

A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares

Gustavo Tepedino

Sumário: 1. Alterações axiológicas introduzidas pela Constituição Federal nas relações de família; a tutela constitucional das entidades familiares: art. 226, § 3.º; art. 1.º, §3º, CF. Da família como instituição à família como instrumento para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. 2. A evolução do conceito de unidade familiar e suas conseqüências na disciplina jurídica da família: a) a proteção do vínculo conjugal. 3. Segue: b) as relações entre os cônjuges; 4. Segue: c) as relações entre pais e filhos; d) a proteção cerimoniosa dos filhos adulterinos e a presunção de paternidade prevista no art. 344 do Código Civil. 5. A dualidade conceitual do casamento, como ato jurídico solene de constituição da família e como relação familiar fundada no matrimônio. 6. A proteção constitucional do casamento e das novas formas de entidades familiares: critérios interpretativos. 7. As Leis 8.971, de 30.12.94 e 9.278, de 12. 05.96. Controvérsias e perspectivas da tutela da união estável entre a Constituição Federal e a legislação ordinária. Notas conclusivas.

1. O quadro de intensas modificações ocorridas nas últimas décadas no âmbito do direito de família revela, do ponto de vista fenomenológico, inegável transformação da estrutura familiar, identificada amplamente pela doutrina e, especialmente, pelos cientistas sociais (1). É do ponto de vista axiológico, contudo, que se pode identificar a mais profunda alteração no vértice do ordenamento, não obstante o eloqüente silêncio - seja consentido o oxímoro - da doutrina pátria a este respeito, a impor radical reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de família (2).

A Constituição Federal, centro reunificador do direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez mais numerosa, e da perda de centralidade do código civil, parece consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores (3). O pano de fundo dos polêmicos dispositivos em matéria de família pode ser identificado na alteração

do papel atribuído às entidades familiares e, sobretudo, na transformação do conceito de unidade familiar que sempre esteve à base do sistema .

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos (4).

De outra forma não se consegue explicar a proteção constitucional às entidades familiares não fundadas no casamento (art. 226, § 3º) e às famílias monoparentais(art. 226, § 4º); a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal(art. 226, § 5º); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independentemente de culpa(art. 226, § 6º); o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica(art. 226, § 8º).

A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes - particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão - justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do código civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula mater da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal.

O constituinte de 1988, todavia, além dos dispositivos acima enunciados, consagrou, no art. 1º, III, entre os princípios fundamentais da República, que antecedem todo o Texto Maior, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família.

Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que - e somente na exata medida em que - se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.

Dito diversamente, altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos - tendo por origem não apenas o casamento - e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

2. A confirmação de tais constatações se pode obter mediante o exame da legislação pré-
vigente em tema de direito de família, seja no que tange à tutela do vínculo matrimonial,

como no que concerne às relações conjugais e às relações entre pais e filhos (5).

Quanto ao vínculo conjugal, há de se lembrar que a lei do divórcio é relativamente recente (1977), tendo sido promulgada com uma série de temperos que, procurando contentar os exaltados ânimos antivorcistas, suscitou severas críticas (basta lembrar o mal humorado texto de Saulo Ramos intitulado "Divórcio à Brasileira"), sobretudo por permitir somente um único novo casamento. Com efeito, ao jovem estudante de direito parecerá certamente estranho que a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de julho de 1977, que autorizou a dissolução do vínculo conjugal e permitiu, com isso, a conseqüente promulgação da lei do divórcio, vicejou em meio a verdadeiro combate que se estabeleceu em todo o país. Não se pode esquecer, ainda, que no sistema originário do código civil a separação dos cônjuges se vinculava ao rígido sistema da culpa, não se admitindo o desquite senão por causas taxativamente previstas (*numerus clausus*).

Não é tudo. Demonstração cabal da impressionante proteção oferecida pelo código civil ao vínculo conjugal encontra-se no art. 222: "A nulidade do casamento processar-se-á por ação ordinária, na qual será nomeado curador que o defenda". O dispositivo, inteiramente desprovido de suporte constitucional a partir de 5 de outubro de 1988, tem-se mantido incrivelmente imune a objeções de inconstitucionalidade - o que não deixa de ser significativo. De sua leitura vê-se que o legislador, não satisfeito em submeter ao vagaroso rito ordinário a declaração de nulidade de um casamento realizado com altíssimo grau de ofensa à ordem pública, violador de impedimento dirimente público, exige ainda a nomeação de um curador para defendê-lo! (6)

Em síntese estreita, se poderia dizer que o vínculo conjugal atraía intensa proteção por parte do código civil, em favor da coesão formal do núcleo familiar, a prescindir de qualquer valoração substancial do legislador quanto à realização pessoal dos cônjuges e dos filhos no âmbito da família.

