

**DO CONCUBINATO À UNIÃO ESTÁVEL: A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO
CONCEITO DE FAMÍLIA BASEADO NO DIREITO À FELICIDADE**

THE CONCUBINAGE IN STABLE UNION: THE CONSTRUCTION OF A NEW
CONCEPT OF FAMILY BASED ON RIGHT TO HAPPINESS

Martinho Otto **GERLACK NETO**

Docente do Curso de Direito da FAEF/ACEG – Garça-SP.

e-mail: gerlack@bol.com.br

RESUMO

O texto da Constituição Federal de 1988 permanece afastado da realização de muitos dos direitos que tutela, inclusive na seara do Direito de Família. De acordo com seu artigo 3º, um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro é promover o bem de todos sem preconceitos ou discriminações. Já na previsão do *caput* do seu artigo 226, consta que a família tem proteção especial do Estado e é concebida como o alicerce da sociedade brasileira. Nos § 1º, 3º e 4º, do mesmo dispositivo constitucional, tem-se que o casamento é civil e que se reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. No mundo dos fatos onde as práticas sociais acontecem, esses preceitos vêm sendo objeto de debates tanto pelos estudiosos e aplicadores do Direito, como pelos demais segmentos sociais. O tema é complexo e envolve desde questões terminológicas até as dificuldades encontradas para identificar os elementos caracterizadores dos conceitos de “família” e “entidade familiar”. Diante dessa problemática e da amplitude da matéria, este estudo trata da natureza jurídica e da abrangência conceitual interpretativa das expressões “concubinato” e “união estável” à luz dos preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Constitucional. Entidade Familiar. Homoafetividade.

ABSTRACT

The text of the Federal Constitution of 1988 remains away of many of the rights protection, including in the area of family law. According to its article 3, one of the fundamental objectives of the State is to promote the common good without prejudice or discrimination. Already in the prediction of the chapeau of article 226, in which the family has special protection of the State and is conceived as the Foundation of the Brazilian society. In paragraphs 1, 3 and 4, of the same constitutional provision, is that marriage is civil and that is recognized as a family unit the stable union between man and woman and the community formed by either parent and their descendants. In the world of facts where social practices happen, these precepts have been object of debates by both scholars and law enforcers, as by other social segments. The subject is complex and involves long terminology issues until the difficulties to identify the elements that characterize the concepts of "family" and "family" entity. On this issue and the breadth of the subject, this study deals with the legal nature and the scope of interpretative conceptual terms “concubinage” and “stable” in the light of the constitutional principles.

Keywords: Constitutional. Family Unit. Homoaffectivity.

INTRODUÇÃO

O ser humano é naturalmente criativo e essa característica é evidente quando se analisam as constantes mudanças nas relações sociais, cuja rapidez e mobilidade nem sempre podem ser acompanhadas pelas normas instituídas para regular as condutas humanas.

Apesar de todas as dificuldades enfrentadas na época, o Legislador Constituinte de 1988 conseguiu entregar à sociedade brasileira um texto constitucional repleto de “cláusulas abertas”, vale dizer, de normas que incorporam princípios valorativos que se destinam à orientação dos julgadores nas suas decisões perante um caso concreto. Essas cláusulas gerais são flexíveis, permitindo diversas interpretações sem perder a atualidade apesar das constantes mudanças nas relações sociais.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental, com embasamento na doutrina, na jurisprudência e em diversos textos normativos, com estaque para a Constituição Federal de 1988; a Lei n ° 8.971, de 29 de dezembro de 1994; a Lei n ° 9.278, de 10 de maio de 1996; e o Código Civil de 2002.

Na sistematização do desenvolvimento da pesquisa, dividiu-se o estudo em quatro seções: na primeira apresenta-se o direito de família no ordenamento jurídico brasileiro, com breve apanhado histórico; na segunda examinam-se os textos legislativos que regulamentam o casamento, a união estável e o concubinato e identificam-se os critérios diferenciadores de cada um dos termos em análise; na terceira parte apresentam-se aspectos fundamentais acerca da família e a sua evolução; na quarta desenvolve-se uma objetiva abordagem sobre a hodierna legalização da união estável homoafetiva, a sua conversão em casamento e o direito à felicidade. .

DIREITO DE FAMÍLIA

A origem do direito de família brasileiro reside, principalmente, no direito canônico e no direito português que, por sua vez, “sempre tiveram suas arestas direcionadas para o casamento como formação legítima de família” (CAVALCANTI, 2002, p. 01), representado o direito português, sobretudo, pelos costumes que os lusitanos trouxeram para o Brasil com seus colonizadores.

É por isso que o sistema jurídico brasileiro sempre se mostrou resistente à outorga de efeitos positivos à relação extramatrimonial, mesmo quando a realidade já conhecia e a doutrina e jurisprudência vinham reconhecendo a existência de relações concubinárias como fato social incontornável (CAHALI, 2002, p. 02).

