

Ano III, Nº 10, Junho 2011

JUSTIÇA & CIDADANIA

WWW.REVISTA.JC.COM.BR

Ação Rescisória



A posse do novo presidente do STF

EDITORIAL: O ÚLTIMO CORONEL OLIGARCA

A Família Contemporânea no Direito Penal - primeira parte

Guilherme Calmon Negueta da Gama é Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Trata-se de artigo acerca de aspectos novos do instituto da família, face às transformações contemporâneas do contexto social brasileiro, em que se procura abordar, em especial, a questão da caracterização do "companheirismo" como espécie de família, notadamente a partir do texto constitucional de 1988.

Nesse desiderato, verifica-se pertinente a avaliação dos carônios inerentes a esta nova espécie familiar na seara penal, particularmente no que tange à reatuação dos dispositivos de proteção penal à família ancontradições no ordenamento jurídico brasileiro.

Coloca-se, nesse particular, a questão da integração analógica, no sentido da aplicação, em favor do companheirismo, das normas penais não-incriminadoras protetivas da família, e a paralela impossibilidade de aplicação da analogia para as situações envolvendo os companheiros, relativamente às normas penais incriminadoras.

Abordam-se, ainda, questões relativas à conveniência ou não da existência de legislação sobre o tema, conceituação, nomenclatura e requisitos, incluindo o atual tratamento legislativo sobre o assunto.

Traçam-se, enfim, ideias sobre a Constituição Federal de 1988, em especial no tocante à auto-aplicabilidade ou não do artigo 226, § 3º que expressamente reconheceu a "união estável" como espécie de família, ou companheirismo, termo mais adequado e já arraigado na sede doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Introdução - A Família Contemporânea - o Companheirismo - no Direito Penal

A semelhança do que se verifica na experiência internacional, a instituição familiar brasileira é objeto de mutações intrínsecas ditadas por fatores exógenos em constante transformação, tais como contexto social, cultural, moral, religioso e econômico.

No passado, a inexistência de uma legislação específica abordando questões como a dicotomia concreta entre família matrimonial e extramatrimonial ressaltou a importância da atuação da jurisprudência no esclarecimento e acondicionamento jurídico destas transformações.

Hoje, no campo conceitual, não restam dúvidas quanto à transferência do conteúdo jurídico do instituto do companheirismo do Direito das Obrigações para o Direito de Família.

O fenômeno da repersonalização ou despatrimonialização do Direito impõe um redimensionamento das relações familiares no sentido de preservar e desenvolver, prioritariamente, aspectos desprovidos de conteúdo econômico e que, não obstante inerentes à essência mesma das relações familiares, restaram, sob a égide do patrimonialismo exacerbado do Código Civil de 1916, relegados a segundo plano nas listas que transitavam pelos tribunais. Tratamos aqui notadamente das questões referentes a afeto, solidariedade, união, harmonia, respeito, confiança, amor, em detrimento da conceituação da família puramente como sociedade de bens.

Nesse panorama, insere-se a questão do companheirismo, que já reconhecido pelos tribunais nas hipóteses de sociedade de fato, conjugação de esforços em prol de um objetivo comum, transborda do mero patrimonialismo. A Constituição Federal, a esse

respeito, foi coerente ao reconhecer a "união estável" como uma espécie de família no seu artigo 226, § 3º, outorgando-lhe, nessa qualidade, o ensejo da tutela estatal. Importou, conseqüentemente, no reconhecimento da família não derivada de casamento civil ou casamento religioso com efeitos civis.

Na exegese do artigo 226, § 3º da Carta Magna de 1988, três aspectos surgem no que tange à "união estável": a) a questão da eficácia plena do dispositivo constitucional no tocante à proteção que o Poder Público deve dar à família, inclusive àquela fundada no companheirismo; b) a conversão da "união estável" em casamento, tratando-se de norma de eficácia limitada de princípio institutivo, pois depende de regulamentação infraconstitucional para que possa operar efeitos jurídicos; c) a necessidade de legislação infraconstitucional regulamentadora também no tocante às relações internas e diretas envolvendo os companheiros.

Um tema intimamente relacionado a esta interpretação constitucional diz respeito à possibilidade de equiparação entre a família constituída pelo companheirismo e a família constituída pelo casamento, para efeito de incidência do Direito Penal. Este, como se sabe, trata também de aspectos descriminalizantes ou benéficos relacionados à família em dispositivos esparsos. À guisa de exemplo, pode-se citar a isenção de pena reconhecida ao agente nos crimes não-violentos praticados contra o patrimônio do próprio cônjuge na constância da sociedade conjugal (artigo 181, do Código Penal), ou a exclusão da punibilidade nas hipóteses de casamento da vítima com o agente, na hipótese do art. 107, VII, ou com terceiro, na hipótese do art. 107, VIII, desde que as elementares de violência ou grave ameaça não se configurem na conduta delitiva e a ofendida não requeira o prosseguimento da ação penal nos sessenta

dias após a celebração do casamento.

