia como um ramo do conhecimento. Para os economistas neoclássicos, a economia pode ser definida como a ciência das trocas ou das escolhas, compreendendo o estudo da alocação eficiente de recursos escassos, entre inúmeros fins alternativos e considerando o comportamento de diferentes agentes. A etimologia da palavra está ligada ao conceito de administração doméstica ou de determinada organização, com

⁷¹ RUBIO, Mauricio. **Economía jurídica**: introducción al análisis económico del Derecho Iberoamericano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 431. (Tradução nossa).

⁷² GICO JUNIOR, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. EALR, v. 1, nº 1, Universidade Católica de Brasília – UCB. 2010. p. 17.

a função de aproveitar ao máximo os finitos bens à disposição do seu grupo para satisfazer os interesses de cada um de seus membros⁷³.

Nesse contexto, a Economia corporifica a análise de todas as questões conexas ao problema da alocação eficiente de recursos limitados para a melhor satisfação dos interesses dos integrantes do grupo analisado, dentre elas o modo como agentes tomam decisões.⁷⁴

Analisando os conceitos apresentados, é possível deduzir que Direito e Economia possuem elementos e aspectos que se entrelaçam, porquanto as normas jurídicas influenciam a forma como os indivíduos se comportam na busca de seus interesses e a modificação dos mandamentos legais gera alterações, intencionais ou não, na forma como recursos são alocados na sociedade:

Em meio à turbulência, nas últimas décadas este diálogo tornou-se fértil. A partir das obras de Ronald Coase e de Guido Calabresi tomou corpo uma disciplina acadêmica que surge da confluência dessas duas tradições. No Brasil esta disciplina tem sido chamada ora de “Direito e Economia”, ora de “Análise Econômica do Direito”⁷⁵.

As mudanças resultantes das reconfigurações do ordenamento jurídico em virtude da evolução social, podem contribuir para um resultado socialmente indesejado ou que não satisfaça ao interesse dos envolvidos.

A Análise Econômica como uma forma interdisciplinar de examinar o âmbito de aplicação do Direito a partir dos pressupostos econômicos pode ser positiva ou descritiva, isto é, visam os elementos econômicos interpretar o Direito (lei ou decisão) como ele realmente é, descrevendo algo. Neste caso, a Economia seria então, capaz de prever para o Direito uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas.

Nesta perspectiva, Bruno Salama defende que a ideia de que a disciplina de Direito e Economia está limitada à verificação do papel da eficiência na determinação das normas jurídicas é uma ilusão, porquanto subsiste um outro ponto de análise que é explicativa da realidade jurídica e, sendo assim, estaria distante do debate sobre a eficiência na formulação dessas normas.⁷⁶

Cite-se nesse contexto que:

⁷³ SILVA, Maria Valesca Damásio de C. **Introdução às teorias econômicas**. Salvador: UFBA, 2016. p. 14-15.

⁷⁴ BOARATI, Vanessa. **Economia para o direito**. Barueri: Manole, 2006. p. 3.

⁷⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?**, disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama. Acesso em: 20 jul 2023. p. 12

⁷⁶ Ibid., p. 15.

A origem da discussão contemporânea de Direito e Economia encontra-se nos trabalhos pioneiros de Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimarcchi, que apontaram novos aspectos e questões para o tratamento da relação entre Direito e Economia, e, mais recentemente, na Teoria das Organizações. O primeiro, ganhador do Nobel de Economia, demonstrou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social. Coase explicou que a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na determinação de resultados econômicos.
77

Partindo-se da premissa de que o Direito influencia e é influenciado pela Economia, tem-se que a análise econômica deve apreciar o sistema normativo no qual os agentes atuam, para não se arriscar a alcançar conclusões errôneas ou duvidosas, por não levar em consideração os possíveis embaraços impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos. O Direito, da mesma forma, ao delimitar as regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá considerar os seus impactos econômicos, ou seja, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados.

2.2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA PROPOSTA DE ESTUDO INTERDISCIPLINAR

O diálogo entre o Direito e a Economia surgiu nos Estados Unidos na década de 1.960, na Universidade de Chicago – Escola de Chicago, tendo à frente Richard Posner e Ronald Coase e, em New Haven – Connecticut, na Universidade de Yale capitaneada por Guido Calabresi, movimento denominado como Análise Econômica do Direito – AED.⁷⁸

De acordo com a Escola de Chicago, a Análise Econômica do Direito tem como finalidade a aplicação de ferramentas da microeconomia na análise de instituições e normas jurídicas, com destaque para a teoria de preços, considerando:

⁷⁷ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

⁷⁸ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 55.

(i) Os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações em seu comportamento de mercado e fora do mercado; (ii) os indivíduos respondem a incentivos em seu comportamento de mercado e fora de mercado; (iii) as normas jurídicas e as consequências podem ser avaliadas com base em suas características relacionadas à eficiência. No tocante a esta terceira premissa há uma prescrição normativa com dois sentidos: i) a ideia de que a tomada de decisões jurídicas deve promover a eficiência e, ii) na formulação de políticas públicas, os tomadores de decisão devem se fiar fortemente aos mercados.⁷⁹

Trata-se de uma leitura do direito inspirada em modelos e teorias da ciência econômica. Nas palavras de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, parte-se “da premissa de que os instrumentos de análise que podem ser utilizados para compreender o “direito econômico” são, igualmente, aplicáveis a outros ramos do direito.”⁸⁰

Contudo, a despeito do crescimento da AED no mundo, no Brasil a sua evolução ainda acontece de maneira acanhada. De acordo com Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa:

Mesmo com o crescimento dos estudos de AED pelo mundo, no Brasil a expansão da disciplina veio (e vem) ocorrendo de maneira tímida, tendo se desenvolvido nacionalmente apenas nas duas últimas décadas. As primeiras contribuições brasileiras sobre a temática ocorreram menos pela via institucional (tribunais e agentes que aplicam o direito) e mais pela incorporação do campo de AED em trabalhos de acadêmicos que, ao tomar contato com o tema, passaram a explorar a perspectiva da interseção entre direito e economia nas suas pesquisas.⁸¹

Com efeito, uma das principais características da Análise Econômica do Direito é centralizar o exame das normas jurídicas nas suas consequências, posto que as leis e as decisões judiciais são importantes não apenas por deter um valor em si, mas, principalmente, pelos efeitos causados em relação ao grupo que pretendem atingir ou que atingem, intencionalmente ou não.

Vale lembrar que o estudo do Direito sob a ótica econômica pode assumir três diferentes aspectos. O primeiro, denominado heurístico, atem-se à identificação da racionalidade que informa a existência de diferentes institutos jurídicos e lhes confere coesão.

⁷⁹ SILVEIRA, André Bueno. **Análise Econômica do Direito e Teoria dos Jogos**: Consequencialismo nas decisões judiciais e a nova interpretação das consequências. Juspodivm. 2022. p. 234.

⁸⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 7.

⁸¹ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri - SP: Atlas, 2022. p. 7.

O segundo aspecto, chamado de descritivo, tem como foco determinar os efeitos das normas jurídicas na sociedade, ou seja, averiguar as consequências decorrentes das normas legais em análise. E por fim, o derradeiro aspecto é o de cunho normativo, que busca estabelecer quais normas jurídicas são desejáveis, comparando sua eficiência a partir das conclusões obtidas nos dois aspectos anteriores da análise.⁸²

A Análise Econômica do Direito extrapola a simples convergência entre a Economia e o campo jurídico, trata-se efetivamente da expansão do método científico adotado no estudo da Economia, para o desenvolvimento do pensamento jurídico.

Para Alejandro Bugallo Alvarez:

Neste sentido a análise econômica do direito é uma tentativa de dotar o pensamento jurídico de uma teoria que explique o comportamento dos indivíduos perante as regras e os efeitos destas na consecução de resultados eficientes. Uma teoria preditiva e explicativa é possível por dois motivos, em primeiro lugar, porque o direito influi no comportamento dos indivíduos e, em segundo lugar, porque esta influência é de natureza econômica. O direito influi nos comportamentos através de duas formas: pela primeira, fixa preços para determinadas condutas, porquanto responsabilidade e obrigação, é o preço de conduzir-se de determinada forma e, pela segunda, fixa o direito na medida em que sanciona determinada estrutura de direitos, o que tem influência na eficiente alocação de recursos na sociedade.⁸³

Mauricio Rubio ensina que o conceito tradicional de Análise Econômica do Direito consiste em aplicar a microeconomia, a teoria de preços neoclássica, ao estudo dos sistemas legais. Essa perspectiva econômica teria como base três premissas, duas relacionadas às alegações de que os indivíduos são racionais e maximizam sua utilidade, e outra, de que respondem aos incentivos de preços dos mercados e aos incentivos legais que se podem assimilar aos preços em situações de não mercado. As duas primeiras suposições têm implicações definitivas enquanto efeito das leis sobre as condutas, e a terceira premissa é fundamentalmente normativa e diz respeito aos sistemas jurídicos, e como seu impacto sobre a sociedade, pode e deve ser analisado com base no critério de eficiência (Tradução nossa).⁸⁴

Destaca-se que Análise Econômica do Direito é uma área do conhecimento humano que utiliza variados instrumentos teóricos e ferramentas empíricas que fazem

⁸² FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 2

⁸³ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Revista Direito, Estado e Sociedade. v.9, n.29, 2006. p. 56

⁸⁴ RUBIO, Mauricio. **Economía jurídica: introducción al análisis económico del Derecho Iberoamericano**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 247.

parte da Economia, bem como de outras ciências afins para ampliar o entendimento e a abrangência do direito, buscando aprimorar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação aos resultados obtidos.

A despeito do crescimento dos estudos da Análise Econômica do Direito no mundo, nas palavras de Martinho Martins Botelho, a sua aplicação no Brasil ainda ocorre de forma tímida:

Apesar de ser um método/ou ramo do conhecimento com extensa envergadura teórica, a Análise Econômica do Direito, no Brasil, ainda não é suficientemente conhecida no corpo dos juristas em geral, mesmo que seja indubitável o seu crescimento e influência nos juristas “abertos a visões não-tradicionais”.⁸⁵

Para o jurista Luiz Fux, o maior obstáculo a ser vencido “é convencer profissionais e acadêmicos, tão apegados aos seus tradicionais modos de argumentação e abordagem de problemas, de que a adoção de parâmetros científicos” é possível e benéfico para o Direito⁸⁶.

Oportuno os ensinamentos de Luciana Yeung acerca das vantagens da aplicação das ferramentas econômicas para ampliar o entendimento do direito:

Ao contrário do que o senso comum adota, o objeto de estudo da ciência econômica não é o dinheiro ou a economia (no sentido de mercados de compra e venda), mas as consequências das decisões ou escolha dos indivíduos, sob quaisquer aspectos: escolhas sobre aquisições materiais sim, mas também escolhas de alocação de tempo, de planejamento de carreira, de investimento em escolaridade, de carreira, de constituição de família, e, por que não, de cometer ou não atos ilícitos. Todas essas decisões, o que leva os indivíduos a optarem pela alternativa “A” ou “B”, e as implicações destas decisões são temas cruciais para a análise da ciência econômica e, neste sentido, ela é um instrumento essencial para se analisar também os efeitos das normas legais.⁸⁷

Nessa linha de raciocínio, entende-se que a utilização da economia como forma de inovação acadêmica, possibilitou o uso do método científico para um estudo mais amplo do direito. Assim, a economia pode proporcionar uma análise de como os

⁸⁵ BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência econômica da responsabilidade nas sociedades limitadas**: algumas considerações em Análise Econômica do Direito. Revista Brasileira de Direito Empresarial. v. 2. n. 2. 2016. p. 155 – 176.

⁸⁶ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 5

⁸⁷ YEUNG, Luciana Luk-Tai. **Análise econômica do direito do trabalho e da reforma trabalhista** (Lei nº 13.467/2017). Revista Estudos Institucionais, vol. 3, nº 2, 2017, p. 894.

indivíduos reagem a incentivos, porquanto fornece uma série de ferramentas empíricas para avaliar a reação aos incentivos legais.

Nesse sentido, para Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, a análise econômica do direito:

Propõe, então, a partir da concepção do ser humano e de suas relações com os outros, a releitura do direito. Procura atualizar “a economia do direito”. Para explicar o propósito da análise econômica do direito, nada melhor do que a frase do célebre jurista belga, Monsieur Mertens de Wilmars, para quem “bom número de instituições jurídicas clássicas, assim o usufruto, a acessão ou a cláusula de reserva de domínio, nada mais são do que uma regulamentação de relações econômicas subjacentes. Todavia, como estão profundamente ancoradas no direito positivo, não as percebemos senão como conceitos jurídicos, sem nos darmos conta de seu significado econômico.”⁸⁸

A Análise Econômica do Direito é definida como a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia para a compreensão, a explicação e a previsão das implicações fáticas do ordenamento jurídico, ou seja, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito.

Sendo assim, representa um grande avanço na dinâmica de aplicação do direito, garantindo maior coerência e lógica no desempenho do sistema de normas jurídicas ao caso concreto, com a utilização de explicações e técnicas científicas voltadas às ciências econômicas.

Nesse sentido, a AED tem por característica a aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito, de contratos a constitucional, de regulação a processo civil, de direito ambiental a família.

Sobre essa temática, Ivo Teixeira Gico Junior discorre que:

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A análise econômica do direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.⁸⁹

⁸⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito** / tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7

⁸⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 8.

A Análise Econômica do Direito seria, portanto, uma forma interdisciplinar de produção de conhecimento, de caráter predominantemente prático, derivado das Ciências Econômicas, em razão da constatação de que a Economia é igualmente relevante para o estudo de comportamentos não-mercadológicos.

Como mencionado anteriormente, a AED se utiliza de instrumentos da economia para compreender e avaliar as previsões normativas, sendo pertinente analisar algumas ferramentas próprias da economia que podem ser aplicadas as normas jurídicas.

Quando um agente econômico se defronta com a necessidade de escolher, há um confronto entre os desejos, que são ilimitados, e a escassez de recursos. Nesse momento, a escolha racional é fundamentada na procura de uma alternativa que possibilite a melhor satisfação dos desejos envolvidos.⁹⁰

Manifestamente, a relação custo-benefício é norteadora de decisões, considerando que o indivíduo tem a predisposição de optar pela alternativa em que os benefícios superem os custos coexistentes. Percebe-se assim, que é um processo racional em que as escolhas procuram atender aos interesses pessoais dos cidadãos, ou seja, o princípio da escolha racional leva em consideração a avaliação que cada indivíduo faz da utilidade que retira de cada situação, com a informação e a capacidade cognitiva disponíveis.

Jan Felipe Silveira, partilhando desse entendimento, aduz que:

A escolha racional pressupõe uma comparação subjetiva, em que são medidos os custos e os benefícios existentes, a partir das possibilidades disponíveis. Assim, ao se levar em conta que as pessoas reagem a incentivos e provocações, buscando obter aquilo que, em sua percepção, pareça mais vantajoso, elas atuam sob as diretrizes da escolha racional, segundo a qual, diante de uma situação que precisa ser resolvida, a decisão passa por um escrutínio dos resultados possíveis, bem como pela avaliação das ações a serem tomadas, para que se determine em que medida cada ação contribui, para o resultado almejado e a que custo, antes que a decisão seja tomada.⁹¹

Outra ferramenta própria da economia que pode ser aplicada às normas jurídicas é a noção de eficiência, como uso racional dos meios dos quais se dispõe

⁹⁰ CASSI, Guilherme H. G.; GONÇALVES, Oksandro O. **Introdução à análise econômica do direito**. Revista de Direito Empresarial: REDEMP, ano 15, n. 1, 2018. p. 19.

⁹¹ SILVEIRA, Jan Felipe. **A Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos Empresariais sob a Ótica da Análise Econômica do Direito**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p. 80.

para alcançar um objetivo previamente determinado e as metas programadas com o mínimo de tempo e recursos disponíveis.

Entretanto, consoante afirma Martinho Martins Botelho, “são poucas as situações nas quais o ordenamento jurídico e/ou o Poder Judiciário tome decisões que resultem em ganhos para todas as partes envolvidas, ou seja, que gere um ótimo paretiano”.⁹²

No que se refere à eficiência vale destacar que não há consenso na doutrina, encontrando-se várias definições distintas entre os economistas. Para Maurício Vaz Lobo Bittencourt, eficiência é a “consistência no comportamento dos agentes econômicos nas suas tomadas de decisão”.⁹³

Considerando a controvérsia existente não se pretende dar respostas definitivas, mas registra-se a importância de uma leitura desse elemento e do seu papel para a economia.

2.2.1. O papel da eficiência para a economia

Quando se trata de conceituar eficiência, dois importantes parâmetros são mencionados: o de Pareto e o de Kaldor-Hicks. Estando a eficiência econômica diretamente ligada à maximização da riqueza e do bem-estar social, para uma compreensão do seu conceito, tal como entendido pela Análise Econômica do Direito, é importante entender o critério de Pareto, que foi originalmente concebido pelo francês Vilfredo Pareto como um parâmetro de avaliação do bem-estar social, estabelecendo que a eficiência acontecerá “quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, mas sem que ninguém fique pior”.⁹⁴

Lecionando sobre a matéria, Hugo Acciari afirma que:

O critério de Pareto, muitas vezes é considerado demasiado exigente para julgar decisões sociais, quando basta que uma certa ação cause um mínimo

⁹² BOTELHO, Martinho Martins. **A Eficiência e o Efeito Kaldor-Hicks**: A questão da compensação social. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, 2016. n. 1. v. 2. p. 27-45

⁹³ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é Análise Econômica do Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 30.

