

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NA CARTA POLÍTICA BRASILEIRA DE 1988

ÁUREA PIMENTEL PEREIRA
Desembargadora do TJ/RJ

A família, como fato natural, nasceu do impulso biológico que, originariamente, uniu o homem à mulher, com o objetivo de procriação.

Na civilização romana, a família nasceu sob forma patriarcal, submetidos à autoridade do *pater familias* vivendo a mulher, os filhos e os escravos, observando-se que, com relação aos filhos, tinha o *pater* poder de vida e morte (*ius vitae et necis*).

Na família, assim constituída, o *pater* era, ao mesmo tempo, magistrado e sacerdote do culto doméstico, e tal era a preocupação que se tinha, então, com a preservação do culto religioso familiar que, ao lado do desejo da perpetuação da espécie, se fazia presente com objetivo também importante a continuação do culto dos antepassados, pois se temia que, sua extinção, pudesse trazer a condenação eterna dos membros da família e de seus antepassados.

Sob o domínio despótico do *pater familias*, os membros do grupo familiar, assim constituído, não tinham qualquer significação perante o Estado, por isso mesmo não estando sujeitos à jurisdição da *civitas*, já que *alieni iuris*, presente que, só o *pater* era considerado *sui iuris*.

O mesmo sentido político de formação e patriarcal de natureza, se observou na constituição da primitiva família grega.

É o que anota Paulo Dourado de Gusmão, em sua obra clássica: **Dicionário de Direito de Família, *verbis***:

“A família grega refletiu, em miniatura, a polis, em que o seu chefe é, ao mesmo tempo, soberano absoluto e sacerdote do culto doméstico”.

E prossegue o douto jurista:

“Resumindo, a família grega antiga, disciplinada por direito não escrito, é o grupo social, político-religioso-econômico, com sede na casa em que reside o ancestral mais velho, chefe da família, investido de poderes absolutos e sacerdotais, que mantém a sua unidade e dispõe das pessoas e dos bens, e conserva a religião doméstica, transmitindo-a às novas gerações e às que a ela passam a pertencer, bem como, através do casamento, de seus descendentes, com pessoas por ele escolhidos, possibilita, pela procriação, a perpetuação da mesma” (obra citada, p. 561).

Pode-se dizer, portanto, que a família antiga, tinha, ao mesmo tempo, base política e religiosa, onde sobressaía o interesse da coletividade, representada pela autoridade do *pater familias*.

Na sociedade moderna, contudo, a família já não se assenta mais no princípio político da autoridade de seu chefe, mas sim no princípio natural da consangüinidade, onde sobreleva o interesse dos membros da família, em sua individualidade.

Tem-se, portanto, que enquanto na família primitiva o que importava considerar era o interesse do grupo familiar, na moderna, tal interesse cede diante dos valores maiores de cada um dos membros da família, individualmente considerados, observando-se, no direito moderno, a incessante procura da absoluta simetria, entre os direitos do homem e da mulher.

A família moderna, como observa com percuciência Paulo Dourado de Gusmão: “é um grupo social igualitário, em que não mais existe a supremacia do marido e do pai, em que há direitos e deveres iguais, em que a mulher está igualada ao marido, e em que a autoridade paterna constitui função social, destinada a satisfazer os interesses do filho menor” (obra citada, p. 566).

No campo do direito, como anota Pontes de Miranda, em seu **Tratado de Direito de Família**, a palavra família, através dos tempos, tem sido usada, ora para definir o conjunto de pessoas, descendentes de um tronco ancestral; ora para se referir a pessoas ligadas por laços de parentesco, ora finalmente, de forma mais restrita, como correspondente à entidade familiar formada por marido, mulher e filhos.

Já se disse, anteriormente, que a família nasceu de um fato natural, qual seja, o impulso biológico que, originariamente, uniu o homem à mulher, com o objetivo da procriação.

Como fato natural, a família, naturalmente, não tinha, de início, a discipliná-la, regras jurídicas, experimentando, primitivamente, uma fase de *anomia* (ausência de regras).