3. Os dispositivos legais atinentes às relações entre os cônjuge expressam a mesma ideologia. Nos termos do art. 233 do Código Civil, o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que só a partir do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121, de 22 de setembro de 1962), passou a exercer com a colaboração da mulher. Até o advento da Constituição de 1988 só o marido representava a família (art. 233, I, C. Civil), administrava os bens comuns e mesmo os particulares da mulher, segundo o regime matrimonial adotado (art. 233, II.), além de deter o direito de fixar o domicílio da família (art. 233, III) e a faculdade de autorizar a mulher a praticar uma série de atos da vida civil (art. 242, C. Civil). Todos estes poderes bem se coadunavam, em verdade, com o poder marital que, embora não atribuído expressamente pelo código civil ao marido, esteve entre nós presente até a Lei 4.121/62, quando vigorou a incapacidade jurídica da mulher casada (7).

A atribuição ao marido do poder de sujeição sobre a mulher, e conseqüente inferiorização feminina, a ponto de tornar juridicamente incapaz a esposa que até o minuto anterior às núpcias era plenamente capaz e perfeitamente inserida no mercado de trabalho, explica-se no contexto acima delineado; a unidade formal da família, em sendo um valor em si, justificava o sacrifício individual da mulher, em favor da paz doméstica e da coesão formal da entidade familiar.

4. Igualmente no que diz respeito ao pátrio poder, exercido pelo marido, conferia-se ao pai excessivos poderes, a determinar processo educacional extremamente autoritário. Ao filho cabia simplesmente se sujeitar ao poder paterno que se expressava, não raro, em punições

severas e inclusive castigos corporais. Somente o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069, de 13 de julho de 1990) é que, na esteira dos valores constitucionais, mudou esses estado de coisas, transformando o filho (antes mero objeto) em protagonista do próprio processo educacional (8). O regime anterior, embora em sacrifício do filho, lograva evitar qualquer distúrbio proveniente da contestação à autoridade paterna. Também aqui se mantinha a harmonia, ao menos aparente, do grupo.

Sempre em nome da paz doméstica o código civil negava qualquer proteção ao filho adulterino que, amparado pelo legislador especial, com a promulgação da Lei 883/49, teria, ainda assim, o seu reconhecimento condicionado à dissolução da sociedade conjugal ou, mais recentemente, nos termos da Lei 7.250/84, à hipótese de separação de fato por mais de cinco anos. Nota-se, também aqui, a supremacia do vínculo familiar legítimo sobre a pretensão de dignidade do filho (desgraçadamente) extraconjugal (9).

A mesmíssima tábua de valores justifica a vetusta presunção de paternidade do marido (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). No caso do código civil brasileiro, os arts. 338 e ss. consagram tal presunção em caráter quase absoluto, a despeito de eventual prova do adultério e confissão expressa da mulher (arts 343 e 346). O código admite a ação de contestação de paternidade em caráter excepcional, sujeitando-a a três restrições. Primeiramente, quanto à legitimidade, autorizando somente o marido a propô-la (art. 338). Em, seguida, quanto ao exíguo prazo decadencial para o seu ajuizamento: dois meses contados do nascimento, se o marido era presente, ou três meses se o marido encontrava-se ausente ou se lhe ocultaram o nascimento, contando-se então o prazo a partir de seu retorno ou da ciência do fato (art. 178, §§ 3º e 4º, I). Finalmente, quanto ao fundamento do pedido, estabelecido em *numerus clausus* pelos arts 340, 341 e 342 do Código Civil, que vinculavam a contestação da legitimidade do filho à impotência absoluta do marido ou à impossibilidade física ou fática de coabitação com a esposa (10). Cuida-se, pois, de grave obstáculo à investigação do filho adulterino de mulher casada, perfeitamente justificável "no interesse da paz doméstica" (11), objeto de proteção autônoma e detentora de nítida supremacia, como se procurou até aqui demonstrar, sobre a pessoa da esposa e dos filhos, notadamente os filhos ditos ilegítimos, sendo indiscutível a inferioridade destes em face da (desmesurada proteção) do vínculo conjugal.

5. Pois bem: a Constituição de 1988, como se procurou sublinhar, altera o objeto da tutela jurídica no âmbito do direito de família. A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana (12).

A falta de percepção do novo paradigma axiológico parece permear a polêmica até hoje em curso na doutrina e na jurisprudência quanto à eventual equiparação do casamento às uniões estáveis. Procura-se cotejar conceitos heterogêneos, fomentando-se, em conseqüência, o que parece ser uma falsa polêmica (13).

O constituinte, a rigor, vale-se da dualidade conceitual da expressão casamento, que pode ser examinado ora como ato jurídico formal fundador da família, ora como a relação jurídica familiar, decorrente não somente do ato jurídico formal de fundação da família. Com efeito, pode-se empregar a expressão casamento para designar o ato matrimonial: "O casamento de Tício ocorreu no dia tal"; e para designar as relações familiares: "O

casamento de Tício é muito bem sucedido".

