

CHRISTIANE PREVIDENTE

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

CENTRO UNIVERSITÁRIO RIO PRETO - UNIRP

SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

2008

CHRISTIANE PREVIDENTE

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Civil e Processual Civil apresentado, na forma de uma monografia, à banca examinadora do Curso de Pós Graduação da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Rio Preto – UNIRP, sob a orientação da Professora Roselaine dos Santos Sarmiento, visando à obtenção do título de especialista em Direito.

CENTRO UNIVERSITÁRIO RIO PRETO - UNIRP  
SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

2008

CHRISTIANE PREVIDENTE

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Banca examinadora

---

---

---

SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

2008

“É preciso amar as pessoas como se não houvesse amanhã, porque se você parar para pensar, na verdade, não há...”  
(Renato Russo)

Dedico este trabalho aos meus incentivadores Vitória, Neto e Oripes que sempre me apoiaram e muitas vezes abriram mão do nosso convívio para que eu pudesse escrevê-lo. E à Christina, que mesmo estando longe nunca sai dos meus pensamentos e do meu coração.

## AGRADECIMENTO

Ao Doutor Dasser Lettiére Júnior que acredita em mim e todos os dias, pacientemente, instiga-me a pensar.

À Professora Roselaine dos Santos Sarmiento que de maneira tão gentil me orientou, dando-me sugestões extremamente pertinentes, para que este trabalho tivesse uma abordagem atual e dinâmica.

Muito obrigada.

## RESUMO

O objetivo deste trabalho foi traçar um pequeno esboço acerca da evolução histórica da família ocidental e das relações jurídicas dela derivadas. Em uma rápida exposição foram apresentadas informações colhidas por intermédio de pesquisa doutrinária especializada, jurisprudencial, livros de história e sítios da Internet. Foram abordados aspectos interessantes acerca da família primitiva, a forma de relacionamento de seus membros, seus desdobramentos e a evolução para a família civilizada patriarcal, em razão da consolidação da propriedade privada. Em um segundo momento, foram trazidas algumas considerações sobre a família romana, a medieval e a família moderna. Passou-se então a uma abordagem da família no Brasil, suas características, histórico da legislação e, como não poderia deixar de ser, foi feita uma breve digressão acerca da posição social e familiar da mulher no antigo modelo e no modelo contemporâneo. Em seguida, discorreu-se sobre o casamento e a união estável. Finalmente, passou-se a uma análise da família em sua mais nova forma: a família constitucional, contemplando os modelos de família monoparental, unipessoal e homoafetiva. Observou-se que a antiga roupagem de família nuclear hierarquizada, de conotação econômica e voltada para a procriação, passou a não mais espelhar o modelo familiar do terceiro milênio. Todavia, não há como negar que em meio a todas as instituições, sociais privadas ou públicas, a família é a mais importante. Ela representa, sem dúvida, o núcleo fundamental, a mais sólida base de toda a organização social. Finalmente, os novos modelos familiares buscam suprir a necessidade do ser humano de ser feliz e por este motivo estão especialmente voltados para a solidariedade, a afetividade e a segurança.

Palavras-chave: Direito de família; evolução histórica; casamento; união estável; família solidária, monoparental; e união homoafetiva.

## ABSTRACT

The main purpose of this study was to draw a summary concerning the historical evolution of the occidental family and the juridical relation that it originated. In a brief presentation, information was gathered through specialized doctrinal and jurisprudential research, history books and websites. Interesting aspects about the primitive family were approached, like the members of the family get along, their development and their evolution to the civilized patriarchal family, deal to consolidation of private property. In a second moment, there were some considerations about the roman, medieval and modern families. Thus it started to approach the brasilian family, its qualities, and legislative history. As there also should be, a digression was made about the woman's social and familiar position in the old and modern family model. Next, the study discoursed about marriage and stable union. Finally, it analyzed family in its newest form: the constitutional family, regarding the models of monoparental, unipersonal, and homoaffective kind of family. Also, it was noticed that the old kind of nuclear hierarchized family, of economic connotation and based on reproduction, no longer reflects the third millennium family model. However, it is impossible to deny that among all social institutions, private or public, family is the most important one. It represents, without any doubts, the essential part, the most solid base of all social organizations. Finally, the new family models try to supply the human being need to be happy and for that reason, they are specially focused on solidarity, affectivity and safety.

Key words: family law, historical evolution, marriage, stable union, solidary family, monoparental, and homoaffective union.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1 FAMÍLIA PRIMITIVA .....	12
1.1 Família consangüínea.....	14
1.2 Família punaluana .....	15
1.3 Família sindiásmica .....	15
1.4 Família patriarcal .....	16
1.5 Família monogâmica.....	16
2 FAMÍLIA CIVILIZADA.....	17
2.1 Família romana.....	17
2.2 Família da Idade média .....	21
2.3 Família Moderna.....	32
2.4 Família no Brasil .....	34
3 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA .....	45
3.1 Casamento .....	45
3.1.1 No direito romano.....	46
3.1.2 No direito brasileiro .....	48
3.1.3 Conceito, natureza jurídica, requisitos, finalidades e efeitos patrimoniais .....	51
3.2 União estável .....	58
3.2.1 Concubinato e companheirismo no Código Civil de 1916 .....	60
3.2.2 Companheirismo e concubinato antes das Leis n. 8971/94 e 9278/96. 64	
3.2.3 A Lei n. 8971/94 .....	65
3.2.4 A abertura do conceito de União Estável - Lei n. 9278/96 .....	69
3.2.5 A união estável no Novo Código Civil brasileiro .....	71
4 FAMÍLIA CONSTITUCIONAL.....	79
4.1 Família monoparental .....	81
4.2 Família unipessoal.....	82
4.3 Família homoafetiva.....	83
CONCLUSÃO.....	88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	90

## INTRODUÇÃO

O ser humano nasce extremamente frágil e por muito tempo exige cuidados essenciais para seu desenvolvimento físico e psíquico. Durante toda sua vida tem necessidade de conviver e competir com outros seres humanos, trocar experiências, executar jogos de poder e buscar obsessivamente a sua realização pessoal. Possui capacidade de escolha de seus caminhos e orientações, o que, aliás, o distingue dos demais animais. No final de sua vida, fechando o ciclo, torna-se muito frágil e volta a necessitar de cuidados de seus semelhantes. Estes fatos, associados à grande afetividade que possui, fazem com que o homem se reúna em pequenas comunidades particularmente propícias ao atendimento de suas necessidades. Estas pequenas comunidades constituem as famílias.