Com o casamento, surgiu a família legítima, regida e disciplinada por normas legais que passaram a individualizar os direitos e deveres de seus membros.

Dentre nós – em sede constitucional – a família legítima só passou a merecer proteção do Estado, a partir da Constituição Federal de 1934, de vez que, anteriormente, nas Ordenações do Reino, e na Constituição do Império de 1824, o que se preconizou foi, tão só e exclusivamente, proteção para a Família Imperial, ignorando-se as demais.

Nem mesmo, na primeira Constituição da República de 1891, as entidades familiares foram postas sob a proteção do Estado, o que só veio a ocorrer, como já dissemos, com a edição da Carta Magna de 1934.

Observe-se, todavia, que a proteção que o Estado, na Constituição Federal de 1934, e nas Leis Fundamentais, que àquela se seguiram, prometeu outorgar, foi, tão só e exclusivamente, à família legítima, fruto do casamento que se declarou indissolúvel.

É o que se lê, com clareza, nas normas contidas nos artigos 144/147 da Constituição de 1946 e 175 da Constituição de 1969, sendo oportuno lembrar que, só com a Emenda Constitucional nº 9/77, a indissolubilidade do casamento caiu com a introdução do Divórcio.

Na Carta Magna em vigor, com o claro objetivo de proceder a uma verdadeira constitucionalização do Direito de Família, declarou o legislador constituinte, inicialmente, no artigo 226 *caput* que:

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Em seguida, nos §§ 1º e 2º do referido artigo consignou:

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Considerando a íntima relação que os parágrafos sempre guardam com o *caput* dos artigos, tem-se que, na norma sobredita, o legislador cons-

tituinte quis, inicialmente, se referir à proteção, pelo Estado prometida, à família legítima, pois do contrário não teria, nos parágrafos do mesmo artigo, inserido disposições a respeito do casamento e de sua celebração.

Vale, portanto, a declaração contida no artigo 226 e seus parágrafos, como expressa fixação do princípio de que a família legítima nasce com o casamento, merecendo a proteção do Estado.

A título de ilustração, observe-se que disposições idênticas, sempre vinculando a família ao casamento, podem ser lidas – como observa Josaphat Marinho, em seus “Estudos Constitucionais” – nas Constituições da Alemanha e da Itália, (obra citada, p. 221).

Confira-se, *exempli causa*, o que a respeito dispõem a Constituição Italiana (artigos 29 a 31) e a Constituição Suíça (art. 54).

Da família legítima, portanto, cuidou o legislador constituinte, na Carta Magna de 1988, como fruto do casamento, que, como já foi dito, se preconizou, no § 1º do artigo 226, há de ser civil e de celebração gratuita, e, no § 2º do mesmo artigo se admitiu possa ser religioso com efeitos civis.

Anote-se que na Constituição do Império de 1824 – o legislador – a exemplo do descaso que manifestou com relação à existência da família, como entidade social e política merecedora de proteção – também ignorou inteiramente o casamento como instituição.

Só com a Constituição de 1891, finalmente, a respeito do casamento se dispôs, em Lei Fundamental, admitindo-se sua celebração, sob a forma civil, silenciando-se, todavia, quanto ao casamento religioso, do qual só se veio a tratar na Carta Magna de 1934.

Na Constituição Federal em vigor, cuidou ainda o legislador constituinte de matéria de Direito de Família quando, no § 6º do artigo 226, estabeleceu, como forma de dissolução do vínculo matrimonial, o divórcio, que se previu poderá ser concedido após prévia separação judicial por mais de um ano, ou quando comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

Também dispôs o legislador, em sede constitucional, sobre as relações de família, quando, no § 5º do já citado artigo 226, proclamou que:

“Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos, igualmente, pelo homem e pela mulher”.

Tal simetria de direitos, na norma precitada estabelecida, que, aliás, guarda perfeita sintonia com a declaração genérica, no inciso I do artigo 5º

da Lei Maior contida, proclamadora da absoluta igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações, veio, afinal, assegurar à mulher o papel de realce na sociedade, que anteriormente lhe vinha sendo negado, em nome de posições preconceituosas que a relegavam à condição inferior.