⁹⁴ JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 39.

dano a alguém, ainda que gere enormes benefícios sociais, para que não se possa considerar eficiente. Logo, se pode recorrer a critérios denominados potenciais de Pareto para descrever aquelas situações nas quais há indivíduos inicialmente prejudicados pela mudança, mas o benefício daqueles que foram favorecidos é tal que seria suficiente para compensar integralmente os prejuízos dos desfavorecidos, e, contudo deixar os “vencedores” em uma situação melhor do que antes.⁹⁵

Cumprido assinalar que, nessa seara, a eficiência é entendida como um ponto de equilíbrio a partir do qual se torna impossível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de outro. Ao se atingir a eficiência, as partes não realizarão novas trocas voluntariamente, pois cada um dos bens estará nas mãos da pessoa que mais o valoriza.

Considerando as imperfeições apresentadas pelo modelo de Pareto, Kaldor e Hicks desenvolveram outro parâmetro para avaliar a eficiência, denominado critério de Kaldor-Hicks, que ficou conhecido como eficiência potencial de Pareto e destaca a importância da possibilidade de os ganhadores compensarem os perdedores em uma alocação de bens, ainda que efetivamente não venham a fazê-lo.

O critério de Kaldor-Hicks aumenta a utilidade prática do conceito de eficiência de Pareto, viabilizando a sua aplicação ao caso concreto, uma vez que admite a existência de uma mudança social eficiente mesmo quando o aumento do bem-estar de uma parte resulta na redução do bem-estar de outra, contanto que a parte cujo bem-estar sofreu redução possa ser compensada para manter o seu nível de satisfação.⁹⁶

A eficiência para a economia está ligada à maximização de riqueza e, por consequência aos critérios de custo-benefício e de melhor alocação dos recursos, sendo vinculada à melhor utilidade de um bem ou a execução de uma atividade. O termo eficiência pode se referir ao aperfeiçoamento de alguma medida de valor que possibilite o máximo de produtividade dos fatores de produção.

Ivo Teixeira Gico Junior esclarece que a eficiência produtiva, além de medir o quanto de um insumo é convertido em produto, igualmente se atenta à minimização dos custos dos insumos empregados, o que significa, produzir mais do bem ou serviço

⁹⁵ ACCIARI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 27.

⁹⁶ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. – Barueri - SP: Atlas, 2022. p. 62.

que se deseja com os mesmos recursos ou produzir o mesmo tanto com menos recursos⁹⁷.

Utilizando-se dessa prática, é possível eleger um valor e, buscar opções que tenham como resultado a sua maximização. Neste sentido, o termo eficiência designa uma regra de maximização onde a ideia é evitar o desperdício, uma vez que em um mundo onde os recursos são escassos, não há nada mais injusto que o desperdício.⁹⁸

Para Robert Cooter e Thomas Ulen, “diz-se que um processo de produção é eficiente quando não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando determinada combinação de insumos de custo menor ou quando não é possível obter mais produção utilizando a mesma combinação de insumos.”⁹⁹

Embora a análise da eficiência ainda seja um método importante para a tomada de decisões, tanto do ponto de vista individual quanto em níveis político-institucionais, tal metodologia não está livre de críticas, sendo que a principal encontra-se no fato de tal critério levar em consideração somente o nível total de bem-estar, deixando de lado o problema da distribuição.

2.2.2. Teoria da escolha racional

A Análise Econômica do Direito parte da premissa de que os agentes econômicos se comportam de forma racional, maximizando seus benefícios líquidos e utilizando toda informação disponível em seu processo de tomada de decisão. Esse modelo teórico tradicional de compreensão da escolha humana é conhecido como teoria da escolha racional, segundo a qual são elaboradas previsões relativas ao comportamento humano, de forma que a ação previsível para um agente racional é a que mais promove sua utilidade.¹⁰⁰

⁹⁷ GICO JR., Ivo Teixeira. **Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 2, nov. 2020, p. 8-10. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revista>. Acesso em: 30 Jul 2023.

⁹⁸ NASSARO, Luana Varzella Mimary; DENARDI, Eveline. **Algumas considerações sobre a Análise Econômica do Direito na Contemporaneidade**. Revistas Unifacs, 2022. p. 18-19

⁹⁹ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38.

¹⁰⁰ AVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. (Orgs.) (2015). **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo. EconomiaComportamental.org. Tradução Laura Teixeira Motta. Disponível em www.economiacomportamental.org. Acesso em: 30 Jul 2023

De acordo com a teoria econômica neoclássica, o indivíduo é identificado como um agente racional que age para maximizar seus interesses. E, esse ainda é o modelo adotado pela Análise Econômica do Direito para a compreensão da escolha humana, ou seja, o da teoria da escolha racional, segundo o qual as pessoas são agentes racionais que buscam a maximização do bem-estar.¹⁰¹

Tal modelo buscava uma generalização do comportamento humano, atribuindo-lhe uma conduta previsível e supondo que os indivíduos sempre escolherão, entre as opções disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação. Isso significa que, se por exemplo, o custo de uma alternativa aumentar, a tendência é que as pessoas deixem de escolhê-la.¹⁰²

Nesse sentido, presume-se que a pessoa escolhe a oportunidade que é mais adequada conforme a realidade lhe apresenta. Assim, uma pessoa somente age racionalmente ao optar pelo melhor meio disponível para atingir o objetivo pretendido.

A teoria da escolha racional supõe que o agente possui preferências estáveis e predeterminadas, possuindo informações suficientes para efetivar as suas escolhas, diante de quaisquer alternativas, tendo em vista que consegue realizar comparações entre opções e agir racionalmente ao decidir entre elas.¹⁰³

Sendo assim, a racionalidade se destaca como condição indispensável para que a Economia seja utilizada na análise do Direito, posto que a pessoa deve agir conforme os seus interesses escolhendo o que deseja, empregando os meios disponíveis para alcançar de forma racional, os objetivos estabelecidos, com o menor desperdício possível a fim de otimizar os recursos existentes.¹⁰⁴

Nessa linha de raciocínio, se o agente tomar uma decisão que não maximiza os benefícios esperados, ele estará contrariando a previsão de comportamento determinada pela teoria da escolha racional. Entretanto, é difícil uma antecipação de quais escolhas serão tomadas sem saber quais as preferências do indivíduo, o que torna imensurável os acertos ou não dessas previsões comportamentais.¹⁰⁵

¹⁰¹ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. – Barueri - SP: Atlas, 2022. p. 146.

¹⁰² MACKAAY, Ejan /ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito** / tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

¹⁰³ JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A Análise Econômica do Direito e a Regulação do Mercado de Capitais**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 34.

¹⁰⁴ TABAK, Benjamin Miranda; PEREIRA, José de Lima Ramos. **Análise Econômica do Processo**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. 2019. p. 44

¹⁰⁵ FRAZÃO, Ana; ISHIHARA, Júlia Namie M. P. **A falácia da teoria da escolha racional no direito antitruste e as contribuições da economia comportamental**. Revista de Direito Brasileira, v. 30, n 11, 2021. p. 350.

Percebe-se, dessa forma, uma discrepância entre o comportamento real das pessoas e a idealização da teoria da escolha racional, porquanto:

Ao tomar suas decisões, as pessoas cometem, sistematicamente, pequenos erros, isto porque a nossa percepção da realidade é enviesada e nosso cérebro opta por atalhos resolutivos para facilitar o processo de tomada de decisão. Porém, esses atalhos, chamados de *heurísticas* ou *vieses cognitivos*, acabam por conduzir-nos a decisões que não poderiam ser consideradas as melhores, do ponto de vista da maximização da utilidade.¹⁰⁶

Sob tal raciocínio, tem-se que a economia comportamental se contrapõe a essa ideia centrada na concepção do indivíduo racional, ponderado, focado no interesse pessoal e com capacidade ilimitada para processar informações para a tomada de decisões, porquanto a realidade é formada por pessoas influenciadas por fatores emocionais, pelas decisões de outras pessoas, pelos hábitos, experiências e regras práticas simplificadas, e que têm dificuldades de conciliar interesses de curto e longo prazo.

Nesse contexto, com fundamento em resultados sobre o comportamento humano adquiridos a partir de pesquisas empíricas, especialmente em experimentos no campo da psicologia cognitiva, sociologia, neurociência e biologia, parte dos pesquisadores da análise econômica do direito discordam e até rejeitam a teoria da escolha racional.¹⁰⁷

Tendo em vista que a teoria econômica já previa a existência de vieses cognitivos e que esse pensamento reuniu diversos adeptos nas últimas décadas, é relevante uma explanação sobre a teoria comportamental.

¹⁰⁶ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. – Barueri - SP: Atlas, 2022. p. 65.

¹⁰⁷ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 17.

2.3. ESTUDOS DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL INCORPORADOS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

É importante reconhecer a relevância dessa análise empírica para a compreensão do sistema jurídico e de seu papel na sociedade, tendo em vista que a maioria das questões suscitadas pelo direito, estão relacionadas ao comportamento dos indivíduos:

Esse arcabouço teórico da análise comportamental do direito serve de fundamento para uma ampla gama de pesquisas empíricas sobre as variáveis que podem influenciar as relações entre normas jurídicas e o comportamento dos destinatários e operadores do direito. Dentre as investigações empíricas de interesse, a análise das relações entre as regras enunciadas por magistrados, por exemplo ao proferirem sentenças, e os estímulos discriminativos presentes na situação, tais como elementos do texto da lei e dos casos específicos julgados, se sobressai devido ao papel crucial que essas relações funcionais desempenham na manutenção e funcionamento de toda a rede comportamental jurídica. Isso porque o comportamento do magistrado de proferir sentença, tipicamente, forma o nó final de uma longa cadeia de comportamentos de vários atores e, por isso, tem a função de reforçar, ou não, grande parte dos comportamentos jurídicos, punitivos e defensivos, antecedentes¹⁰⁸.

Buscando melhor conhecer esse cenário, a economia comportamental se debruça sobre a influência dos supramencionados fatores a respeito das escolhas humanas, sendo um campo de estudo vasto e em pleno crescimento. Em outras palavras, a economia comportamental busca entender as decisões individuais a partir de uma visão alternativa a respeito das pessoas. Influências psicológicas, emocionais, conscientes e inconscientes que afetam o ser humano em suas escolhas, são incorporadas aos modelos, objetivando entender as escolhas do indivíduo de forma mais realista.¹⁰⁹

A abordagem da economia comportamental, decorre da incorporação de estudos no campo da psicologia, da neurociência e de outras ciências sociais. É uma reformulação do conceito tradicional da análise econômica do direito que busca estudar o comportamento humano a partir desta visão mais realista, analisando as

¹⁰⁸ OLIVEIRA-CASTRO, Jorge M. et al. **Análise Comportamental do Direito**: aplicações de sanções pelo Tribunal de Contas da União a gestores com contas irregulares. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 5, Ago 2018, p. 150. Disponível em: https://reedrevista.org/reed/article/view/245/pdf_44. Acesso em 31 Jul 2023.

¹⁰⁹ SILVEIRA, Jan Felipe. **A Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos Empresariais sob a Ótica da Análise Econômica do Direito**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 80.

influências psicológicas, emocionais, conscientes e inconscientes, que influenciam o ser humano na tomada de decisões e suas consequências para o mercado, preços, retornos, alocação de recursos, ou seja, o impacto no comportamento.

Robert Cooter e Thomas Ulen afirmam que:

O *insight* central da economia comportamental é que os seres humanos cometem erros previsíveis no julgamento, cognição e tomada de decisão. Eles são, para citar o título de um livro sobre esse tópico de Dan Ariely, "previsivelmente irracional". A análise econômica deve usar a teoria da escolha racional ou a teoria do comportamento, dependendo de qual predizer os efeitos da lei no comportamento com mais precisão".¹¹⁰

Os cientistas sociais afirmam que o comportamento humano é moldado a partir de dois sistemas distintos: o Sistema 1 e o Sistema 2. O Sistema 1 é incontrolável, associativo, inconsciente, caracterizado por reações instintivas ao ambiente externo, requerendo pouco ou nenhum esforço cognitivo, dirigido pelo imediatismo e baseado em uma forma de pensar intuitiva, rápida e reativa. Já o Sistema 2 é dedutivo, caracterizado pelo pensamento consciente e baseado em uma forma de pensar racional e controlada, que requer esforço e conhecimento, dirigido por valores.¹¹¹

Richard Thaler e Cass Sunstein referem-se a esses dois sistemas como Sistema Automático e Sistema Reflexivo, respectivamente, sistemas 1 e 2. Explicam que o sistema automático é a reação instintiva e o sistema reflexivo é o pensamento consciente, alertando que os impulsos automáticos, instintivos podem nos levar a cometer erros por reagir automaticamente.¹¹²

Segundo Flávia Ávila e Ana Maria Bianchi, a economia comportamental pode ser definida como um estudo das influências cognitivas, sociais e emocionais observadas sobre o comportamento econômico das pessoas, empregando, principalmente, a experimentação para desenvolver teorias sobre a tomada de decisão pelo ser humano.¹¹³

¹¹⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 14

¹¹¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 19.

¹¹² THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Tradução: Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 23.

¹¹³ AVILA, Flávia; BIANCHI, Ana M. (org.). **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo, 2015. p. 26 Disponível em: <http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>. Acesso em 31 Jul. 2023.

A economia comportamental procura explicar padrões decisórios verificados em experimentos, sustentando que não são apenas os dados objetivos que influenciam as preferências declaradas e nas escolhas realizadas pelos indivíduos. Assim, a identificação dos desvios cognitivos e dos equívocos pode explicar mais precisamente as razões pelas quais os agentes econômicos não se comportam como previsto pela teoria racional.

Em tal contexto, a junção entre psicologia e economia possibilitou desvendar os padrões de limitação da racionalidade humana, permitindo uma atualização dos modelos econômicos clássicos com a introdução dos diversos vieses comportamentais decorrentes das limitações da razão.¹¹⁴

A despeito do mencionado, para Sérgio Almeida:

Nesse sentido, economia comportamental poderia ser vista como um retorno aos clássicos em bases mais sólidas (seja porque os economistas estariam melhor organizados em termos metodológicos, seja porque elementos psicológicos agora seriam provenientes de uma análise rigorosa de uma massa mais volumosa de dados – e não de introspecção e evidência anedótica).¹¹⁵

Dentro dessa lógica, Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa lecionam que:

Não obstante, desde já destacamos que não corroboramos com a representação de um suposto antagonismo entre a abordagem tradicional da economia, baseada na Teoria da Escolha Racional e as descobertas das análises comportamentais. Compreendemos, sim, a sua complementariedade. A economia comportamental deve ser vista como uma nova ferramenta, capaz de sofisticar as previsões e análises da economia neoclássica, sem, contudo, desconsiderar a qualidade preditiva de seus modelos econômicos, sendo, portanto, duas ferramentas teóricas complementares e não excludentes ou incompatíveis entre si.¹¹⁶

À guisa dessa perspectiva, a análise econômica comportamental pode exercer um papel relevante no estudo de fenômenos que tradicionalmente não são considerados econômicos como as instituições familiares, mais especificamente no âmbito da união estável e do namoro qualificado.

¹¹⁴YEUNG, Luciana (Org). **Análise econômica do direito: temas contemporâneos**. São Paulo: Actual, 2020. p. 262.

¹¹⁵ ALMEIDA, Sérgio. **Economia comportamental e as contribuições de Richard Thaler**. 2017. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/economia-comportamental-e-as-contribuicoes-de-richard-thaler-breve-resumo/>. Acesso em: 15 Jul 2023.

¹¹⁶ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. – Barueri - SP: Atlas, 2022. p. 143.

2.4. ANÁLISE ECONÔMICA APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA

A Análise Econômica do Direito tem sido entendida como uma poderosa ferramenta de análise e um contributo importante no diálogo científico que se impõe em matérias respeitantes às relações familiares. Embora seja aplicada mais constantemente às áreas do Direito que tratam de questões patrimoniais como propriedade, contratos e responsabilidade civil, Richard Posner e Gary Becker, desde o início, ampliaram a sua aplicação para outras áreas, como o direito penal e o direito de Família.¹¹⁷

No Brasil, as produções literárias específicas sobre análise econômica do direito de família, além de escassa, em sua grande maioria é composta por artigos, encontrando-se nesse bojo um pequeno número de doutrinadores que se arriscam a defender a possibilidade de aplicação da teoria ao Direito de Família brasileiro¹¹⁸, sendo que alguns se manifestam contrariamente sob o argumento principal de encerrar uma contradição à pretensão de racionalizar sentimentos.

Nestes termos, tem-se que se, ao longo do tempo, a teoria econômica despertou críticas, elas se tornam ainda mais categóricas quando se ambiciona estender a sua aplicação aos direitos não patrimoniais, considerando que o Direito de Família é composto de conteúdo patrimonial, como regime de bens e alimentos, mas também de conteúdo pessoal, como as relações afetivas, respeito mútuo e solidariedade.¹¹⁹

Nas palavras de Luís Alexandre Carta Winter e Martinho Martins Botelho:

No âmbito do estudo da Análise Econômica do Direito (AED), era comum, até a alguns anos atrás, a sustentação de que o seu método era mais voltado a observações mais teóricas do que práticas, factuais, especialmente relacionadas a fatos sociais que constata ou refute os seus elementos do conhecimento.¹²⁰

¹¹⁷ GHILARDI, Dóris. **Economia do afeto**. Análise econômica do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 135.

