

A "FAMÍLIA" E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Andrea Melo de Carvalho

Professora de Direito de Família e Direitos das Sucessões no CEUT;
Especialista em Direito Processual pela UFSC; Mestranda em Direito
Constitucional pela UFC

Cumprido ao Estado, através do texto constitucional, observando as transformações embalsamadas no início do terceiro milênio, baseado nos princípios da igualdade e da não discriminação, ceder lugar à publicização do Direito de Família.

A Constituição Federal de 1988 introduz na sociedade brasileira uma nova tábua de valores, reunificando o direito privado, disperso e desatualizado, através da nova roupagem dada ao instituto da família.

Isso porque visualiza a família como promotora da dignidade humana, obtendo, assim, especial atenção do Estado à entidade familiar que efetivamente promova tal função de ordem pública. Para Luiz Edson Fachin, a família é, antes de tudo, uma realidade sociológica.¹

A família, núcleo sócio-afetivo, assume novas tendências, que transcendem à mera formalidade. E o Estado tutela tais relações, dando efeitos jurídicos às relações delas advindas.

A instituição familiar, dessa maneira, sucumbe a modelos pré-fabricados por legisladores civilistas, deixando de ser um corpo demasiadamente privado, com escopos individualistas, para passar a leito de interesses públicos, com fito na sociedade.

Reconhecida como entidade familiar, a união estável, que no passado era associada à prostituição e à devassidão, sendo denominada de concubinato, hoje está resguardada pela Constituição.

Durante toda a história da humanidade tem-se notícia do concubinato como forma de relação social. Na Roma antiga, tal forma de relacionamento era considerado um casamento de segunda classe. Segundo Washington de Barros Monteiro, o concubinato romano era assim um quase-casamento, união inferior ao casamento, semimatrimônio, contraído sem formalidades, porém, de natureza lícita, nada tendo de torpe ou reprovável².

Era o concubinato dividido em espécies: puro, quando os concubinos não tivessem impedimentos para contrair matrimônio; impuro ou espúrio, quando um dos concubinos ou os dois possuísem impedimentos legais para convolar núpcias. Este último divide-se, ainda, em incestuoso, quando há relação de parentesco entre os conviventes; e adúlterino, quando um(unilateral) ou os dois(bilateral) fossem casados com terceiros.

A Religião foi, durante muito tempo, a grande combatidora do concubinato, baseada na moral e nos bons costumes. Embora reprovando o concubinato, a Igreja tolerou-o até 1563, quando o Concílio de Trento expressamente o proibiu.

Até essa época, o rigor formal do casamento não era exarcebado, bastando a convivência entre homem e mulher, sem que ambos tivessem impedimentos para casar, para selar a união dos cônjuges, sob o pálio do Direito Natural. Somente o concubinato incestuoso era considerado desabonador da família.

Todavia, perdendo de vista a lei natural, o legislador cria formalismos, passando a não ter efeitos jurídicos os casamentos realizados sem as formalidades previstas na lei. Até mesmo o casamento religioso deixa de existir no mundo jurídico, possuindo os mesmos efeitos do concubinato puro.

No Brasil, editou-se o Decreto n.º 181 de 24.01.1890, que carreou todo o rigor formal para a solenidade do casamento. E, até hoje, o Código Civil, de 1916, traz as seqüelas desse formalismo.

Com isso, surgiu uma nova tendência de constituição de família, importando em relações de fato(concubinato), como meio de fuga do rigorismo formal imposto pela nova legislação.

Outro fator que fez evidenciar os casos de concubinato foi a falta de lei disciplinando o divórcio. Este só adentrou a legislação brasileira em 1977, ficando até essa data os desquitados impedidos convolar novas núpcias, posto que vinculados ao primeiro casamento, em face de sua indissolubilidade.

Os adeptos do divórcio foram os que primeiro defenderam as relações concubinárias, propugnados pela liberdade sexual, sob a nova filosofia liberal. No entanto, mais do que eles, a própria realidade social exigia que a lei acobertasse com seu manto situações presentes e ignoradas pelos legisladores, clamando por leis que resguardassem relações que se sedimentaram pelo tempo, sem estarem albergadas pelos tentáculos da lei civil.

Assim, a história brasileira atravessou fases de aceitabilidade do concubinato: inicialmente, o concubinato era totalmente ignorado pela lei, com marco no Decreto n.º 181 e confirmado pelo Código Civil de 1916; em seguida, há uma

aceitação paulatina do concubinato, contanto que não adulterino e vislumbrado sob a ótica do direito obrigacional, com fito a evitar o enriquecimento ilícito; e, por último, recebendo a tutela constitucional (art. 226, § 3º da CF/88: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.) sendo colocada a união estável no capítulo que trata da família.