Com efeito, como é sabido, a mulher nos primeiros tempos da história da humanidade, esteve sempre submetida à odiosa discriminação.

Em Roma, como observa Sá Pereira, *in* Direito de Família, p. 33, não tinha a mulher sequer personalidade jurídica, o que, aliás, acontecia, também, com os demais membros da família.

Enquanto solteira, ficava a mulher sob a *manus* do pai, e depois do casamento sob a autoridade, melhor dizendo, domínio do marido.

Diversa não era a situação imposta à mulher pelo Código de Manu, segundo o qual, enquanto solteira, devia a mulher ficar sob o poder do pai, uma vez casada, passava à autoridade do marido, e enviuvando estava submetida ao poder dos filhos, e se não os tivesse, ao dos parentes do marido, tal qual um objeto, sendo, portanto, transferida de mão em mão.

“A noção de propriedade, como observa Domingos Sávio Brandão Lima – gerou no homem um sentimento de domínio sobre a mulher, que ele usava como fator para gerar filhos ou sentimento de prazer, mediante captura, rapto, compra, troca, ou recompensa, exigindo-lhe absoluta fidelidade ou disponibilidade total de seu uso”(**Adultério – A Mais Infamante Causa de Divórcio**, p. 21).

No direito romano, o casamento podia ter lugar sob três formas: a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*.

A *confarreatio* era casamento solene, celebrado na presença de testemunhas.

Através da *coemptio*, a mulher que era tratada como objeto, como tal era vendida pelo pai ao marido, que por ela pagava um preço.

Já através do *usus*, o que o marido adquiria, não era propriamente a mulher, mas sim o domínio que o pai tinha sobre a filha, domínio esse que, contudo, para o marido, só se consolidava quando se consumasse espécie de prescrição aquisitiva, que a mulher habilmente procurava interromper, ausentando-se, anualmente, do domicílio conjugal por três noites seguidas (*usurpatio trinoctium*).

Por outro lado, estando a mulher na família, *in loco filiae*, como sobre os filhos, o *pater* tinha o *ius vitae et necis* – (que, para Jacob Grimm, jurista alemão que Sá Pereira cita em sua obra clássica, **Direito de Família** – tinha suas raízes no *ius abutendi* que tem o *dominus*, sobre a coisa sujeita a seu domínio) – era natural que, em relação à mulher, pudesse, também, o marido tal direito exercer.

Assim, submetida, portanto, inteiramente, à autoridade do marido, qual verdadeira serva, sem personalidade jurídica, não podia a mulher assumir obrigações, em virtude de sua reconhecida incapacidade para os chamados ofícios viris (*propter sexus imbecillitatem infirmitas feminarum* - Ulpiano), condição – que associada a falta de bom senso e fraqueza mental (*infirmitas consilii*), tidas como deficiências femininas – explicava, então, a pretensa incapacidade da mulher para os atos da vida civil.

Nessa ordem de idéias - e é ainda Sá Pereira quem observa – como se via no sexo “a causa natural da incapacidade”, foi o costume e não o reconhecimento de que à mulher faltava discernimento, que orientou a palavra de Catão, quando em Roma se discutiu a *Lex Oppia*, no sentido de, dentre outras restrições, negar à mulher o exercício da judicatura, odiosa proibição que - como anota o douto jurista - na verdade teria sido às mulheres imposta: “não porque elas mentalmente fossem inferiores aos homens, mas, ao contrário, porque se lhes dessem direitos iguais, em breve lhes seriam superiores”. (Op. cit. p. 295/6).

Parece, indisputável, então, que foi o temor da igualdade, que Bulhões de Carvalho conceituou de “covardia viril”, que, em princípio, orientou os legisladores, no sentido de, a pretexto de reconhecimento de uma incapacidade, que na realidade nunca existiu, negar à mulher os direitos a que esta sempre fez jus.