¹¹⁸ Cabe referir-se às publicações de Raquel Sztajn (Direito de Família: notas de análise econômica), Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz (Análise econômica aplicada ao direito de família) e Cristiana Sanchez Gomes Ferreira (Análise econômica do divórcio: contributos da economia ao direito de família. 2015).

¹¹⁹ GHILARDI, Dóris. **Economia do afeto**. Análise econômica do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 135.

¹²⁰ WINTER, Luis Alexandre Carta; BOTELHO, Martinho Martins. **Análise Econômica do Direito Experimental**: alguns avanços no estado atual da arte. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=23fb42c7ddc10175>. Acesso em: 15 Jul 2023

A Análise Econômica do Direito pressupõe, em linhas gerais, um novo olhar sobre o fenômeno jurídico, utilizando-se de conceitos econômicos como escassez, maximização racional, eficiência, custo de oportunidade, incentivos, entre outros – para compreender o direito e suas implicações no mundo fático. Uma aplicação da teoria econômica e de métodos econométricos para o exame de determinado ordenamento jurídico e suas instituições.

Nesse sentido, pode-se considerar que, a economia influencia o ordenamento jurídico e dele sofre influência, sendo crível que outros fatos sociais também possam ser assim ponderados. Se existe uma influência recíproca entre o Direito e a Economia, enquanto manifestações da vida em sociedade, presumivelmente outros fatos sociais, como a formação da Família e as relações de parentesco, atuam sobre o Direito e a Economia, e também recebem deles reflexos e condicionamentos.

Contudo, a aplicação de uma análise econômica a questões não mensuráveis economicamente, como as que envolvem o Direito de Família, proporciona um estranhamento, considerando que os fenômenos analisados são contextualizados como fora do mercado e as escolhas realizadas pelos agentes envolvidos não são determinadas por um preço pré-estabelecido. Mas, embora realmente não existam valores econômicos explícitos para os fenômenos familiares, existe a possibilidade de analisar a sua constituição como se existissem.

A análise econômica chegou relativamente tarde ao Direito de Família e, inicialmente, seus estudiosos resistiram a essa abordagem. Mas recentemente, os pesquisadores desse campo encontraram diferentes maneiras de adaptar as várias formas da teoria da escolha racional, embora ainda observem alguns dos tópicos e áreas em que a análise econômica tem valor limitado.

Para Ivo Gico Júnior, “a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não”. Portanto, não só o dinheiro, lucro e mercado são objetos de estudo da abordagem econômica, mas toda e qualquer questão que envolva escolhas humanas.¹²¹

Richard A. Posner, jurista norte americano e um dos principais propositores e defensores da Análise Econômica do Direito, em sua destacada obra da literatura

¹²¹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 20.

jurídica¹²², dedica um capítulo ao estudo do Direito de Família e elabora um paralelo entre empresa e família, para caracterizar essa entidade como unidade produtora.

Assim como em uma empresa, o casal deve eleger e estabelecer as regras econômicas mais convenientes à unidade familiar, entretanto, tais escolhas na empresa não encontra empecilhos de ordem sentimental, diferente da família em que as esferas material e pessoal se misturam.

A análise econômica da família é baseada na percepção de que o grupo familiar não é apenas consumidor, mas uma importante unidade de produção na sociedade. Os alimentos, a roupa, a mobília, os medicamentos e outras mercadorias que o grupo domiciliar adquire são insumos usados na produção de comida, calor, afeição, crianças e outros bens tangíveis e intangíveis que constituem a produção do lar.¹²³

Mauricio Rubio informa que, atualmente, a base da análise econômica da família concentra-se na função da utilidade neoclássica, incluindo em seus elementos não somente bens e serviços mercadológicos, mas também alimentos, moradia, saúde, afeto que são obtidos pelo esforço conjunto dos membros da família.¹²⁴

Nesse íterim, a justificativa econômica para a formação familiar parte de pressuposto de que o referido instituto pode ser concebido como instrumento apto a auxiliar a maximização dos interesses individuais.

Rachel Sztajn pondera que a análise econômica do direito de família se dará levando-se em consideração a escolha racional e a concorrência de bens escassos, objetivando o aumento do bem-estar individual e a eficiência na alocação dos recursos patrimoniais e extrapatrimoniais, tais como solidariedade, afeto, companheirismo, saúde.¹²⁵

A este respeito, vale transcrever o pensamento de Mauricio Rubio:

Diferentemente do direito de família, preocupado constantemente com as desigualdades de poder na família, com as relações de dominação, cauteloso com o tema das adoções e crescentemente turbado com problema das agressões físicas domésticas, a família típica da análise econômica continua sendo um ente harmonioso e livre de situações conflitivas. A preocupação secular do direito e, em geral de todos os sistemas normativos, com o adultério, e a desigualdade de seu tratamento quando cometido pelo homem ou pela mulher, tampouco é um tema que apareça sequer no tratamento econômico da família que, à exceção de algumas discrepâncias em matéria

¹²² POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: Little, Brown and Company, 1973.

¹²³ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: Little, Brown and Company, 1973.

¹²⁴ RUBIO, Mauricio. **Economía jurídica: introducción al análisis económico del Derecho Iberoamericano**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 431.

¹²⁵ SZTAJN, Rachel. **Direito de Família**: notas de análise econômica In: CONGRESSO BRASILEIRO DE FAMILIA. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p.382-383.

de participação laboral, não estabelece diferenças importantes entre homens e mulheres.¹²⁶

Esclareça-se por oportuno, que os economistas elegeram o casamento como figura central da formação familiar, sendo a mais eficiente, situação que não corresponde à realidade, uma vez que a Constituição da República concebeu uma concepção pluralista da família, conforme antes mencionado:

O pluralismo das relações familiares provocou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. Já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação.¹²⁷

Partindo dessa premissa, e considerando que outras possibilidades de vínculos igualmente passaram a ter guarida pelos Tribunais, tendo como fundamento esse arcabouço teórico, torna-se inevitável estender a aplicação da análise econômica do direito para essas entidades.

De acordo com Gustavo Tepedino:

Mais uma vez, portanto, justifica-se a aludida privatização da família, caracterizada pela transferência do controle de sua constituição, sua desconstituição e seu funcionamento, do Estado para seus próprios membros, com a conseqüente transferência de enorme carga de responsabilidade aos indivíduos que a compõem. Na atualidade, os membros das famílias possuem liberdade para se relacionar e para pôr fim ao relacionamento conjugal; para construir a família segundo a forma que melhor lhes convier, segundo modelo que reflita seus anseios e aspirações pessoais. Contudo, a família contemporânea também significa o espaço dinâmico de compromisso pela realização existencial da pessoa humana; de empenho com a felicidade própria e a dos demais integrantes. Uma vez engajado, cada um se torna responsável pela construção do outro, pois a família é o primeiro ambiente de concretização da alteridade¹²⁸.

Com efeito, tem-se que as relações familiares tendem a se tornar mais autênticas, na medida em que as decisões passam a ser tomadas quase exclusivamente pelos interessados. Não obstante, mesmo nos dias atuais é difícil elaborar uma definição de família inserida nesse contexto, porquanto comumente a

¹²⁶ RUBIO, Mauricio. **Economía jurídica: introducción al análisis económico del Derecho** Iberoamericano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 452. (Tradução nossa).

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 457

¹²⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 14

imagem que surge é a da família patriarcal: com o homem como figura central, provedor e detentor do poder decisório, com a esposa e os filhos ao seu redor. Essa visão hierarquizada de família, como já dito, sofreu enormes transformações, com diminuição de seus componentes, emancipação feminina e seu ingresso no mercado de trabalho, exigindo do homem a sua participação nas atividades domésticas.

Sob o enfoque da teoria econômica, o que se busca é uma análise comportamental dos indivíduos quando optam pela concretização desse instituto que, atualmente, tem como característica a pluralidade de formas, que abriga os mais diversos arranjos familiares, pressupondo que nesse processo racional de escolha, o indivíduo avalia previamente os custos, riscos e benefícios, objetivando maximizar as vantagens a serem obtidas.

Nessa procura da maximização das suas riquezas, os indivíduos avaliam os incentivos, que são determinados fatores que os estimulam ou desencorajam na otimização dos benefícios com o mínimo de custos, ou seja, busca-se eficiência, que é a maximização de ganhos e minimização de custos¹²⁹.

A família, compreendida como um grupo de utilidades que são entendidas pelos cônjuges/companheiros, como possibilidades de melhorar o seu bem-estar, poderia ser comparada também como um “mercado”, no qual os indivíduos buscam por parceiros que melhor correspondam às suas expectativas e onde estão inseridos todos os indivíduos capazes de formar uma entidade familiar.¹³⁰

Cumprе assinalar que “a teoria econômica neoclássica considera que os agentes socioeconômicos racionais possuem preferências para a satisfação das suas necessidades, de níveis de utilidade em situações reais e específicas¹³¹”. Entretanto, em todo mercado é possível identificar falhas, que de acordo com Antônio Maristrello Porto, podem ser “associadas a assimetrias de informação, estruturas não competitivas dos mercados, problemas de monopólio natural, externalidades ou bens públicos¹³²”

¹²⁹SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é direito e economia?** In: TIMM, Luciano Benetti. Direito e economia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹³⁰ POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8. ed. Wolters Kluwer, 2007. p. 183. (Tradução nossa).

¹³¹BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência e o efeito kaldor-hicks: a questão da compensação social**. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. 2016. p. 29.

¹³²PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito** / Antônio Maristrello Porto, Nuno Garoupa. – 2. ed. – Barueri: Atlas, 2022. p. 73

Deslocando esses conceitos para uma análise do instituto da família, é possível igualmente apontar situações que se caracterizam como falhas. Dentre elas, pode-se incluir a assimetria de informação, evidenciada no ato de buscar um parceiro para um relacionamento, pois enquanto uma das partes só deixa transparecer as características pessoais que deseja revelar, a outra não tem acesso a todas as informações necessárias para fazer a melhor escolha de parceiro, bem como os custos de transação, aqui referente ao investimento com a aparência, encontros, passeios, festas, entre outros.

Já no que se refere às externalidades, definidas como os efeitos de uma decisão em face daqueles que não participaram dela, é crível verificar inúmeras delas produzidas pela família, como por exemplo, os efeitos da família de um dos parceiros sobre o outro, a perda de emprego de um deles acaba por impactar o outro, ou a própria dissolução da entidade familiar.

Em relação aos bens públicos, definidos como “todo e qualquer bem que é, simultaneamente, não rival e não excludente”¹³³, sendo não rival porque o consumo por uma pessoa não reduz a quantidade disponível para outra e não excludente porque não se pode impedir o outro de ter acesso, pode-se entender no mercado da família, a figura dos filhos, já que ambos os pais devem ter acesso a eles e a relação de um não impede ou diminui a relação do outro.

A despeito das situações apontadas como falhas no mercado da família, do ponto de vista econômico a união familiar igualmente possui vantagens para seus membros. Segundo Oksandro Osdival Gonçalves e Caroline Hammerschmidt Amaro Tosi, pode-se visualizar benefícios econômicos proporcionados pela família. O primeiro desses benefícios é que a família é entendida como uma instituição de seguridade, onde as dificuldades sociais e econômicas são enfrentadas em grupo, assim, por exemplo “o desemprego de um integrante pode ser compensado pelo trabalho dos outros, e esta segurança é garantida pelo casal ou até mesmo pelos filhos, quando adquirem idade para adentrar o mercado de trabalho”.¹³⁴

Da mesma forma, a família pressupõe a existência de duas ou mais pessoas que trabalham em conjunto, com os mesmos objetivos de desenvolvimento familiar,

¹³³ PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito** / Antônio Maristrello Porto, Nuno Garoupa. – 2. ed. – Barueri: Atlas, 2022. p. 78

¹³⁴ GONÇALVES, Oksandro O.; TOSI, Caroline Hammerschmidt Amaro. **Teoria econômica do namoro e do matrimônio: formação do processo decisões e suas consequências jurídico-econômicas**. Revista de Direito Empresarial, v. 14, p. 49-72, 2017. p. 67

incorporando mais valor do que o esforço individual de cada um agregaria separadamente, uma vez que o propósito é o mesmo, além da oportunidade de especialização que o ambiente familiar permite a partir da divisão de tarefas, desenvolvendo a maximização das habilidades e aptidões dos seus integrantes.

Veja-se que, sejam quais forem os motivos considerados quando o indivíduo opta pela constituição de uma unidade familiar, a partir da teoria econômica do direito, observa-se que, utilizando o potencial de maximizar os benefícios como critério de escolha do parceiro, tem-se um acordo de vontades entre duas pessoas que assumem obrigações, direitos e privilégios, explícitos ou implícitos, tratando-se de uma promessa mútua de natureza comportamental¹³⁵.

Em razão da necessária limitação temática do presente estudo, a teoria econômica, será aplicada como ferramenta de análise de duas modalidades de relação afetiva, a união estável e o namoro qualificado, uma vez que apresentam significativas similaridades nos requisitos de configuração e distintas consequências jurídicas.

Assim, utiliza-se a teoria econômica para uma análise da união estável e do namoro qualificado, procurando diferenciar essas modalidades de relacionamento de forma mais objetiva e investigar se no processo de escolha entre uma modalidade de relacionamento ou outra, o indivíduo avalia previamente os custos, riscos e benefícios, com o intuito de maximizar as vantagens a serem obtidas, o que permite uma compreensão dessas novas realidades familiares sob um novo prisma.

¹³⁵ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise econômica do divórcio**: contributos da economia ao direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 30.

3. UNIÃO ESTÁVEL E NAMORO QUALIFICADO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Conforme foi visto nos capítulos anteriores, o Direito de Família produziu grandes reformas no sistema jurídico brasileiro, possibilitando a diversidade familiar que, aos poucos, foi desconstruindo a ideologia da família patriarcal, até então, única modalidade admitida e que centralizava todo o poder na figura paterna, onde apenas o homem era o provedor.

Diante dessa mudança social que atingiu o sistema familiar e estabeleceu a igualdade da mulher, sua inserção no mercado de trabalho e o desmembramento da entidade familiar, as famílias contemporâneas acabaram por herdar inúmeros desafios a serem superados, fazendo com que seus membros buscassem construir pessoalmente os seus objetivos.

As famílias contemporâneas são constituídas principal elemento propulsor da sua constituição e voltadas para o objetivo da realização existencial e do desenvolvimento pessoal de seus membros. O afeto tornou-se um elemento definidor de situações jurídicas, flexibilizando os pressupostos para a caracterização da família.¹³⁶

Entretanto, pouco se escreve sobre os aspectos econômicos do Direito de Família e sobre suas repercussões nas fases e nas modalidades de instituição familiar, analisando o custo que as escolhas afetivas têm, porquanto o processo de eleição de um parceiro, busca a imagem que cada um constrói da sua pessoa e os resultados que se espera do investimento que efetivou na construção do seu perfil social, familiar e econômico.

Com o devido filtro que merece, esta abordagem econômica da união estável e do namoro qualificado será efetivada seguindo três elementos da teoria econômica: *i)* a cooperação dos sujeitos envolvidos na constituição desses respectivos institutos, *ii)* a assimetria informativa e preferências comportamentais e como a *iii)* estrutura dos incentivos pode influir sobre as condutas desses agentes econômicos.

¹³⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 10

3.1. UNIÃO ESTÁVEL E NAMORO QUALIFICADO SOB A PERSPECTIVA DA COOPERAÇÃO

Aqui busca-se analisar a união estável e o namoro qualificado sob o viés da análise econômica do Direito, no que se refere à cooperação dos sujeitos envolvidos na constituição desses respectivos institutos do Direito de Família.

A Análise Econômica do Direito apresenta-se como importante ferramenta que utiliza os elementos da economia com o intuito de compreender a tomada de decisão pelos agentes econômicos por meio da utilização de teorias microeconômicas, como a teoria dos jogos, para perceber os fenômenos sociais.

Nesse sentido, a teoria dos jogos¹³⁷ é um dos instrumentos que pode ser empregado no estudo do meio pelo qual as pessoas tomam suas decisões racionais, utilizando estratégias para maximizar os resultados, podendo ser conceituada como o conjunto de informações capazes de especificar o “comportamento estratégico das partes para ajudar no desenvolvimento da capacidade de raciocínio e exploração das possibilidades de interação entre os agentes¹³⁸”.

Trata-se pois, de uma estratégia, onde as pessoas envolvidas num mesmo cenário tomam decisões a partir de um conjunto de incentivos, ocorrendo uma reciprocidade entre todos os envolvidos.

Para Antônio Maristrello Porto, nos jogos sequenciais com infinitas jogadas, a cooperação é uma possibilidade, uma vez que não há incentivo para desviar de um pacto firmado entre os jogadores em benefício próprio e, em caso de desvio poderá sofrer alguma sanção em rodadas futuras¹³⁹.

Em outras palavras, em um jogo de infinitas rodadas, não há uma previsão de fim, podendo se estender indefinidamente, o que, somado ao fato de que ambos os

¹³⁷Resumidamente, a teoria dos jogos tem como principal exemplo o dilema do prisioneiro: Dois suspeitos são presos pela polícia, que não possui provas suficientes para acusa-los, então separa os prisioneiros e oferece a ambos o mesmo acordo: 1. Se um dos prisioneiros confessar e o outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o prisioneiro silencioso cumpre 10 anos; 2. Se ambos ficarem em silêncio, os dois serão condenados há 1 ano; 3. Se ambos confessarem, cada um deles será condenado há 5 anos de prisão. Dessa forma, o dilema dos prisioneiros é uma abstração de situações onde a escolha individual leva a resultados ruins, enquanto a colaboração traz melhores resultados.

