

A ESCALADA DO AFETO NO DIREITO DE FAMÍLIA: FICAR, NAMORAR, CONVIVER, CASAR.

Euclides de Oliveira

Advogado, palestrante e autor de livros de direito de família e sucessões. Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito Civil da Universidade de São Paulo. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família em São Paulo.

As pessoas entram nas nossas vidas por acaso, mas não é por acaso que elas permanecem

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

Típica manifestação do afeto, a aproximação física e espiritual das pessoas constitui o primeiro passo na escalada do relacionamento familiar humano. Da mútua apresentação ao conhecimento desejado dá-se o *approach* natural, às vezes manso, suave, outras tantas num arroubo sem medida, misto de incontrolável paixão ou de desenfreada amostra de luxúria.

Variam os nomes do eterno jogo da conquista amorosa: rondar, flertar, paquerar, hoje em dia “ficar”. Na seqüência, se e quando houver, dá-se a fase do “rolo” e pode acontecer a evolução do afeto para namorar, noivar, viver junto e, até mesmo, casar pelos cânones legais como supremo ato de entrega e aceitação.

Relevante, por certo, a “química das peles”, mas é igualmente necessária a correspondência dos espíritos para que a aproximação primeira se desenvolva num compasso de crescendo, beijos e abraços rumo à constância da harmonia a dois.

Almas gêmeas se completam e a experiência é fundamental para que os elos se consolidem. Dá-se figurativamente ou de concreto a típica aliança. Assim principia, cresce e evolui o relacionamento afetivo que pode ser o marco inicial de um grande e venturoso projeto de felicidade conjugal.

Quais os efeitos jurídicos de cada um dos passos desse baile da vida rumo à constituição de uma entidade familiar? Importa-se o Direito em regular cada fase do comportamento afetivo entre as pessoas? Desde o conhecimento inicial até o possível namoro, com meneios de corpo e o entrelace de volúpias de amor, quem sabe organizando-se em solene noivado, até uma convivência pública, contínua e duradoura à moda de casados, ou quando se oficialize mesmo a união pelo casamento, qual e como se dá a incidência das normas legais?

Os efeitos disso tudo não são apenas de só afeto ou desafeto. São muito mais abrangentes e de imprevisível extensão. Além das pessoas em cena, sua reputação em jogo, o patrimônio de cada um, os filhos que são o fruto de uma convivência fortuita ou regada de amor, a família nuclear e os demais parentes e afins que se conectam por vínculos necessários, a comunidade social em volta, enfim o próprio Estado, um por todos e todos por um são inegavelmente sujeitos às conseqüências daquela união familiar que pode ter começado com um singelo e desprezioso ato de “ficar”.

A lei do afeto submissa à lei dos homens. Há liberdade na ação e na conduta amorosa, sim, mas com responsabilidade, em cada ato e nos diversos momentos, não só entre os partícipes com relação às demais pessoas em torno da fértil célula a multiplicar-se rumo à formação de uma entidade familiar.

Resta ver até que ponto e em que limites o Direito pode e deve interferir nesse universo de afetos e desejos, frutos, graças e desgraças, escalada de amor e desamor.

2. “FICAR”

São muitas as acepções do verbo “ficar”, desde o mais comum sentido de permanecer num lugar, continuar a estar em certo ponto, até o de permanecer junto de alguém. Deste último significado a palavra evoluiu para o seu emprego coloquial, aparente neologismo para a esfera do relacionamento afetivo sem maior compromisso. Passou a expressar, então, o contato pessoal com viés de achego amoroso, como resultado de uma “paquera” bem sucedida. Na linguagem corriqueira dos jovens: *encontrei a Branca de Neve na balada e fiquei com ela a noite toda...*

Está nas ruas, na mídia, nos filmes e na música, em toda a parte se fala do “ficar”, virou moda e faz ponto fixo em qualquer novela de costumes.⁵

O termo é registrado nos dicionários de peso, e dele não foge o enciclopédico Antonio Houaiss, que menciona “ficar” no conceito de “manter (com alguém) convívio de algumas horas, sem compromisso de estabilidade ou fidelidade amorosa”.⁶

O verbo se ramifica em substantivos próprios ao comportamento de estar junto, como “ficada”, para retratar o fato típico e “ficante”, designativo do personagem em ação. Se tiver bom comportamento será “edificante”, se tiver muita pose e pouca função não passará de um “insignificante”...

2.1. Origens

Mas há quem diga não ser novidade alguma, a “ficada”, por lembrar que a história bíblica registra a criação do homem, como macho e fêmea, sob o comando divino de *crestei e multiplicai-vos*. Aconteceu que o primeiro homem e a primeira mulher, não satisfeitos com as delícias do paraíso, caíram na tentação da astuta serpente, vindo a comer do fruto proibido. Por esse impensado ato de “ficar”, Adão e Eva foram expulsos da morada celeste, condenados à eterna migração terrena com todos os seus espinhos e abrolhos⁷.

Também se propala, em tom de blague, ter sido Pedro I, Imperador do Brasil, quem popularizou o “fico”, ao dizer que assim fazia para o bem estar da nação e a felicidade do

⁵ Uma “ficada” de arrepiar, com misto de sexo e tragédia, colhe-se de filme já meio antigo, a merecer revisto, por magistral interpretação do saudoso Marlon Brando. É um clássico: *O último tango em Paris*.

⁶ *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio: Ed. Objetiva, 2001, p. 1.335-1336, em meio a 36 diferentes acepções de “ficar” como verbo-suporte, além de outras como pospositivo em palavras compostas (sufixo, como em edificar) ou que fazem parte de complemento de outros vocábulos (ex.: ficar por conta de, etc.).

⁷ *Bíblia sagrada*, Gênesis, cap. 1, vers. 28, e cap. 3, vers. 6 e 17. Notar que a desobediência à lei divina acarretou vergonha e sofrimentos, tanto que o homem e a mulher aperceberam-se desnudos, obrigando-se à cobertura com folhas de figueira. Está bem clara a conotação sexual no pecado de origem que afetou a inteira humanidade.

povo, quando, na realidade, pensava era mesmo em “ficar” com sua amante Domitila de Castro e Canto Mello, a famosa “Marquesa de Santos”⁴.

2.2. Variações musicais

De qualquer forma, é nos dias de hoje que o uso da palavra “ficar” se expandiu em substituição aos antigos modos de conquista que se iniciavam pelo americanizado *flirt* e pelas intuitivas manobras de paquera ou galanteio.

Pode ser na forma de um apelo sentimental, carregado de romantismo e juras de amor, como na canção popularizada pelo entoar sonoro do saudoso Nelson Gonçalves (a promessa é de uma noite inesquecível, repleta de carinhos e beijos de amor): *Fica comigo esta noite, e não te arrependerás, lá fora o frio é uma açoite, calor aqui tu terás ...*

Ou a firme intenção de não desejar outra coisa se não *curtir a vida*, pois ainda não é tempo de namorar, *ainda não tá na hora, casamento tô fora*, bem o diz e cantorola a *pop starlet* Kelly Key: *Só quero ficar, não quero namorar, sinto muito mas vou te dizer, só quero tchu, tchu, ruru com você, só quero ficar...*

Mas de repente vem o rompimento, por despeito ou dor de cotovelo, ao som mavioso de Tim Maia, reclamando que não tem mais solução: *Toda a verdade deve ser falada, e não vale nada se enganar, não tem mais jeito e tudo está desfeito, e com você não posso mais ficar. Não vou ficar não, não posso mais ficar não...*

Bem, como tudo na vida, o “ficar” tem começo (aproximação), meio (ficada) e fim (desmanche), mas também pode progredir nos calorosos abraços do “ficar ficando”.