Entende-se por família um grupo de pessoas que se encontram ligadas involuntariamente pelo parentesco e voluntariamente pela afinidade ou pela adoção. Tais comunidades apresentam estruturas física e psíquica que possibilitam ao ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relações em sociedade. Trata-se de fenômeno biológico, cultural e social, e por este motivo é preciso compreendê-lo por diferentes perspectivas científicas.

Suas peculiaridades exigem a participação de diferentes ramos do conhecimento, permanecendo no centro delas a antropologia social, mas também sendo de grande interesse da sociologia, da filosofia, da teologia, da biologia (biotecnologia e bioética) e, ainda, da ciência do direito.

Não é uma totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas que atingirão cada uma das partes nela inseridas de modo exclusivo, necessitando de um enfoque multidisciplinar para a sua compreensão global. São estruturas guiadas por diferentes modelos, variantes nas perspectivas espaço-temporal, conforme se alteram as expectativas da sociedade e as necessidades do próprio homem.

Daí a importância de se refletir sobre este grupo de pessoas que ao longo dos séculos permanece incólume à evolução científica e tecnológica.

O objeto deste trabalho será retratar os principais contornos da evolução histórica perquirida pela família ocidental através dos tempos, desde os mais remotos ao atual.

Nesse sentido, o estudo da gênese histórica da família na antigüidade e na fase contemporânea, bem como de seu conceito e importância na atualidade fazem-se imprescindíveis, uma vez que nada pode ser construído nesta pesquisa - dentro dos limites a que se propõe -, sem suas necessárias bases doutrinárias.

Nessa linha de raciocínio, a presente monografia estará calcada em pilares doutrinários que são, justamente, os temas a que se propõe investigar neste capítulo inicial.

Cumprido ressaltar, ainda, que os tópicos em apreço, embora estudados separadamente, serão aplicados, naquilo que tange à instituição familiar, de forma meramente exemplificativa, evitando-se, portanto, a exaustão de correlacioná-los individualmente.

Para isso, foi feito um apanhado sobre a evolução do direito de família começando pela família primitiva, passando pela família civilizada, com um aprofundamento nas definições e características das formas de constituição de família (casamento e união estável) até que se chegou às novas formas de família contempladas pela Constituição Federal de 1988.

Feitas estas considerações iniciais, pretende-se com o presente estudo analisar historicamente o Direito de Família.

Para a realização desta pesquisa optou-se pela revisão literária em doutrinas e legislações pertinentes à temática abordada, bem como em decisões jurisprudenciais.

O trabalho foi subdividido em duas partes distintas, a primeira de cunho histórico e a segunda mais centrada na atualidade.

Com relação à primeira parte e, mais precisamente atinente aos estágios de evolução familiar, assinala Engels<sup>1</sup> que esta instituição, observada a partir de seus primórdios, ou seja, antes de se adentrar no estado selvagem, até chegar a

---

<sup>1</sup> ENGELS, Frederick. *A Origem da família, da propriedade privada e do estado*. 14 ed. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p. 21/91.

sua configuração atual, denominada de família monogâmica, passou pelas seguintes formas:

- a) promiscuidade (família consangüínea);
- b) matrimônios Grupais (família punaluana);
- c) casamento sindiásmico (família sindiásmica) e;
- d) família patriarcal.

Estes estágios serão observados nos itens que se seguem.

Atinente, ainda, ao histórico da instituição familiar, faz-se relevante observar o modelo da família romana clássica, vez que este influenciou diretamente na posituação dos direitos familiares, especialmente na maioria dos países ocidentais.

Em momento posterior, uma breve pontuação acerca da família na Idade Média seguida da família na idade moderna, entendida após a Revolução Francesa, ou seja, a família do Estado Liberal.

Ao final, uma breve abordagem da instituição familiar brasileira atual, procurando conceituá-la, apresentando seus principais caracteres e fazendo referência à evolução histórica da família no direito brasileiro até os dias atuais onde a família será observada através de nova ótica, à luz da Constituição Federal de 1988.

# 1 FAMILIA PRIMITIVA

Os princípios para o surgimento da família têm diferentes bases. Alguns doutrinadores afirmam que a família tem origens religiosas; outros na promiscuidade. Portanto, são estes os entendimentos que serão analisados, a seguir.

Coulanges<sup>2</sup> defende que a família se origina na religião ao assim descrever:

(...)

*Se nos transportarmos em imaginação até o dia-a-dia dessas antigas gerações, encontraremos um altar em cada casa e, em volta desse altar, a família reunida. O que unia os membros da família antiga foi algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento e que a força física: foi a religião do fogo doméstico e dos ancestrais, a qual fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga era mais uma associação religiosa que uma associação natural. Não há dúvida que não foi a religião que criou a família, mas seguramente foi ela que lhe deu suas regras, daí resultando que a família antiga recebeu uma constituição tão diferente daquela que teria recebido se os sentimentos naturais tivessem constituído por si só seu fundamento.*

Pereira<sup>3</sup>, com base nas pesquisas de Lacan<sup>4</sup>, afirma que a família não é um grupo natural e sim cultural, pois não é constituída apenas pelo homem, pela mulher e pelos filhos, e sim por um aperfeiçoamento psíquico onde cada qual ocupa seu lugar sem necessidade de vínculo biológico.

Este autor nega a existência de promiscuidade, chegando a seguinte conclusão:

*A promiscuidade não pode ser afirmada em parte alguma, nem mesmo nos casos ditos de casamento grupal; desde a origem existem interdições e leis. As formas primitivas da família têm os seus traços essenciais de suas formas acabadas: autoridade, se não concentrada no tipo patriarcal, ao menos representada por um conselho, por um matriarcado ou seus delegados do sexo masculino; modo de parentesco, herança, sucessão, transmitidos, às vezes distintamente, segundo uma linguagem paterna ou materna. Trata-se aí de*

<sup>2</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A Cidade antiga*. Trad. Jean Melvilles. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 44-45.