Relativamente à extensão aos companheiros da incidência das normas previstas nos arts. 235 e seguintes do Código Penal, encontramos, forçosamente, obstáculo intransponível não só no princípio da vedação à analogia in malam partem no direito penal, mas, sobretudo, no princípio da reserva legal, ou tipicidade cerrada nas normas penais incriminadoras, obstando o sancionamento estatal de condutas não tipificadas expressamente em texto legal.

A VISÃO MODERNA DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Como decorrência da reformulação do conceito jurídico da família, verifica-se no reconhecimento constitucional da monoparentalidade e do companheirismo a adequação do ordenamento jurídico à realidade social e cultural ainda que não em toda a sua inteireza. Em sede doutrinária, processou-se antecipadamente esta reformulação, em especial no escólio de Orlando GOMES¹, João Baptista VILLELA² e Heloisa Helena BARBOSA³, entre outros.

As Diversas Famílias na Acepção do Direito

A família é antes de mais nada uma realidade, um fato natural, uma criação da natureza, não sendo resultante de uma ficção criada pelo homem. Trata-se de um conjunto de pessoas que se vinculam pelo matrimônio, pelo companheirismo, pela filiação biológica, pela filiação socioafetiva. O termo "família", assim, apresenta pluralidade de conceituação, diante da abordagem do tema, que abrange várias ciências humanas e, no universo jurídico, não se limita ao âmbito do Direito Civil, já que vários ramos do Direito regulam aspectos relacionados à família.

A Família Inserida no Contexto Social

A preocupação dos Estados com a preservação da família e da sociedade justifica-se pela relação bastante próxima e completa destas, até porque a desagregação da família importa no desaparecimento da sociedade. A Declaração Universal dos Direitos do Homem reconheceu o estreito vínculo entre elas, estatuidando que: "A família é o núcleo natural e



Juiz Guilherme Calmon

fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado".⁴

A Função da Constituição Federal e a Família

Desde 1934, os textos constitucionais brasileiros vêm se preocupando com a família, sem nunca a definirem, somente reconhecendo o casamento como instituto formador e legitimador da família, constituída pela união de um homem e de uma mulher.

Na história das Constituições brasileiras, aponta-se o texto constitucional de 1934 como sendo o primeiro que expressamente fez referência à família. Em seu artigo 144, a família era constituída pelo casamento indissolúvel, observando a orientação do Direito Canônico acerca do princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal, além de

gozar da proteção especial do Estado. No mesmo texto, ficou assentado que também eram admitidos efeitos jurídicos ao casamento religioso, caso fossem adotadas certas formalidades, com a posterior inscrição do casamento no Registro Civil.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 - um marco na evolução do ordenamento jurídico em matéria de família - o estigma do companheirismo deixou de existir. No campo constitucional, vários princípios e regras sobre as relações familiares foram adotados, alterando, substancialmente, a ordem jurídico-familiar no Brasil. Apenas a título exemplificativo, podem ser citados os avanços no tocante à igualdade entre os cônjuges - no que tange aos direitos e deveres recíprocos, nas relações conjugais -, e equiparação de qualificação de todos os filhos,

independentemente de origem, reconhecendo tratamento igualitário para todos.

Relativamente à conversão da "união estável" em casamento, o preceito constitucional é norma de eficácia limitada de princípio institutivo. Trata-se de norma que depende da edição de lei não obstante reconheçamos de plano os efeitos objetivos e subjetivos derivados das normas programáticas exaradas em matéria de direito de família. Nesse diapasão, entendemos que toda norma jurídica editada após o advento da Constituição de 1988 que pretenda impedir a conversão do companheirismo em casamento deve ser considerada e efetivamente declarada inconstitucional. Assim, ao que se nos afigura, se a lei que culde da conversão vier a exigir providências mais rigorosas comparativamente à própria celebração do casamento, evidentemente será inconstitucional. A mens da norma constitucional é, portanto, de estimular a conversão do companheirismo em casamento, razão pela qual a lei infraconstitucional deverá facilitar a conversão, e não dificultá-la.

Evidentemente, como já referido, não houve equiparação constitucional do companheirismo à união matrimonial. De contrário, completamente despicienda sena a cláusula final do artigo 226, §3º, que prevê a conversão da "união estável" em casamento.