Não há dúvida quanto à admissão, pelo constituinte, ao lado da entidade familiar constituída pelo casamento, das entidades familiares formadas pela união estável (art. 226, § 3º) e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Tais entidades demonstram a mudança da ótica valorativa constitucional e impedem que se pretenda dar tratamento desigual a qualquer das entidades familiares ali previstas. Vale dizer: toda e qualquer norma que se dirija à tutela das relações familiares deve ter como suporte fático (*fattispecie*) os tipos de comunidades familiares identificados pela Constituição, no âmbito dos quais a família fundada no casamento é apenas um deles. A comunidade familiar, por sua vez, não é protegida como instituição valorada em si mesma, senão como instrumento de realização da pessoa humana.

Completamente diversa é a tutela do casamento como ato jurídico solene, protegido prioritariamente pelo ordenamento porque (só ele) capaz de trazer absoluta segurança para as relações patrimoniais e não patrimoniais que inaugura, com a constituição da família, seja quanto aos filhos, como no que concerne aos cônjuges e às relações com terceiros que com estes venham a contratar. Daí porque ter assegurado o constituinte a gratuidade da celebração do casamento civil (art. 226, § 1º), além dos efeitos civis do casamento religioso (art. 226, § 2º), de larga tradição nos costumes pátrios. Daí igualmente o porquê da determinação ao legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis (art. 226, § 3º). Ou seja, quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certo de que, com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares.

Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classe, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares, que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo a que a estas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às relações formais.

6. Se são verdadeiras, como parecem, tais considerações, pode-se estabelecer, no âmbito das relações familiares, critérios interpretativos que evitem soluções casuísticas, muitas vezes até contraditórias, vinculadas à leitura de preceitos legislativos que se sucedem, no tempo, sem qualquer coerência axiológica. Em primeiro lugar, não se pode admitir qualquer interpretação legal que privilegie uma espécie de entidade familiar em detrimento de outra, ou que vise a tutelar o vínculo conjugal em sacrifício de algum dos cônjuges ou dos filhos.

Em segundo lugar, em matéria de direito de família, faz-se necessário extremar as normas que se destinam a regular os efeitos do casamento, como ato jurídico solene, das normas que visam a disciplinar o casamento como relação familiar. Aquelas, à evidência, não podem ser aplicadas às uniões estáveis, já que dependem essencialmente do ato solene, pressuposto fático para a sua incidência. Assim, por exemplo, a disciplina do regime de bens e o título sucessório decorrente da qualidade jurídica de pessoa casada, bem como a exigência de outorga do cônjuge para a constituição de fiança. Cuida-se de regras que devem incidir exclusivamente sobre relações constituídas pelo casamento, título indispensável à sua aplicação em razão da segurança jurídica. A publicidade inerente à qualidade de pessoa casada vincula-se à ratio de tais normas, sendo dado a qualquer interessado constatar, junto aos registros públicos, o regime jurídico do cônjuge com quem se pretende negociar ou cuja consistência patrimonial se quer conhecer.

Ao reverso, as normas que têm a sua ratio vinculada às relações familiares devem ser estendidas a toda e qualquer entidade familiar, nos termos constitucionais, independentemente da origem da família; tenha sido ela constituída por ato jurídico solene ou por relação de fato; seja ela composta por dois cônjuges ou apenas por um dos genitores, juntamente com os seus descendentes. Não há razão, por exemplo, para que um conflito relacionado a qualquer das modalidades constitucionais de entidade familiar seja submetido a uma vara cível, quando na comarca haja vara especializada em matéria de família. Tratar-se-ia de discriminação intolerável por parte da lei estadual de organização judiciária.

7. Estabelecidos tais critérios hermenêuticos, poder-se-á interpretar de maneira sistemática a recente Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que se seguiu à Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Ambas foram duramente criticadas do ponto de vista técnico (14), mas não podem ser objeto de interpretação que desconheça os princípios constitucionais acima invocados, de molde a oferecer soluções uniformes para as controvérsias delas decorrentes. A primeira questão ainda não pacificada refere-se à vigência da Lei 8.971/94 após o advento da Lei 9.278/96.

Regra elementar de hermenêutica, insculpida no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução do Código Civil, estabelece que "A Lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Não tendo o legislador de 1996 se manifestado acerca da ab-rogação da Lei precedente, e não sendo ambos os Diplomas globalmente incompatíveis, há de se investigar se a Lei 9.278/96 regulou integralmente as matérias e direitos tratados pela Lei anterior (15).