<sup>3</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalística*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 13.

<sup>4</sup> Chama-se esta nota para informar que Jacques Lacan nasceu em 13 de abril de 1901. Se formou em psiquiatra na tradição órgão-dinâmica francesa de Clérambault, e encontrou a psicanálise na elaboração de sua tese de 1932, *Da Psicose Paranóica em suas Relações com a Personalidade*. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/psicanalise/psique09.htm>>. Acesso em: 28 jan 2008.

*famílias humanas devidamente constituídas. Mas, longe de nos mostrarem a pretensa célula social, vêem-se nessas, quanto mais primitivas são, não apenas um agregado mais amplo de casais biológicos, mas, sobretudo, um parentesco menos conforme aos laços naturais da consangüinidade*<sup>5</sup>.

Também discorda da teoria da promiscuidade Caio Mário da Silva Pereira<sup>6</sup>, ao afirmar ser essa situação “(...) incompatível com a idéia exclusivista do ser humano e até mesmo de muitos irracionais, e contraditória com o desenvolvimento da espécie (...)”. Nesse ponto, assegura ser muito mais fácil aceitar a família monogâmica como a originária do princípio familiar.

Já para Engels<sup>7</sup>, baseado nas teorias e classificações de Morgan<sup>8</sup>, a Família surgiu da promiscuidade, sendo que o estado selvagem surgiu inicialmente; vindo, então, a barbárie, para somente se chegar à civilização, como se infere de seus ensinamentos:

*Estado Selvagem: Período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos para ser utilizados; as produções artificiais do homem são, sobretudo, destinadas a facilitar essa apropriação. Barbárie: Período em que aparecem a criação de gado e a agricultura, e se aprende a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano. Civilização: Período em que o homem continua aprendendo a elaborar os produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte.*

A família derivada da promiscuidade inicia-se com a poligamia<sup>9</sup> e a poliandria<sup>10</sup>, existindo um comércio sexual entre homens e mulheres, sendo os

---

<sup>5</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. 5, p. 19.

<sup>7</sup> ENGELS, Frederich. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>8</sup> MORGAN. Antropólogo norte-americano nascido perto de Aurora, Nova York, Estados Unidos, um dos fundadores da moderna antropologia científica. Formado em direito passou a exercer a advocacia na cidade de Rochester (1844), cidade onde ficou até morrer e onde começou seu trabalho em defesa dos direitos dos índios, ao mesmo tempo em que se dedicava a estudar a cultura do povo iroquês. Nos anos seguintes, desenvolveu pesquisas de campo entre numerosas tribos americanas e pesquisou material de outras regiões do mundo, o que o levou a elaborar uma classificação. Foi o primeiro a estudar os sistemas de parentesco e elaborar uma ambiciosa teoria sobre a evolução cultural do homem universal dos sistemas de parentesco, segundo a qual a evolução cultural de uma sociedade se desenvolveria em três etapas: selvageria, barbárie e civilização”. Disponível em: <<http://www.sobiografias.hpg.ig.com.br>>. Acesso em: 30 jan 2008.

<sup>9</sup>Homens que tinham relacionamentos sexuais com várias mulheres livremente” [Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa. São Paulo: Objetiva Ltda., [2004]. 1. CD-ROM. Windows 3.1.].

<sup>10</sup> Estado de uma mulher casada simultaneamente com vários homens” [DICIONÁRIO ELETRÔNICO

filhos considerados comuns de todo o grupo. Esta forma de relacionamento promíscuo deu origem ao matrimônio de grupos e a poliandria que eram considerados formas de relacionamentos de tolerância onde não havia ciúme.

Portanto, através destas formas de relacionamentos é que foi possível ao homem passar do estado de animal para a fase humana, como descreve Engels<sup>11</sup>:

*O matrimônio por grupos, a forma de casamento em que grupos inteiros de homens e grupos inteiros de mulheres pertencem-se mutuamente, deixando bem pouca margem para os ciúmes. (...) a poliandria, forma excepcional, que exclui, em medida ainda maior, os ciúmes, e que, por isso, é desconhecida entre os animais. Todavia, como as formas de matrimônio por grupos que conhecemos são acompanhadas de condições tão peculiarmente complicadas que nos indicam, necessariamente, a existência de formas anteriores mais simples de relações sexuais e assim, em última análise, um período de promiscuidade correspondente à passagem da animalidade à humanidade (...).*

Como se vê, o estado primitivo provém da promiscuidade e, segundo Morgan<sup>12</sup>, deu origem a outras formas de família: a família consangüínea, a família punaluaana, a família sindiásmica e a família monogâmica. Formas estas que serão vistas nos próximos subtítulos.

## 1.1 Família consangüínea

A família consangüínea é aquela que trata dos matrimônios por grupos de gerações e, segundo Engels<sup>13</sup>, constituiu a primeira etapa da evolução familiar.

Nela, os grupos conjugais classificam-se por gerações: todos os avôs e avós nos limites da família são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo.

Nesta forma de união entre parentes, somente não era permitido o matrimônio entre pais e filhos, ou seja, entre ascendentes e descendentes.

---

<sup>11</sup> ENGELS, Frederich. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 36-38.

<sup>13</sup> *Ibid*, p.39.

Todavia, os irmãos e as irmãs, os primos e as primas em todos os graus eram todos irmãos e irmãs entre si e, sendo assim, maridos e mulheres uns dos outros.

## 1.2 Família punaluana

Na família punaluana só é possível a certeza da maternidade; quanto à paternidade, nada era certo, pois todos mantinham relações sexuais entre si.

Somente com o passar dos tempos, e aos poucos, foi se usando da exclusão, primeiramente dos pais, depois dos irmãos nas relações sexuais, obtendo-se assim, o primeiro progresso em relação à sua organização.

Em momento posterior, o casamento entre irmãos passa a ser impedido aos poucos, dando-se primeiramente com a exclusão dos irmãos uterinos e mais tarde entre irmãos colaterais.

Para que se procedesse esta separação, os grupos de irmãs se transformavam no núcleo de uma comunidade e seus irmãos em outros grupos.