2.3. Xaveco e Rolo

⁴ Coisas do Chalaça. *Si non è vero, bene trovato*. Mas confirma a história: Em 1822, Domitília conheceu D. Pedro de Alcântara dias antes do proclamação da Independência do Brasil. D. Pedro, então Príncipe – Regente, estaria voltando de uma visita às fortificações em Santos (leia-se, de uma visita à Marquesa), quando recebeu, às margens do rio Ipiranga, em São Paulo, uma correspondência que o intimava a retornar imediatamente a Portugal. Indignado por essa “ingerência sobre seus atos como governante”, e influenciado por auxiliares que defendiam a ruptura com as Cortes, especialmente por José Bonifácio de Andrada e Silva, decidiu pela separação do reino de Portugal e Algarves (www.wikiptedia.org, ed. 26/12/05).

Então outras expressões se ajuntam para descrever o andar da carruagem no instintivo e prazeroso roteiro do encontro afetivo, conforme seja o momento, a forma e a intensidade de sua execução.

Fala-se muito em “xaveco”, consistente no olhar, na conversa ou no gesto de aproximação. A origem dessa palavra traz um sentido de comportamento vil, imoral, próprio de gente cafageste. Mudou a acepção, aparentemente, no expressar uma técnica mais aceitável por parte do agente conquistador, que tanto pode ser o homem quanto a mulher. E a prática pode ser antecedente, concomitante ou posterior ao ato de “ficar”, por implicar, o tal “xaveco”, numa atitude de lábia contumaz, embora nem sempre sincera ou convincente.

Aqueles que “ficam” permanecem juntos? Quase sempre não. Há um certo paradoxo na resposta, mas o certo é que geralmente o “ficar” é transitório, quase uma brincadeira de “pega-pega”, até que os parceiros se ajustem por repetições do encontro. No “ficar ficando” já se observa um crescimento na escala amorosa, porque passa a haver um certo compromisso de permanência (*veja você amanhã, me ligue...*).

O caso então fica algo mais sério. Não que seja *an affair to remember*, ou tarde demais para esquecer. Dá-se a formação de um “rolo” entre os amantes de primeira viagem. Por isso o ajuste de futuros reencontros, já agora pensando em exclusividades, certo respeito mútuo, ainda que sem a fidelidade máxima de um eventual, futuro namoro.⁵

Variações de temas, nomes, entendimentos, colhem-se de entrevistas possíveis com os práticos do “mercado ficante”. É preciso saber ouvi-los e compreender sua linguagem sem preconceitos de adulto intolerante.

2.4. Pesquisa

⁵ De rolo, nesse preciso significado, não se vê menção nos léxicos. Antonio Houaiss, na obra citada, registra os sentidos próprios da palavra, como uma espécie de cilindro alongado, ou o “macho da rola”, e aponta o emprego metafórico da palavra para expressar um ajuntamento desordenado de pessoas, confusão, distúrbio ou tumulto. Será daí que nasceu o “rolo” afetivo, por entender-se que a permanência das ficadas leva a problemas decorrentes do relacionamento que começa a se tornar comprometedor?

Às pesquisas, para que se embase o presente trabalho em um complemento prático da teoria esboçada. Foram ouvidos, pessoalmente e pela *internet*, diversas pessoas, homens e mulheres, maiores e menores, com mesclagem de opiniões de adolescentes, universitários, jovens profissionais, *gatões* de meia idade e alguns casais moderninhos que gostam de freqüentar a noite.

Disse-me uma jovem baladeira, FTG (estagiária de Direito, ciência que exercita em intervalos vespertinos), que sua visão do assunto é mais ou menos assim: começa com a “paquera”, desde que as pessoas se sintam atraídas uma pela outra; prossegue no “xaveco”, quando um dos dois faz a aproximação e vem conversar, tentando demonstrar seu interesse e vendo que vale a pena avançar; se der certo, porque a conversa foi interessante, rendeu boas risadas, há simpatia recíproca, então começa o “ficar”: com um toque nas mãos, nos cabelos, noutras partes adjacentes e, se não houver resistência, tenta-se beijar; havendo rejeição, termina o papo, parte-se para outra; havendo aceite, a progressão é rápida, com amassos progressivos e de riscos possíveis de acordo com o lugar e as circunstâncias; nem sempre é tão difícil, pois há casos em que o beijo e a mão solta funcionam por comum acordo das partes, que se aconchegam de imediato e sem rebuços; depende de muitos fatores, como o perfil das pessoas, sua carência, a química do casal, o grau etílico, a influência de drogas etc.; se o casal continua “ficando”, na mesma noite e em ocasiões seguintes, considera-se que “estão de rolo”, o que já fica meio parecido com namoro, embora sem o mesmo grau de seriedade, porque neste já se dá o envolvimento de familiares e amigos, o que não acontece naquele.

De JFT, um entrevistado que se qualifica como recém-casado, ouvi ter conhecido a esposa ao lhe endereçar galanteios na danceteria do bairro. Ele vê com romantismo toda a situação. Diz que o “ficar” começa quando olhares se cruzam e o desejo aflora para algo mais que uma simples amizade ou relação de coleguismo, selando-se com um beijo (ou mais), para além de uma simples paquera. Vê a coisa como um “delicioso modo de passar o tempo” e, também, de verificar se o parceiro ideal está por acontecer. Mas lhe parece que tanto hoje como no passado o respeito é primordial para que o afeto se realize e progrida para um relacionamento mais próximo.

Essa questão do respeito não é de geral aceitação. Muitos dos personagens ouvidos ou entrevistados dizem que lhes interessa o passatempo e nada mais. Falam em *test drive* do sexo, para as experiências de marcha rápida e curtíssimo trajeto. Assim é que DMO, *office boy*, 16 anos, relata a experiência de ter “ficado” com nada menos que dez meninas numa só noite de uma festa *rave*. Teria sido o seu recorde pessoal, mas não o da sua turma, pois ele conta, que um coleguinha já passou da marca dos 27 *touch-down*, certamente encontros relâmpago, não mais que afago ou beijo de passagem...

Para esses adeptos da “ficada” sem marcas de autoria, talvez se aplique a sentença de que a felicidade não repousa no amor verdadeiro, como no provérbio de Nelson Rodrigues: *não se pode amar e ser feliz ao mesmo tempo*. Ou será apenas a angústia da procura insana e mal direcionada? Desse jeito, como refere a entrevistada FTG, a pessoa julga estar liberada para ficar por uma noite só, e por isso acaba desprezando aquele(a) que possivelmente confiasse na sinceridade da investida; é o absoluto desapego ao compromisso, pelo só prazer de apenas ficar por aí. Só que esse desligamento geral, ao ver da mesma jovem, acaba gerando uma sensação de vazio, de falta de perspectivas concretas de uma vida futura a dois. É egoísmo puro, diz ela, esse lamentável “consumismo amoroso”, como se o(a) outro(a) fosse mero objeto ou produto descartável, bem fungível, coisificação do ser humano, tendência “que precisamos rechaçar”.

A advogada STS, solteira, 37 anos, recorda os seus bons tempos de discoteca e vai mais longe, por lembrar o antigo *footing*, aquele passeio no jardim da praça ou no largo da matriz (no interior; em São Paulo cheguei a ver o mesmo hábito ao fim do expediente nas calçadas da Barão de Itapetininga). Era onde se dava o *flirt*, rolava solta a paquera, com direito a olhares lânguidos, piscadelas de relance e o leve sorriso de aceitação. Daí se partia para um encontro a sós, mas sempre com a timidez que inspirava o tradicional início de papo. Lembra a entrevistada que o “ficar” surgiu no final dos anos 80, “quase igual à paquera e muito menos que o namoro”, com a prática dos beijos e “mãos bobas”, até que se repetiam os encontros e a coisa ia ficando séria, dando ensejo à pergunta que geralmente partia da moçoila: “já estamos namorando?”

Opinião formada tem o comerciante JFS, bem vividos 44 anos, para quem o “ficar” pode ir rápido a pontos bem mais críticos do que o mero beijo, o amasso ou a carícia

íntima. Chega muitas vezes ao sexo reservado ou mesmo à farra em grupos sem pudor, o que faz lembrar o “amor livre” a que se apegavam os jovens hippies da década de 60. Aponta o veterano que essa conduta leva ao risco das orgias e bacanais do tempo de Calígula, ou aos abusos incontroláveis das “surubas”, que os *funks* de hoje exibem com soltura nos ardorosos bailes da periferia (e não só).