Diga-se, entre parêntesis, que o legislador poderia perfeitamente ter poupado o intérprete de tamanha dificuldade, bastando que definisse melhor o seu propósito. O fato é que assim não o fez, deixando florescer tormentosa polêmica. De um lado, não se reveste de boa técnica legislativa a disciplina de uma mesma matéria por meio de duas leis, sobretudo se cronologicamente tão próximas e verdadeiramente sobrepostas, com *fattispecie* coincidente em diversos preceitos. Daí ter-se pronunciado o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, inspirado por voz especializada, no sentido da ab-rogação da Lei 8.971/94 (16). Na mesma direção situa-se o Enunciado nº 1 do Aviso n. 137/96, do Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, formulado "para fins de uma possível uniformização de entendimentos dos Juízes" (17).

De outra parte, no entanto, do ponto de vista técnico, não há como negar que a Lei n. 9.278/96 não disciplina os mesmos direitos regulados pela Lei anterior, sendo desprovida, conseqüentemente, da força ab-rogativa que a ela se pretende atribuir. O art. 2º da Lei de 1994, em particular, atribui título sucessório aos conviventes, tornando-os sucessores a título universal, eis que beneficiados com quota-parte do patrimônio do de cujus, em usufruto legal, aos moldes da sucessão do cônjuge supérstite, na dicção do art. 1611, § 1º do Código Civil (18).

A Lei 9.278/96, ao revés, em seu art. 7º, parágrafo único, limita-se a criar um legado ex lege, fazendo o companheiro sucessor (título singular) do direito real de habitação, limitadamente à eventual residência familiar, aos moldes do que, para os cônjuges, prevê o § 2º do art. 1611 do Código Civil.

No que toca aos alimentos, o art. 1º da Lei 8.971/94 cria preceito geral de atribuição dos benefícios da Lei 5.478/68 a todos os companheiros como tal caracterizados, enquanto a

Lei 9.278/96, no caput de seu art. 7§, cinge-se à específica hipótese de incidência, no caso de rescisão, a sugerir a configuração de culpa de um dos conviventes.

Ambos os temas, tanto o direito sucessório como o direito a alimentos, não podem ser consideradas inteiramente regulados pelo legislador de 1996, já que este foi escancaradamente pontual, sem ter trazido disposição expressa que revogasse as regras gerais engendradas, no tocante as mesmas matérias, pela Lei 8.971/94.

Demais disso, a leitura geral dos dois textos revela a clara intenção do legislador de complementar a disciplina anterior, procurando sanar, aqui e ali, dúvidas e lacunas surgidas com a promulgação da lei precedente. É significativo, com efeito, que o próprio autor intelectual da Lei 9.278/96, Prof. Álvaro Villaça Azevedo, considere a lei 8.971/94 "em plena vigência" (19).

Sublinhe-se, ainda quanto às controvérsias relativas aos alimentos, que embora o art. 7§ da Lei 9.278/96 faça infeliz referência à rescisão, modalidade extintiva da relação negocial prevista na dicção vetada do art. 6§, não se poderia limitar a sua concessão à demonstração de culpa no rompimento da união estável, mesmo a prescindir da Lei 8.971/94 (20). A ratio da disciplina dos alimentos, inspirada, a toda evidência, por valores constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana e à realização da personalidade dos cônjuges e dos filhos, volta-se para os laços de solidariedade familiar, não se justificando a restrição interpretativa. O dever de mútua assistência entre os cônjuges, solenemente consagrado com o casamento, encontra-se de forma subjacente na construção, paulatina e natural, da união estável, inserindo-se em sua própria caracterização. Com a ruptura da união, a mútua assistência se transforma, mercê dos vínculos de solidariedade que a constituíram, em dever de assistência material que favorece, em última análise, a família, seja ela fundada ou não no casamento. Daí porque parecer correta a posição doutrinária que, embora minoritária, sustentava, mesmo antes da Lei de 1994, o configuração do dever de alimentos entre os companheiros, desde que presentes os pressupostos para a sua concessão: a necessidade do alimentário e possibilidade do alimentante (21).

Outra matéria nada pacífica diz com os elementos característicos da união estável. O art. 1§ da Lei de 1994 referia-se, para a configuração da família de fato, à "companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole". A Lei de 1996, mais flexível, preferiu valer-se da experiência doutrinária e jurisprudencial, reconhecendo, no art. 1§, "como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família" (22).

Já sob a égide da Lei de 1994, não me parecia que a invocação do quinquênio ou da prole, fosse excludente de outras hipóteses em que se comprovasse a estabilidade da união, mesmo a prescindir dos cinco anos ou da existência de filhos. Não seria razoável fixar alimentos pelo simples fato da maternidade ou da paternidade, mesmo na ausência de uma entidade familiar cuja extinção, afinal, deveria ser o título da assistência material. Melhor entendimento pareceu-me o de que o legislador criara uma presunção relativa, no sentido de que o lapso de cinco anos, assim como a prole, fossem sinais indicativos de uma união estável cuja inexistência, todavia, poderia ser demonstrada pelos interessados. Igualmente se me apresentava incompatível com o sistema negar alimentos a companheiros que, caracterizados como tal pela presença ostensiva dos elementos ontológicos de sua constituição, não lograssem demonstrar os cinco anos de estável convivência.