¹³⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 56.

¹³⁹ PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito** / Antônio Maristrello Porto, Nuno Garoupa. – 2. ed. – Barueri: Atlas, 2022. p. 137

jogadores agem em benefício próprio, como indivíduos racionais, e a ameaça de sofrer um penalidade no futuro “por adotar estratégias de não cooperação pode fazer com que acabem optando por uma estratégia cooperativa¹⁴⁰”.

A cooperação é conceituada como uma construção cultural estratégica baseada na interação social, em que os objetivos são comuns, as ações são compartilhadas e os benefícios são distribuídos com equilíbrio por todo o sistema.¹⁴¹

Verifica-se que a cooperação, *a priori*, promoveria entre as partes envolvidas em determinada situação uma atitude de colaborar, de forma voluntária, para alcançar um objetivo comum, possuindo um significado ainda mais profundo quando vista como responsável por criar laços entre as pessoas, fortalecer relações, promover a união e, acima de tudo, melhorar a convivência social. Dessa forma, em vez de competir individualmente, as pessoas trabalham juntas, compartilhando recursos, conhecimentos e habilidades para atingir resultados benéficos para todos os envolvidos.

3.1.1. Princípio da Solidariedade Familiar

O texto constitucional, ao determinar que o Estado e todos os cidadãos têm o encargo de construir uma sociedade solidária, através da distribuição de justiça social, acrescentou um novo princípio aos já existentes. Essa disposição não impõe apenas limites à liberdade individual, mas atribui relevância à solidariedade social.

A partir da sua consagração como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a solidariedade se torna um critério de interpretação, tornando-se um importante instrumento normativo de integração e transformação do ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da solidariedade está presente nos diversos ramos do Direito, permeando o ordenamento jurídico brasileiro através de mandamentos

¹⁴⁰ PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito** / Antônio Maristrello Porto, Nuno Garoupa. – 2. ed. – Barueri: Atlas, 2022. p. 138

¹⁴¹ MACKAAY, Ejan /ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito** / tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 60.

constitucionais, legais, de previsão de políticas públicas e condutas que visem a consagração e a efetivação de direitos.

Neste diapasão, o princípio da solidariedade acabou repercutindo nas relações familiares, perpassando os limites do individualismo existencial, possibilitou que a família fosse entendida como merecedora da tutela jurídica, na medida em que representa um ambiente no qual seus integrantes podem se desenvolver plenamente. O individualismo, foi substituído pela visão solidária, em que a cooperação, a igualdade e a justiça social se tornam valores fundamentais do ordenamento jurídico. Para Rolf Madaleno:

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário. Há dever de solidariedade entre os cônjuges na sua mútua assistência regulamentada pelo inciso III do artigo 1.566 do Código Civil, como ocorre no dever de respeito e assistência na versão reportada pelo mesmo diploma civil para as uniões estáveis.¹⁴²

Correto parece assumir que o princípio da solidariedade, ao lado do princípio da dignidade humana, compõe o cerne essencial da organização sócio-político-cultural e jurídica brasileira. A solidariedade está presente no ambiente familiar, onde se convive compartilhando afetos e responsabilidades e, no âmbito jurídico, com a imposição de direitos e deveres exigíveis nas relações familiares.

Para Paulo Luiz Netto Lobo, o princípio da solidariedade recebe valores como o afeto, a cooperação, o respeito, a assistência, o amparo, expressões de sentimentos que surgem espontaneamente nas relações sociais, e os transforma em direitos e deveres exigíveis nas relações familiares, para regulação das condutas.¹⁴³

A solidariedade suscita respeito e consideração recíprocos em relação aos membros da entidade familiar, abrangendo não apenas o aspecto patrimonial, como também afetivo e psicológico, constituindo-se em um dever de mútua assistência que os parentes possuem uns com os outros, que invoca a repartição dos encargos da família, de acordo com as possibilidades de cada um.

¹⁴² MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 132.

¹⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 28

De acordo com Maria Berenice Dias, a solidariedade familiar está presente no art. 1.694 do Código Civil¹⁴⁴, possibilitando aos parentes, cônjuges ou companheiros demandar uns aos outros pelos alimentos de que necessitem, destacando que a imposição de obrigação alimentar entre parentes concretiza este princípio e, da mesma forma, incluem os alimentos compensatórios que se justificam pelo dever de assistência mútua.¹⁴⁵

Na mesma linha, Rolf Madaleno cita, também como exemplo da incidência deste princípio, o art. 1.511 do Código Civil¹⁴⁶, primeiro dispositivo do livro referente ao Direito de Família, estabelecendo que o casamento implica na comunhão plena de vida, sendo alicerce de qualquer associação familiar ou afetiva¹⁴⁷.

A título de exemplo, esse princípio pode ser encontrado em outros dispositivos legais, como os que tratam da mútua assistência entre os cônjuges e os companheiros (arts. 1.566, III, e 1.724, CC)¹⁴⁸, da assistência a crianças e adolescentes (art. 227, CF)¹⁴⁹, e da obrigação solidária de prestar alimentos à pessoa idosa (art. 12 do Estatuto da Pessoa Idosa)¹⁵⁰.

Dessa forma, no Direito de Família, por sua própria natureza, que agrega comunhão de vidas e afetividade, é onde se consagra na plenitude o princípio da solidariedade, proclamado, no auxílio mútuo, material e moral, na assistência, na proteção e no amparo.

¹⁴⁴ BRASIL. Código Civil. Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 63.

¹⁴⁶ BRASIL. Código Civil. Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

¹⁴⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 104.

¹⁴⁸ BRASIL. Código Civil. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: III - mútua assistência. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

¹⁴⁹ BRASIL. [Constituição, 1988]. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

¹⁵⁰ BRASIL. Lei nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa. Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo a pessoa idosa optar entre os prestadores.

3.1.2. Cooperação Econômica e Princípio da Solidariedade Familiar: aspectos convergentes

Aplicando-se o conceito de cooperação aos institutos de Direito de Família, é possível observar comportamentos cooperativos porque além de haver entre os indivíduos um vínculo afetivo¹⁵¹, as relações familiares são continuadas e envolvem situações em que a cooperação será sempre a melhor estratégia.

Pode-se equiparar essa ferramenta da ciência econômica ao princípio da solidariedade no Direito de Família, uma categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico e tem como significado um vínculo de sentimento que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras.

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros ou conviventes, principalmente quanto à assistência moral e material. O ambiente familiar é um lugar de colaboração, de cooperação e de assistência, ou seja, um espaço onde a solidariedade se materializa na reciprocidade entre seus membros.

Maria Berenice Dias ensina que:

A solidariedade é o que cada um deve ao outro. Reciprocidade é o que o outro deve ao um. Ou seja, são princípios intercambiáveis. São princípios que têm assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. Ambos têm origem nos vínculos afetivos, e dispõem de acentuado conteúdo ético. A solidariedade contém em suas entranhas o próprio significado das expressões fraternidade e reciprocidade¹⁵².

Utilizando-se os ensinamentos de Richard Posner, é possível afirmar que a ideia de formação da família está fundamentada na parceria, contudo, esta não seria uma parceria comercial com determinação de valor de contribuição de cada integrante ou com tarefas monitoradas de maneira hierárquica, mas com um substituto para esses mecanismos de controle, que os economistas denominam de altruísmo e os

¹⁵¹ MACKAAY, Ejan /Rousseau, Stéphane. **Análise econômica do direito** / tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 60.

¹⁵²DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 62.

juristas de solidariedade, condição na qual o bem-estar de uma pessoa é a função positiva do bem-estar de outra¹⁵³.

As pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos, inclusive na legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Civil de 2002¹⁵⁴, o que não significa que se alcançou a dimensão ideal da solidariedade, impondo pugnar-se por avanços legislativos.

Veja-se que a união estável, sob o viés da análise econômica do Direito, especificamente no que se refere à cooperação dos sujeitos envolvidos, é caracterizada pela comunhão de vida entre pessoas integrantes de um mesmo núcleo familiar, cuja ausência impede a sua configuração, mesmo que presente outros requisitos¹⁵⁵

A união estável é reconhecida como entidade familiar, assim como o casamento. Por isso, garante às partes os mesmos direitos e deveres previstos para o casamento, ou seja, fidelidade recíproca; vida em comum; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; e respeito e consideração mútuos.

Além da demonstração do *affectio maritalis*, que decorre da comprovação da existência de vida comum e do reconhecimento no meio social como marido e mulher¹⁵⁶, é possível identificar a união estável por meio de práticas vivenciais de cooperação entre o casal, como empreendimentos financeiros com esforço comum, declarações de dependência em Imposto de Renda, inclusão em plano de saúde, contribuição mútua para o sustento da família.

Assim, na união estável, utilizando a teoria dos jogos, é possível identificar que ambos os jogadores da relação agem em benefício próprio, como indivíduos racionais, optando por uma estratégia cooperativa e dessa forma, em vez de competir individualmente, trabalham juntos, compartilhando recursos, conhecimentos e habilidades para atingir resultados benéficos para todos os envolvidos.

¹⁵³ POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

¹⁵⁴ BRASIL. Código Civil. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

[...]

III - mútua assistência;

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 503.

Com efeito, a cooperação como uma estratégia utilizada no instituto da união estável protege as partes assegurando uma retribuição dos investimentos empregados, o que caracteriza uma verdadeira comunhão de vidas, onde as partes agem em conformidade com os direitos e deveres impostos, podendo prever os efeitos em caso de não cooperação.

A despeito das ferramentas da análise econômica do direito ainda não serem mencionadas expressamente nas decisões judiciais no âmbito do direito de família, é possível identificar a utilização do raciocínio econômico em diversos julgados que envolvem distinção entre união estável e namoro qualificado, como se observa no julgamento do Agravo em Recurso Especial de nº 2.160.953, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze:

Configuração. União estável que pressupõe o preenchimento dos seus requisitos (convivência pública, notória, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família). Caso em que foi demonstrada a união estável entre julho de 2003 até julho de 2017, a partir de provas testemunhais e documentos. Desnecessidade de coabitação. Partes que conviviam principalmente em Campinas e no Camping de Ubatuba. Partes que chegaram a ter lua de mel em viagem na Europa. Declaração do réu de ter vivido em união estável com a autora. Réu que ajudou a autora a adquirir bens e vice-versa. Existência de contas do casal que eram pagas, ou pelo réu ou pela autora. Existência de bens adquiridos para usufruto do casal. Caso que não pode se resumir a um mero namoro.¹⁵⁷

Veja-se que o conceito econômico de cooperação¹⁵⁸ serviu de fundamento para caracterizar a união estável, considerando a atitude de colaborar, de forma voluntária, para alcançar um objetivo comum dos envolvidos no relacionamento como elemento de diferenciação do namoro qualificado. Neste sentido, também afigura a decisão de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no julgamento do Agravo em Recurso Especial de nº 2.264.075/SC:

Tais afirmações, somadas ao depoimento pessoal do próprio réu e aos documentos acostados em contestação, onde afirmou que as partes moravam juntas e que arcou com as mensalidades da faculdade da autora (o que demonstra interesse do requerido no futuro da requerente e, em consequência, no futuro de sua família), aos depoimento das testemunhas, no sentido de que as partes moravam juntas e eram vistas como um casal perante a sociedade, e, ainda, a declaração de união estável realizada pelas

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2160953/SP, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicação em 20/09/2022. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 18 jul. 2023.

¹⁵⁸ Pensamento estratégico que beneficia a todos. (JANON, Renato da Fonseca. **A teoria dos jogos e a estratégia da cooperação**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 56, 2020. p. 153.

partes em cartório (Evento 50, PROCJUDIC1, p. 297), e a inclusão da parte autora como dependente do plano de saúde do réu (Evento 50, PROCJUDIC1, p. 296), demonstram que as partes conviviam sim em união estável, e que estavam presentes todos os requisitos necessários para sua configuração, quais sejam, convivência pública, duradoura e com intenção de constituir família.¹⁵⁹

Conforme se observa nos julgados, houve uma ponderação a respeito do comportamento cooperativo das partes para o estabelecimento do preenchimento do requisito subjetivo necessário ao reconhecimento da união estável, qual seja, o objetivo de constituir família.

No que tange ao namoro qualificado, trata-se de um relacionamento em que há uma convivência contínua e sólida perante a sociedade, que se confunde muito com a união estável por possuir os mesmos requisitos objetivos para sua configuração, quais sejam, ausência de impedimentos matrimoniais e convivência duradoura, pública e contínua¹⁶⁰, mas com ausência do desejo de constituir família.

Maria Berenice Dias manifesta crítica a essa figura quando afirma que se passou a utilizar a expressão namoro qualificado como uma tentativa de desfigurar a união estável, blindar patrimônio e excluir direitos, criando-se um terceiro gênero entre namoro e união estável visando “subtrair efeitos pessoais e patrimoniais de relacionamentos afetivos” em que há coabitação, há aquisição de bens, mas não se identifica o objetivo de constituir família¹⁶¹.

Cabe aqui esclarecer que no namoro qualificado, embora possa existir um objetivo futuro de constituir família, não há ainda essa comunhão de vida. Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preserva sua vida pessoal e sua liberdade. Os seus interesses particulares não se confundem no presente, e a assistência moral e material recíproca não é totalmente irrestrita¹⁶².

Assim, durante a permanência do relacionamento, o casal pode experimentar compartilhamento de vidas, viagens, eventos sociais, encontros amorosos

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2.264.075/SC, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Publicação em 27/02/2023. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/> Acesso em 18 jul. 2023.

¹⁶⁰ ALMEIDA, Felipe Cunha de. **O Superior Tribunal de Justiça e a Tese do Namoro Qualificado: Afastando a Hipótese de União Estável**. Revista SÍNTESE Direito de Família Ano XVII – nº 98 – Out-Nov 2016.

¹⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 617-618.

¹⁶² MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 371-374.

constantes, relações sexuais frequentes, mas não assume a condição de conviventes por não objetivarem a formação de família, ausente, portanto, o requisito do *affectio maritalis*.

Essa modalidade de relacionamento implica igualmente em uma convivência íntima, os namorados coabitam, frequentam as respectivas casas, comparecem a eventos sociais, viajam juntos, demonstram para os de seu meio social ou profissional que entre os dois há uma afetividade, um relacionamento amoroso. Entretanto, falta um elemento imprescindível da entidade familiar, o elemento subjetivo de constituir uma família, os namorados não desejam e não querem estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida¹⁶³.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, frequentemente, a prova da intenção de constituir família pode se apresentar de difícil caracterização, especialmente quando um dos conviventes vier a negá-la¹⁶⁴. Sobre esse aspecto, ressalta ainda Zeno Veloso que “se apenas um deles entende assim, ou só um está convicto disso, o elemento não está cumprido, pois não pode ser unilateral”, lembrando, por outro lado, que por se tratar de “pressuposto interno, anímico, é de verificação tormentosa, intrincada, e de difícilíssima comprovação”.¹⁶⁵

Destarte, o namoro qualificado serve, então, para diferenciar uma mera relação casual do relacionamento em que o casal convive sob o mesmo teto, mas não querem ser reconhecidos como uma família, e tampouco compartilhar seus patrimônios e recursos financeiros¹⁶⁶

Nesse sentido, observa-se a possibilidade dos julgadores utilizarem a análise econômica do direito como uma ferramenta hábil na verificação do elemento subjetivo de constituir família para diferenciar o namoro qualificado da união estável, porquanto a cooperação sendo uma estratégia eficaz na ampliação dos benefícios mútuos, da alteridade e da reciprocidade, não está presente no namoro qualificado, uma vez que se um deles entender assim, ou só um está convicto disso, o elemento não está cumprido, pois não pode ser unilateral.

¹⁶³ VELOSO, Zeno. **Direito Civil: temas**. 2. ed: Editora Juspodivm, 2019, p. 296.

¹⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 14^a ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 503.

¹⁶⁵ VELOSO, Zeno. **Direito Civil: temas**. 2. ed: Editora Juspodivm, 2019, p. 296.

¹⁶⁶ ALMEIDA, Sérgio. **Economia comportamental e as contribuições de Richard Thaler**. 2017. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/economia-comportamental-e-as-contribuicoes-de-richard-thaler-breve-resumo/>. Acesso em: 15 Jul 2023.

3.2. ASSIMETRIA INFORMATIVA E PREFERÊNCIAS COMPORTAMENTAIS NA UNIÃO ESTÁVEL E NO NAMORO QUALIFICADO

Os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos esperados das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja de natureza estritamente econômica, seja ela de natureza social ou cultural. Estes custos e benefícios são avaliados de acordo com as preferências dos agentes e o conjunto de informações disponíveis no momento da avaliação.

A dificuldade na diferenciação entre as formas de relacionamento afetivo, namoro qualificado e união estável, pode causar repercussões tanto no âmbito da vida social, irradiando mudanças na maneira de se relacionar, quanto nas suas consequências jurídicas.¹⁶⁷

Com efeito, as semelhanças entre a união estável e o namoro qualificado são muitas e sua diferenciação reside na prioridade dada ao relacionamento pelos participantes, ou seja, se há a intenção de construção de um projeto familiar ou se resume a nutrir suas aspirações e expectativas pessoais.¹⁶⁸

Partindo-se desta perspectiva, novos parâmetros foram estabelecidos pelos julgadores no intuito de diferenciação do instituto da união estável das demais relações que, por vezes, são sérias e duradouras, porém, não apresentam o requisito essencial para sua configuração: a *affectio maritalis*, como no caso do namoro qualificado.