Segundo Engels<sup>14</sup>, com base em Morgan: (...) *uma série de irmãos uterinos ou mais afastados tinham em casamento comum certo número de mulheres, com exclusão de suas próprias irmãs, e essas mulheres chamavam-se entre si 'punalua'*.

Salienta-se, no entanto, que este processo de exclusão na formação da família se deu a longo prazo, pois mesmo com a exclusão dos irmãos entre si, ainda havia a possibilidade do casamento entre primos.

## 1.3 Família sindiásmica

Com relação à ordem evolutiva familiar apontada por Engels<sup>15</sup>, surge na história a Família sindiásmica, onde o matrimônio é tratado por pares, na qual o

---

<sup>14</sup> ENGELS, Frederich. *Op. cit.*, p.40.

<sup>15</sup> *Ibid*, p. 48.

homem tinha uma mulher principal entre suas outras esposas e ele era para ela o esposo principal entre os outros.

Nesta espécie de Família, o matrimônio por grupos era tido pelos religiosos (missionários) como uma comunidade promíscua, um adultério eventual.

Mas como a união entre irmãos e irmãs ficou impossível de se realizar, devido há vários fatores. Assim, a união desses pares foi, progressivamente, solidificando-se. Por fim, durante a conjuntura da família sindiásmica surge a família patriarcal, como será visto a seguir.

#### 1.4 Família patriarcal

A característica principal da família patriarcal é a separação entre indivíduos livres e não livres dentro da Família.

Para Engels<sup>16</sup> (...) *o chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com poder familiar romano e o direito de vida e morte sobre todos eles.*

Na família patriarcal, portanto, o homem quer garantir a fidelidade de sua mulher e a paternidade de seus filhos de qualquer forma. É o que descreve Engels<sup>17</sup> :

*Para assegurar a fidelidade da mulher e, por conseguinte, a paternidade dos filhos, aquela é entregue, sem reservas, ao poder do homem: quando este a mata, não faz mais do que exercer o seu direito”.*

Tem-se ainda nesta modalidade de família que o poder familiar é exercido com grande intensidade, dando origem à chamada família monogâmica.

#### 1.5 Família monogâmica

A família monogâmica tem suas origens na propriedade. O desenvolvimento da idéia de propriedade na mente humana, através de sua

<sup>16</sup> ENGELS, Frederich. *Op. cit.*, p. 61.

<sup>17</sup> *Ibid*, *Op. cit.*, p. 62.

criação e de sua posse e, especialmente, através da sistematização dos direitos legais que regulam sua transmissão hereditária, está intimamente ligado à instauração desta forma familiar.

Este tipo de família surgiu pela concentração de riquezas nas mãos de um mesmo homem e pelo desejo de transmiti-las aos seus filhos. Portanto, a monogamia surgiu em decorrência de interesses econômicos, diferenciando-se da monogamia vivenciada hoje, pois esta se baseia mais na inclinação recíproca e no amor sexual entre os pares.

Desta sucinta abordagem sobre a origem e evolução da família, a contar dos primórdios da humanidade, depreende-se que nem sempre existiu a atual estrutura familiar que é a monogamia, visto que a mesma passou, lenta e permanentemente, por várias alterações até chegar na configuração atual.

Além do mais, seguindo a mesma linha de raciocínio, poder-se-ia predizer que a família está, neste momento, sofrendo alterações, de maneira que em um futuro poderá apresentar nova estruturação.

## 2 FAMÍLIA CIVILIZADA

### 2.1 Família romana

A família romana é tida como o marco do estudo da evolução da família.

O Direito de Família romano, segundo Gomes<sup>18</sup>, dá à família uma “(...) *estrutura inconfundível e a torna unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe*”.

Conforme descreve Chamoun<sup>19</sup>, o conceito de família, no entendimento romano, era empregado em sentido restrito e sentido lato, portanto fazendo a diferença da família *iure proprio*<sup>20</sup>, e a família *iuri commun*<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup>GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v.5, p. 340.

<sup>19</sup> CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 151.

Criava-se, nos dois tipos de família um vínculo de parentesco, ao qual se dava o nome de agnação. A organização familiar se propagou no caminho da família romana que era patriarcal, e este era o chefe absoluto.

No Direito Romano<sup>22</sup>, a família concentrava grande domínio social, cultuando suas tradições, costumes e julgamentos. Nessa linha evolutiva, frisa-se que esta família sofreu influência da religião pela superioridade da força do marido sobre a mulher, e do pai sobre os filhos.

A autoridade paternal não foi a causa principal, mas foi o efeito que se originou na religião e por esta foi instituída, ou seja, a autoridade paterna foi legitimada pela religião.

A força que unia os membros da família antiga, encontrava-se no poder da religião do lar e dos antepassados.

O esteio da família romana, não se encontra no afeto natural, esse sentimento não era levado em conta tanto para o Direito Romano clássico, como para o grego. O pai podia amar demais sua filha, mas não podia legar os seus bens. Portanto, o fundamento da família romana era o poder marital ou o poder paterno.

A família romana, para Venosa<sup>23</sup>, não tinha como objetivo a prole e muito menos o exercício mútuo dos cônjuges, existia como uma comunidade política em miniatura, semelhante ao Estado.

Seus membros eram unidos por vínculo mais poderoso do que o do nascimento: a religião familiar que era dirigida pelo *pater*. Para entrar nela, era

---

<sup>20</sup> Compunha todos os indivíduos sujeitos ao poder de um *paterfamilias* vivo. Vide CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*, p. 152.

<sup>21</sup> Conjunto de pessoas que reunidas em vários grupos, chefiados cada um deles, por um *paterfamilias*, mas que só se encerraria numa só Família se o *paterfamilias* comum estivesse vivo” [CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*, p. 152].

<sup>22</sup> O direito romano é o complexo de normas jurídicas que regeram o povo romano desde a fundação de Roma até a morte do imperador Justiniano, no ano 565 da era cristã. Dividia-se, a princípio, em *jus civile*, aplicado somente aos cidadãos de Roma, e *jus gentium* ou *jus naturale*, constituído de normas comuns aos romanos e a outros povos. Na época de Ulpiano, o direito privado romano tripartiu-se, distinguindo-se o *jus gentium* do *jus naturale*, este último considerado como o que a natureza ensinou a todos os animais, sem ser, portanto, peculiar aos seres humanos” [MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 26].