Com a Lei 9.277/ 96, confirma-se a tendência interpretativa acima sugerida, sobrevivendo, contudo, duas outras dúvidas relacionadas com os elementos caracterizadores da união

estável. A primeira delas relaciona-se com a convivência sob o mesmo teto. Embora a exigência não tenha sido formulada pelo legislador de maneira expressa, é fato que "a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição da família" pressupõe, em regra, a residência comum. Em tese, poderia ocorrer uma duplicidade de casas sem que isso significasse necessariamente a inexistência (ou a ruptura) da convivência. Entretanto, a caracterização da união estável se tornaria muito difícil nesta hipótese, devendo o juiz sopesar as provas com base em sua ordinária experiência e de modo a evitar que simples relacionamento afetivo possa ser considerado como uma entidade familiar.

Além disso, a Súmula 382 do STF, que fixou o entendimento pelo qual "a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato", foi formulada em outro contexto histórico, visando a garantir direitos patrimoniais inerentes à sociedade de fato. Nada impede, com efeito, a existência de uma sociedade de fato estabelecida entre concubinos que não morem juntos, a gerar efeitos patrimoniais indiscutíveis, a prescindir da configuração de uma verdadeira família. Outro aspecto duvidoso diz com à possibilidade de configuração de união estável, para fins de aplicação dos direitos ora examinados, na hipótese em que um dos companheiros seja separado de fato e excluído, assim, por disposição expressa, dos benefícios da Lei 8.971/94.

A matéria adquire grande relevo, seja pelo intuito do legislador de 1996 em expandir o âmbito de incidência legislativa - embora silente quanto a esta específica situação - seja pela recorrente e dolorosa angústia a que são relegadas as pessoas que, separadas de fato por longos anos, constituem nova e duradoura relação de convivência, restando afinal desamparadas, mesmo quando o vínculo anterior - formalmente válido - já há muito se atrofiara.

Ao propósito, e em que pese a dificuldade de se estabelecer uma solução justa para o problema, a extensão da disciplina ora tratada aos separados de fato implicaria a possibilidade de conversão em casamento, nos termos do art. 8§, para alguém que se encontra ainda vinculado a outra sociedade conjugal, a despeito da monogamia ser matéria de ordem pública interna. Mais: configuraria uma dupla e concorrente vocação sucessória, do companheiro e do cônjuge, eis que não formalmente dissolvida a sociedade conjugal anterior (23). Acrescente-se que título sucessório só se pode pretender por definição legal, sendo indiscutível a deliberada exclusão dos separados de fato pela ainda vigente Lei de 1994.

Tampouco se poderia pretender, nesta matéria, extensão analógica, já que a sucessão da mulher e do homem casados tem o seu título no fato do casamento, dependendo essencialmente deste, título sucessório diretamente vinculado à segurança trazida pela solenidade de que é constituído. A solução para as uniões de pessoas separadas de fato será a utilização dos benefícios já criados pela legislação especial em diversos campos, bem como a demonstração da configuração de sociedade de fato, para efeito de divisão de patrimônio comum, nos termos da Súmula 380 do STF, segundo a qual "comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Aliás, no campo das relações patrimoniais - e já enfrentando mais um aspecto controvertido -, a presunção de comunhão de aqüestos introduzida pelo art. 5§da lei 9.278/96 estabelece disciplina específica para as uniões estáveis. Diga-se, de logo, que a presunção é relativa, podendo ser contrastada por prova de estipulação contrária em

contrato escrito. Creio que outros meios probatórios não de ser aceitos para o mesmo fim, em respeito à clara intenção do legislador no sentido de dividir o patrimônio construído pelo esforço comum- direto ou indireto-, e ressalvada a inversão do ônus probatório ensejada pela presunção em tela. Não se poderia, por outro lado, a partir de tal presunção, pretender a extensão à união estável do conjunto de regras atinentes ao regime patrimonial do cônjuge. Dito diversamente, as demais regras do regime de comunhão parcial aplicáveis aos cônjuges não poderão ser estendidas às uniões estáveis por força do novo dispositivo. Uma coisa é a divisão do patrimônio comum, angariado pela dedicação diária dos companheiros, outra é o regime de bens instituído pelo ato solene do casamento, que o torna público, de maneira a oferecer segurança ao tráfego jurídico.