Orlando Gomes (GOMES, 1995, p. 32), ao tratar do tema, informa que “dentre os fatores influenciadores dos costumes familiares estão a religião e a moral, que conseqüentemente estão refletidos na legislação que o Estado dita para regular a composição da família e as relações que dela provém”.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família e não mais mencionou que se assentava no casamento. A partir do texto do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, o casamento deixou de ser o único fato gerador da família. Ao lado da família que é constituída a partir do casamento, surge a entidade familiar, entendida como a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e sua prole.

Tem-se, portanto, a família constituída pelo casamento civil e a entidade familiar constituída ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (monoparental) ou pela união estável entre o homem e a mulher.

Com essa postura, o legislador brasileiro, atento às mutações ocorridas nas relações familiares, e não podendo mais ignorar o número significativo de famílias formadas à margem da lei, sem a proteção do Estado, transformou a união estável em instituto constitucional incluindo-a no Capítulo VII, da Constituição Federal de 1988, que trata da família, da criança e do idoso (SANTOS, 1996, p. 59).

As uniões de fato, até então chamadas de “concubinato puro” estáveis e permanentes, não podiam mais ser ignoradas pelo direito. Porém, a inovação constitucional causou grande impacto, principalmente entre as pessoas mais conservadoras, inclusive juristas.

No entendimento de Maria Berenice Dias (2011, p. 47), foi por puro preconceito que a Constituição Federal de 1988 emprestou juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, explicando que “nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de entidade familiar, merecedora da proteção do Estado”, já que a mesma Constituição consagra como norma/cláusula pétrea, a dignidade humana.

Com efeito, toda e qualquer discriminação repousada na orientação sexual das pessoas é naturalmente inconstitucional por afronta ao princípio da dignidade humana e do seu corolário direito fundamental à felicidade.

FAMÍLIA E ENTIDADE FAMILIAR

O Direito de Família brasileiro regula a família em seu conceito amplo, que se subdivide em família em sentido estrito (casamento) e entidades familiares (união estável e relações monoparentais).

Essa distinção se faz necessária porque, apesar do reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional relacionada, o Legislador Constituinte de 1988 não equiparou os companheiros aos cônjuges. Existem alguns efeitos do casamento e da união estável que

são diferenciados, como, por exemplo, no que diz respeito às sucessões¹. Sem se alongar nessas discussões, basta mencionar a determinação da parte final do parágrafo 3º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Desse modo, embora seja definida como entidade familiar, a união estável não é considerada uma fonte da família em sentido estrito, encontrando-se num nível legislativo inferior ao casamento.

Portanto, o direito de família regula a instituição “família” em seu conceito amplo, classificada em: a) família *estrito sensu* ou família tradicional, que tem como fonte unicamente o casamento; e b) entidade familiar, que pode ser constituída pelas uniões estáveis e pelas relações monoparentais.

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Apesar das resistências ideológicas e socioculturais, não existem impedimentos legais ao casamento ou à união estável entre pessoas no mesmo sexo. Se impedidas de se casar, e atenderem aos requisitos que caracterizam a união estável, serão assim reconhecidas, ou, ao menos, como concubinato. Se não houver impedimento para o casamento, se assim o desejarem poderão se casar.

Vale ressaltar que o Estado contemporâneo busca a felicidade de seus componentes. Desde sempre o ser humano se organiza para obter felicidade e sob tal anseio se submete às regras, paga impostos, limita-se. Conforme Luiz Alberto David Araújo (2000, p. 74) “ao arrolar e assegurar princípios como o do Estado Democrático, o da dignidade da pessoa humana e o da necessidade de promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito, o constituinte garantiu o direito à felicidade”. Embora não tenha o Legislador Constituinte adotado a forma expressa, deixou evidente que dentro do sistema nacional o Estado brasileiro, “tem a função de promover a felicidade, pois a dignidade, o bem de todos, pressupõe o direito de ser feliz”. De fato, não se pode

¹ Por exemplo, o Código Civil de 2002 não inseriu os companheiros entre os herdeiros necessários, conforme se infere do artigo 1.845: “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge” (Código Civil de 2002).

conceber que um Estado voltado à promoção do bem de todos colabore com a infelicidade das pessoas (ARAÚJO, 2000, p. 74).

Sobre o assunto Maria Berenice Dias (2012, p. 01) destaca que “o enlaçamento de vidas decorre da busca pela felicidade”. Desse modo, mesmo que o direito à felicidade ainda não esteja consagrado textualmente na Constituição Federal de 1988, “ninguém duvida que é um direito fundamental”.

No Brasil existem pelo menos duas propostas de emenda à Constituição denominadas de “PECs da felicidade”. Uma delas trata-se da Proposta de Emenda à Constituição de nº 19/2010, de autoria do então senador Cristovam Buarque e outros, apresentada no Senado aos 07 de julho de 2010, com a seguinte ementa:

Ementa: altera o artigo 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito (SENADO, 2010).

A Proposta de Emenda à Constituição de nº 19/2010 está, nesta data (09 de abril de 2013), aos cuidados da Subseção de Coordenação Legislativa do Senado.