Foi, portanto, sob tal situação de inferioridade, restrição de direitos, e submissão total, que viveu a mulher durante longos séculos, tudo em nome de uma consciência retrógrada e preconceituosa que insistia em dispensar-lhe tratamento discriminatório.

A luta da mulher visando a assumir a verdadeira posição a que sempre teve direito na sociedade, desenvolveu-se através dos tempos, via de processo lento e progressivo, que aos poucos foi pondo fim às desigualdades.

No Brasil, a primeira manifestação que valeu como vedação implícita (não expressa) de discriminação em razão de sexo, veio com a Constituição do Império, de 1884, quando na referida Carta declarou-se de forma genérica:

“Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes” (artigo 179, n.14).

No campo do direito, só em 1900 foi permitido a uma mulher, licenciada em Direito, inscrever-se como advogada. Em 1903, após tenaz oposição, uma mulher, a Dra. Myrtes Gomes de Campos, foi admitida como membro do Instituto dos Advogados.

Com a edição do Dc. 21.076/32, foi reconhecido o direito de mulher disputar o acesso aos cargos públicos em igualdade de condições com o homem.

No terreno dos direitos políticos, por força do Código Eleitoral de 1932, conquistou a mulher o direito ao voto.

Com a Constituição de 1934, veio expresso, com solar clareza, o princípio vedatório de qualquer discriminação por motivo de sexo, quando no artigo 113, n.1, proclamou-se:

“Todos são iguais perante a Lei ... Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões, próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”.

A proibição de discriminação por motivo de sexo não foi expressamente repetida nas Constituições de 1937 e 1946, que preferiram declarar, apenas, de forma genérica, que todos eram iguais perante a lei.

O acesso à judicatura só ocorreu em 1951, quando pela primeira vez, uma mulher, a Dra. Iete Bomilcar Passarelli, ascendeu à magistratura, no antigo Distrito Federal.

No âmbito internacional, como lembra Ruth Bueno em sua obra **Regime Jurídico da Mulher Casada**, no ano de 1953, a VII Sessão da Assembleia Geral da Onu – posteriormente ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 123/55 - proclamou a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, assegurando a esta última: “em condições de igualdade, os mesmos direitos que os homens de ocupar todos os postos públicos estabelecidos em virtude de legislação nacional” (Ob. cit. p. 88).

A declaração expressa de isonomia dos sexos voltou a figurar na Carta Magna de 1969 (artigo 153, § 1º), estando presente na Constituição em vigor nos arts. 50, I e 226, § 5º.

Já se disse, que a luta da mulher, para assumir na sociedade a posição a que tinha direito, desenvolveu-se com lentidão, através dos tempos.

Em nosso país, essa luta sensibilizou os legisladores no sentido da reformulação de dispositivos legais, que reduziam a mulher casada à posição de inferioridade, quando a incluíam dentre os relativamente incapazes, assemelhando-a aos silvícolas (vide norma do art. 6º, II, do Código Civil, em sua redação primitiva).

No campo do Direito de Família, as primeiras conquistas da mulher chegaram através do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4121/62), quando àquela foram, então, reconhecidos muitos dos direitos que antes lhe haviam sido negados.

Foi através da referida lei que a mulher deixou de ser qualificada como incapaz, assumindo a condição de colaboradora dos encargos da família, conquistando, importantes direitos a saber: a prerrogativa de recorrer à Justiça, quando a fixação do domicílio conjugal pelo marido a prejudicasse; a exclusão das proibições que se liam na redação primitiva do artigo 242, do Código Civil, relacionadas com a aceitação ou repúdio de herança ou legado, exercício de tutela ou qualquer outro *munus* público; direito de litigar em juízo, exercer profissão ou aceitar mandato sem autorização do marido; a conceituação, como bens reservados, do produto auferido pela mulher com seu trabalho e os bens com o mesmo adquiridos, que, então, foram postos a salvo de execução por dívidas do marido, que não tenham sido assumidas em benefício da família; o exercício do pátrio poder sobre a pessoa dos filhos, juntamente com o marido; a exclusão da odiosa pena que impunha à viúva, que contraísse novas núpcias, a perda do pátrio poder sobre os filhos do leito anterior; o usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, enquanto durar a viuvez, quando o regime do casamento não for o da comunhão de bens, e houver filhos do *de cujus* ou do casal, e da metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*, e, no regime da comunhão universal, o direito real de habitação de imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, convindo observar que os direitos retrocitados (de usufruto e de habitação), foram pela lei assegurados a ambos os cônjuges (arts. 6º, 233, 240, 242, 246 e seu parágrafo único, 263, XII e XIII, 380, 393 e 1611, §§ 1º e 2º - redação da Lei de nº 4121/62).