A professora de filosofia GMF, que admite já ter completado a meia virada do século, mas conserva a beleza e energia dos quarenta e tantos, lamenta toda essa parefernália de conduta lasciva. Acha que os jovens que assim procedem “são prenhes de afetividade, de responsabilidade afetiva, de percursos do afeto, de buscas afetuosas, de metas e lutas dirigidas à concretização deste fenômeno humano, ancestral, atávico, que é a afetividade, mas que nem sempre teve seu lugar ao sol, o que deve ser dito e pregado sem causar espécie ou vergonha”. De qualquer forma, parece-lhe que os adultos não devemos nos distanciar dos mais jovens, sob pena de ocasionar um rompimento nas gerações, quando o desejável sem dúvida é a expansão do afeto humano aos que nos cercam e nos tratam como iguais.

A falta do “para que” é salientada nas palavras do *kitiano* (usuário de kit, ou grupo na *Internet*) MSC, 22 anos, esperançoso de uma reviravolta no pensamento meramente hedonístico e de culto ao prazer corporal. Afirma que a razão do infortúnio e da falta de interesse existencial de muitos jovens e de adultos estaria na falta de motivação: “o para que ficar, para que namorar, para que casar, para que brigar é meta de caminho, para onde se vai seguir em frente”. Difere de “porque”, já que neste se incluem a desculpa, a descrença, a fuga e o devaneio inconseqüente. Compara a vida humana ao barco no oceano e conclui que “para o relacionamento não basta o sexo, não é só necessário o prazer, mas é essencial um sentimento mais profundo e um norte, objetivo concreto a ser alcançado para dar rumo à existência feliz”.

A multiplicidade de opiniões se estende igualmente nos diversos pronunciamentos colhidos em *sites* da rede internáutica, deixando transparecer, de um lado, a entrega pura do prazer na “ficada” sem complemento, como numa brincadeira de “pega-pega”(pega um hoje, pega outro amanhã); de outro lado, tem-se o interesse na busca do parceiro ideal, valendo o encontro como uma tentativa de achar a outra metade; e, por fim, a séria

preocupação com a volta ao namoro antigo, consciente, respeitoso e já de logo mais compromissado, para que o “ficar” se transmude numa escolha de parceiro com a dignidade que ele merece e o incentivo ao relacionamento incipiente e promissor.

2.5. Dignidade da pessoa humana exige respeito

Tenha-se em mente e como farol o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal brasileira de 1988).

Como direito principiológico imanente à própria essência dos direitos humanos, o preceito em causa se afina com as regras de proteção do Estado à família, considerada a base da sociedade, seja a formada pelo casamento ou a que se origina da união estável e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226 e seus incisos, da mesma Carta).

Sobre o tema, vale conferir a lição de Sérgio Resende de Barros, no sentido de que não é possível imaginar os direitos humanos fundamentais sem pensar, concomitantemente, nos direitos que concernem à família: “O direito à liberdade e à igualdade, à fraternidade e à solidariedade humanas, à segurança social e à felicidade pessoal, assim como outros direitos humanos fundamentais já proclamados no Estado Liberal de Direito, todos eles dão fundamento ao direito à família e remetem ao recinto familiar – o lar – onde eles se realizam mais efetivamente, desde que envolvidos e amparados pelo afeto”.⁶

Dentro dessa concepção humanística e tendo-se vista a dignidade da pessoa humana como um princípio absoluto e judicializável (pelo instrumental jurídico das ações judiciais), cabe considerar, também na esfera do relacionamento pessoal entre homem e mulher, que há de se ter em mente o mútuo e necessário respeito entre os parceiros, mesmo que se cuide de uma experiência inicial que não frutifique em namoro ou convivência.

Com efeito, nas palavras de Fernando Ferreira dos Santos, ao justificar a impossibilidade de restrições à primazia daquele princípio maior, a dignidade da pessoa humana “há de permanecer inalterável qualquer que seja a situação em que a pessoa se

⁶ Dos Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 143.

encontre, constituindo, em conseqüência, um *minimum* invulnerável que todo o ordenamento jurídico deve assegurar, e que nenhum outro princípio, valor, se pode sacrificar, ferir o valor da pessoa”.⁸

É indispensável concluir, nessa esteira, que o desrespeito à pessoa, em qualquer circunstância ou lugar, enseja a necessária responsabilidade e a garantida responsabilização do ofensor, porque estará sendo ultrapassada a fronteira da liberdade para convolar-se em libertinagem ofensiva ao direito alheio.

2.5. Efeitos jurídicos do “ficar”. Estudo de um caso.

Nesse contexto, é imperioso concluir que a conduta humana, ativa ou omissiva, em qualquer plano de sua atuação, mesmo no singelo, passageiro e só prazeroso (sem compromissos) gesto de “ficar”, dependendo dos personagens envolvidos, do lugar, das circunstâncias e dos limites da foga investida, conforme seja, o fato em questão pode acarretar, sim, efeitos jurídicos pela violação de eventual desrespeito à pessoa humana, com enquadro na tipificação de determinado ilícito civil ou mesmo penal.

A comprová-lo, basta lembrar que o maior perigo do “ficar”, tão comentado e temido, é a mulher “ficar grávida”... Adiante se verá a conseqüência desse fato na esfera do direito de filiação.

Mas com isso não se está afirmando que surta sempre um efeito jurídico, a atitude do “ficante”, pois é curial tratar-se de um estágio de conduta sem enquadro no rol de família constituída, embora possa configurar o início de uma futura jornada a dois (união estável não tem data certa de início, mas pode ter um marco primeiro na “ficada” produtiva). Nem é namoro, muito menos compromisso de noivado, desde que fique no plano da experimentação inconseqüente.

O que se afirma é a sua correspondência no plano jurídico, por efeitos que decorram de certas e específicas formas de “ficar”, como se dá, por exemplo, nas situações seguintes (sem o propósito de esgotar a casuística):

⁸ *Princípio da dignidade da pessoa humana*, São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 105.

a) na esfera da responsabilidade civil, se o “ficante” abusa do conhecimento pessoal do(a) outro(a) para tornar público, em comentários desairosos, a sua conquista e as facetas do(a) personagem envolvido, pode sujeitar-se a reclamo de indenização por danos morais;

b) da igual forma, responde civilmente aquele que divulga por fotos, filmes e sítios da rede, o evento amoroso registrado numa “ficada” solitária;

c) também na responsabilização civil incide o envolvimento de ou com pessoa casada, pois a conduta infiel acarretará grave violação a dever conjugal, ensejando até mesmo razão para pedido de separação judicial (art. 1.573, incisos I e III, do Código Civil);

d) havendo prática sexual, a mulher que assim “ficou” terá fundamentos para presumir a autoria da paternidade, com as decorrências de registro da filiação e de reclamo de pensão ao praticante (acórdão adiante comentado);

e) no campo penal, a relatada divulgação injuriosa do ato de “ficar” enseja possível tipificação de crime contra a honra (art. 140 do Código Penal);

f) o envolvimento de menor na prática de ato de libidinagem pode caracterizar crime contra os costumes (corrupção de menor - art. 218 do Código Penal);⁹

g) se houver relação forçada, o ato sexual ou o ato de libidinagem podem constituir crime mais grave, de estupro ou de atentado violento ao pudor (art. 213 e art. 214 do Código Penal);

h) sendo o “ficar” praticado por chefe contra a empregada, tem-se o assédio sexual, figura nova na esfera do direito penal e do direito do trabalho (“Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função” - art. 216-A, do Código Penal, incluído pela Lei n. 10.224/2001;

⁹ Esse delito de corrupção de menor, na estrutura do Código Penal, integra os Crimes contra os Costumes. Busca-se impedir a degradação moral do menor, na faixa dos 14 aos 18 anos. Se o menor tiver menos de 14 anos, haverá presunção de violência, com tipificação mais grave, por atentado violento ao pudor, nos termos do artigo 214, combinado com o artigo 224, “a”, do Código Penal. Havendo prática de conjunção carnal, cresce o delito para a figura do estupro, definida no artigo 213 do mesmo Código, como a seguir anotado. Em todas essas previsões punitivas, o intuito é preservar a idoneidade da pessoa menor, enquanto não se ache corrompida moralmente. Na feliz imagem de Nelson Hungria, é como se o menor fosse colocado em um plano inclinado: a queda seria mera questão de tempo.

i) conforme seja o local do encontro, se aberto ou exposto ao público, pode chegar ao ponto de um ato obsceno (art. 233 do Código Penal).