Vale enfatizar, ainda, o art. 8º da Lei 9.278/96, o qual prevê a conversão da união estável em casamento, causando generalizada perplexidade, principalmente por não regular o procedimento de conversão. Não obstante a pertinência das críticas, parece cristalino ser pressuposto para o conversão em casamento, nos termos da lei, a configuração da união estável estabelecida entre pessoas desimpedidas. Assim sendo, poder-se-ia ler o artigo em exame adicionado à uma espécie de cláusula implícita, pela qual a conversão é admitida "desde que não haja impedimento e estando habilitados os conviventes". Com efeito, não parece possível a dispensa do processo de habilitação, previsto no 67 da Lei 6.015/73 e que integra, por razões de ordem pública, o sistema legal, do mesmo modo como parece inafastável a interveniência do Ministério Público. O casamento, de toda sorte, é facilitado, como quer o Texto Constitucional, pela dispensa da celebração, sendo a conversão um procedimento substitutivo ao ato solene, que se procede mediante o requerimento encaminhado ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição do domicílio do casal. A convivência duradoura oferece, no entender do legislador, a segurança necessária para que, cumprindo o ditado constitucional, possa ser suprimida a solenidade e assim facilitada a conversão.

Finalmente, parece inegável que o art. 9º da aludida Lei 9.278/96 padeça de inconstitucionalidade, por atribuir competência ao juízo da Vara de Família para os litígios que envolvam união estável. Cuida-se de normatização afeta à competência estadual, nos termos do art. 125, C.F. (Há Comarcas em que sequer funcionam varas especializadas). De toda sorte, os Estados não podem deixar de, no âmbito de sua competência para criar as varas especializadas, concentrar todos os litígios que digam respeito às entidades familiares nas varas de família eventualmente criadas, já que o fundamento das regras de organização judiciária não se vincula ao ato solene do casamento mas à peculiaridade das relações familiares e da matéria em conflito.

Todas essas sugestões, no sentido de solucionar problemas casuisticamente passados em revista na observação das Leis 8.971/94 e 9.278/96, longe de pretenderem encerrar a polêmica suscitada pela legislação setorial, têm o intuito de propor o estabelecimento de critérios hermenêuticos compatíveis com o momento histórico e com a realidade constitucional brasileira. O importante, à guisa de conclusão, não parece ser tanto a enumeração exaustiva das divergências surgidas (e das soluções alvitadas) na esteira da evolução legislativa em tema de uniões estáveis e das novas entidades familiares. Mesmo porque já se anuncia nova lei regulamentadora, que alterará certamente algumas das soluções engendradas (24). Mais do que o apego ao texto legal, contudo, o momento está a exigir uma interpretação que saiba evidenciar os valores que se encontram no vértice do ordenamento, de modo a definir, a partir daí, na dúctil imagem do quadro cultural contemporâneo, as situações merecedoras de tutela e as soluções para os conflitos de

interesse que estejam em perfeita consonância com a realidade social (25).

(1) Sobre o tema, v., por todos, JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA e FRANCISCO MUNIZ, *Direito de Família (Direito Matrimonial)*, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1990, p. 10, onde se sublinha: "Os sociólogos, historiadores, antropólogos e juristas têm revelado o processo de passagem da família patriarcal à família nuclear. Este processo de desintegração da família é o resultado de profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais (revolução industrial, grandes concentrações urbanas, inserção da mulher no processo de produção e emancipação feminina)".

(2) A historicidade e relatividade dos institutos familiares são postas em relevo por FRANCESCO PROSPERI, *La familia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, Esi, 1980, p. 11 e ss.: "Le profonde trasformazioni che, al pari della società contemporanea, l'istituto familiare ha attraversato specie negli ultimi anni, impongono perciò un attento vaglio critico dei valori giuridici espressi attualmente dall'ordinamento, al fine di individuare quelli che tra essi meglio si prestano a fornire una adeguata risposta alle mutate esigenze storiche. Soltanto l'indagine siffatta, che si proponga cioè, in primo luogo, una comprensione profonda della realtà e su questa commisuri la portata delle disposizioni normative, potrà aspirare a chiarire il significato reale della disciplina dettata in tema di famiglia".

(3) Sobre a relação entre a Constituição e a legislação ordinária, v., PIETRO PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, Napoli, ESI, 1994, 3. ed., p. 12 e ss.

(4) V. na perspectiva da constituição solidarista italiana, PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Camerino-Napoli, Esi, 1984, p. 558: "La persona è all'apice della gerarchia dei valori costituzionali e ad essa sono funzionalizzate sia le comunità intermedie sia le situazioni soggettive patrimoniali: proprietà ed imprese... La libertà nella famiglia trova nell'unità e nei relativi doveri non soltanto il limite ma la funzione, il fondamento della sua stessa titolarità". V, ainda, para uma crítica à prevalência dos interesses econômico-patrimoniais na legislação civil brasileira das relações de família, propondo uma repersonalização, a partir da Constituição de 1988, PAULO LUIZ NETO LOBO, *A Repersonalização das Relações de Família*, in *O Direito de Família e a Constituição de 1988* (Coord. C.A.Bittar), São Paulo, Saraiva, 1989, p. 54 e ss.