Na órbita internacional, expressiva afirmação do princípio da igualdade da mulher, pode ser lida na Declaração, feita na Assembléia Geral das

Nações Unidas, em 07/11/67, na qual, dentre outras afirmações, proclamou-se fundamentalmente injusta e ofensiva à dignidade humana, a discriminação imposta à mulher e a limitação de seus direitos, preconizando-se:

“O princípio da igualdade de direitos deverá ser incorporado na Constituição ou ser garantido de outro modo pela lei” (art. 2º, “a”).

Posteriormente, em nosso país, nova conquista recolheu a mulher, quando editada foi a Lei de nº 6.515/77, que, em seu artigo 50, nº 5, ao dar nova redação ao artigo 240 do Código Civil, atribuiu àquela - que antes tinha o papel de “colaboradora dos encargos de família” – a posição de verdadeira colaboradora do marido na chefia da sociedade conjugal.

Não foi, portanto, de um salto, mas sim de forma gradativa que a mulher obteve, afinal, a simetria de direitos com o homem, em sede constitucional, agora, expressamente reconhecida.

É oportuno registrar que: quando se proclamou, na Carta Política brasileira de 1988, a igualdade de direitos e obrigações do homem e da mulher na sociedade conjugal; quando prometida foi a proteção do Estado para as entidades familiares e particularmente para a criança, o adolescente e os idosos; quando se dispôs sobre o casamento, sua celebração e dissolução, a reciprocidade do dever de assistência entre pais e filhos, envolvendo direito de guarda e percepção de alimentos; quando traçaram-se regras sobre a adoção, sem dúvida, revelada foi, de forma clara e precisa, a preocupação do legislador constituinte, em proceder, no corpo da referida Carta, ao que se pode chamar de verdadeira constitucionalização do Direito de Família, dedicando-lhe todo um Capítulo (Capítulo VII do Título VIII), com a inclusão de disposições inovadoras, algumas consagradoras de conquistas muito positivas no campo do direito e da justiça social, como é o caso da declaração de igualdade de direitos dos filhos, independentemente de suas origens, com a proibição de designações discriminatórias, relativas à filiação (art. 227, § 6º), outras, porém, merecedoras de críticas, como ver-se-á adiante.

Com relação à igualdade de direitos e de qualificações dos filhos, convém anotar que a norma do artigo 227, § 6º, já referida, derogou as disposições contidas no artigo 377 e nos §§ 1º e 2º do art. 1605 do Código Civil, que dispensavam tratamento discriminatório aos filhos, ditos naturais e aos adotivos, em tema sucessório.

Impende reconhecer, contudo, que o que dispôs o legislador constituinte, no artigo 229, envolve matéria já amplamente disciplinada em lei ordinária, *in casu*, nos arts. 396 e 397 do Código Civil, que cuidam dos alimentos devidos entre parentes (*iure sanguinis*).

Só que a norma constitucional procurou ser mais abrangente, ao tratar das obrigações dos filhos em relação aos pais, tendo conteúdo moral, e repercussão social, mais positivos, quando preconizou, a assistência dos filhos aos pais, não só na carência, ou necessidade, mas também na velhice, época em que, quantas vezes, o abandono dos pais pelos filhos constitui dolorosa realidade.