Hodiernamente o Estado atribui maior enfoque ao instituto da família, desconsiderando a forma como ela é constituída, se advinda do ato jurídico solene do casamento (família legítima), ou de relação de fato(concubinato).

Continua, entretanto, o casamento sendo mais que a união estável(concubinato estrito), mas esta, agora, é mais que a união livre(concubinato lato), devido ao status constitucional dado pelo § 3º do artigo 226. Tanto isso é verdade, que a própria Constituição facilita a conversão da união estável em casamento. Clarividente fica que, acaso equiparados casamento e união estável, desnecessária seria esta conversão.

Observa-se que a família legítima, com a introdução de novos conceitos de entidades familiares, vem perdendo seus valores, sendo nivelados seus efeitos a relações de fato. Resumindo tal temática, Washington de Barros Monteiro afirma que quanto mais o concubinato puxa a coberta para si, mais desnudado fica o matrimônio³.

Contudo, não é essa equiparação de efeitos o principal problema a ser considerado. O imbróglio foi criado quando o legislador tentou regular a União Estável, inicialmente com a Lei n.º 8.971 de 29.12.1994 e, posteriormente, com a Lei n.º 9.278 de 10.05.96.

A primeira, intitulada Lei do Concubinato, realçou os direitos a alimentos e à sucessão, enquanto que a segunda, denominada Estatuto dos Conviventes regula, especificamente, o § 3º do art. 226 da CF/88(que não é auto-aplicável), também dispendo sobre direitos a alimentos e à sucessão, porém sob outro enfoque.

A segunda lei(9.278/96), criada para cobrir as lacunas da primeira(8.971/94) não regulou toda a matéria desta, não é com ela incompatível e nem expressamente a revogou, o que leva a crer que ambas(8.971/94 e 9.278/96) convivem no universo jurídico, produzindo efeitos, apesar de possuírem muitos dispositivos conflitantes.

Vale salientar que a Lei n.º 8.971/94 garantiu à concubina direitos sucessórios mais amplos dos que os devidos à esposa,nas mesmas condições, pois em seu

artigo 2º, inciso II garantiu a metade dos bens do companheiro falecido, mesmo que sobrevivam ascendentes. Assim dispõe o citado artigo:

Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade de herança.

Enquanto que o cônjuge sobrevivente, em caso de falecimento do marido, só terá direito aos bens do de cujus na ausência de ascendentes, posto que não é herdeira, mas meeira do marido falecido, estando na terceira posição na escala hereditária, após os descendentes e ascendentes(art. 1.603, CC: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes; II - aos ascendentes; III - ao cônjuge sobrevivente).

A Lei n.º 9.278/96 disciplinou a matéria de modo diferente, não discorrendo sobre a forma de divisão, limitando-se a resguardar direito real de habitação ao companheiro supérstite(art.7º, parágrafo único: Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.).

Até mesmo as características dos conviventes nas duas leis são diferentes. A Lei n.º 8.971 exige que os conviventes sejam solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, que convivam a mais de 5(cinco) anos ou que tenham prole. Já a Lei n.º 9.278/96 exige apenas que a convivência seja duradoura, pública e contínua entre homem e mulher, sem estipular prazo ou estado civil.

Tais distorções entre as duas leis tem ocasionado decisões judiciais contraditórias e moralistas. Sentenças disparatadas, com raciocínios turtuosos, fruto da celeuma legal criada pela vigência concomitante de duas leis colidentes.

Portanto, é importante estabelecer critérios interpretativos para aplicar as citadas leis, de forma a não privilegiar uma espécie de entidade familiar em detrimento de outra.

Ao reverso, deve-se considerar todas as relações familiares como entidade familiar nos termos constitucionais, independentemente da origem da família, tendo sido ela constituída por ato jurídico solene ou apenas por relação de fato.

A questão é relevante porque a sociedade anseia por mudanças legislativas que acompanhem a dinâmica social. É necessário, contudo, uma lei única, que discipline a matéria de modo uniforme e coerente, evitando a problemática advinda da coexistência de duas leis regulando a mesma matéria e na qual alguns artigos são incompatíveis.

Acredito que uma nova lei, bem elaborada, discutida e que não se distancie da realidade social, bem como, que revogue expressamente as leis anteriores, seja capaz de tornar eficaz o dispositivo constitucional em comento e de propiciar o fim público para o qual foi proposto, qual seja, assegurar uma sociedade melhor, fruto de pessoas advindas de famílias (legítimas ou de fato) juridicamente protegidas e promotoras da respeitabilidade humana.

1 FACHIN, Luis Edson. Elementos Críticos do DIREITO DE FAMÍLIA. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

2 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Direito de Família. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1997.

3 _____