(5) V., por todos, a obra clássica de VIRGÍLIO SÁ PEREIRA, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959, passim, e espec. o capítulo II, *Concepção da Família como Elemento Celular e Orgânico da Sociedade*, ps. 37 a 44.

(6) Emblemática, ao propósito, a decisão unânime da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publ. em 30.6.1993, e assim ementada: "Nas ações de anulação de casamento, o Curador ao vínculo não há de ser figura decorativa, secundária, mas presente e atuante, evitando conluios contrários aos interesses da sociedade"(in *ADV-COAD*, 1994, n. 64390). Na manualística, mesmo nas obras elaboradas após a Constituição de 1988, a matéria não tem merecido qualquer observação crítica: v., por todos, MARCO AURÉLIO S. VIANA, *Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993(1a ed.), p. 74: "o matrimônio tem a nulidade decretada em ação ordinária, com nomeação de curador que o defenda (art. 222), ao contrário dos negócios jurídicos nulos, em que a nulidade pode ser decretada de ofício, a requerimento dos interessados ou do Ministério Público, quando o juiz conhecer do ato ou de seus efeitos".

(7) V., ao propósito, CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, vol IV, Rio de Janeiro, Forense, 1995, 3. ed., p, 101: "É corrente que, procurando justificar o princípio da incapacidade jurídica, se tenha invocado o muito que nela existe de proteção e desvelo tutelar. Mas o certo é que se proclamava o preceito, embora a consciência jurídica nacional aos poucos se insurgisse contra tais prejuízos, defendendo a emancipação da mulher, e sua plena equiparação ao marido".

(8) Sobre o tema, seja consentido remeter a GUSTAVO TEPEDINO, A Disciplina Jurídica da Filiação, in Sálvio de Figueiredo (coord.), Direitos de Família e do Menor, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, 3. ed., p. 225 e ss. em que se procura demonstrar (p. 234) a inclusão da criança como partícipe ativo da própria educação, nos seguintes termos: 'a) o legislador fixa como critério interpretativo de todo o Estatuto a tutela incondicionada da formação da personalidade do menor, mesmo se em detrimento da vontade dos pais (art. 6.); b) a criança e o adolescente são chamados a participar com voz ativa na própria educação, convocados a opinar sobre os métodos pedagógicos aplicados, prevendo-se expressamente, em algumas hipóteses, a sua "oitiva" e até o seu "consentimento"; c) a lei determina um controle ostensivo dos pais e educadores em geral, reprimindo não só os atos ilícitos mas também o abuso de direito". Para um minucioso exame das alterações no processo educacional produzidas pela L. 8.069/90, em particular no que concerne à doutrina da proteção integral, v. TANIA DA SILVA PEREIRA, Direito da Criança e do Adolescente - Uma Proposta interdisciplinar, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 11 e ss, com amplas referências bibliográficas.

(9) Para um exame da evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária do reconhecimento do filho extramatrimonial cf. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos, Rio de Janeiro, Forense, 1991, 2a ed., p. 80 e ss.

(10) V., sobre o tema, em perspectiva crítica, LUIZ EDSON FACHIN, Estabelecimento da Filiação Presumida, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1992, passim, com ampla bibliografia.

(11) CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, vol IV, cit. p.177.

(12) Sobre a evolução jurisprudencial e o debate doutrinário em torno da União Estável, v., por todos, ARNOLDO WALD, A união Estável (Evolução Jurisprudencial), in Direitos de Família, cit., p. 114 e ss.

(13) A proposta foi já anteriormente apresentada no âmbito de estudo sobre a evolução jurisprudencial em matéria de concubinato. Cfr. GUSTAVO TEPEDINO, Novas Formas de Entidades Familiares: Efeitos do Casamento e da Família não Fundada no Matrimônio, in Direito, Estado e Sociedade, PUC-Rio, n. 5, 1994, ps. 25 a 39.

(14) Veja-se, por todos: JOÃO BAPTISTA VILLELA, Alimentos e Sucessão entre Companheiros: Apontamentos Críticos sobre a lei n. 8.971/94, in Repertório IOB Jurisprudência, 1995, n.7, ps. 113-119; e, quanto à recente Lei 9.278/96, SÉRGIO DA SILVA COUTO, União Estável: A Emenda é Pior que o Soneto, in ADV-COAD, Informativo, 1996, n. 22, pp. 249/250.

(15) Sobre o conflito intertemporal das normas jurídicas, veja-se, na doutrina pátria, as páginas clássicas de EDUARDO ESPÍNOLA, A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, atual. por S. Pacheco, Rio de Janeiro, Renovar, 1995, 2ª ed., p. 63 e ss.