<sup>23</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. Atualizada de Acordo com o Novo Código Civil. Estudo comparado com o Código de 1916. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.6, p. 18.

necessário preencher rigorosas formalidades, como as de *conventio in manum* e da *adoptio*<sup>24</sup>.

No entendimento de Cretella<sup>25</sup>, a família romana patriarcal girava em torno de um *pater familias*, onde os descendentes se subordinavam até a sua morte. O patriarcalismo tinha o domínio do grupo doméstico, o *dominium in domo*, a *potestas*.

Aos filhos, não importava a idade que tivessem, se casados ou não, sempre pertenceriam à Família do chefe, sob sua *patria potestas*<sup>26</sup>.

De acordo com idéia fundamental no Direito Romano, a união duradoura entre marido e mulher era o casamento legítimo que tinha como base a monogamia. O objetivo era que se traçasse uma comunhão de vida íntima que se estabelecesse para sempre.

A família, como reunião de pessoas, era essencial para a perpetuação do culto familiar e, sendo assim, a partir do casamento, a mulher era introduzida na religião do marido.

A esposa deixava as cerimônias, os deuses e antepassados da religião paterna para participar das orações e dias específicos, de sua nova religião, a do seu marido.

O efeito do casamento, frente à religião e às leis, consistia na união de dois seres, no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro pronto para eternizar esse culto.

Os cidadãos romanos admitiam o instituto da *manum*, sendo assim, conheciam duas formas legítimas de casamentos: o casamento *cum manum* e o *sine manum*.

Conceituando estas espécies distintas de casamento, Cretella<sup>27</sup> explica que casamento *cum manum* é aquele em que a mulher cai sob o pátrio poder do

---

<sup>24</sup> Compreende a adoção propriamente dita” [CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*, p. 170].

<sup>25</sup> CRETELLA JR, J. *Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro*. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 65.

<sup>26</sup> É o poder do *pater* sobre seus dependentes, ou *alieni juris*, que se atenua com o tempo” [CRETELLA JR. J. *Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro*, p. 65].

<sup>27</sup> CRETELLA JR, J. *Op. cit*, p. 73/83.

marido ou *paterfamilias*, caso este seja *alieni juris*. Neste caso substitui-se a antiga *patria potestas*, sob a qual se achava, por nova *patria potestas* – a do marido ou do *paterfamilias* deste – ficando a mulher *in loco filiae*, como irmã dos próprios filhos.

Casamento *sine manum* é aquele em que a mulher não cai sob o poder do marido, continuando sob a *manus* do pater da família de que provém. A *manus* não relaciona a mulher ao marido, nesta nova família, sendo o casal socialmente nivelado. Se a mulher era *sui juris*, assim continua sendo; se era *alieni juris*, não cai sob a nova *manus*.

Gusmão<sup>28</sup> entende que a família romana constitui verdadeira unidade política, com suas leis, seus julgamentos e seu culto. O varão mais idoso era o chefe do culto, juiz quanto às questões familiares, e titular dos bens de família.

Muitas funções da família antiga passaram para o Estado e para a Igreja e assim, suavizou-se progressivamente a autoridade paterna.

No que concerne à sua finalidade, primeiro, a constituição de um grupo solidário, afetivamente unido; depois a prole e a educação dos filhos, de modo a integrá-los na vida social.

(...) a família é um foco de moralidade, de energia, e de doçura, uma escola de dever, de amor, de trabalho, uma escola de vida. Nela são transmitidos os valores e as idéias morais às novas gerações. É guardiã das tradições<sup>29</sup>.

Além do casamento, o Direito Romano conhecia outros tipos de uniões conjugais, tais como a união entre escravos e o concubinato<sup>30</sup>.

No início, o concubinato<sup>31</sup> na Roma antiga, tratava de uma simples união que não gerava nenhuma consequência legal relevante. Com a Lei Julia de

<sup>28</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo de direito*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 302-303.

<sup>29</sup> *Ibid*, p. 302-303.

<sup>30</sup> CHAMOON, Ebert. *Op. cit*, p. 166.

<sup>31</sup> [...] é a união estável no mesmo ou em teto diferente, do homem com a mulher, que não são ligados entre si pelo matrimônio. Em sentido estrito, é a convivência *more uxorio*, ou seja, o convívio como se fossem marido e mulher, sendo que em significado amplo, concubinato seria desde a posse do estado de casado, como notoriedade e de longos anos, até a união adúlterina” [NEUMANN, Juarez Rosales. *Do casamento ao concubinato*. 4 ed. Porto Alegre: Sagra, 1999, p. 304].

*Adulteriis*<sup>32</sup>, mesmo não produzindo efeitos jurídicos, tornou-se o concubinato uma união legítima.

No Baixo Império, o concubinato era visto como uma simples união de fato, um casamento de pessoas de condição social diferente, visto que a maioria destas uniões se dava entre senador e liberta ou atriz; governador e mulher de sua província.

Todas estas uniões eram consideradas como um casamento inferior, mas que legalmente geravam conseqüências, favorecendo assim a transformação do concubinato em casamento, através da legitimação dos filhos.

Portanto, o concubinato na Roma antiga, era uma união muito comum entre os romanos, não tendo então o mesmo sentido imoral que até pouco tempo, lhe era imputado. A concubina tinha uma posição social. Era o concubinato a união da liberta com o seu patrono, ou seja, toda ligação entre o homem e a mulher no qual não ocorresse a *affectio maritalis*, como ensina Gama<sup>33</sup>.

Desta forma, constata-se que o casamento, bem como o concubinato (no Brasil, sob a denominação atual de união estável), têm raízes no Direito Romano, visto que ambos existiam na sociedade daquela época.

## 2.2 Família da Idade média

Prosseguindo-se na evolução, chega-se à sociedade medieval, e para melhor compreendê-la é necessário estudar sua organização familiar. Aí se acha a *chave* da Idade Média, e sua originalidade. Todo relacionamento desta época é estabelecido sobre o modo familiar: os dos senhores aos vassallos, os de mestre a aprendiz, etc. A vida rural, a história do nosso solo, só se explica pelo regime das

---

<sup>32</sup> Consoante lição de CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*, p. 164, esta Lei “[...] condenava a relação extraconjugal, com mulher de condição social honrada”.