Mas é no direito de família que se chega, não raras vezes, à responsabilização civil no caso de ocorrer a gravidez da mulher pelo “ficar” mais ardoroso ainda que sob a desculpa de uma *fornicatio simplex*.

Aqui o caso especial que chegou à mesa dos pretórios, examinado e decidido em recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, relatora a Ministra Nancy Andrighi.¹⁰

Ação de investigação de paternidade sob o fundamento de relação sexual fortuita da mãe do autor com o réu, coincidente com a data da concepção. O juiz havia julgado improcedente o pedido porque, embora tivesse havido recusa à produção de perícia pelo DNA, com a decorrente inversão do ônus da prova, o autor não havia demonstrado sequer indícios da ocorrência do relacionamento amoroso alegado.

Deu-lhe confirmação o Tribunal de Justiça. Mas o recurso endereçado ao Superior Tribunal de Justiça encontrou guarida pelo fato inquestionável de que a mãe do autor havia mantido relacionamento sexual com o réu, ainda que em encontro fugaz, do tipo “ficar”.

Na fundamentação do voto condutor do julgamento pesou, primeiro, a circunstância de não ter o réu comparecido ao exame pericial, em evidente prejuízo à busca da verdade real. Não obstante, foi considerado que, pelo ordenamento jurídico vigente e segundo a jurisprudência sobre o tema, a mera inversão decorrente da recusa de produzir o DNA não seria suficiente, por si só, para a procedência do pedido, porquanto se fazia necessária a prova de relacionamento entre a genitora e o investigado.

O que efetivamente fez pender a balança em favor da aceitação da investigatória foi a prova do relacionamento havido entre aquelas pessoas. Vale reproduzir trecho do acórdão, no ponto de maior interesse, após salientar que não seria condição essencial a prova do relacionamento dito *amoroso* por mais tempo, para a declaração de paternidade:

“Basta a prova de relacionamento casual existente entre a genitora e o investigado, esta temperada em consideração aos hábitos sociais, comportamentais e sexuais adotados,

¹⁰ Recurso Especial n. 557.365, de Rondônia, 3ª. Turma do STJ, j. em 7 de abril de 2005, v. u. Os demais componentes da Turma, Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Relatora Min. Nancy Andrighi.

que partem do simples *ficar*, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual”.

Com esses fundamentos, considerada a recusa do réu ao exame pericial e tendo em vista a prova evidenciada de relacionamento casual entre a genitora e o investigado, o Tribunal julgou procedente o pedido a fim de declarar o vínculo de filiação paterna em questão.

Observe-se que além do reconhecimento da paternidade, o evento que lhe deu causa, ainda que simples relacionamento fugaz, mero “ficar” aparentemente sem compromisso, outros efeitos jurídicos necessariamente produzirá na esteira do direito de família, em especial aqueles de caráter patrimonial, determinantes da prestação alimentícia pelo genitor ao filho menor (art. 1.694 do Código Civil) e dos direitos sucessórios sobre os bens que o ascendente vier a deixar em caso de morte (art. 1.829 do mesmo Código).

3. NAMORO E NOIVADO

Passo importante na escalada do afeto ocorre se o encontro inicial revela o início de uma efetiva relação amorosa. Dá-se então, o namoro, já agora um compromisso assumido entre homem e mulher que se entendem gostar um do outro. Pode ser paixão à primeira vista, embora nem sempre isso aconteça, pois o amor vai se consolidando aos poucos, com os encontros e desencontros do casal embevecido.

Do latim *in amore*, o namoro sinaliza situação mais séria de relacionamento afetivo. Tende a se tornar de conhecimento da família, dos amigos, da sociedade. Surge entre os enamorados uma cumplicidade no envolvimento porque passam a ter interesses comuns e um objetivo ainda que longínquo de formarem uma vida a dois.

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).

De qualquer forma, o namoro traz ínsita a idéia de respeito mútuo e de fidelidade entre as pessoas envolvidas. Não significa estarem elas obrigadas a manter o caso, muito menos a caminho seguro do altar. Pode haver rompimento, é comum a desistência de namoro e a sua volta lacrimosa, sempre na busca de um acerto na relação, que pode ou não acontecer nessa fase.

Liberdades à parte no amor livre que passou a campear na sociedade dita moderna, é bem de ver que o namoro puro e simples não traz conseqüências jurídicas diversas daquelas que, direta ou indiretamente, aplicam-se à fase do “ficar”. Fácil lembrar a chance de gravidez, aqui até bem maior, que leva ao reconhecimento de filiação paterna e suas obrigações patrimoniais. Sem falar na possibilidade desse fato conduzir os namorados a uma antecipação de um casamento (nem sempre programado), por pressões morais e do próprio ambiente familiar (era o *casamento na delegacia*, que se fazia imperioso em tempos dantanho).

Veja-se, a tal propósito, que a lei permite o casamento de quem não alcançou a idade núbil (16 anos), para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal, em caso de gravidez (art. 1.520 do Código Civil). Na mesma esteira, não se anula, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez (art. 1.551 do mesmo Código).

De considerar, ainda, a situação do namoro prolongado anos a fio, resvalando na prática convivência familiar e reforçando-se com a realização de economia e investimentos em conjunto (poupar para aquisição de casa, compra de terreno etc). Será uma quase união estável ou aos menos uma garantida “sociedade de fato”, a exigir partilha dos bens no caso de rompimento do dito namoro, para que não haja enriquecimento sem causa do titular (aplicável a súmula 380 do STF).

3.1. Noivado

Namoro que se preze vira noivado, este, como resquício dos antigos esponsais ou promessa de casamento. É a resultante da evolução natural do namoro, quando se torna mais firme e verdadeiro.

Não há previsão legal de noivado, como, de resto, o Código também não menciona as situações de namoro e, menos ainda, o envolvimento primário do simples “ficar”.

Mas nem por isso cala-se o direito uma vez que nesta fase maior de compromisso de casar, a seriedade leva a outras conseqüências que são naturalmente aplicáveis ao caso, especialmente no campo indenizatório quando ocorre a quebra injustificada do dever assumido.

Já se falou nos esponsais. Tratava-se de contrato escrito, com origem na vetusta Lei de 06 de outubro de 1.784 e inserção na Consolidação das Leis Civis, artigos 76 e seguintes.

Pelo contrato esponsalício, o homem e a mulher assumiam o compromisso solene de contrair casamento, com estipulação de prazos e outras condições. O instrumento exigia-se escrito e solenizado por escritura pública. O escrito particular era aceito de forma restrita, isto é, pelo prazo exíguo de um mês, pois perdia eficácia se não fosse reduzido a escritura pública nesse tempo.

Na hipótese de arrependimento ou recusa unilateral, a lei garantia à vítima ação para exigir o cumprimento dos esponsais ou para pedir indenização pelos prejuízos decorrentes da quebra do compromisso.

3.2. Indenização por danos materiais e morais

Com a instituição do casamento civil, pelo Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1980, desapareceu do direito de família a figura do contrato esponsalício. Mas nem por isso se há dizer que as partes que prometem convolar núpcias estejam desoneradas de qualquer responsabilidade. Extinguiu-se a norma, porém prevalecem os princípios, com as necessárias adaptações aos fatos da vida social e ao sistema jurídico em vigor no país.

São hipóteses de rompimento danoso do noivado aquelas em que um dos nubentes desaparece às vésperas do casamento, assume novo relacionamento amoroso ou, ainda pior

e mais doloroso, abandona o(a) noivo(a) aos pés do altar. Até mesmo possível que o arrependimento se revele na última hora, na recusa ao “sim” diante da pergunta solene do celebrante da união conjugal.