Para Tânia Nigri, esse é um elemento subjetivo que acaba “sendo objeto de dissidência até mesmo entre juízes, que não têm uma resposta única sobre o que isso seja, o que gera certa insegurança para aqueles que tenham relacionamentos estáveis em geral”.¹⁶⁹

Destaca-se que não há uma definição da relação de namoro pelo ordenamento jurídico, porquanto não possui requisitos definidos em lei, o que, muitas vezes, pode confundir a definição do relacionamento afetivo que se apresente no caso concreto.

¹⁶⁷ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA Felipe. **Curso de direito civil**. – 11. ed. – Barueri: Atlas, 2023.p. 816.

¹⁶⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**.4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 369

¹⁶⁹ NIGRI, Tânia. **União estável**. São Paulo: Blucher, 2020. p. 37-38.

Contudo, essa distinção se mostra de suma importância, vez que o reconhecimento da união estável como entidade familiar pelo texto constitucional, traz reflexos imediatos na esfera patrimonial e pessoal para os companheiros.

É possível a compreensão do processo de formação, transformação e dissolução da união estável ou do namoro qualificado, utilizando-se o ferramental da análise econômica do direito e a teoria econômica da família, porquanto a opção por um desses institutos resulta de uma escolha racional tomada por indivíduos que procuram um parceiro que melhor maximize o seu bem-estar.

Não é nenhuma novidade que o Direito de Família possui em seu conteúdo questões de cunho patrimonial, assim, fazer uma leitura integralmente afetiva dos institutos, quando evidentemente estão permeadas de conteúdo econômico, retira a possibilidade de aprofundamento e discussão de questões que poderiam conduzir as próprias relações por caminhos diversos, reduzindo as chances de desagradáveis surpresas futuras, evitando até mesmo rupturas, pois que alguns esclarecimentos prévios podem revelar, desde logo, traços de personalidade e comportamento do parceiro, além de deixar claro as expectativas de cada um.

Sem a pretensão de defender um excesso de racionalidade nessa questão, entende-se salutar a consciência da modalidade de relacionamento, para que se tenha um bom convívio entre o casal, evitando, inclusive, cair em armadilhas por desconhecer o real interesse do outro contraente.

Como dispõe Zeno Veloso, a aproximação de vidas encontra-se cada vez mais intensa nos relacionamentos afetivos atuais, tornando-se corriqueiro vivências como o compartilhamento de projetos futuros, coabitação ou frequente estadia na casa de seu par, a exteriorização do afeto perante a sociedade e amigos, viagens e publicações de fotos em redes sociais, encontros familiares em datas festivas, bem como a criação de animais de estimação em conjunto, o que pode levar a crer tratar-se de uma união estável quando, na verdade, não é.¹⁷⁰

Diante do receio de ser mal interpretado ou não poder antever a reação do parceiro, optam os agentes, na maioria das vezes, por não abordar o assunto, atitude que entendem que poderia gerar no outro desconfianças e até mesmo desamor, sem perceberem que podem, exatamente em razão disso, protagonizar um desequilíbrio de poder entre os agentes face a assimetria de informação.

¹⁷⁰ VELOSO, Zeno. **Direito Civil: temas**. 2. ed: Editora Juspodivm, 2019.

Vale referir que, grande parte dos problemas enfrentados nesse campo advém das incertezas provenientes da assimetria informativa, como uma falha passível de repercutir em qualquer fase do relacionamento afetivo, seja em sua formação, na sua constância ou na dissolução. Consoante os ensinamentos de Antônio Maristrello Porto:

Assimetria de informação consiste no fato de os contratantes, no momento em que celebram o contrato, não deterem todas as informações necessárias para o entendimento pleno da transação. Muitas vezes, apenas uma das partes conta com tais dados, criando um desequilíbrio de poder que pode levar a problemas de alocação de recursos. Exemplos deste tipo são a seleção adversa e o risco moral.¹⁷¹

No mundo fenomênico, porém, a informação é imperfeita, pois um agente detém mais ou melhor conhecimento que o outro, desequilibrando o poder de negociação e produzindo falhas de mercado. Bens e serviços, públicos ou privados, assim como o comportamento de pessoas, se apresentam de forma não homogênea, ostentando diversos níveis de qualidade e características próprias. Tal condição não consistiria em um problema se toda a informação estivesse disponível a ambas as partes, vale dizer, se todos os envolvidos na relação jurídica detivessem igual conhecimento a respeito das características de bens, serviços e direitos, o que não se verifica.¹⁷²

Essa diferença de informação gera um desequilíbrio de poder entre as partes, podendo acarretar um “custo de transação”, valores diretos e indiretos que a tomada de decisão gera aos atores envolvidos e, conseqüentemente reduzem os incentivos capazes de promover a harmonização dos interesses¹⁷³.

Na união estável e no namoro qualificado, a assimetria informativa entre o casal pode ter sua origem nas mais diversas razões, desde as limitações cognitivas das partes, que não se atentam a situações que podem interferir na relação afetiva, como discutir os termos da relação, até características da personalidade e crenças dos parceiros.

¹⁷¹ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. Barueri: Atlas, 2022. p. 81.

¹⁷² POMPEU, Ivan Guimarães; GONÇALVES, Lucas Fulanete; BENTO, Renata Guimarães [coordenadores]. **Perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 217

¹⁷³ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise econômica do divórcio**: contributos da economia ao direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 114.

Figuram como principais problemas da assimetria informativa, a seleção adversa e o risco moral (*moral hazard*), que geralmente ocorrem em momentos distintos, o primeiro na fase de negociação do contrato e o segundo durante sua execução.¹⁷⁴

A teoria econômica denomina o problema de risco moral, como as situações nas quais a conduta de um dos agentes envolvidos numa relação econômica não pode ser verificada pela outra parte, a despeito de ser essencial para a execução de um negócio eficiente, ou seja, circunstâncias em que a conduta de uma das partes poderá importar em custos para a outra parte e em ganhos para si, gerando incentivos para que esse agente quebre com o acordado¹⁷⁵.

No que se refere ao problema de seleção adversa, a economia classifica como as circunstâncias em que as variações de qualidade têm impacto direto sobre o preço estabelecido e podem ser facilmente verificadas por uma das partes do contrato, mas não podem ser verificadas pela outra, os incentivos dados aos agentes podem levar à seleção adversa de bens de qualidade inferior.

Em outras palavras, os problemas da seleção adversa e do risco moral decorrem de uma assimetria de informações entre os agentes, onde uma das partes é privilegiada com informações relevantes para o contrato, que a outra não tem acesso.¹⁷⁶

Nas relações afetivas, muitas são as possibilidades de ocorrer a seleção adversa. A própria escolha do parceiro pode ocorrer com base em informações incompletas e distorcidas acerca da renda, do nível de capacitação profissional, patrimônio amealhado, o que pode comprometer a harmonia da relação.

Na espécie, o risco moral surge quando os objetivos entre as partes diferem substancialmente, o que permite que um deles obtenha vantagens às custas do outro, atuando em benefício de seus próprios interesses em detrimento do interesse conjunto, o que se verifica quando a parte que possui um maior número de informações atua de forma oportunista, negligenciando os deveres de cooperação mútua.¹⁷⁷

¹⁷⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

¹⁷⁵ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. Barueri: Atlas, 2022. p. 82.

¹⁷⁶ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. Barueri: Atlas, 2022. p. 83.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 82.

Oportuno exemplo ocorre quando uma das partes acredita que o relacionamento estabelecido com o parceiro constitui um entidade familiar como a união estável, onde poderá ser estabelecida pensão alimentícia ou partilha de bens em caso de dissolução e, no entanto, o outro embora saiba das crenças do parceiro oportunamente atua no sentido de descaracterizar essa união pretendendo valer-se da assimetria informacional para evitar referidas consequências jurídicas.

Nesta perspectiva, forçoso afirmar que, os agentes econômicos da relação afetiva possuírem as informações relativas aos termos do relacionamento viabiliza uma harmonia dos interesses de ambos, porquanto, como lecionam Marcos Nóbrega e Diego Franco, “a informação é um bem econômico que desempenha uma função relevante para a compreensão de diversos fenômenos e problemas do mundo real.”¹⁷⁸

A título de ilustração, pode-se citar como exemplo dos efeitos da assimetria informacional o importante julgamento do Recurso Especial nº 1.454.643/RJ, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, referente a demanda que versou sobre a possibilidade de reconhecimento e dissolução de união estável no período antecedente ao casamento celebrado em 2006, requerendo a meação dos bens adquiridos nesse período.¹⁷⁹

Em resumo, o casal começou a namorar em 2002 e um ano depois, o requerido recebeu uma proposta de trabalho que exigiu sua mudança de moradia para Varsóvia/ Polônia, a qual foi aceita e resultou na viagem em 2003. Logo em seguida, no início do ano de 2004, a requerente comprou passagens de ida e volta e foi ao encontro do namorado planejando realizar um curso de inglês. Já residindo juntos em Varsóvia, a requerente iniciou seus estudos no mestrado, razão pela qual não retornou para o Brasil na data programada. Nesse mesmo ano, houve o pedido de noivado no exterior e, em seguida, o requerido adquiriu com recursos financeiros próprios um apartamento no Rio de Janeiro, o qual viriam a residir quando casados.

A união matrimonial ocorreu em setembro de 2006, momento em que foi adotado de modo livre e voluntário o regime de comunhão parcial de bens. Todavia, em 2008, sobreveio o divórcio.

¹⁷⁸ YEUNG, Luciana (Org). **Análise Econômica do Direito**: temas contemporâneos. – São Paulo: Actual, 2020. p. 486

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1454643/RJ. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de publicação 10/03/2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 Jul 2023.

A versão apresentada pela requerente é de se mudou para Varsóvia com o objetivo de concretizar o propósito manifestado, de constituir família, razão pela qual pleiteava o reconhecimento da união estável compreendida no período em que morou com o requerido até o momento do casamento. Arguiu também que, em outubro de 2004, o requerido externou a intenção de casar, formalizando, assim, a união que já viviam.

O requerido narrou que a requerente mudou para Varsóvia com o objetivo primordial de estudar e que a relação dos dois se consubstanciava apenas em namoro. Por conseguinte, não havia que se falar em meação do apartamento, vez que seria resultado exclusivo do seu trabalho.

Diferentemente do que concluiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, bem como o juízo de primeira instância, o ilustre Ministro Marco Aurélio Bellizze entendeu que não havia elementos suficientes que demonstrasse a presença da *affectio maritalis* entre o período de 2004 a 2006 do relacionamento afetivo em questão, mas que se tratava apenas de um namoro qualificado. Dessa forma, não se reconheceu o direito da requerente à meação do imóvel adquirido pelo demandado com seus próprios recursos por entender que, antes do matrimônio, os litigantes não viviam como se casados fossem, conseqüentemente, não houve a caracterização da união estável.

Em se tratando de relacionamentos afetivos, a discussão sobre as suas repercussões patrimoniais é vista com desconfiança e para muitos representa uma barreira. Entretanto, é irrefutável o fato de que se as pretensões em relação ao patrimônio não forem convergentes entre as partes podem causar uma série de aborrecimentos, especialmente quando da sua dissolução.

Cristiana Sanchez Gomes Ferreira alerta que:

Muito embora seja verdade que o “amor romântico possa não ser sinônimo de formulação de um contrato antenupcial¹⁸⁰, ignorar a alternativa pode culminar em prejuízos irreparáveis às partes, principalmente quando este não atende da melhor forma os interesses patrimoniais envolvidos.¹⁸¹

¹⁸⁰ No contexto deste trabalho, entendido como um contrato familiar, ou seja uma pacto individualizado e específico para cada casal ou entidade familiar, de acordo com suas necessidades afetivas e/ou pessoais.

¹⁸¹ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise econômica do divórcio**: contributos da economia ao direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.107.

Outrossim, é igualmente ponderável que a clareza de posicionamentos, desde o início, pode evitar a assimetria informativa e auxiliar na revelação das características do parceiro que, inevitavelmente, ocorrerá ao longo da relação, ou pior, por ocasião de seu término, gerando custos e aborrecimentos para as partes, que poderiam ser evitados.

Por mais delicada que seja a questão, um enfrentamento e troca de ideias entre os agentes sobre a modalidade de relacionamento que estão estabelecendo, poderá reduzir em grande parte os conflitos que surgem no decorrer da relação, já que as regras do jogo não serão novidade para os envolvidos que consensualmente as elegeram¹⁸².

Para a Análise Econômica do Direito, a discussão prévia sobre qual modelo de família foi eleito, pode funcionar como um “*reductor da assimetria informativa*”, posto que bem definidas as repercussões pessoais e patrimoniais, aumentam-se as chances de sucesso do relacionamento, ao mesmo tempo em que fortalece o afeto e reduz as chances de litígio.

Resta claro que as vantagens positivas da escolha prévia consciente são maiores do que as negativas, já que permitem conhecer o parceiro e as suas intenções, prevenindo prejuízos futuros, tanto financeiros quanto emocionais¹⁸³, sendo possível concluir que a definição do relacionamento, seria mais eficiente para o casal, se observada a racionalidade proposta pela análise econômica do direito.

Nesse sentido, tem-se que a teoria da assimetria informativa possibilita esclarecer problemáticas comuns passíveis de surgirem na constâncias dos relacionamentos, podendo ser um elemento facilitador da escolha racional, no sentido de que o indivíduo escolhe aquilo que mais lhe interessa de acordo com as suas prioridades e preferências. O agente racional adota um comportamento maximizador em várias áreas de sua vida, como quando decidem qual a espécie do relacionamento afetivo.

Sobrelevando que as uniões afetivas foram equiparadas ao casamento¹⁸⁴, tem-se a possibilidade de aplicar a teoria do economista Gary Becker, quando indica duas premissas das quais se deve partir para a análise econômica do casamento. Na

¹⁸² Ibid., p.9-28.

¹⁸³ ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 161-162

¹⁸⁴ As uniões afetivas passaram a gozar da absoluta igualdade, sem qualquer distinção com o casamento. (DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 610).

primeira, o indivíduo somente virá a se casar se o nível esperado de utilidade obtida a partir da formação da união vier a superar aquela operada caso permaneça solteiro; e na segunda, homens e mulheres solteiros competem entre si na busca do parceiro adequado.¹⁸⁵

Nas palavras de Martinho Martins Botelho:

As mudanças nas preferências, como base para uma teoria dinâmica da utilidade, oferece aos economistas a possibilidade de compreender determinados problemas de avaliação comportamental, e inclusive na Economia Institucional e na Análise Econômica do Direito.¹⁸⁶

Refira-se ainda que, quando se trata da análise econômica da família é irrefutável o princípio de que as preferências dos indivíduos dificilmente se modificam em breve lapso temporal, o que estabelece que o mercado matrimonial é relativamente equilibrado no que tange às preferências nele manifestadas, facilitando seu estudo sob o enfoque econômico¹⁸⁷

Sob tal raciocínio, o reconhecimento jurídico conferido às uniões informais constitui um redutor de custos de transação arcados pelos agentes econômicos na busca de proteção jurídica à sua entidade familiar, visto que para a caracterização de uma união estável basta a presença dos requisitos da publicidade, continuidade, notoriedade e intenção de constituição de família.

Parece correto afirmar que, considerando o comportamento maximizador da utilidade como “potencial de maximizar a utilidade” como base da escolha do parceiro ou da manutenção do *status* de solteiro, pode-se associá-la às preferências dos agentes pela produção de filhos, prestígio, patrimônio, afeto e *status* social, dentre outras.¹⁸⁸

Para entender a eleição da modalidade de relacionamento, é preciso considerar que consoante a teoria econômica comportamental, embora os seres humanos sejam guiados por critérios racionais, muitas vezes eles estão propensos a

¹⁸⁵ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise econômica do divórcio**: contributos da economia ao direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.91.

¹⁸⁶ BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência e o efeito kaldor-hicks: a questão da compensação social**. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. 2016. p. 27-45.

¹⁸⁷ BECKER, Gary s. Palestra Nobel: **The Economic Way of Looking at Behavior**. The Journal of Political Economy. Chicago: University of Chicago Press, 1993. P. 385-409. Disponível em: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.718.6087&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 25 Jul 2023.

¹⁸⁸ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **A Escolha do consorte e do regime de Bens sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito**. Revista Jurídica. São Paulo: Síntese, 2014. p. 25.

cometer erros – irracionais –, em razão de fatores inconscientes envolvido no processo de decisão.

Robert Cooter e Thomas Ulen reforçam que pessoas diferentes têm gostos diferentes, e estes se refletirão no fato de que elas poderão ter ordenações de preferências muito distintas em relação aos mesmos bens e serviços.¹⁸⁹

A união estável e o namoro qualificado projetam consequências não só na esfera pessoal dos envolvidos, como também na esfera econômica. As semelhanças na caracterização e as implicações de ordem patrimonial distintas, sendo possível aplicar no caso da união estável a partilha de bens e a obrigação alimentar e no namoro qualificado apenas a indenização referente ao direito das obrigações, podem acabar gerando, por ocasião da dissolução do relacionamento, custos e aborrecimentos para as partes.