<sup>33</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 27.

famílias que aí viveram. Queria-se avaliar a importância de um vilarejo? Contava-se o número de *feux*<sup>34</sup>, e não o número de indivíduos que o formava.

Na legislação, nos costumes, todas as disposições tomadas tratam do bem de família, do interesse da linhagem – ou, alargando esta noção familiar a um círculo maior, ao interesse do grupo, da corporação, que nada mais é que uma grande família, fundada sobre o mesmo modelo da família propriamente dita.

Os grandes barões são, antes de tudo, pais de família, unindo em torno de si todos os seres que, por seu nascimento, fazem parte do domínio patrimonial; suas lutas são brigas de família, na qual toma parte toda esta *mesnie*<sup>35</sup> que eles têm encargo de defender e administrar.

A história da feudalidade é a história de suas principais famílias, assim como a história do poder real, do século X ao século XIV. É a história de várias dinastias, estabelecidas graças à sua fama de coragem, ao valor demonstrado por seus ancestrais: muito mais do que um homem, é uma família que os barões escolheram por chefe. Na base da sociedade está a família, como a Idade Média a entendeu e conheceu.

Para entender bem a importância desta base da sociedade medieval, composta de famílias, vamos compará-la, por exemplo, com a sociedade da antiguidade, composta de indivíduos.

Na sociedade greco-romana o homem é que conta; na vida pública ele é o cidadão (*civis*), que vota, que faz as leis e toma parte dos negócios do Estado; na vida privada ele é o proprietário de um bem que lhe pertence pessoalmente (*pater familias*), do qual ele é o único responsável e sobre os quais ele possui atribuições mais ou menos ilimitadas.

---

<sup>34</sup> feux, foyer = lar, família

<sup>35</sup> comunidade, grupo de pessoas vinculadas

Nunca se constata uma participação de sua família ou de seu parentesco nestas atribuições. Sua mulher e seus filhos lhe são inteiramente submissos e guardam um estado de menoridade perpétua; ele tem sobre eles, como sobre seus escravos ou sobre seus bens fundiários, o poder de usar e abusar (*jus utendi et abutendi*).

A família parece só existir em estado latente; ela só vive pela personalidade do pai, ao mesmo tempo chefe militar e sacerdote-mor; e isso com todas as conseqüências morais que decorrem, entre elas o infanticídio legal. Aliás, na antiguidade, a criança é a grande sacrificada: ela é um objeto cuja vida depende do juízo e do capricho paternal. Ela está submetida a todas as eventualidades de uma troca ou de uma adoção, e quando o direito à vida lhe é cedido, fica na dependência do *paterfamilias* até a morte deste; mesmo então não herda de pleno direito, pois seu pai pode dispor de seus bens em testamento a seu grado. Quando o Estado se interessa por uma criança, nunca será para intervir em seu favor, mas tão somente para formar o futuro soldado ou o cidadão.

Nada disso subsiste na Idade Média. Nela o que importa não é mais o homem, mas a linhagem. A antiguidade pode ser estudada, e é de fato, pelas biografias individuais: a história de Roma é a história de Sylla, de Pompeu, de Augusto; a conquista da Gália é a história de Júlio César.

Entrando na Idade Média uma mudança se impõe: a história da unidade francesa é a história da linhagem capeciana; a conquista da Sicília é a história dos descendentes de uma família normanda, numerosa demais para os seus domínios.

Para se entender bem a Idade Média deve-se considerá-la na sua continuidade, no seu conjunto. Por isso, talvez, ela seja tão mal conhecida e seu estudo bem mais difícil que o do período antigo, pois é preciso desembaralhar sua complexidade, segui-la na continuidade do tempo, através destas *mesnies* que formam a trama; e não apenas as que deixaram um nome pela grandeza de suas conquistas ou pela importância de seus domínios, mas também os humildes

moradores, os habitantes das cidades e do campo, que devemos conhecer em sua vida familiar, se desejamos entender o que foi a sociedade medieval.

Isso se explica. Durante o período de agitações e completa decomposição que foi a Alta Idade Média<sup>36</sup>, a única fonte de unidade, a única força viva foi exatamente o laço familiar, a partir do qual foram constituídas, pouco a pouco, as unidades das nações européias.

Esta importância dada à família traduz-se em uma preponderância, muito clara na Idade Média, da vida privada sobre a vida pública.

Em Roma, um homem só vale na medida em que ele exerce seus direitos de cidadão: que ele vota, delibera e participa dos negócios do Estado; os esforços da plebe para obter uma representação, por um tribuno, são demonstrações bem significativas disto.

Na Idade Média raramente se faz menção de negócios públicos: ou melhor, os negócios públicos são logo vistos como administração familiar; são contas dos domínios, pagamentos de arrendatários e proprietários; e mesmo quando os burgueses<sup>37</sup>, quando se formaram os municípios, reclamam de direitos políticos, é com o único intuito de poder exercer livremente seu trabalho, sem ter de pagar pedágios e taxas; a atividade política propriamente dita não tem nenhum interesse para eles. Aliás, nesse momento, a vida rural é infinitas vezes mais ativa que a vida urbana, e em ambas é a família, e não o indivíduo, que prevalece como unidade social.

Tal como se apresenta desde o século X, a sociedade assim compreendida tem como traço essencial a noção de solidariedade familiar, nascida dos costumes bárbaros, germânicos ou nórdicos.

---

<sup>36</sup> Alta Idade Média - Primeiros séculos decorridos após a queda do Império Romano, marcados pelas invasões bárbaras.

<sup>37</sup> Burgueses - habitantes dos vilarejos ou burgos.

A família é considerada como um corpo onde corre, em todos seus membros, o mesmo sangue — ou como um mundo reduzido, com cada ser cumprindo a sua parte, consciente de fazer parte de um todo.