O tema, de pouco trato na doutrina, mereceu estudo por parte de Marcelo Truzzi Otero, com a segura conclusão de que, subsistindo arrependimento injustificado por parte do noivo recalcitrante, pode configurar-se o dever de indenizar eventuais danos materiais e morais causados ao noivo (ou à noiva) abandonado (a). Salienta que para essa responsabilização civil do infrator é preciso que se demonstre a ocorrência de seus pressupostos fáticos: “que a promessa de casamento tenha sido ajustada pessoalmente pelos noivos; que a quebra da promessa careça de justo motivo; presença de dano”.¹¹

Na mesma linha o magistério de Maria Helena Diniz, firmando os requisitos para tal responsabilidade indenizatória: a) a promessa de casamento firmada pelos noivos (e não só por seus pais); b) a recusa de cumprir a promessa por parte de um dos noivos; c) a ausência de motivo justo; d) a ocorrência de dano à outra parte.¹²

A primeira consequência jurídica, numa situação dessas, seria a devolução dos presentes de casamento aos doadores, porque se torna ineficaz a liberalidade feita em contemplação de casamento que não se realize (art. 546 do Código Civil). Da mesma forma, os donativos trocados entre os noivos, assim como as lembranças, cartas e fotografias de cada qual devem retornar ao legítimo dono.

E também caberá, como antevisto, a indenização por danos materiais e morais decorrentes da injustificada recusa ao casamento contratado pelos noivos, sempre que sua expectativa seja frustrada sem a devida justificação. Não se trata, aqui, de qualquer rompimento de noivado, pois o compromisso seria meramente moral, sem caráter coercitivo.

O que se indeniza, em casos tais e desde que os fatos e circunstâncias o justifiquem, é o efetivo dano constatado pela quebra da promessa havida entre os nubentes. Dentre os requisitos acima mencionados, avulta o exame dos prejuízos de ordem material, como os

¹¹ *A quebra dos esponsais e o dever de indenizar dano material e dano moral.* Artigo publicado na RT, vol. 766/100, São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 1999.

¹² *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. V – Direito de Família, 20ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49.

resultantes de gastos com os aprestos do casamento (vestido de noiva, festa das bodas, mobília do futuro lar etc.), bem como os derivados de eventual demissão do emprego para casar-se, abandono dos estudos com a mesma finalidade, renúncia a uma herança ou a doação por pressão do(a) noivo(a) e coisas do gênero.

Demais disso, avulta o dano moral pelo sofrimento impingido à pessoa abandonada, como no exemplo dado por Edgard de Moura Bittencourt, de caso ocorrido em Leon, Espanha, em que um rapaz, ao ser interrogado na celebração se era de livre e espontânea vontade que recebia a noiva como legítima esposa, respondeu de sopetão: “para ser franco, não”. E ato contínuo retirou-se da igreja, deixando a moça desmaiada e atônita toda a família a geral platéia de convidados.¹³ Claro está que essa noiva padeceu uma forte humilhação em público e por muito tempo terá amargado as dores do seu lamentável infortúnio.

Ainda por lembrar, na toada do que antes se afirmou com relação ao “ficar” e ao namoro, que o noivado trará conseqüências de maior monta no campo do direito de família sempre que haja filhos da relação havida entre o par amoroso.

Anote-se, por fim, que essa forma de relacionamento mais íntima muito se avizinha dos lindes de efetiva convivência familiar, quem sabe tangenciando a moldura de uma união estável, de que se cuidará a seguir.

4. UNIÃO ESTÁVEL

Da união estável como espécie de entidade familiar pode afirmar-se que somente existe e perdura enquanto traduzir uma "união feliz". Consiste numa relação de puro afeto entre homem e mulher. A comunhão de vida que se estabelece por essa via informal tem por objetivo a mútua felicidade e a formação de uma família, sem necessidade de intervenção cartorária ou judicial.

¹³ Caso reproduzido por Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 51, apontando as fontes: Edgard de Moura Bittencourt, *Família*, Rio: ed. Alba, 1970, e Antonio Chaves, *Esponsais*, verbete na “Enciclopédia Saraiva de Direito”, São Paulo: Saraiva, p. 329.

Trata-se de espécie de família paralela ao casamento, tanto que pode, a união estável, converter-se em casamento. As duas formas de convivência constituem entidade familiar digna de proteção do Estado, conforme previsto na Constituição Federal, artigo 226 e seus incisos, e regulamentado, primeiro por leis especiais (Lei n. 8.971, de 29.12.94, e Lei n. 9.278, de 10.05.96) e, depois, pelo Código Civil em vigor.

Notável conquista, essa, mas ainda assim acompanhada de duas dificuldades: a curto prazo, a necessidade de regulamentação, que dispensasse o recurso à analogia e efetivamente listasse os direitos e deveres típicos da união estável, à equivalência dos direitos e deveres do casamento formal, como veio a ocorrer com a legislação especial sobre a matéria; a curto, médio e longo prazos, a extensão, para pessoas do mesmo sexo, desse direito reconhecido para a união estável entre homem e mulher, porque, embora nos trabalhos da constituinte os próprios núcleos de representação dos interesses das Igrejas se mostrassem mais abertos ao reconhecimento formal da união estável, visavam a impedir, com muito mais intensidade, que tal reconhecimento se estendesse a pessoas do mesmo sexo e a relações adúlteras e incestuosas.¹⁴

4.1. Direitos aos companheiros na legislação anterior

Seja como for, em contrapeso ao tratamento restritivo observado no Código Civil de 1916 – época em que o reconhecimento de direitos para a informalidade era ainda coisa ignóbil –, as uniões de homem e mulher sem casamento tiveram reconhecidos certos direitos na legislação esparsa, tanto antes como depois da vigente Constituição Federal.

Merecem destaque os seguintes pontos em favor do antigo concubinato, extraídos de

¹⁴ Já se observam avanços em favor dos direitos dos homossexuais neste país, especialmente no reconhecimento de direitos previdenciários aos companheiros. A legislação estrangeira registra notáveis mudanças, com admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo em diversos Estados modernos, como a Holanda, a França, os países escandinavos e o Reino Unido.

O reconhecimento de direitos sucessórios costuma ser um dos primeiros momentos no reconhecimento da viabilidade jurídica de uma união estável: assim foi com a união estável entre homem e mulher, e assim tem sido com a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Conseqüentemente, é uma questão de tempo – ainda que de longo tempo – até que se conceda a forma do casamento civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Ainda, não é impossível que, futuramente, o mesmo raciocínio que concede primordialmente direitos sucessórios a uma relação em que há dependência promova o reconhecimento jurídico de direitos sucessórios entre pessoas sem vínculo familiar, porém com intensa relação afetiva, como a possível de acontecer entre amigos íntimos.

dispositivos esparsos na legislação, sem pretensão de esgotar a casuística:

– reconhecimento de filhos, independentemente de sua origem (revogação do art. 358 do CC/1916, pela Lei 7.841, de 17 de outubro de 1989; Leis 883, de 21 de outubro de 1949, 7.250, de 14 de novembro de 1984, 8.069, de 13 de julho de 1990, arts. 26 e 27, e 8.560, de 29 de dezembro de 1992). Buscava-se, por essas medidas, aplicar aos filhos o princípio da dignidade da pessoa humana, ao dar-lhes tratamento igualitário em relação aos filhos havidos no casamento formal;

– adoção de filho por “concubinos” (Lei 8.069/1990, art. 42, § 2.º). Como os “concubinos” – na verdade, os companheiros – passavam a ser reconhecidos como entidade familiar e seus filhos naturais adquiriram plenos direitos de filiação, nada mais válido juridicamente – e portanto socialmente – do que estender o reconhecimento desse poder e dessa filiação por meio da extensão, aos companheiros, do direito de adotar;

– dependência do companheiro para levantamento de certos valores do autor da herança (art. 1.037 do CPC e Lei 6.858, de 24 de novembro de 1980). Do mesmo modo que no item anterior, mas neste caso um direito antevisto à própria Carta de 1988: havendo efetivamente dependência numa união estável, nada mais justo do que reconhecer direitos à sucessão;