No que diz respeito ao dever de assistência dos pais, em relação aos filhos, releva, contudo, registrar que, a norma do art. 229 da Lei Maior, quando a respeito dispôs, fê-lo com imperfeição, já que previu, como credores de tal obrigação, apenas os filhos menores, sem atentar para o fato de que, também com relação aos filhos maiores, os pais podem, excepcionalmente, vir a ser chamados a cumprir a obrigação alimentar, como é o caso da prestação de alimentos, que, em situações especiais, pode ser reclamada pelos filhos inválidos ou comprovadamente necessitados (Confirmam-se os artigos 16 da Lei 6.515/77 e 396 e 397 do Código Civil).

Merece também destaque, porque reveladora da clara intenção, do legislador constituinte, de integrar as relações de família, no ordenamento constitucional vigente, a seguinte disposição da Carta Magna de 1988:

Art. 226 - § 8º - O Estado assegurará a assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Convém registrar que a prometida assistência do Estado aos membros da entidade familiar, de forma genérica, no § 8º, do artigo 226 da Constituição Federal preconizada, aparece particularizada em diversas normas da referida Constituição, a saber: nos incisos I e II do § 1º, e incisos I e II do § 3º, do art. 226, que dispõem sobre assistência: materno-infantil e à criança e ao adolescente, no campo da educação, saúde e trabalho; no parágrafo 4º, do artigo precitado que preconiza a punição de toda sorte de abusos, violência e exploração sexual praticados contra criança e adolescente; no § 7º, do mesmo artigo, que prevê apoio educacional e científico, por parte do Poder Público a programas de planejamentos familiar.

Merecem, também, especial destaque, as normas: do inciso XVIII do artigo 6º da Lei Maior, que prevê a concessão de licença remunerada à

gestante; do inciso L do artigo 5º, que assegura tratamento especial à mulher presidiária, que tenha filho em período de amamentação; do inciso XIX do art. 6º, que prevê a concessão de licença paternidade, que tantas críticas inicialmente mereceu; do inciso XXV do art. 6º, que assegura assistência aos filhos e dependentes, até seis anos, em escolas e creches.

Quanto às medidas protetivas destinadas a coibir a violência no âmbito das relações do grupo familiar, na norma programática do artigo 226, § 8º, da Carta de 1988, prometidas, na verdade já estavam previstas em lei ordinária anterior à referida Carta (Código Civil) em dispositivos que não só disciplinam as relações entre os membros da família, como também sancionam expressamente a prática de violências no âmbito de tais relações.

Confirmam-se, também, a respeito, as normas dos artigos 394 e 395 do Código Civil, que preconizam a aplicação de sanções aos pais que abusem de seu poder ou faltem aos deveres paternos, castiguem imoderadamente os filhos, os deixem em abandono, ou pratiquem atos contrários à moral e aos bons costumes. Vejam-se, ainda, as disposições contidas nos artigos 20, 22, 24, 129, 130 e 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente posteriormente editado, que coíbem a prática, pelos pais, de violência contra os filhos, e impõem sanções pelo descumprimento dos deveres de guarda e sustento.

Exemplo, ainda, da clara intenção do legislador constituinte de, no corpo da Carta Magna de 1988, ditar normas disciplinadoras das relações de Direito de Família, é o artigo 5º, LXVII, no qual estabeleceu-se séria sanção (pena de prisão) no caso do descumprimento injustificado da obrigação alimentar, medida que já existe, com o mesmo rigor, prevista em legislação infraconstitucional (artigos 733, § 1º, do C. P. Civil; 19 da Lei nº 5.478/68, 244 do Código Penal).

Por outro lado, ainda com a inescandível intenção de proceder no texto da Carta Magna de 1988, a uma verdadeira constitucionalização das relações de família, vê-se que cuidou o legislador constituinte de dispor a respeito da adoção (art. 227 § 5º), matéria, até então, só tratada em legislação infraconstitucional (Código Civil, artigos 368 e 378) e revogado Código de Menores (artigos 27, 28, 29 e 37).