Nessa seara, aqueles que pretendem conviver como se casados fossem, mas que não desejam sujeitar-se à comunicação patrimonial, o ideal seria não a negação da união estável na qual vivem, mas, ao contrário, a formal declaração de sua existência e a eleição, por exemplo, de um regime de bens tal como o da separação total.

¹⁸⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 43.

3.3. ESTRUTURA DE INCENTIVOS APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA: UNIÃO ESTÁVEL X NAMORO QUALIFICADO

Do ponto de vista econômico, o ordenamento jurídico corresponde a uma estrutura de incentivos que influencia o comportamento dos indivíduos. Uma das premissas da análise econômica é que as normas jurídicas podem produzir incentivos ou desestímulos, equiparando as sanções normativas aos preços que influenciam a relação custo-benefício de seus comportamentos¹⁹⁰. A conduta do indivíduo como um potencializador racional de suas preferências demonstra a sua capacidade de responder a incentivos¹⁹¹.

Nesse contexto, a aptidão da norma jurídica de influenciar o comportamento das pessoas está profundamente ligada ao seu poder de aumentar ou reduzir os custos e as vantagens vinculadas à determinada conduta, induzindo as escolhas do indivíduo a partir da racionalidade do ser humano. Em outras palavras, quanto maior for o convencimento do indivíduo de que a aplicação da sanção normativa irá aumentar seus prejuízos, maior será o efeito da norma na escolha de suas condutas, porquanto a orientação do seu comportamento se dará pela opção que lhe pareça mais benéfica, analisando custo e benefício.

Dessa forma, para a Análise Econômica do Direito, o fato de uma norma estar formalmente vigente, não pressupõe que ela será observada, pois considera que o cumprimento ou não do comando normativo dependerá dos custos e benefícios a ele atrelados pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, Ivo Gico Junior entende que, na ótica da análise econômica do direito, a observância dos comandos normativos “não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos”¹⁹².

¹⁹⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 54, n. 139, 2005. p. 248. Acesso em: 17 jul. 2023.

¹⁹¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é Direito e Economia?**. In: TIMM, Luciano B. (org.). Direito e Economia, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21-22.

¹⁹² GICO JR., Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. EALR, v. 1, nº 1, 2010. p. 21.

De fato, uma das proposições da Análise Econômica do Direito “é precisamente o de que as pessoas reagem a incentivos, e de que as normas fornecem às pessoas um quadro de incentivos inteiramente similar àquele que é veiculado pelos preços nos mercados tradicionais¹⁹³” destacando, desse modo, o valor da eficiência e desvelando, por conseguinte, uma teoria comportamentalista. Em outros termos, a Economia empresta ao Direito uma teoria do comportamento que possibilita prever como os indivíduos respondem às leis, o que oportuniza averiguar a efetividade das normas.

Vale dizer que, as sanções se aproximam dos preços, gerando o entendimento de que supostamente as pessoas respondem às penalidades normativas de forma parecida de como reagem aos preços de mercado. Sendo assim, tendem a consumir menos produtos com preços mais altos e mais produtos com preços mais acessíveis. Dessa maneira, em similitude, as pessoas praticam determinados comportamentos avaliando a sanção prevista.

Para Richard Posner, a teoria comportamental defende uma escolha racional, com a prevaiente convicção de que a conduta das pessoas possui uma tendência de escolha pautada na maximização racional, buscando a opção mais eficiente, assumindo posturas que possibilitem o seu próprio bem-estar, o que implicaria em uma capacidade de selecionar dentro de sua escala de valores, o meio mais apto para atingir seus objetivos.¹⁹⁴

Nessa linha, para a teoria econômica, as pessoas tendem a mensurar suas ações buscando satisfazer interesses pessoais, o que representa um comportamento econômico facilmente percebido nos mercados. Contudo, segundo Gary Becker, para além da área econômica, a conduta humana se manifesta, nesses mesmo termos, em diversas Âmbitos da vida, até mesmo em questões familiares.¹⁹⁵

Gary Becker em sua obra *The Economic Approach to Human Behavior*, defende que uma abordagem econômica não está limitada à análise de bens e necessidades de cunho patrimonial, podendo ser aplicada para estudar bens e necessidades não materiais, uma vez que tanto o setor econômico quanto as demais

¹⁹³ ARAÚJO, Fernando. **Análise Económica do Direito**. Programa e Guia de Estudo. Editora Almedina; 1ª edição, 2008.

¹⁹⁴ POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 25-26

¹⁹⁵ BECKER, Gary Becker. **The economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1976. p. 6

áreas se baseiam em uma unidade de valor capaz de medir os custos de oportunidade do uso de recursos escassos.

Em outros termos, a análise econômica não se limita ao que é avaliável em moeda. Ao contrário, os economistas demonstraram como aplicá-la a fenômenos não mercantis e, por vezes, a comportamentos que, em aparência, não seriam racionais¹⁹⁶.

Uma grande implicação dessa teoria é que se os agentes econômicos consideram custos e benefícios na hora de decidir, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, ou seja, a realizar outra escolha, e essa também é uma premissa do Direito.

Nesse contexto, o Direito é construído com base no princípio de que as pessoas respondem a incentivos. Isso significa que poderão cometer mais ou menos atos ilícitos se as sanções forem mais ou menos pesadas, poderão ser mais ou menos cautelosas se forem ou não responsabilizadas pelos danos causados por seus atos. Até mesmo os juízes poderão ser mais ou menos prudentes em suas decisões se tiverem que motivar mais ou menos suas decisões¹⁹⁷.

De acordo com Paula Andrea Forgioni, “as normas jurídicas nada mais são que incentivos ou não-incentivos a que as pessoas atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício.”¹⁹⁸ Por essa razão, uma abordagem da análise econômica do direito investiga as causas e as consequências das normas jurídicas e do sistema jurídico como um todo na busca da previsibilidade do comportamento do indivíduo diante de determinada norma e como será alterado o seu comportamento se houver modificação nessa norma.

Neste ponto, é importante mencionar que a análise econômica do direito comportamental pressupõe que cada pessoa possui gostos específicos, que são chamados de preferências, não se julgando o valor relativo dessas preferências ou tentando entender sobre o motivo da preferência de cada pessoa, mas analisando os meios empregados pelas pessoas para os seus comportamentos.

¹⁹⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 674

¹⁹⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. nº 1, 2010. p. 20-21.

¹⁹⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 54, n. 139, p. 243-256, 2005. p. 248.

As preferências são consideradas estáveis, o que determina que, se as pessoas mudaram de comportamento, é porque alguma coisa ao seu redor mudou e não suas preferências. Isso quer dizer que cada indivíduo atribui benefícios a cada escolha possível e toda vez que tiver de escolher entre duas opções, escolherá aquela que mais lhe traz benefícios¹⁹⁹.

Transportando esses apontamentos da análise econômica para um estudo do Direito de Família, mais especificamente no que se refere a constituição de uma entidade familiar, tem-se que o surgimento jurisprudencial do namoro qualificado em contrapartida ao instituto da união estável, tende a gerar incentivos capazes de guiar o comportamento das pessoas, tornando-se um relevante fator de estímulo a determinadas condutas.

A lógica em questão pode ser transplantada para a decisão das pessoas em conviver em regime de união estável com outra, justamente pela escolha racional de uma opção mais eficiente para atingir seus objetivos de constituir família, estabelecendo como benefício o fato de não estar condicionada às formalidades do casamento.

Contudo, diante da constante evolução da sociedade e do direito de família, surgiu essa nova modalidade de relacionamento afetivo, que apresenta grandes similaridades com a união estável, denominado de namoro qualificado. A diferenciação entre esses institutos limita-se à verificação da existência da *affectio maritalis*, que nada mais é que a intenção de constituir família, cuja identificação é extremamente complexa por se tratar de conceito abstrato e subjetivo.

A maior dificuldade está na inexistência no ordenamento jurídico brasileiro de uma delimitação sobre o ponto inaugural de uma entidade familiar, porquanto o artigo 1.723 do Código Civil²⁰⁰ define união estável como uma convivência pública, contínua e duradoura, com a intenção de constituir uma família.

Nas palavras de Zeno Veloso:

Nem sempre é fácil distinguir essa situação de outra, o namoro, que também se apresenta informalmente no meio social. Numa feição moderna, aberta, liberal, especialmente se entre pessoas, adultas, maduras, que já vêm de relacionamentos anteriores (alguns bem sucedidos, outros nem tanto),

¹⁹⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. - EALR, v. 1, nº 1, 2010. p. 22

²⁰⁰ BRASIL. **Código Civil**. Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

eventualmente com filhos dessas uniões pretéritas, o namoro implica, igualmente, convivência íntima - inclusive, sexual -, os namorados coabitam, frequentam as respectivas casas, comparecem a eventos sociais, viajam juntos, demonstram para os de seu meio social ou profissional que entre os dois há uma afetividade, um relacionamento amoroso. E quanto a esses aspectos, ou elementos externos, objetivos, a situação pode se assemelhar - e muito - a uma união estável. Parece, mas não é! Pois falta um elemento imprescindível da entidade familiar, o elemento interior, anímico, subjetivo: ainda que o relacionamento seja prolongado, consolidado, e por isso tem sido chamado de "namoro qualificado", os namorados por mais profundo que seja o envolvimento deles, não desejam e não querem - ou ainda não querem - constituir uma família, estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida, no nível do que os antigos chamavam de *affectio maritalis*. Ao contrário da união estável, tratando-se de namoro - mesmo do tal namoro qualificado -, não há direitos e deveres jurídicos, mormente de ordem patrimonial entre os namorados. Não há, então, que falar-se de regime de bens, alimentos, pensão, partilhas, direitos sucessórios, por exemplo.²⁰¹

Como é possível observar na definição do autor, há uma semelhança muito grande na caracterização dessas duas modalidades de relacionamento, mas as possíveis repercussões de cada uma, estão bem definidas na legislação, e seguem caminhos completamente diferentes.

O fato é que o legislador, eventualmente buscando uma liberdade maior, evitando aprisionar a união estável em definições rígidas e requisitos estáticos (como o tempo mínimo de convivência ou a moradia conjunta), acabou gerando insegurança e instabilidade para aqueles que temem que essas modalidades de relacionamentos sejam confundidos²⁰², tendo em vista que uma delas é tutelada juridicamente, gerando direitos e deveres e a outra não.

No momento em que a lei fala em "objetivo de constituir família", surgem as dúvidas sobre a extensão dessa expressão tão subjetiva, que no entendimento dos julgadores, deve ser um desejo de constituir família contemporâneo à união, não podendo ser um desejo futuro, sob pena de não configurar uma união estável²⁰³.

Para Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, frequentemente a prova da intenção de constituir família pode ser de difícil caracterização, especialmente quando um dos conviventes vier a negá-la²⁰⁴. Sobre esse aspecto, ressalta ainda Maria Berenice Dias que, "agora, mais do que nunca, é difícil comprovar a existência desse

²⁰¹ VELOSO, Zeno. **É namoro ou união estável?** In: IBDFAM, 2016. Disponível em <https://ibdfam.org.br/noticias/6060>. Acesso em: 19 jul. 2023

²⁰² NIGRI, Tânia. **União estável**. São Paulo: Blucher, 2020. p. 36

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1454643 / RJ, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicação em 10/03/2015. Disponível em <[https:// https://processo.stj.jus.br/SCON/](https://processo.stj.jus.br/SCON/). Acesso em 18 jul. 2023.

²⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: família**. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, v. 6. p. 503.

requisito. Até porque para um do par, a convivência se constitui em uma união estável, enquanto para o outro não passa de um namoro, agora chamado de namoro qualificado”²⁰⁵.

Sendo um critério subjetivo, essa intenção de constituir família é objeto de dissidência até mesmo entre juízes, que não têm uma resposta única sobre o que isso seja, o que gera bastante insegurança para aqueles que possuem relacionamentos estáveis em geral.

Com efeito, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a convivência pública contínua e duradoura, com objetivo de constituir família poderia ser comprovada através de fotografias e depoimentos de testemunhas:

STJ - Agravo em Recurso Especial nº 423220

No que toca à configuração de união estável entre as partes, o Tribunal de origem concluiu pela sua configuração, tendo afirmado, soberanamente, que: "Logrou a apelada demonstrar, ao longo da tramitação do feito que, efetivamente, manteve efetivo e público relacionamento amoroso com o apelante pelo tempo declarado e reconhecido pelo i. juiz de primeiro grau. Daí porque bem reconhecida a união estável e que se desfez em razão da prática de agressões físicas pelo varão conforme boletim policial encartado junto aos autos (fls. 55/66), sendo certa a convivência pública como casal conforme se constata, entre muitos, dos documentos fotográficos encartados à fls. 150/201. Por sinal, o Código Civil, no seu artigo 1.723, reproduzindo disposições da legislação anterior, dispõe ser '... reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família'. *In casu*, sucede que a apelada, durante a instrução processual, demonstrou a relação íntima com o companheiro falecido. As fotografias de fls. 13-18, conjugadas com os depoimentos colhidos em juízo, mormente o prestado pelo Sr. Assis de Jesus Nascimento Silva (fls. 92/93), comprovam a existência de uma relação afetiva a que se deu plena publicidade²⁰⁶.

Nos termos do julgamento do Agravo em Recurso Especial de nº 423220, de relatoria do Ministro Raul Araújo, a apresentação de fotografias do casal em convergência com os depoimentos de testemunhas colhidos em juízo foram eficazes na comprovação da existência de uma união estável entre as partes.

Ainda, cabe referência ao acórdão do Agravo em Recurso Especial nº 2328983, do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no qual restou decidido que:

²⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Salvador: Juspodivm, 2023. p. 619.

²⁰⁶ Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 423220, Relator Ministro Raul Araújo. Data da publicação 12/02/2014. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 15 jul. 2023.

STJ - Agravo em Recurso Especial nº 2328983

Durante toda a constância da união estável o casal se apresentava perante a sociedade como se marido e mulher fossem. Sempre que indagados, afirmavam categoricamente que eram casados, e assim demonstravam todas as vezes que saíam em público. Corroborando tal CONVIVÊNCIA PÚBLICA, destaca-se os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo, as quais, de forma coerente, ratificam que a recorrente e o Sr. J B se apresentavam como casal perante a sociedade e todos do bairro em que moravam assim acreditavam que ambos eram casados, pois sempre os viam juntos, andando de mãos dadas. [...] Outrossim, os demais requisitos, quais sejam convivência contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família também restaram comprovados. Quanto ao objetivo de constituir família, restou notório pelas provas coligidas que tanto a recorrida, quanto o Sr. J. B. se apresentavam como se casados fossem, agindo com os deveres de afeto, carinho, amor, respeito e companheirismo, vivendo como família²⁰⁷.

De outro vértice, há posicionamento contrário, onde a caracterização da união estável pressupõe um conjunto probatório muito mais amplo, sob pena de configurar apenas um namoro qualificado:

STJ - Agravo em Recurso Especial nº 2177026

Os depoimentos prestados em Juízo também não comprovam que as partes viviam em união estável, mediante mútua assistência moral e material, conforme alegado pela apelante; ao contrário, evidenciam que se tratava de um namoro, ainda que houvesse planos futuros para o casamento. [...] Assim, as informações constantes dos autos não caracterizam uma união estável, configurando apenas um relacionamento (namoro e noivado) que não frutificou. Dessa forma, em que pese não haver dúvida que as partes mantiveram relacionamento no período indicado pela autora, retratado nos elementos de prova coligidos nos autos, por outro lado, não resta configurada uma união estável. Ainda que casais de namorados preencham ou demonstrem convivência pública, contínua e protraída no tempo, é, sem dúvida, o elemento subjetivo, ou anímico, qual seja, o objetivo de constituição de uma família, que os distingue de um casal de companheiros, o que não foi comprovado²⁰⁸.

Na mesma linha de raciocínio foi a decisão proferida no Agravo em Recurso Especial nº 1.881.331, publicada em 31/03/2023, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, enfatizando que não bastam projetos futuros de formação de uma família, é imperioso demonstrar a caracterização de uma família já constituída:

STJ - Agravo em Recurso Especial nº 1.881.331.

A Corte de origem assim decidiu quanto ao tema (fls. 1001-1004, e-STJ): No caso vertente, o conjunto probatório não é conclusivo acerca da existência de relacionamento hábil a ser reconhecido como união estável anteriormente ao

²⁰⁷ Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2328983. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data da publicação 05/05/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 15 Jul. 2023.

²⁰⁸ Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2177026. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Data da publicação 10/05/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 15 Jul. 2023.

casamento das partes, tudo indicando que a relação mantida entre os litigantes anteriormente à gravidez da autora, ocorrida em meados de 1986, não se revestia do animus de constituir família. É que, da análise da prova documental conjuntamente com as declarações prestadas em audiência pelas testemunhas arroladas por ambas as partes (mídias audiovisuais de fls. 423/431, 539), conclui-se que as partes mantiveram um namoro prolongado, com início na década de 70 e fim com o advento do casamento na data de 6-2-1987, ocasião em que as partes passaram a efetivamente compartilhar o mesmo teto, e, portanto, a vida comum, com evidente intento de constituir uma unidade familiar. Anteriormente ao matrimônio, o que se observa é que foram feitos projetos futuros de formação de uma família, situação que classifica a relação havida até então como sendo um namoro qualificado, e não união estável, na medida em que não foi demonstrada a presença de uma família constituída anteriormente ao casamento, que, ao que tudo indica, passou a ser cogitado pelas partes após a notícia da gravidez da autora²⁰⁹.