Numa análise comparativa entre o artigo 226, da Constituição de 1988 e o artigo 175, da Emenda Constitucional de 1969, observa-se uma importante distinção: "Enquanto o art. 175, caput, da Carta revogada, previa 'a família constituída pelo casamento' para efeito de proteção estatal, o art. 226, caput, da atual Constituição, se refere apenas à família como base da sociedade, gozando de especial proteção do Estado, deixando de vinculá-la exclusivamente ao casamento. A diferença é sintomática e, certamente, não foi o acaso que conduziu a Assembléia Constituinte a elaborar, aprovar e promulgar o texto atual com diferenças tão marcantes".

A circunstância da Constituição de 1988 haver reconhecido o companheirismo como uma espécie de família, merecedora de proteção estatal, não enfraquece o instituto do casamento. O próprio texto constitucional deixa isso claro, ao prever, no §3º, do artigo 226, que a lei deverá facilitar a conversão da "união

estável" em casamento, numa demonstração inequívoca de que a união interpessoal mais importante constitucionalmente é aquela constituída através do casamento. Esta circunstância representa um marco histórico na sociedade brasileira contemporânea em matéria de uniões informais. Realmente, a "união estável", como espécie de família, já era realidade sociológica, antes mesmo do seu reconhecimento constitucional.

Interpretação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal e a questão da auto-aplicabilidade

A Constituição estabelece, no caput do artigo 226, a regra da "especial proteção do Estado" à família, a que poderia provocar alguma controvérsia acerca do sentido da regra da proteção estatal contida no §3º. Como já comentei: "Sucede que, provavelmente temendo os rumos que pudessem ser tomados a partir da interpretação jurídica do texto, o

Como já referido, o alcance do preceito constitucional que prevê a proteção do Estado à família, do qual o Direito Penal não pode ficar alheio, não se restringe às normas penais incriminadoras, aplicando-se, também, às normas penais benéficas, sempre com o objetivo de preservar as famílias matrimonial e extramatrimonial, na ordem jurídica nacional pós-1988.

constituente repeliu a regra do §3º, especialmente em relação à "união estável", apenas não utilizando o adjetivo "especial". Sena a proteção estatal pura e simples, tal como prevista no §3º, diferente da "especial proteção do Estado" constante do caput? Evidentemente que não, considerando a própria interpretação sistemática do art. 226, da Constituição, diante da inclusão da comunidade formada entre um dos genitores e seus descendentes como espécie de família (§4º), a merecer, indubitavelmente, "especial proteção do Estado" (caput).¹⁶

Reafirma-se, portanto, que a regra protetiva estatal em relação ao companheirismo é norma constitucional de eficácia plena, operando os seus efeitos imediatamente.

Ao que se nos afigura, em todas as ocasiões em que a família seja merecedora de tutela estatal, no sentido do seu resguardo contra estranhos e mesmo em relação ao Poder Público, tal proteção abrange não apenas as famílias matrimoniais como também as famílias extramatrimoniais (companheirismo e monoparentalidade biológica ou adotiva), face à eficácia plena e aplicabilidade imediata do art. 226, §3º nesse particular.

"Nesse contexto de nova figuração dos componentes familiares, ... cabível se mostra indagar dos seus reflexos na esfera penal, em situações típicas dos crimes contra a família (arts. 235 e seguintes), assim como na análise de circunstâncias agravantes ou atenuantes de certos delitos por envolver pessoas casadas, qualificadoras ou causas de aumento de pena pelo mesmo fundamento, bem como nas hipóteses de extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a ofendida".

A despeito da não-equiparação entre casamento e companheirismo, forçoso será reconhecer, por força da eficácia plena do dispositivo referido, a extensão aos companheiros das prerrogativas inerentes aos "familiares" no direito penal, em especial no que tange às escusas absolutórias, causas de extinção, entre outras.

O COMPANHEIRISMO: UMA ESPÉCIE DE FAMÍLIA

As Leis nos 8.971/94 e 9.278/96, cujos textos legislativos foram editados posteriormente à Constituição de 1988 e cuidam especificamente de efeitos internos nas

relações da família extramatrimonial, não ofereceram um conceito claro para "companheirismo", mas se limitaram a apresentar algumas características e requisitos. Adotou-se, então, o conceito de companheirismo como "união extramatrimonial monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor da família, estabelecendo uma comunhão de vida e d'almas, nos moldes do casamento, de forma duradoura, contínua, notória e estável", correspondendo portanto os termos "companheirismo" e "companheiros" a respectivamente instituto formador e mantenedor da família informal (extramatrimonial), e partícipes desta.