É oportuno, porém, observar que, a nosso sentir, no artigo 227, § 5º, o legislador constituinte, teria, na verdade, disposto, tão só e exclusivamente, a respeito de adoção de criança e adolescente, que, atualmente, há de se processar, exclusivamente, com base nas regras ditadas pelo Estatuto da

Criança e do Adolescente, que prevêm, como forma única de adoção, a adoção plena.

É a conclusão que se recolhe, explicada pelo fato do dispositivo, que a respeito da adoção dita regras, estar inserido em parágrafo do artigo 227 da C.Federal, cujo *caput* cuida, exclusivamente, de normas de proteção à criança e ao adolescente, reforçando tal entendimento a circunstância de, no referido dispositivo, ter-se declarado que a adoção há de se fazer com a assistência do Poder Público, o que faz pressupor a adoção de menor - sujeito à tutela do Estado – hoje disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na linha de tal entendimento, vista a norma do § 5º, do artigo 227, como disciplinadora tão só e exclusivamente, da adoção de criança e adolescente, forçoso é convir, então, que tal dispositivo da Lei Maior, não revogou as normas do C.Civil, que dispõem sobre a adoção simples (artigos 368 e 378), que se tem, portanto, como subsistente para aplicação, aos casos de adoção de pessoa maior.

Ainda a propósito da proteção, pelo Estado prometida, na Carta Magna de 88, às entidades familiares, é importante observar que o legislador não cuidou, no texto constitucional, apenas, da família legítima, ocupando-se, também, das chamadas “uniões livres”, a respeito das quais as Constituições anteriores sempre silenciaram, tendo-se permitido erigi-las, no § 3º, do art. 226, quando estáveis, em entidades familiares, colocando-as sob a proteção do Estado, com a clara preocupação, desde logo revelada, de que, ditas uniões, possam vir a ser, no futuro, convoladas em casamento.

Abstraído o aspecto, indiscutivelmente positivo na norma constitucional sobredita contido, traduzido na preocupação, pelo legislador constituinte revelada, no sentido de que, as uniões de fato existentes, possam, no futuro, ser convoladas em casamento, crítica pode ser feita, à referida norma, quando reconheceu a união estável, existente entre o homem e a mulher, mesmo sem a existência de filhos, como entidade familiar.

É que, não se pode olvidar que, na palavra “família”, como já vimos anteriormente, está ínsita a idéia de parentesco que, evidentemente, não pode existir entre concubinos.

Sem a presença, portanto, de pessoas ligadas por laços de parentesco, parece incorreto falar-se em existência de família, ou de entidade familiar.

Correta, porém, é a definição, como entidade familiar – que se lê no § 4º do artigo 226 – da comunidade formada por qualquer dos pais e seus

descendentes, pois, nesse caso, estando-se diante de pessoas ligadas por laços de parentesco (pais e filhos), a caracterização do grupo como entidade familiar é, do ponto de vista jurídico, absolutamente adequada.

Não se pode deixar, contudo, de reconhecer que, embora louvável a preocupação do legislador constituinte, com as uniões livres, que proliferam na sociedade moderna, foi, de qualquer forma, impróprio a respeito das mesmas se dispor na Lei Fundamental.

É que, em sendo, como é, o concubinato um fato natural, fora da lei, que à ordem jurídica, até então, nunca interessou, porque, em princípio, por si só, não gerador de direitos, soa absurda a inclusão, no ordenamento constitucional de norma expressa para discipliná-lo, muito menos, com a clara preocupação, que na referida norma se lê, de sugerir para a união estável, o mesmo tratamento dispensado, pela lei, à família legítima, de tal assemelhação tendo resultado, pelo menos aparentemente, engrandecida a primeira e enfraquecida a última.

A propósito das preocupantes tentativas de assemelhação das uniões livres às famílias legítimas, já observava Arnaldo Medeiros da Fonseca, em sua obra clássica: **Investigação de Paternidade**:

“O enfraquecimento da família é, infelizmente, um fato assinalado por vários sociólogos, moralistas e juristas, e uma das tendências da sociedade contemporânea” (Obra citada, p.13).