A união não se estabelece mais, como na antiguidade romana, por uma concepção estatista da autoridade de seu chefe, mas por este fato de ordem biológica e também moral: todos os indivíduos que compõem uma mesma família são unidos pela carne e pelo sangue, seus interesses são solidários, e nada é mais respeitável que a afeição natural que os anima, uns pelos outros. É muito vivo o sentimento deste caráter comum dos seres de uma mesma família.

Os que vivem sob o mesmo teto cultivam o mesmo campo e se aquecem no mesmo fogo. Ou, na linguagem do tempo, os que repartem o pão e a taça sabem que podem contar uns com os outros e que, na necessidade, o apoio de sua *mesnie* não faltará.

A união aqui é, com efeito, mais forte do que em qualquer outro grupo, pois é baseada nos laços incontestáveis do parentesco e do sangue, apoiando-se numa comunhão de interesses não menos visível e evidente.

*Divide-se assim, as alegrias e as tristezas. Recolhe-se à casa os filhos dos que faleceram ou que passam necessidade, e numerosos familiares se levantam para vingar um de seus membros que tenha sido insultado. O direito à guerra privada, reconhecido durante boa parte da Idade Média, é apenas a expressão desta solidariedade familiar. Ele correspondia, na origem, a uma necessidade: quando o poder central não tinha força, o indivíduo só podia contar com a ajuda da mesnie para se defender, e, durante toda a época das invasões bárbaras, ele estaria abandonado, se estivesse só, a toda espécie de perigos e misérias. Para viver era necessário se defender, se agrupar — e qual grupo podia valer mais que uma família firmemente unida?*<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> UNAMUNO, Miguel de. *Luz da Idade Média*. Disponível em [www.permanencia.org.br/revista/historia/luz1](http://www.permanencia.org.br/revista/historia/luz1)

A união familiar, expressa em caso de necessidade pelo socorro das armas, resolvia então o difícil problema da segurança pessoal e dos domínios. Em certas províncias o habitat traduz este sentimento de união: a principal peça da casa é a sala; ela preside, com sua vasta lareira, às reuniões de família, a sala onde se reúnem para as refeições, para as festas de casamento ou aniversário e também para velar os mortos; é o *hall* do costume anglo-saxão.

Essa comunidade de bens e de afeição necessita de um administrador. Quem assume este cargo é, naturalmente, o pai de família. Mas ele não é um chefe absoluto e pessoal, como no direito romano, ele é mais um gerente: gerente responsável, diretamente interessado na prosperidade da casa, mas que cumpre um dever mais do que exerce um direito. Este encargo consiste principalmente em proteger os seres indefesos, como as mulheres, as crianças e os que trabalham em sua casa, vivendo sob o mesmo teto e assegurar a gestão do patrimônio; mas ele não é considerado como um mestre vitalício nem como o proprietário dos domínios. Se ele goza dos bens patrimoniais, só o faz como usufruto: como ele o recebeu de seus ancestrais, assim deverá transmiti-lo aos que, por nascimento, deverão lhe suceder.

O verdadeiro proprietário é a família, não o indivíduo.

Se é verdade que ele possui toda a autoridade necessária para suas funções, ele está longe de possuir sobre sua mulher e seus filhos este poder ilimitado que lhe concedia o direito romano. Sua mulher colabora na administração da comunidade e na educação dos filhos; o marido gerencia os bens que ela possui em nome próprio porque ele é considerado mais capaz do que ela para levá-lo à prosperidade, o que não se consegue sem esforço e trabalho; mas quando, por alguma razão, ele deve se ausentar, sua mulher retoma esta gestão sem o mínimo obstáculo e sem qualquer autorização. Mantém-se tão acesa a lembrança da origem de sua fortuna que, a mulher morrendo sem filhos, seus bens pessoais voltam integralmente à sua família; nenhum contrato pode se opor a isso, as coisas acontecem assim naturalmente.

O pai é o protetor, guarda e mestre das crianças. Sua autoridade paternal termina com a maioridade, a qual chega muito cedo: quase sempre com quatorze anos para os que não são nobres e, para estes últimos, varia entre quatorze e vinte anos, pois os nobres tinham a obrigação de defender o feudo com um serviço mais ativo, o que exigia mais força e experiência.

Uma vez maior de idade, o jovem continua a ter a proteção dos seus e a solidariedade familiar, mas, diferentemente do que acontecia em Roma e, mais tarde, nos países de direito escrito, ele ganhava plena liberdade de iniciativa e podia se afastar, fundar uma família, administrar seus próprios bens, como entendesse. Desde que ele soubesse agir por si mesmo, nada vinha atrapalhar sua atividade; ele era seu mestre, apesar de conservar o apoio da família de onde saiu. É uma cena clássica dos romances de cavalaria, ver o filho, assim que é capaz de pegar em armas e de usar armadura, deixar a casa paterna para correr o mundo ou para servir ao suserano.

A noção familiar, assim entendida, tem uma base material: o bem de família: bem fundiário em geral, pois a terra constitui, no início da Idade Média, a única fonte de riqueza, permanecendo em seguida como o bem estável por excelência. Este bem familiar, seja ele as terras de um servo ou os domínios senhoriais, permanece sempre propriedade da linhagem. Ele é impenhorável e inalienável; as dificuldades acidentais da família não podem prejudicá-lo. Ninguém pode arrancá-lo e a família não tem o direito de vendê-lo ou de trocá-lo.

Com a morte do pai, este bem de família passa aos herdeiros diretos. Tratando-se de um feudo nobre, o mais velho fica com quase tudo, pois é preciso um homem, e um homem amadurecido pela experiência, para manter e defender os domínios; esta é a razão do direito de primogenitura, consagrado pela maioria dos costumes.

Para os bens dos que não são nobres, o uso varia de acordo com a província: às vezes a herança é dividida, mas em geral é o filho mais velho que sucede. Lembremos que até aqui só falamos da herança principal, do bem de

família; os outros são, segundo as necessidades, divididos pelos filhos mais moços, mas é ao mais velho que cabe a casa sede, com extensões de terra suficientes para que possa viver, ele e sua família. E é justo, pois quase sempre é o filho mais velho quem ajudou o pai, sendo aquele que, depois do pai, mais contribuiu para a manutenção e defesa do patrimônio. Em algumas províncias, será o mais moço, e não o mais velho, quem sucederá ao pai como herdeiro principal, e ainda aqui, por uma razão de direito natural: em muitos casos, o mais velho se casa primeiro e vai se estabelecer por conta própria, enquanto que o mais moço fica mais tempo com seus pais, cuidando deles em sua velhice. Este direito do mais moço mostra bem a maleabilidade e a diversidade dos costumes, que se adaptam aos hábitos familiares, seguindo as condições de existência.