– dependência do companheiro para fins previdenciários (CF/1988, art. 201, V; Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, repetindo normas anteriores) e fiscais (legislação do Imposto de Renda). Reconhecidos já na atual fase constitucional, esses direitos ajustam na área previdenciária e na área tributária o reconhecimento da união estável;

– direito da mulher ao nome do companheiro (Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Registros Públicos – art. 57, §§ 2.º a 6.º). Formalmente, trata-se de reconhecer direitos civis à companheira (a adição dos apelidos do companheiro facilitaria, por exemplo, o reconhecimento público da união perante a sociedade ou órgãos públicos); todavia, de momento anterior à atual Constituição e ainda na época do nosso militarismo, esses parágrafos da Lei de Registros Públicos visavam menos garantir direitos à mulher do que garantir, diante do crescente reconhecimento civil da união estável, a permanência da proeminência do marido sobre a mulher; exigência principalmente de setores conservadores, o reconhecimento desse novo direito veio acompanhado da negação de

direito equivalente ao homem que quisesse adicionar ao seu os apelidos da companheira;

– bem de família, extensível a qualquer espécie de entidade familiar (Lei 8.009, de 29 de março de 1990). Também uma regulamentação da Constituição de 1988, permitiu às uniões estáveis a mesma extensão garantida ao casamento nessa matéria de direitos reais;

– sub-rogação do companheiro na locação de imóveis urbanos, em caso de dissolução da vida em comum com o locatário ou de seu falecimento (Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, arts. 11 e 12). Esse direito é decorrência inevitável – já reconhecida pelos tribunais – dos demais direitos decorrentes do reconhecimento de direitos e deveres reais e sucessórios da união estável.

- alimentos, meação e herança, nos termos das leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Esta legislação especial veio a ser substituída pela regulamentação da matéria no vigente Código Civil brasileiro, a seguir examinado.

4.2. Efeitos jurídicos da união estável - Código Civil

O Código Civil de 2.002, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, dedica um capítulo especial à União Estável, compreendendo os arts. 1.723 a 1.726, com sua conceituação, impedimentos, direitos e deveres dos companheiros, regime de bens e conversão em casamento e mais o art. 1.727, que define o concubinato.¹⁵

Disposições esparsas em outros capítulos do Código Civil tratam de efeitos patrimoniais da união estável, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1.694) e do

¹⁵ A noção de concubinato – união de fato entre homem e mulher por lei impedidos de casar – tornou-se muito restrita, designando o que se entende vulgarmente por relação adúltera, mas que também pode ser uma relação de incesto. Não importa o tipo de relação entre “impedidos de casar”, o concubinato pode ocorrer tanto paralelamente ao casamento quanto à união estável. Deixando de lado ideologias moralistas, o reconhecimento dessa forma estrita de concubinato é também um avanço em termos de criação de direitos, ainda que a isso corresponda um problema em termos de organização social. Também não é impossível que, em vista do reconhecimento desses direitos na relação adúltera, se desenvolva e se consagre a proteção jurídica em casos de poligamia – prática velada, mas não incomum no Brasil – e se amplie ainda mais esse processo de criação de direitos.

De registrar, neste passo, que a presente nota e outras acima reproduzidas sobre direitos à união estável e sua diferenciação do concubinato constam do artigo “Distinção jurídica entre união estável e concubinato”, deste autor e de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em **Novo Código Civil - questões controversas no direito de família e sucessões**, vol. 3, coord. de Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, São Paulo: Método, 2005, p. 239.

direito sucessório do companheiro (art. 1.790).

A conceituação da união estável consta do artigo 1.723 citado, assim: “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”.

Não se configura união estável se houver impedimento matrimonial entre os parceiros.¹⁶ Nesse sentido dispõe o art. 1.723, § 1º, mandando aplicar o art. 1.521 do Código Civil, que enumera os impedimentos para casar, abrangendo os ascendentes e descendentes, colaterais até o 3.º grau, afins em linha reta etc.

No mesmo parágrafo do art. 1.723, segunda parte, resolve-se tormentosa questão atinente ao estado civil dos companheiros, em face do impedimento por serem casados. O dispositivo exclui a incidência do inciso VI do art. 1.521 do Código Civil, que trata desse impedimento, no caso de a pessoa casada se achar separada judicialmente ou de fato.

Na esfera das relações pessoais entre os companheiros, o art. 1.724 do mesmo Código enumera os deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, deveres tais que igualmente competem aos casados (com o acréscimo, para estes, da obrigação de manter o domicílio em comum; e a substituição do dever de lealdade pelo de fidelidade, não mais que um preciosismo semântico).

No aspecto patrimonial, tal qual no casamento, a união estável sujeita-se, no que couber, ao regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC). Comunicam-se, portanto, os aqüestos, isto é, os bens adquiridos a título oneroso durante a convivência, salvo se havidos com o produto de bens adquiridos anteriormente.

Ressalva-se a possibilidade de contrato escrito entre os companheiros dispondo de forma contrária quanto aos bens havidos durante a convivência e sua administração. Diversamente do que se dá no pacto antenupcial dos casados, na união estável não se exige a formalidade de estipulação por escritura pública, bastando que se celebre contrato escrito, seja no início, no curso da convivência ou mesmo por ocasião de sua dissolução.

¹⁶ É por isso que, ao lado da união estável, o Código Civil, art. 1.727, reconhece a distinta figura do concubinato (em sentido estrito).

A obrigação alimentar entre companheiros decorre do dever de mútua assistência, assegurado no art. 1.724 do Código Civil. Sua aplicação tem lugar nos termos do art. 1.694 do mesmo Código, que coloca no mesmo plano os parentes, cônjuges ou companheiros, facultando-lhes “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”.

Na mesma esfera da proteção material, o Código Civil, em seu art. 1.790, trata do direito do companheiro sobrevivente no plano sucessório, prevendo que participará da sucessão do outro somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Essa forma concorrencial na herança por parte do companheiro distingue-se, pelas condições e pelo valor das quotas, da participação garantida ao cônjuge sobrevivente, que está regulada nos artigos 1.829 e seguintes do Código Civil.¹⁷

4.3. Concubinato

Em disposição final do título sobre união estável, o Código Civil trata do concubinato, definindo-o como relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar (art. 1.727). Parece ter sido intuito do legislador extremar o concubinato

¹⁷ Para um estudo mais abrangente das situações em confronto, seja o direito sucessório do companheiro, seja o do cônjuge, ver *Direito de Herança*, de Euclides de Oliveira, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 92 e 148; e *Inventários e Partilhas*, de Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, 19ª. ed., São Paulo: Leud, 2005, p. 94 e 115.

da união estável, sem previsão de direitos que se restringem a esta espécie de entidade familiar.

A conceituação legal de concubinato exclui os casos de relações eventuais, fugazes, que não apresentam interesse jurídico entre as partes. São hipóteses de simples “ficar”, de namoro ou de condição de amante, sem maior relevo na esfera dos direitos pessoais de cada um, salvo as situações de danos materiais ou morais, sociedade de fato na formação de patrimônio, bem como os possíveis reflexos nos casos de filiação havida dessa relação amorosa (como visto em itens acima).

Também comporta reparo a menção do texto legal aos “impedidos de casar”, que se relacionem como meros concubinos, quando existe a exceção, prevista em outro artigo, para a pessoa casada que esteja separada de fato ou judicialmente, podendo, nessa hipótese, formar uma família sob o pálio da união estável, consoante permissão do art. 1.723, § 1.º, do mesmo Código.

Em qualquer situação, porém, mesmo quando desfigurada a união estável como entidade familiar, tipificando-se como mero concubinato, pode restar a situação indelével da chamada "família de fato", que subsiste mesmo sem lei que lhe dê cobertura. A falta de revestimento legal não obsta ao reconhecimento de certos efeventuais, ingressando no rol das entidades familiares acolhidas pelo Código Civil e colocadas sob o manto da proteção jurídica do Estado.