Em face dessa circunstância, muitos casais têm optado pela formalização da união estável através de instrumento público, estabelecendo inclusive o regime de bens a ser aplicado em caso de dissolução, buscando evitar futuros conflitos judiciais²¹⁰.

Corroborando tal assertiva vale destacar que, o Cartório Notarial do Brasil apurou que o número de uniões estáveis registradas em cartório saltou de 31.586 em 2006 para 146.779 em 2019, crescendo aproximadamente 464% no período²¹¹. Esses dados tornam factíveis algumas ponderações, como a preferência por parte da população em não se casar, seja devido aos custos de transação ínsitos à celebração do contrato matrimonial ou pela preferência em permanecer solteiro.

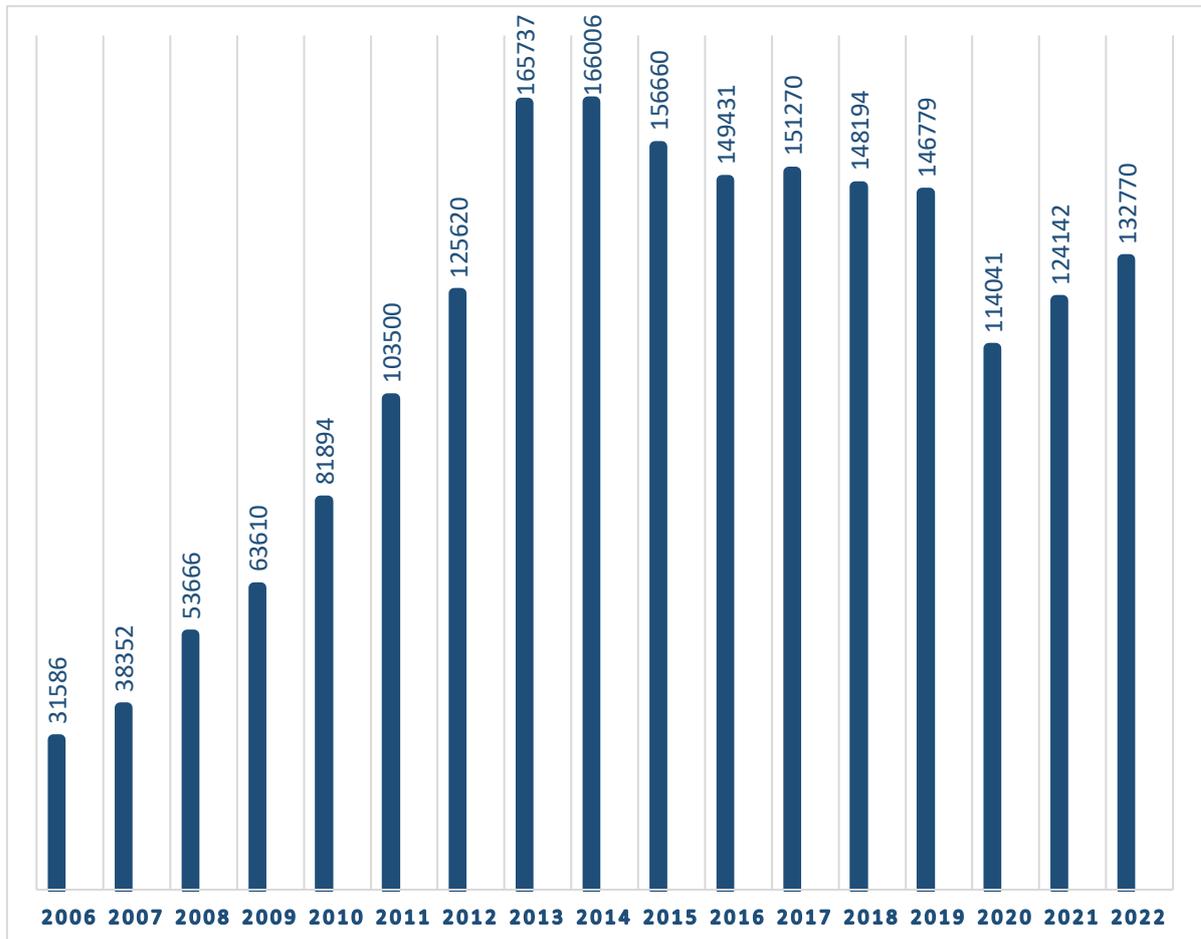
Embora a união estável seja uma situação de fato, conforme se pode observar no gráfico a seguir, nesse período, foram realizadas mais de 1,9 milhão de escrituras em todo o território nacional, por pessoas que almejam facilitar a comprovação da união perante terceiros, garantindo além da partilha dos bens adquiridos na constância da união, todos os direitos sucessórios e previdenciários em caso de falecimento:

²⁰⁹ Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.881.331. Relator Ministro Marco Buzzi. Data da publicação 31/03/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 15 Jul. 2023.

²¹⁰ Fonte: Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB/CF). Disponível em: <<https://www.notariado.org.br/>>. Acesso em 19 Jul. 2023.

²¹¹ ANOREG/BR. Cartório em Números. 2ª edição 2020. Escritura de União Estável 2006- 2020. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/>. Acesso em: 25 Jul 2023.

Gráfico 01 – Número de escrituras de União Estável realizadas por ano no território nacional



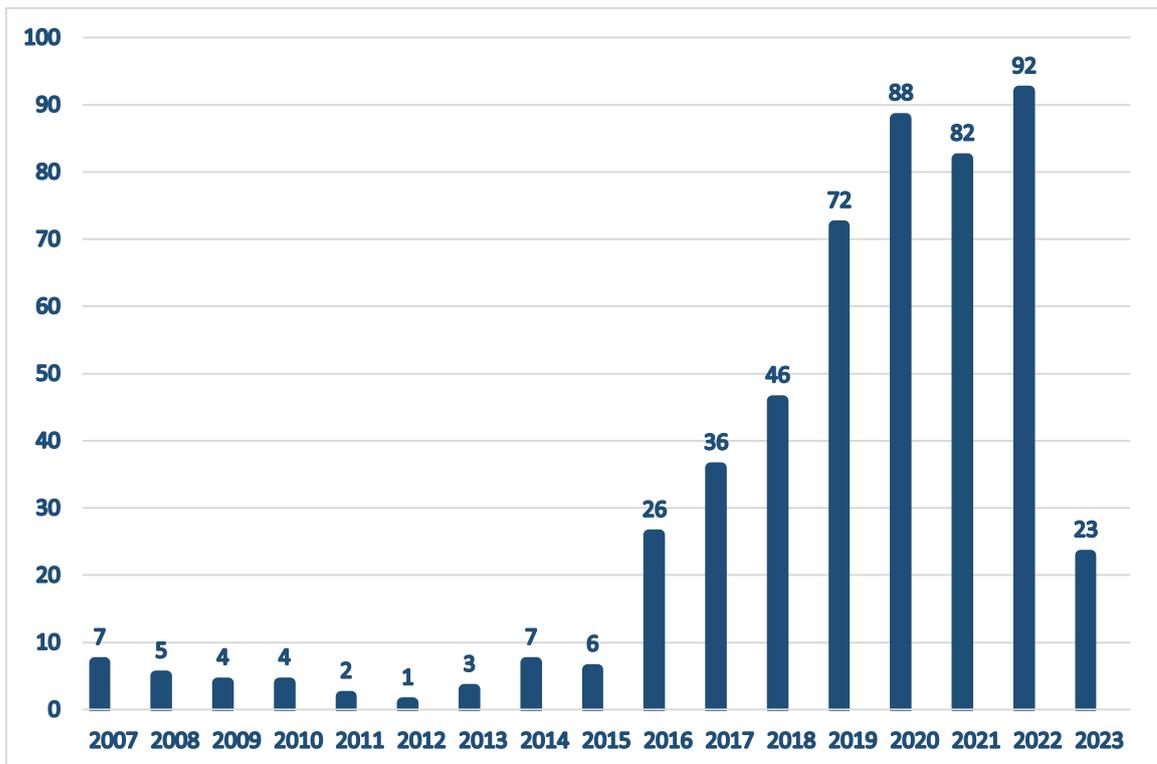
Fonte: Cartório em números – 4ª edição – 2022. p. 72²¹².

Da mesma forma, de acordo com dados do Colégio Notarial do Brasil, de 2007 a 2015 a quantidade de contratos de namoro efetivados no Brasil foi exígua, atingindo o nível máximo de 7 contratos anuais em dois anos. Não obstante, os números aumentaram a partir de 2016, quando foram registrados 26 contratos do gênero. O auge, entretanto, ocorreu em 2022, quando 92 contratos de namoro foram contabilizados.²¹³

²¹² ANOREG/BR. Cartório em Números. 4ª edição 2022. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br>. Acesso em: 25 Jul 2023

²¹³ ANOREG/BR. Contratos de namoro registrados. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/-contratos-de-namoro-sao-registrados-por-ano-no-brasil/>. Acesso em 25 Jul 2023

Gráfico 02 - Número de contratos de namoro realizados por ano no território nacional



Fonte: Colégio Notarial do Brasil - 2023²¹⁴ *Em 2023, até maio.

Frise-se, por oportuno, que a união estável é uma situação de fato, uma vez que legalmente não há exigência de formalismos para a sua configuração. Contudo, presume-se que a mudança percebida nas decisões do judiciário e a instituição dessa nova modalidade de relacionamento, que por vezes se confunde com a união estável, pode ter motivado uma alteração na estrutura de incentivos, fazendo com que as pessoas passassem a considerar custos e benefícios na hora de decidir pela formalização da união estável, na intenção de evitar futuros conflitos judiciais.

Assim, considera-se que o Direito pode influir sobre as condutas humanas por meio da imposição de obrigações jurídicas como consequência da adoção de certas condutas, seja gerando um custo para quem praticá-las, ou prevendo determinadas estruturas de direitos, cada qual oferecendo um conjunto distinto de incentivos para que os indivíduos orientem as suas condutas em um ou em outro sentido.

Frente a esse cenário, por intermédio da abordagem econômica desse fenômeno jurídico, é possível pressupor que muitos casais têm optado pela realização

²¹⁴ Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal. 2023. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/>. Acesso em 25 Jul 2023.

da formalização da união estável, orientando suas escolhas, e por consequência alterando seus comportamentos em função desse “preço” atribuído pelo Direito, permitindo uma explicação da realidade jurídica a partir de uma linguagem econômica.

As decisões tomadas pelos casais são guiadas por “custos de oportunidade”, deixando de optar por uma alternativa que, a princípio, teriam escolhido (informalidade da relação familiar), porquanto o Direito fixou um “preço”, ainda que não monetário, por meio de incentivo negativo (sanções), consubstanciado na possibilidade de enfrentar longas demandas judiciais em caso de inobservância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho de dissertação, buscou-se analisar os institutos da união estável e do namoro qualificado, utilizando-se ferramentas da Análise Econômica do Direito, para entender suas diferenças e compreender o que faz as pessoas optarem por um ou por outro quando desejam se relacionar.

Contextualizando a evolução das entidades familiares, foi possível verificar que o conceito de família sofreu inúmeras transformações conforme as mudanças temporais, sociais e culturais, fazendo com que as formas de relacionamentos afetivos evoluíssem de acordo com os valores e costumes de cada época.

Por um extenso período, viveu-se em uma sociedade conservadora, com o matrimônio como a única forma de constituição legítima de família, não sendo reconhecida nenhuma outra modalidade de entidade familiar, onde a estrutura típica patriarcal concentrava um grande poder na figura do pai de família que, gradativamente, se modificou.

Inicialmente, a Constituição de 1988 passou a proteger os vínculos decorrentes da união estável, acompanhada da Lei nº 8.971/94, que garantiu aos companheiros os direitos aos alimentos e à sucessão e da Lei nº 9.278/96, que entre outras disposições, garantiu ao companheiro o direito real de habitação e, posteriormente essa tutela foi incorporada ao Código Civil, em particular no artigo 1.723 do Código Civil, que reconheceu o instituto da união estável como a relação estabelecida entre homem e mulher, que configura uma entidade familiar, desde que atenda aos requisitos necessários como: presença de convivência pública, contínua e duradoura e com a finalidade de constituição de família.

Sucedeu-se que, em tempos de amor líquido, com a passagem da reverência ao relacionamento sólido e não volátil para relacionamentos fluídos e imediatistas, surgiu um outro tipo de relacionamento, que ocorre quando os casais apresentam relação duradoura, contínua, pública e notória, de conhecimento da família, amigos e da comunidade em geral, compartilhando bens, dividindo despesas, realizando viagens a dois, compartilhando projetos de vida, e em muitos casos, inclusive, dividindo moradia por motivos diversos, mas que não possuem o objetivo de constituir família, denominado pela doutrina pátria como namoro qualificado, que acentuadamente se assemelha à união estável.

Essa mutabilidade nas relações fez com que o Poder Judiciário se deparasse com novas modalidades de relacionamento e modelos atuais de família, com conceitos e requisitos similares, de complexa distinção, especialmente no que se refere às características, tendo que atuar no reconhecimento ou não da existência da *affectio maritalis* no caso concreto, diligência assaz relevante na medida em que a depender da decisão, pode fazer incidir repercussões jurídicas quando findado o relacionamento sob análise. Isso porque caso fique caracterizada a união estável, haverá consequências jurídicas de ordem patrimonial e pessoal, vez que é compreendida como entidade familiar em detrimento do namoro que é mera prática social

Nesse sentido, destaca-se que a união estável é caracterizada pelo vínculo entre duas pessoas que têm convivência pública, notória, contínua e com vontade de constituir família. Já o namoro qualificado é uma evolução do afeto em que as pessoas estão juntas, mas não têm intenção de constituir uma família. Dito isso, tem-se que o simples fato de compartilhar a moradia não caracteriza união estável, e igualmente pode-se morar em casas separadas e caracterizar a estabilidade da união.

No namoro qualificado, o casal que adquire patrimônio e eventualmente venha a romper o relacionamento, aquele que se sentir prejudicado, no caso de ambos contribuírem para a sua aquisição, tem como possibilidade buscar a reparação em ação de indenização.

Na união estável, há a presunção de que o patrimônio adquirido na constância do relacionamento foi objeto do esforço comum, com repercussão no regime sucessório e no direito de eventual partilha. Nessa modalidade de relação familiar, se houver a dissolução, existirá direito a meação do patrimônio, com possibilidade de estabelecimento de pensão alimentícia, o que não ocorre no namoro qualificado.

Percebe-se que as condições que atribuem à uma união a característica da estabilidade, conferindo a ela o *status* de entidade familiar em decorrência do *animus* de constituir família, possui tutela do ordenamento jurídico visando garantir o seu nivelamento ao casamento de forma integral, desde que atendidos os requisitos necessários ao seu reconhecimento, porquanto as repercussões jurídicas da sua dissolução são relevantes ao cenário social, posto que estruturam um rol amplo de reverberação, atingindo não somente o direito sucessório ou o regime de bens, mas também outros aspectos pessoais e patrimoniais.

Com o intuito de alcançar o objetivo da pesquisa, foi importante se reportar a conceitos elementares da ciência econômica, percorrendo seus princípios, institutos e principais teorias, para que fosse possível compreender essas novas modalidades de relacionamentos afetivos sob a ótica da Análise Econômica do Direito.

À vista dessa constatação percebeu-se que a Análise Econômica do Direito extrapola a simples convergência entre a Economia e o campo jurídico, trata-se efetivamente da expansão do método científico adotado no estudo da Economia, para o desenvolvimento do pensamento jurídico.

Assim, considerando que a teoria econômica entende que os indivíduos agem por meio de decisões racionais que visam a maximizar seu bem-estar, buscando as melhores alternativas e benefícios possíveis, identificou-se que, já havia a previsão da existência de vieses cognitivos, com um reconhecimento da importância dessa análise empírica para a compreensão do sistema jurídico e de seu papel na sociedade, levando em consideração que a maioria das questões suscitadas pelo direito, estão relacionadas ao comportamento de indivíduos.

Buscando melhor conhecer esse cenário, a economia comportamental se debruça sobre a influência dos supramencionados fatores sobre as escolhas humanas, sendo um campo de estudo vasto e em pleno crescimento. Em outras palavras, a economia comportamental objetiva entender as decisões individuais a partir de uma visão alternativa a respeito das pessoas. Influências psicológicas, emocionais, conscientes e inconscientes que afetam o ser humano em suas escolhas, são incorporadas aos modelos, com o intuito de entender as escolhas do indivíduo de forma mais realista.

De todo modo, viu-se que, no Brasil, a aplicação de uma análise econômica a questões não mensuráveis economicamente como as que envolvem o Direito de Família, proporciona um estranhamento, uma vez que consideram que os fenômenos analisados são contextualizados como fora do mercado e as escolhas realizadas pelos agentes envolvidos não são determinadas por um preço pré-estabelecido. Contudo, embora não haja valor econômico explícito para os institutos familiares, verificou-se uma oportunidade de examinar a sua constituição sob tal ótica.

Inferiu-se da presente pesquisa que, quando um agente econômico se defronta com a necessidade de escolher, há um confronto entre os desejos, que são ilimitados, e a escassez de recursos, e nesse momento, a escolha racional é

fundamentada na procura de uma alternativa que possibilite a melhor satisfação dos desejos envolvidos.