Aliás, a tendência da assemelhação das uniões livres às famílias legítimas não constitui novidade, estando evidenciada, na ordem infraconstitucional, por diplomas legais que visam a dispensar à concubina tratamento que a aproxime dos direitos em lei assegurados à esposa legítima.

A atitude do legislador, dispondo no ordenamento constitucional vigente, em capítulo dedicado à família, a respeito das uniões livres, no entender da expositora, conspiraria contra os princípios éticos, em que se encontra assentada a família, na medida em que está, em última análise, pondo sob a proteção do Estado o concubinato, união precária, sem base legal, resultante de situação de fato, que de forma alguma pode interessar à ordem constitucional, embora possa deitar reflexos que mereçam ser considerados, no que diz respeito aos eventuais efeitos jurídicos de tais uniões resultantes – que de forma alguma podem se identificar com as relações de Direito de Família - exceção aberta para o concubinato de que tenha resultado prole, hipótese em que as relações dos filhos com os pais serão, sem dúvida, autênticas relações de Direito de Família.

A título de ilustração, é importante anotar que, o que se fez em nosso país, em texto constitucional, não encontra eco nas Constituições de países desenvolvidos, como a Suíça, França e E.E.UU. da América do Norte, Argentina e Itália.

De registrar-se ainda que, a norma do artigo 226, § 3º da C.F., nos termos em que foi redigida, expõe os princípios éticos da sociedade a sérios riscos, na medida em que, uma interpretação mais liberal, do que na referida norma se encontra contido, pode conduzir ao absurdo entendimento de que, caracterizada como união estável, merecedora da proteção do Estado, possa ser havida aquela situação em que os parceiros se encontrem envolvidos em uma relação sexual que, embora duradoura, não preencha o requisito de uma convivência *more uxorio*, pois inconcebível é admitir-se que tenha sido intenção do legislador constituinte, caracterizar como união estável, os casos de concubinação simples que – como observa Beucher, por Arnaldo Medeiros da Fonseca citado, em sua obra **Investigação de Paternidade**, p.19 – estariam representados pela simples comunhão de leito.

Inconcebível, por outro lado, é admitir-se que tenha sido vontade do legislador reconhecer como configurador de união estável, o concubinato que envolva relações adúlteras, pois nesse caso estaria excluída, desde logo, a possibilidade de alcançar-se o objetivo maior, de forma programática inserido na norma constitucional já referida, qual seja, o da conversão da união livre em casamento, a menos que se queira entender que, dita norma, tenha pretendido acenar aos adúlteros, com a solução heróica do divórcio, o que valeria, então, por deplorável contribuição para o enfraquecimento do casamento, base da sociedade e da família.

Gize-se que, desde a edição da Carta Magna em vigor, com a inclusão que se fez na mesma de norma expressa, em que se reconheceu, na união estável, a existência de uma entidade familiar, acentuou-se a tendência que já vinha, anteriormente, se esboçando na doutrina e na jurisprudência, no sentido de reconhecer, em favor da concubina, direitos decorrentes das relações de Direito de Família, embora, na verdade, as relações entre companheiros, sejam, a rigor, de natureza obrigacional.

Com a edição das Leis nºs. 8.971/94 e 9.278/96, tais direitos foram regulamentados, reconhecendo-se à companheira, se e quando finda a união estável, a percepção de alimentos, sob forma de pensão, e a participação nos bens do companheiro, inclusive, no caso de morte deste, a título de direito sucessório, previsão que, em nossa visão, constitui verdadeiro absur-

do, na medida em que erigindo a companheira em herdeira, ampliou o elenco da ordem de sucessão hereditária, na lei civil prevista.

Essas leis, pessimamente elaboradas, que tanto trabalho têm dado aos Tribunais, quando de sua aplicação, estão sendo reformuladas, emendadas e revistas.

É de se esperar que o legislador se sensibilize, no sentido de corrigir os desacertos existentes.

Até lá, cabe à jurisprudência dar, às referidas leis, interpretação que as conciliem com os princípios gerais de direito e a tradição da sociedade brasileira. ◆