5. CASAMENTO

O casamento é forma de constituição de entidade familiar, ao lado da união estável, a merecer proteção jurídica nos termos da Constituição Federal, artigo 226, e dos preceitos

1, artigo 226, e dos preceitos contidos em extensa titulação do Código Civil, a partir de seu artigo 1.511.

Sua conceituação de união civil ou religiosa com efeitos civis implica comunhão plena de vida do homem e deventuais, ingressando no rol das entidades familiares acolhidas pelo Código Civil e colocadas sob o manto da proteção jurídica do Estado.

5. CASAMENTO

O casamento é forma de constituição de entidade familiar, ao lado da união estável, a merecer proteção jurídica nos termos da Constituição Federal, artigo 226, e dos preceitos contidos em extensa titulação do Código Civil, a partir de seu artigo 1.511.

Sua conceituação de união civil ou religiosa com efeitos civis implica comunhão plena de vida do homem e da mulher, com base na igualdade dos direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal (artigo 1.511), princípios tais que serão repisados no capítulo da eficácia do casamento (art. 1.565).

Disposições sobre o casamento religioso, em alteração a normas da lei registrária (6.015/73), facilitam o registro civil desta espécie de união legal. A facilitação decorre da possibilidade de efetuar-se o registro a qualquer tempo, mesmo depois de vencido o prazo de 90 dias de sua realização, bastando que se renove a habilitação matrimonial, providência esta que visa apurar a inexistência de impedimentos para o casamento.

5.1. Impedimentos matrimoniais e causas suspensivas

O Código Civil em vigor reduz os impedimentos matrimoniais a sete situações, conforme enumeração do artigo 1.521. Correspondem aos impedimentos absolutos do Código de 1916, descritos em seu artigo 183, incisos I a VIII, com exceção do inciso VII, que proíbia o casamento do cônjuge adúltero com o seu co-réu por tal condenado.

Cingem-se, os impedimentos absolutos, às hipóteses tradicionais de vedação do casamento entre parentes próximos, ascendentes e descendentes, colaterais até o terceiro grau, adotante e adotado, afins em linha reta, pessoas casadas e união do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Fora do rol dos impedimentos matrimoniais, mas com eles relacionados, situam-se as “causas suspensivas”, dispondo a respeito o Código Civil, no artigo 1.523, que não devem contrair casamento certas pessoas, em hipóteses em que Código anterior, no artigo 183, incisos XIII a XVI, classificava como impedimentos meramente proibitivos, embora com algumas alterações no texto. As disposições referem-se ao viúvo ou viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não proceder ao inventário e partilha dos bens; ao

divorciado, enquanto não tiver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; à viúva ou mulher com casamento anulado, até 10 meses depois da viuvez ou da dissolução do casamento; e, finalmente, ao tutor ou curador e seus parentes, com a pessoa tutelada ou curatelada.

5.2. Direitos e deveres do marido e da mulher

Em capítulo sobre a eficácia do casamento, o Código Civil dispõe que homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (artigo 1.565).¹⁸

Acabou-se a antiga visão discriminatória dos membros da entidade familiar. Por isso é que enfatiza, o artigo 1.567 do Código Civil, que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

O rol de deveres de ambos os cônjuges, previsto no artigo 1.566 do mesmo Código, repete os quatro incisos do artigo 231 do Código anterior – fidelidade, vida em comum, assistência, criação dos filhos -, e acrescenta mais um: respeito e consideração mútuos. Não se cuida de mera extensão pleonástica do dever de assistência moral. A ênfase se justifica em razão da “comunhão de vida” imanente ao casamento, de sorte que o distanciamento por falta de diálogo, a frieza no trato pessoal e outras falhas de comunicação podem afetar aquela convivência, motivando, com isso, novas figuras de quebra de dever conjugal.

5.3. Separação e divórcio

Casar pode ser fácil, descasar é que são elas. Diversamente do que se dá na união estável, em que o distrato é tipicamente informal, no casamento há necessidade de processo judicial para que se dissolva a sociedade e o vínculo de conjugalidade.

¹⁸ Note-se a preocupação em extirpar o tratamento jurídico diferenciado que o Código de 1916 estabeleceu entre os cônjuges, bastando lembrar que seu artigo 233 se referia ao marido como o “chefe” da sociedade conjugal, e o artigo 240, originalmente, classificava a mulher como “auxiliar”, e, com a reforma da Lei 4.121/61 deu-lhe promoção para “assistente”, mas conservando a submissão feminina, uma vez que sua incumbência se restringia a velar pela direção material e moral da casa.

O Código Civil incorpora em seu texto capítulo referente à dissolução da sociedade conjugal, que havia saído para legislação própria desde o advento do divórcio.¹⁹

Dá-se o término da sociedade conjugal por morte, invalidade do casamento, separação judicial e divórcio. Uma causa se acrescenta, porém, relativa à presunção de morte por ausência de um dos cônjuges (artigo 1.571, § 1º do novo Código). Note-se que o Código de 1916 considerava a ausência “morte presumida” somente para fins de sucessão definitiva (artigo 10, c.c. com 481 e 482).

Permanece a clássica divisão da separação judicial em: a) consensual (por mútuo consentimento) e b) litigiosa, seja decorrente de culpa de um dos cônjuges ou de causas objetivas independentes de culpa (ruptura de vida em comum por mais de um ano, ou grave doença mental por mais de dois anos).

Na separação consensual a inovação do Código de 2002 está na redução do prazo de casamento, que cai de dois para um ano (artigo 1.574). Mostra-se correta essa diminuição do chamado “prazo de experiência” no casamento, que poderia ser até menor, em torno de três ou de seis meses, como observado em outras legislações.

A separação litigiosa por culpa, derivada de grave violação a deveres conjugais, que torne insuportável a vida em comum, tem a sua casuística ampliada, relativamente às previsões genéricas do artigo 5º da Lei n. 6.515/77. O Código Civil retorna ao sistema de enumeração de motivos, que constava do revogado artigo 317 do Código de 1916. Agora, o rol do artigo 1.573 é mais amplo, porém com característica meramente exemplificativa, abrangendo os seguintes motivos: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar por um ano contínuo, condenação por crime infamante e conduta desonrosa. O parágrafo único do mesmo artigo faculta ao juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.²⁰

¹⁹ Acha-se revogada, assim, a Lei n. 6.515/77, que regulamentava a separação judicial e o divórcio, ao menos no que tange às suas disposições de natureza material, atinentes às causas, requisitos e espécies, muito embora ainda subsistam suas disposições de cunho processual, especialmente as relativas à conversão da separação judicial em divórcio (artigos 35 a 37) e ao divórcio consensual (artigo 40, § 2º).

²⁰ Já proclamava o poeta Vinícius de Moraes, diplomata e filósofo do cotidiano, que o amor é infinito enquanto dura. Mas é importante igualmente lembrar que o segredo do casamento não é a harmonia eterna.

Bem o diz Stephen Kanitz, ao salientar que “depois dos inevitáveis arranca-rabos, a solução é ponderar, se acalmar e partir de novo com a mesma mulher”, daí extraíndo sua receita: “O segredo, no fundo, é renovar o

Subsistem as modos de divórcio: a) indireto, pela conversão da separação judicial, decorrido o prazo de um ano , e b) direto, pela comprovada separação de fato por mais de dois anos, conforme dispõe o artigo 1.580, §§ 1º e 2º, do Código Civil. Não se menciona a culpa, bastando se verifique o decurso do prazo estabelecido em cada uma dessas situações.

5.4. Nome do cônjuge

A adoção do sobrenome do cônjuge deixa de ser privilégio da mulher e passa a ser direito assegurado a ambos os cônjuges, bastando que façam a opção no procedimento da habilitação matrimonial (artigo 1.565, § 1º).

E a perda desse nome acrescido somente ocorrerá para o cônjuge declarado culpado, se assim o requerer o outro e desde que a alteração não cause prejuízos para a identificação do cônjuge, distinção entre o seu nome de família e o dos filhos, ou dano grave reconhecido em decisão judicial (artigo 1.578).