A relação custo-benefício é norteadora de decisões, porquanto o indivíduo tem a predisposição de optar pela alternativa em que os benefícios superem os custos coexistentes. Percebe-se, assim, que é um processo racional em que as escolhas procuram atender aos interesses pessoais, levando em consideração a utilidade que se obtém de cada situação, com a informação e a capacidade cognitiva disponíveis.

Constatou-se que a união estável sob o viés da análise econômica do Direito, especificamente no que se refere à cooperação dos sujeitos envolvidos, é caracterizada pela comunhão de vida entre pessoas integrantes de um mesmo núcleo familiar, cuja ausência impede a sua configuração, mesmo que presente outros requisitos. Para além da demonstração do objetivo de constituir família, que decorre da comprovação da existência de vida comum e do reconhecimento no meio social como marido e mulher, é possível identificar a união estável por meio de práticas vivenciais de cooperação entre o casal, através de empreendimentos financeiros com esforço comum, declarações de dependência em imposto de renda, inclusão em plano de saúde, contribuição mútua para o sustento da família.

Com a possibilidade de utilizar a teoria dos jogos para uma análise da união estável, identificou-se que ambos os sujeitos da relação agem em benefício próprio, como indivíduos racionais, optando por uma estratégia cooperativa e, dessa forma, trabalham juntos ao invés de competirem entre si, compartilham recursos, conhecimentos e habilidades para alcançar resultados benéficos. Já no namoro qualificado, embora possa existir um objetivo futuro de constituir família, não há ainda essa comunhão de vida. Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preserva sua vida pessoal e sua liberdade.

Na constância do relacionamento, o casal experimenta o compartilhamento de desejos através de viagens, eventos sociais, encontros amorosos constantes, relações sexuais frequentes, mas não assume a condição de conviventes por não terem como objetivo a formação de uma família, o que afasta o requisito do *affectio maritalis*.

O namoro qualificado implica igualmente em uma convivência íntima, onde os namorados até podem coabitar, frequentar as respectivas casas, comparecer a eventos sociais e viajar juntos, demonstrando para os de seu meio social ou

profissional que entre eles há uma afetividade, um relacionamento amoroso. Contudo, está ausente o elemento imprescindível da entidade familiar, o elemento subjetivo de constituir uma família, os namorados não desejam e não querem estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida.

É importante destacar que o que se pretendeu com essa pesquisa não foi defender o excesso de racionalidade nessa questão, mas entende-se salutar que se tenha consciência da modalidade de relacionamento, para que possa existir um bom convívio entre o casal, evitando os prejuízos que podem advir do desconhecimento do real interesse do outro contraente.

Os relacionamentos afetivos atuais são cada vez mais intensos, com a convivência cotidiana repleta de compartilhamento de projetos futuros, coabitação ou contínua estadia na casa do parceiro, viagens e publicações de fotos em redes sociais, encontros familiares em datas festivas, bem como a criação de animais de estimação em conjunto, exteriorização de afeto que pode levar à crença de tratar-se de uma união estável, quando não é.

Tendo em vista o temor de ser mal interpretado e de não poder antever a reação do parceiro, os indivíduos, na maioria das vezes, preferem não abordar o assunto referente à definição da modalidade de relacionamento em estão envolvidos, porquanto entendem que poderia gerar no outro desconfiança e até mesmo desamor, e não percebem que assim podem proporcionar um desequilíbrio de poder entre os agentes face a assimetria de informação.

A assimetria de informação consiste no fato das partes, no momento em que celebram o contrato, não possuírem todas as informações necessárias para compreender de forma plena a transação, posto que muitas vezes apenas um dos agentes tem conhecimento de todos os dados, o que cria um desequilíbrio de poder que pode levar a problemas de alocação de recursos. O fato das pessoas se comportarem de forma não homogênea, apresentando diversos níveis de qualidade e características próprias não consistiria em um problema se toda a informação estivesse disponível a ambas as partes, ou seja, se todos os envolvidos em uma relação jurídica detivessem igual conhecimento a respeito das características de bens, serviços e direitos.

Ressalta-se que, nessa perspectiva, os agentes econômicos da relação afetiva possuírem as informações relativas aos termos do relacionamento viabiliza uma harmonia dos interesses de ambos, sendo que, por mais sensível que seja a

questão, a troca de ideias entre os agentes sobre a modalidade de relacionamento que estão estabelecendo, poderá proporcionar uma redução nos conflitos que surgem no decorrer da relação, já que as regras da relação não serão novidade para os envolvidos que consensualmente as elaboraram.

Foi possível constatar que sob a ótica da análise econômica do direito, uma discussão prévia sobre qual modelo de família foi eleito, pode funcionar como um redutor da assimetria informativa, restando bem definidas as repercussões pessoais e patrimoniais, amplia-se as chances de sucesso do relacionamento, fortalecendo o afeto e reduzindo as possibilidades de litígio.

Outra questão a ser considerada, é que do ponto de vista da análise econômica do direito, o ordenamento jurídico corresponde a uma estrutura de incentivos que influencia o comportamento dos indivíduos. As normas jurídicas podem produzir incentivos ou desestímulos, comparando as sanções normativas aos preços que influenciam a relação custo-benefício de seus comportamentos.

Esses apontamentos da análise econômica em cotejo com um estudo do Direito de Família, mais especificamente no que se refere a constituição de uma entidade familiar, aponta que o surgimento jurisprudencial do namoro qualificado em contrapartida ao instituto da união estável, acabou por criar incentivos capazes de guiar o comportamento das pessoas, tornando-se um relevante fator de estímulo a determinadas condutas.

Mencione-se que tal assertiva pode ser transplantada para a decisão da pessoa em conviver sob o regime de união estável com outra, justamente por uma opção racional mais eficiente para atingir seus objetivos de constituir família, estabelecendo como benefício o fato de não estar condicionada às formalidades do casamento.

Por intermédio da abordagem econômica desse fenômeno jurídico, foi possível apurar que muitos casais têm optado pela realização da formalização da união estável, orientando suas escolhas e por consequência alterando seus comportamentos em função desse incentivo atribuído pelo Direito.

É interessante observar que as decisões tomadas pelos casais são guiadas por custos de oportunidade com base nesses incentivos, deixando de optar por uma alternativa que a princípio teriam escolhido, ou seja, a informalidade da união estável, porquanto o Direito fixou um “preço”, ainda que não monetário, por meio de incentivo negativo, consubstanciado na possibilidade de enfrentar longas demandas judiciais

em caso de confusão entre esta modalidade de entidade familiar e o namoro qualificado.

Por essa razão, a despeito das divergências existentes entre as esferas pessoais e sentimentais e as esfera econômicas e patrimoniais, conclui-se por um aumento nos benefícios e uma redução dos riscos de prejuízos quando observada com critérios mais objetivos a opção pela modalidade de relacionamento, união estável ou namoro qualificado.

Ademais, foi possível confirmar ainda que, uma abordagem do Direito de Família, utilizando-se os instrumentos da Análise Econômica do Direito, apresenta-se como importante ferramental para compreensão e explicação das significativas mudanças de paradigmas fáticos e legislativos, como no caso da substituição da família patriarcal e hierárquica pela família afetiva ou ainda as razões para tomada de decisão pelos agentes econômicos.

Contanto que sejam bem empregados de maneira que privilegie o bem-estar dos indivíduos, as ferramentas da Análise Econômica do Direito podem oferecer importantes benefícios também para o Direito de Família, já que propicia não só a investigação das razões das normas postas, mas também a compreensão de efeitos produzidos pelas leis e sua interpretação.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Elizabeth Sousa. **O Dote é a moça educada: mulher, dote e instrução em São Luís na Primeira República**. Revista História e Diversidade. 2014. Disponível em: <http://www.unemat.br/revistas/historiaediversidade/> Acesso em 10 Mai 2023.

ACCIARI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. **O Superior Tribunal de Justiça e a Tese do Namoro Qualificado: Afastando a Hipótese de União Estável**. Revista SÍNTESE Direito de Família Ano XVII – nº 98 – Out-Nov 2016.

ALMEIDA, Sérgio. **Economia comportamental e as contribuições de Richard Thaler**. 2017. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/economia-comportamental-e-as-contribuicoes-de-richard-thaler-breve-resumo/>. Acesso em: 15 Jul 2023.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Revista Direito, Estado e Sociedade. v.9, n.29, 2006.

AMATO, L. F. **Variiedades de análise econômica do direito: da nova economia institucional às arquiteturas de incentivos comportamentais**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 116(2), 249-272. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/196161>. Acesso em 02 Ago 2023.

ANOREG/BR. **Cartório em Números**. 2ª edição 2020. Escritura de União Estável 2006-2020. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wpcontent/uploads/2020/11/Cart%C3%B3rios-em-N%C3%BAmeros-2-edi%C3%A7%C3%A3o-2020.pdf>. Acesso em: 25 Julho 2023.

ARAÚJO, Fernando. **Análise Econômica do Direito**. Programa e Guia de Estudo. Editora Almedina; 1ª edição, 2008.

AVILA, Flávia; BIANCHI, Ana M. (org.). **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo, 2015. p. 26 Disponível em: <http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>. Acesso em 31 Jul. 2023.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2021.

BECKER, Gary s. Palestra Nobel: **The Economic Way of Looking at Behavior**. The Journal of Political Economy. Chicago: University of Chicago Press, 1993. P. 385-409. Disponível em: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1. =pdf>. Acesso em 25 Jul 2023.

_____, Gary Becker. **The economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

BIX, Brian, **Engagement With Economics: the New Hybrids of Family Law/Law & Economics Thinking**. Normas e valores. Routledge, no prelo, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=263192> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.263192>

BOARATI, Vanessa. **Economia para o direito**. Barueri: Manole, 2006.

BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência e o efeito kaldor-hicks: a questão da compensação social**. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. 2016.

_____, Martinho Martins. **A eficiência econômica da responsabilidade nas sociedades limitadas**: algumas considerações em Análise Econômica do Direito. Revista Brasileira de Direito Empresarial. v. 2. n. 2. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

_____. **Código Civil**. Lei nº 3.071, 1º de janeiro de 1916. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 878.694**, Relator: Ministro Roberto Barroso. Publicação em 06.02.2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1430064>. Acesso em: 31 Jul 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.558.015/PR**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Publicação em 23/10/2017. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=ARESP+2160953&b=DTXT&p=true&tp=T>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 2160953/SP**, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicação em 20/09/2022. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=XT&p=true&tp=T>. Acesso em 18 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 2.264.075/SC**, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Publicação em 27/02/2023. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=tp=T>. Acesso em 18 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.454.643/RJ**, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicação em 10/3/2015. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?>>. Acesso em 18 Jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 423220**, Relator Ministro Raul Araújo. Data da publicação 12/02/2014. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 15 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1678437/RJ**, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento 21/08/2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 15. Jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 2328983**. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data da publicação 05/05/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 15 Jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 2177026**. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Data da publicação 10/05/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 15 Jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.881.331**. Relator Ministro Marco Buzzi. Data da publicação 31/03/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 15 Jul. 2023

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível nº 0004409-50.2022.8.16.0188**. Relator: Eduardo Augusto Salomão Cambi. Publicação em 31.07.2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 31 Jul 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível nº 0002269-51.2021.8.16.0035**. Relator: Desembargador Sigurd Roberto Bengtsson. Publicação em 12.07.2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 31 Jul 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1000359-49.2020.8.26.0157**; Relator: Galdino Toledo Júnior. Publicado em 28/07/2023. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/>. Acesso em 31 Jul. 2023

BUENO, Cateb; MARISTRELLÓ, A. Porto, J. A. & De Araujo Jr. A. F. (2021). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito (4a. ed.). Bookwire - Editora Foco. Disponível em: <https://elibro.net/pt/lc/ceadvirtual/titulos/>

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 9. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2023.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **Minha família, minhas regras: da família contratual aos smartcontracts de Direito de Família**. Data de publicação: 17/02/202. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1809/>. Acesso em 30 de Jul 2023.

CASSI, Guilherme H. G.; GONÇALVES, Oksandro O. **Introdução à análise econômica do direito**. Revista de Direito Empresarial: REDEMP, ano 15, n. 1, 2018.

CATEB, A. B. et al. **Direito e Economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 02 ago. 2023.

CNB, Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB/CF). Disponível em: <<https://www.notariado.org.br/>>. Acesso em 19 Jul. 2023.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: **Direito de Família** - v. 5. 37. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2023

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso de direito civil**. 11. ed. – Barueri: Atlas, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise econômica do divórcio**: contributos da economia ao direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____, Cristiana Sanchez Gomes. **A Escolha do consorte e do regime de Bens sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito**. Revista Jurídica. São Paulo: Síntese, 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. **Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 54, n. 139, 2005. p. 248. Acesso em: 17 jul. 2023.

FRAZÃO, Ana; ISHIHARA, Júlia Namie M. P. **A falácia da teoria da escolha racional no direito antitruste e as contribuições da economia comportamental**. Revista de Direito Brasileira, v. 30, n 11, 2021.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – **Direito de Família** – v. 6. 13 ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

GHILARDI, Dóris. **Economia do afeto**. Análise econômica do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

_____, Ivo Teixeira. **Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 2, nov. 2020. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revista>. Acesso em: 30 Jul 2023.

_____, Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. EALR, v. 1, nº 1, Universidade Católica de Brasília – UCB. 2010.

GONÇALVES, Oksandro O.; TOSI, Caroline Hammerschmidt Amaro. **Teoria econômica do namoro e do matrimônio**: formação do processo decisões e suas consequências jurídico-econômicas. Revista de Direito Empresarial, v. 14, p. 49-72, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Guarda e convivência; união estável e namoro qualificado**: temas de destaque do Congresso Internacional do IBDFAM. Notícias IBDFAM, Belo Horizonte, set. 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9079>. Acesso em: 10 Jul 2022.

JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais**. São Paulo: Atlas, 2014.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2022.

_____, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARZAGÃO, Silvia Felipe. **Contrato paraconjugal: a modulação da conjugalidade por contrato teoria e prática**. 1. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2023. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 02 ago. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NASSARO, Luana Varzella Mimary; DENARDI, Eveline. **Algumas considerações sobre a Análise Econômica do Direito na Contemporaneidade**. Revistas Unifacs, 2022.

NIGRI, Tânia. **União estável**. São Paulo: Blucher, 2020. p. 42.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito civil**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2023.

OLIVEIRA, Euclides de. **A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/13.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

OLIVEIRA-CASTRO, Jorge M. et al. **Análise Comportamental do Direito: aplicações de sanções pelo Tribunal de Contas da União a gestores com contas irregulares**. Revista de Estudos Empíricos em Direito. vol. 5, Ago 2018, p. 150. Disponível em: https://reedrevista.org/reed/article/view/245/pdf_44. Acesso em 31 Jul 2023

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil: direito de família**. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. – 29. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

POFFO, Maria Rúbia Cattoni. **Inexistência de união estável em namoro qualificado**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/601/>. Acesso em: 18 jun. 2023.

POMPEU, Ivan Guimarães; GONÇALVES, Lucas Fulanete; BENTO, Renata Guimarães [coordenadores]. **Perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 217

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri - SP: Atlas, 2022.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: Little, Brown and Company, 1973.

_____, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

RAVACHE, Alex Quaresma. **Diferença entre namoro e união estável**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18383/diferenca-entre-namoro-e-uniao-estavel> Acesso em: 18 jun. 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo na Prática Jurídica**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 55.

RUBIO, Mauricio. **Economía jurídica**: introducción al análisis económico del Derecho Iberoamericano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?**. Cadernos Direito GV, Escola de Direito de São Paulo. v. 05 n. 02, 2008.

SILVA, Maria Valesca Damásio de C. **Introdução às teorias econômicas**. Salvador: UFBA, 2016.

_____, Bruno Meyerhof. **O que é direito e economia?** In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P.

SILVEIRA, André Bueno. **Análise Econômica do Direito e Teoria dos Jogos: Consequencialismo nas decisões judiciais e a nova interpretação das consequências**. Juspodivm. 2022.

SILVEIRA, Jan Felipe. **A Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos Empresariais sob a Ótica da Análise Econômica do Direito**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

SZTAJN, Rachel. **Direito de Família: notas de análise econômica** In: CONGRESSO BRASILEIRO DE FAMILIA. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000.

TABAK, Benjamin Miranda; PEREIRA, José de Lima Ramos. **Análise Econômica do Processo**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. 2019.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Tradução: Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TARTUCE, Flávio, **Direito civil: direito de família**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TEPEDINO, Gustavo; BROCHADO, Ana Carolina. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TIMM, Luciano Benetti et al. **Direito e Economia no Brasil: Estudos Sobre a Análise Econômica do Direito**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2023. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 02 ago. 2023

WINTER, Luis Alexandre Carta; BOTELHO, Martinho Martins. **Análise Econômica do Direito Experimental: alguns avanços no estado atual da arte**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=23fb42c7ddc10175>. Acesso em: 15 Jul 2023

VELOSO, Zeno. **É namoro ou união estável?** Notícias no Portal do IBDFAM, 20 de jul. de 2016. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/6060>>. Acesso em: 25 de abr. de 2023.

_____, Zeno. **Direito Civil: temas.** 2. ed: Editora Juspodivm, 2019.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. **Análise econômica do direito do trabalho e da reforma trabalhista** (Lei nº 13.467/2017). Revista Estudos Institucionais, vol. 3, nº 2, 2017.

ZAMATARO, Yves Alessandro Russo. **Direito de família em tempos líquidos.** São Paulo: Almedina, 2021.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.