No Direito brasileiro, podem ser identificadas as características do companheirismo como: a) finalidade de constituição de família; b) estabilidade; c) imutabilidade de vínculo; d) notoriedade; e) continuidade; f) ausência de formalismos. Enquanto os requisitos como: 1) requisitos objetivos: a) diversidade de sexos; b) ausência de impedimentos matrimoniais; c) comunhão de vida; d) lapso temporal de convivência; 2) requisitos subjetivos: a) convivência more uxorio; b) affectio maritalis.

Para efeito de verificação da existência e validade da família fundada no companheirismo, devem ser analisados os requisitos indispensáveis, consistentes ora em situações e eventos concretos - requisitos objetivos, ora em elementos anímicos - requisitos subjetivos, tais quais o desejo de constituir família. Será, em regra, a verificação dos requisitos anímicos o diferencial entre a união estável e a relação de concubinato pura e simples.

O DIREITO PENAL E A FAMÍLIA

Além do próprio texto constitucional que, em seu artigo 226, expressamente impõe o dever do Estado de proteger a família independentemente de sua origem, vários diplomas internos e internacionais reconheceram a imprescindibilidade da tutela da instituição familiar como base da sociedade: "e, portanto, tratam-na como bem jurídico com perfil nitidamente comunitário e imprescindível ao desenvolvimento humano". Dai a conclusão alcançada por JÁQUES PENTEADO: "A elevada valoração da família justifica que os

principais elementos de sua composição e dinâmica mereçam proteção jurídico-penal e, assim, os bens e interesses tratados pelos direitos dos povos e agasalhados nas suas constituições recebem tratamento criminal com o fito de, empregada a sanção punitiva, estimular-se o comportamento humano compatível com o respeito daqueles valores".

Como já referido, o alcance do preceito constitucional que prevê a proteção do Estado à família, do qual o Direito Penal não pode ficar alheio, não se restringe às normas penais incriminadoras, aplicando-se, também, às normas penais benéficas, sempre com o objetivo de preservar as famílias matrimonial e extramatrimonial, na ordem jurídica nacional pós-1988.

O DIREITO PENAL E A FAMÍLIA INFORMAL OU COMPANHEIRISMO

O Direito Penal, na concepção moderna, somente deve intervir nos acontecimentos quando os bens jurídicos não forem adequadamente protegidos por outros ramos do Direito, ou seja, quando estes se verificarem insuficientes e impotentes para a tutela destes bens que merecem proteção, daí ser reputado como a ultima ratio.

Nos últimos tempos, surgiu o processo de constitucionalização dos bens jurídico-penais, diante da limitação constitucional na formulação da tipologia criminal: "É nas Constituições que o direito penal deve encontrar os bens que lhe cabe

proteger com suas sanções, e, o penalista assim deve orientar-se já que nas Constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal".

A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Brasileiro, está diretamente relacionada ao dever jurídico estatal de dar proteção à família.

Desse modo, urge seja atribuída efetividade à norma constitucional que determina ao Poder Público o fornecimento de proteção à família, nos termos do artigo 226, caput, da Constituição Federal de 1988.

O Direito Penal e o Companheirismo: Tratamento Anterior

A orientação doutrinária, no período anterior ao advento do novo texto constitucional, afastava as famílias informais do benefício das escusas absolutórias contempladas na legislação penal, além de outras regras penais benéficas, instituídas com a finalidade de proteger a família. Isto porque, no âmbito do Direito Penal, os preceitos que visavam resguardar a família não se estendiam aos companheiros, diante da observância da norma constitucional vigente à época, qual seja, o artigo 175, caput, da Emenda nº 01/69 à Constituição de 1967. ■

- 1 GOMES, Orlando, *Direito de Família*, 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 38-39.
- 2 VILLELA, João B., As novas relações da família. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 15, Foz do Iguaçu, Anais. Foz do Iguaçu: OAB, 1994, p. 641-642.
- 3 BARBOSA, Heloisa H. Novas tendências do direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 2, 1994, p. 232.
- 4 Quase com os mesmos dizeres, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assentou: "A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado".
- 5 GAMA, Guilherme C. N. da, O companheirismo: uma espécie de família. *São Paulo: Revista dos Tribunais*, 1998, p. 44.
- 6 *Ibid.*, p. 56-57.
- 7 OLIVEIRA, Euclides Benedito, União estável: reflexos na esfera penal. *Revista Jurídica do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauri, ago./nov. 1997, p. 338.
- 8 GAMA, Guilherme C. N. da, op. cit., p. 97.
- 9 PENTEADO, Jaques de C., A família e a justiça penal. *São Paulo: Revista dos Tribunais*, 1998, p. 31.
- 10 *Ibid.*, p. 32.
- 11 LUISI, L. Bens constitucionais e criminalização. Texto datil. apresentado no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, promovido pelo Conselho da Justiça Federal em convênio com a Universidade de Brasília, p. 4.