De fato tanto o Código Civil de 2002 (artigo 1.723) quando a Constituição Federal (artigo 226, parágrafo 3º) e a Lei da União Estável (Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, artigo 1º), reconhecem como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, apenas de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, porém, a constitucionalização dos direitos impõe ao intérprete a ponderação entre princípios, colocando como cláusula geral a dignidade humana, sendo que qualquer forma de discriminação, de tratamento desigual e que gere infelicidade, afronta esse princípio.

Recentemente, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu uma união homoafetiva como “entidade familiar”, que além de convocar o Poder Legislativo para regulamentar a matéria, o que ainda não aconteceu, abriu

precedentes para que os Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros normatizassem e determinassem aos Cartórios de Registro Civil que promovam a habilitação do casamento de pessoas do mesmo sexo. Isso já vem acontecendo progressivamente nos Estados brasileiros (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 / DF, 2011), inclusive no Estado de São Paulo.

O primeiro Estado brasileiro a conceder *status* de “casados” a casais homossexuais foi Alagoas, em 06 de janeiro de 2012. O segundo foi a Bahia, em outubro de 2012. O terceiro foi São Paulo, em dezembro de 2012 e o quarto o Estado do Ceará, em março de 2013.

Então, diante desta inegável realidade, doutrina e jurisprudência, em resposta ao anseio da sociedade, passaram a ocupar-se com as relações entre homens e mulheres fora do casamento e, mais recentemente, com as uniões homoafetivas. Passou-se a considerar o afeto como valor jurídico de relevante prestígio para o Direito das Família (CHAVES, 2011, p. 231).

CONCLUSÕES

Inclui-se no conceito de entidade familiar a união estável formada por duas pessoas do mesmo sexo. Na falta de texto normativo expresso, tal inserção decorre da interpretação conjugada dos artigos 3º e 226, da Constituição Federal de 1988, pois apesar da especificação “homem e mulher” no corpo do texto do parágrafo 3º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, o inciso IV, do artigo 3º, que enumera os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, assegura como princípio fundamental do estado brasileiro “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O elemento “sexo” ou “sexualidade” não pode mais ser utilizado como argumento para definir uniões estáveis.

Conclui-se, ao final, que:

a) todas essas expressões: “família”, “entidade familiar”, “união estável”, “concubinato”, “uniões homoafetivas”, trazem apenas uma característica em comum: são relações afetivas;

b) antes o concubinato era classificado em puro e impuro. Com o advento da Constituição Federal de 1988 o concubinato puro passou a se denominar “união estável” e o concubinato impuro simplesmente “concubinato”;

c) o concubinato não é fonte da família nem forma de entidade familiar e, portanto, não recebe a tutela do direito de família, ficando sob a égide do direito das obrigações; e

d) o casamento permanece sendo a única fonte da família;

e) se entende por entidade familiar as uniões estáveis formadas por um homem e uma mulher ou por duas pessoas do mesmo sexo, e pelas uniões monoparentais compostas por um dos pais e sua prole; e

f) não existem impedimentos legais para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, prevalecendo-se o princípio da igualdade e do direito à felicidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAHALI Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Contrato de convivência: na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição - PEC nº 513/2010**. Autoria Manuela D’Avilla. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484478>>. Acesso em: 09 abr. 2013.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **A união estável e o novo Código Civil**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 06, nº 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3083>>. Acesso em: 07 abr. 2013.

CHAVES, Marianna. **Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais**. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **O direito à felicidade**. Publicado em 05 de outubro de 2012.
Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o_direito_%E0_felicidade.pdf> Acesso em:
08 abr. 2013.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

OLIVEIRA, Basílio de. **O concubinato e a Constituição atual**. 3. ed. Rio de Janeiro:
AIDE, 1993.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Felicidade**: em direção a uma abordagem
holística para o desenvolvimento. Resolução da Assembleia Geral de 13 de julho de
2011 Disponível em:

<<http://www.capemisasocial.org.br/capemisasocial/blog/Documents/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20ONU%20Promove%20Indicadores%20de%20Felicidade.pdf>>.

Acesso em 09 abr. 2013.

PEREIRA JUNIOR, Anthero Mendes. **Princípio da dignidade humana e a proteção
da filiação no instituto da guarda dos filhos**. Dissertação de Mestrado. Orientador
Antonio Carlos de Campos Pedroso. Osasco/SP: Centro Universitário FIEO - UNIFEO,
2006.

SANTOS, Gizelda Maria Scalon Seixas. **União estável e alimentos**. São Paulo: Editora
de Direito, 1996.

SENADO. **Projeto de Lei do Senado - PLS nº 612/2011**. Autoria de Marta Suplicy.
Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102589>.

Acesso em 09 de abril de 2013.

SENADO. **Proposta de Emenda à Constituição - PEC nº 19/2010**. Autoria Cristovam
Buarque e outros. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622>.

Acesso em: 09 abr. 2013.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 459.788 /
RN**. Tribunal Pleno. Relator: Ayres Britto. Julgado em 05 de maio de 2011. Publicado
no DJe-198 de 13 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso
em: 07 abr. 2013.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 459.788 / RN**. Decisão Monocrática. Relator: Cezar Peluso. Julgado em 03 de julho de 2009. Publicado no DJe de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 07 abr. 2013.