5.5. Poder familiar

O pátrio poder passa a denominar-se poder familiar. Foi intuito do legislador afastar a conotação patriarcalista, de predominância da figura paterna nas relações com os filhos menores.

Trata-se do feixe de direitos e deveres dos pais com relação aos filhos menores, que ficam sob sua guarda, criação e formação, conforme é previsto nos artigos 1.630 e seguintes do Código Civil.

5.6. Proteção à pessoa dos filhos

A filiação é presumida em razão de se acharem casados os genitores, ainda mesmo em casos de reprodução assistida (art. 1.596 do CC), ressalvados os casos de sua

casamento, e não procurar um casamento novo” (Ponto de vista: *O segredo do casamento*, na revista “Veja”, São Paulo: ed. Abril, 290904, pág. 22; e nos sites: www.veja.abril.com.br, ou www.kanitz.com).

impugnação pelo marido, nas condições citadas na lei.

Separados ou divorciados os pais, cabe a eles dispor de comum acordo sobre a guarda dos filhos menores. Não havendo consenso, porém, a decisão caberá ao juiz. O Código Civil assim dispõe, afastando-se do critério de culpa na separação, para dizer, de forma concisa e lapidar, que a guarda dos filhos será atribuída “a quem revelar melhores condições para exercê-la” (artigo 1.584).

Leva-se em conta, portanto, o superior interesse dos filhos, para que permaneçam com o pai ou com a mãe, independente de quem tenha sido o responsável pela separação. O que importa examinar, nesse caso, é a condição pessoal do guardião, a significar capacitação material e moral para assistência e educação dos filhos.

Paralelo ao direito de guarda por um dos cônjuges, tem-se o direito do outro a visitar os filhos e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação (artigo 1.589).

5.7. Regime de bens no casamento

Conforme seja o regime de bens no casamento haverá ou não, em maior ou menor grau, o direito de meação entre os cônjuges, demandando providências de partilha dos bens tanto que se dissolva a sociedade conjugal.

A opção pelo regime de bens continua sujeita à celebração de pacto antenupcial por escritura pública, salvo se escolhido o regime da comunhão parcial, em que bastará a redução a termo no processo de habilitação (artigo 1.640 e seu parágrafo único).

Diversamente da imutabilidade prevista no Código de 1916, o Código vigente permite a alteração do regime de bens no curso do casamento, desde que autorizada judicialmente em pedido motivado de ambos os cônjuges, comprovando-se as razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros (artigo 1.639, § 2º).

Quatro são os regimes de bens, pelo novo Código, porém com enumeração diversa do Código revogado. Desaparece o regime dotal, que, na realidade, tem sido de raro uso entre nós. Ao lado dos regimes da comunhão universal, da comunhão parcial (que continua sendo o regime legal, na falta de convenção) e do regime da separação de bens, surge o

regime da participação final nos aquestos.

Trata-se, este último, de novidade inspirada na legislação de países europeus. Consiste numa forma híbrida de separação de bens, durante o casamento e de comunhão parcial ao dissolver-se a sociedade conjugal. Esclarecem os artigos 1.627 a 1.675 do novo Código que, nesse regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, formado pelos bens que possuía ao casar e os adquiridos, a qualquer título durante o casamento, sendo que, à época da dissolução da sociedade conjugal, faz-se a partilha do patrimônio adquirido onerosamente durante a vida em comum.

5.8. Alimentos

Dispõe o artigo 1.694 do Código Civil que os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social e para fins de educação. Há que levar em conta a capacidade econômico-financeira da pessoa obrigada ao pagamento, para que se fixe a prestação de forma racional e equilibrada, conforme se extrai das disposições dos artigos 1.694, § 1º, e 1.695 do mesmo ordenamento.

Ponto de interesse por seu caráter inovador diz com a possibilidade de serem fixados alimentos mesmo em caso de culpa da pessoa necessitada, porém de forma restrita, pois, os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência (artigo 1.694, § 2º). O mesmo tratamento se dá ao cônjuge na separação judicial, ou seja, o culpado perde o direito a alimentos, salvo se necessitar e não tiver parente em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, ficando o ex-cônjuge obrigado ao pagamento no valor indispensável à sobrevivência do necessitado (artigo 1.704 e parágrafo único).

Outra novidade diz com a vedação de renúncia do direito a alimentos, que abrange todos os possíveis necessitados, incluindo-se cônjuges e companheiros, como deflui do artigo 1.707. Constitui retrocesso ao entendimento jurisprudencial de admissibilidade da renúncia dos alimentos pelo cônjuge na separação judicial por mútuo consentimento. Revigora-se, portanto, o enunciado da súmula 379 do Supremo Tribunal Federal, que já não vinha tendo aplicação regular por entender-se ultrapassada, especialmente em situações de renúncia pelo cônjuge que ficasse com bens suficientes para manter-se de forma autônoma.

5.9. Direito de herança

Garante-se ao cônjuge o direito sucessório, de mais ampla forma que a prevista para o companheiro.

Pelo que dispõe o Código Civil nos artigos 1.829 e seguintes, o cônjuge passa a concorrer com os herdeiros descendentes, salvo quando tenha sido casado nos regimes da comunhão universal, no da separação obrigatória de bens ou no regime da comunhão parcial relativamente aos bens comuns.

Demais disso, o viúvo concorrerá em igualdade de condições com os ascendentes, qualquer que seja o regime de bens. E conserva o direito à herança total, em não havendo descendentes ou ascendentes do falecido.

Como reforço, o cônjuge sobrevivente é incluído no rol dos herdeiros necessários, por isso com direito à legítima (metade da herança – art. 1.845 do Código Civil) e conserva o direito de habitação sobre o imóvel que servia ao casal (art. 1.831).

6. CONCLUSÃO

A exposição das conseqüências jurídicas da escalada do afeto nos aspectos familiar e patrimonial bem evidencia que o legislador se preocupa com o relacionamento das pessoas na sua plenitude e inteireza.

O que se pretende é proteger e garantir os direitos de cada um, numa escala diretamente proporcional ao avanço do trato afetivo, ou seja, quanto mais próxima, intensa e duradoura a relação, mais surgirá o manto jurídico da tutela do Estado.

Desde a primeira amostra de aconchego até o namoro, o compromisso mais sério, a convivência pública e feliz até o casamento de papel passado, estará sempre o direito ao dispor da pessoa lesada para que se restaure a sua dignidade humana, princípio fundante da ordem constitucionalmente estabelecida na vivência familiar e social.

BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARROS, Sérgio Resende de. “Dos direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais”. Cap. em *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*, Rio: Imago, 2003.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*, Rio: Ed. Atlas, 1970.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, 10^a ed., São Paulo: RT, 2002.
- DELGADO, Mário Luiz e outros (dvs. autores). *Novo Código Civil, Questões Controvertidas no direito de família e Sucessões*, São Paulo: Método, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- _____. *Adultério, Bigamia e União Estável: realidade e responsabilidade*, em “Revista EPD” – São Paulo: Escola Paulista de Direito, coord. de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ano I, n. I, mai/agosto de 2005, p. 295.
- _____. e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord., div. aut.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5, Direito de Família, 20^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. V – Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 2005.
- KANITZ, Stephen. *O segredo do casamento*, na revista “Veja”, São Paulo: ed. Abril, 290904, pág. 22; e nos sites: www.veja.abril.com.br, ou www.kanitz.com.
- OLIVEIRA, Euclides de. *União estável – do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.
- _____. e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Cap. I – “Do Direito de família.” Cap. II – “Do Casamento”. Em *Direito de Família e o novo Código Civil*, DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2005.
- _____. e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Distinção jurídica entre união estável e concubinato”, em *Código Civil – questões controvertidas no direito de família e sucessões*, vol. 3, coord. de Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves, São Paulo: Método, 2005.
- OTERO, Marcelo Otruzzi. *A quebra dos sponsais e o dever de indenizar. Dano material e Dano moral*, em RT, vol. 766/100, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil – Direito de Família*, v. 6, 27^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio da dignidade da pessoa humana*, São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil - Direito de família*, v. 6, 3^a. ed., São Paulo: Atlas, 2002.