(16) V. a 1ª das 11 conclusões do XXI Encontro de Trabalho ocorrido dias 23 e 24 de maio de 1996 sobre "Lei do Concubinato: União Estável", in D.O.E.R.J., 26.06.96, Seção I, p. 22. do qual participou a ilustre civilista e Procuradora de Justiça, Profa. Heloísa Helena Barboza.

(17) DOERJ, 21/8/96, Seção I, p. 15.

(18) Quanto à natureza jurídica do usufruto viúvo, e suas inúmeras controvérsias, no plano jurisprudencial e doutrinário, cf. GUSTAVO TEPEDINO, *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, Rio de Janeiro, Forense, 1991, 2ª ed., p. 47 e ss.

(19) Entrevista à *Revista Literária de Direito*, n. 11, maio/junho de 1996, p.16. O autor, entretanto, bastante preocupado com a questão da culpa, ressalva: "...não entendo que seja justo que o convivente culpado da rescisão do contrato concubinário, seja escrito ou não, possa pleitear alimentos do inocente".

(20) Contra, entendendo que o dever de alimentos entre companheiros dependa da existência da culpa pela ruptura da vida em comum, a conclusão n. 4 do XXI Encontro de Trabalho do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, cit. : "O direito a alimentos entre companheiros exige culpa no rompimento da união estável por parte do alimentante (Lei 9.278, art. 7§, caput)".

(21) Nessa direção, SEMY GLANZ, *União Estável*, in *O Direito na Década de 1990* (coord. P. Dourado de Gusmão e Semy Glanz), São Paulo, Rev. Tribunais, 1992, p. 187 e ss; ARNOLDO WALD, *A União Estável (Evolução Jurisprudencial)*, in ARNOLDO WALD, *A União Estável (Evolução Jurisprudencial)*, in *Direitos de Família*, cit., p. 114 e ss.; SERGIO GISCHOW, *A União Estável e os Alimentos*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 615, p. 17. Contra, YUSSEF SAID CAHALI, *Do Direito de Alimentos no Concubinato*, in *Direitos de Família*, cit., p. 215 e ss, e espec. p. 219/220: "portanto, sob este aspecto, em nada foi modificado o direito anterior pela pretendida transformação da união estável do homem e da mulher em 'entidade familiar'. Sobre o tema, seja consentido remeter, ainda uma vez, a GUSTAVO TEPEDINO, *Novas Formas de Entidades Familiares*, cit., p.37, nota 31, com ulteriores referências jurisprudenciais e bibliográficas sobre o dever de alimentos entre conviventes. Quanto aos pressupostos da obrigação alimentar e sua evolução histórica v. a substancial contribuição de YUSSEF SAID CAHALI, *Dos Alimentos*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1994, 2ª ed., passim e, esp. p. 36 e ss.

(22) Sobre os elementos caracterizadores do concubinato, v., por todos, RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, *Concubinato e União Estável*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 41e ss. Ainda acerca da caracterização da união estável, defende a necessidade de sua regulamentação HELOISA HELENA BARBOZA, in *Novas Tendências do Direito de Família*, in *Revista da Faculdade de Direito, UERJ*, 1994, n. 2, p. 231, embora lance advertência contra os excessos legislativos: "deve o legislador tomar cuidado para não atropelar a realidade social, contrariando, ao regulamentá-lo, a própria razão de ser do casamento de fato".

(23) Cf.: art. 2§ da L. 6.515/77: " A sociedade conjugal termina: I- pela morte de um dos cônjuges; I - pela nulidade ou anulação do casamento; II - pela separação judicial; IV- pelo divórcio. Parágrafo único. O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. Art. 1.611. À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. § 1§ O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta-parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casa, e à metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do "de cujus". § 2§ Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o

único bem daquela natureza a inventariar".

(24) Segundo noticia a imprensa, A Comissão de Juristas, formada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça Carlos Alberto Direito e Waldemar Zweiter, e pelo Professor Arnaldo Wald, dentre outros, já consignou ao Ministro da Justiça proposta de alteração legislativa a ser encaminhada ao Poder Legislativo.

(25) Cf. FRANCESCO PROSPERI, *La familia non fondata sul matrimonio*, cit., p. 16, que sublinha: "Una volta, poi, individuata in tal modo la ratio normativa, sarà possibile stabilire concretamente se nela stessa siano riconducibile situazioni che, pur non conformandosi totalmente al rigido modello della legge, dimostrino, per i fini perseguiti, di essere meritevoli di tutela giuridica". E, ainda, PIETRO PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, Esi, 1979, p. 24: "autonomia della valutazione del giurista vuol dire che il giurista esaminerà la realtà sociale alla luce delle regole e dei principi normativi, e che queste regole e principi assumeranno un senso nella loro storicità, cioè in relazione alla situazione economica, politica e sociale".

TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares.

Disponível em

http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino_3.html. Acesso em 26/07/2006.