De qualquer forma, o que devemos assinalar neste sistema de herança dos bens, é que eles passam a um herdeiro único, o qual é designado pelo sangue. Não há herança por testamento. Na transmissão do bem familiar a vontade do testamentário não interfere. Na morte de um pai de família, seu sucessor natural entra de pleno direito em posse do patrimônio. É a morte do pai que dá ao sucessor seu título de propriedade, que o põe em *saisine*, ou seja, em posse legal da herança, do uso de sua terra; o homem de leis não tem nada a fazer aí, como acontece hoje. Se os costumes variam segundo o lugar, tornando herdeiro natural, aqui ao mais velho, lá ao mais moço; se a maneira como sobrinhos e sobrinhas podem pretender à sucessão quando falta herdeiro direto varia segundo a província, ao menos uma regra é constante: só se recebe herança em virtude dos laços naturais que lhe unem ao defunto. Isto quando se trata de bens imóveis; os testamentos só existem para os bens móveis ou para as terras adquiridas durante a vida e que não fazem parte do bem de família. Quando o herdeiro natural é notoriamente conhecido como indigno de seu encargo, ou quando não tem cabeça para administrar um domínio, admite-se certas ponderações. Mas, em geral, a vontade humana não interfere contra a ordem natural das coisas. Não se faz instituição de um herdeiro, dizem os juristas consuetudinários. Neste sentido se diz ainda, quando se fala da sucessão real: «*Le roi est mort, vive le roi* — o rei morreu, viva o rei». Não há nem interrupção nem vacância possível quando só a

hereditariedade designa o sucessor. Assim, a gestão do bem de família acha-se sempre assegurada.

Todos os costumes visam a não deixar que se enfraqueça o patrimônio. Por isso nunca havia mais de um herdeiro, pelo menos para os feudos nobres. Temia-se a divisão que tira da terra sua capacidade de gerar bens; a divisão sempre provocou discussões e processos, atrapalhando o cultivador e bloqueando o progresso material, pois para que o camponês aproveite dos progressos e melhorias trazidas pela ciência ou pelo próprio trabalho, é necessário um empreendimento de certa importância, capaz inclusive de suportar os prejuízos parciais, e de qualquer forma, oferecer recursos variados. O grande domínio, como existia na feudalidade, permitia uma exploração eficiente da terra, deixando-se periodicamente uma parte em descanso, dando-lhe tempo de se renovar, e variando as culturas e mantendo-se entre elas proporção harmoniosa.

Assim, durante a Idade Média, a vida rural foi extraordinariamente ativa, e muitas culturas foram então introduzidas. Isto é devido, em boa parte, às facilidades que o sistema rural oferecia ao espírito de iniciativa de nossa raça. O camponês desta época não é nem um retardatário nem um acostumado. A unidade, a estabilidade do domínio eram garantias para o futuro como para o presente, porque favoreciam a continuidade do esforço familiar.

Hoje, quando se está diante de vários herdeiros, desmembra-se os fundos e realiza-se diversas negociações para que um deles possa retomar a empresa paternal. A exploração da empresa cessa com o indivíduo. Ora, o indivíduo passa e o lar permanece.

Na Idade Média havia a tendência a permanecer. Se existe uma palavra significativa na terminologia medieval ela é: *manoir* (casa), lugar onde se permanece, *manere* em latim – o nó que amarra a linhagem, o teto que abriga seus membros, passados e presentes, e que permite às gerações sobreviverem pacificamente.

Outro bem característico desta época na França é a medida agrária chamada *manse*: extensão de terra suficiente para que uma família possa se fixar e viver. A *manse* tinha um valor variável de acordo com o clima, qualidade do solo e condições de existência. É uma medida empírica e essencialmente familiar, não individual. Ela resume perfeitamente a característica mais marcante da sociedade medieval<sup>39</sup>.

Assegurar para a família uma base fixa, firmá-la no solo, como que criando raízes, frutificá-la e perpetuá-la, esta é a finalidade de nossos antigos. Se é possível fazer negócios com as riquezas móveis, dispô-las em testamento, é que elas são essencialmente cambiáveis e pouco estáveis; ao contrário, o bem fundiário, propriedade familiar, é inalienável. O homem é apenas seu protetor, tem dela o usufruto; o verdadeiro proprietário é a linhagem.

São muitos os costumes medievais que vêm desta preocupação de proteger o bem de família. Quando faltam herdeiros diretos, os bens de origem paterna voltam à família do pai, e os bens de origem materna voltam à família da mãe, enquanto que em direito romano só era reconhecido o laço do lado masculino. Essa divisão era chamada *fente* (fenda), que dividia pelas origens os bens de uma família extinta. Também a chamada *retração de linhagem* dava aos parentes afastados a precedência, quando um domínio era vendido. A guarda de uma criança órfã era também organizada por uma legislação familiar. A tutela era exercida por toda a família, enquanto que o grau de parentesco designava naturalmente aquele que devia administrar os bens da criança, sendo assim seu tutor.

O atual *Conselho de família ou Conselho Tutelar* é o que restou do costume medieval sobre transações dos feudos e da guarda das crianças.

---

<sup>39</sup> Aqui no Brasil, a medida agrária do alqueire baseia-se no mesmo princípio, sem a conotação familiar. O alqueire é a área de terra onde se recolhe tantos litros de trigo, ou milho, variando esta medida segundo a região.

Aliás, a Idade Média tem sempre grande preocupação em respeitar o desenrolar natural das coisas, sem criar rupturas no caminho do bem de família. Quando os representantes de uma família morrem sem herdeiros antes de se pensar em devolver os bens às respectivas famílias de origem, procura-se os parentes afastados, primos, sobrinhos netos. Isso vem do desejo de se respeitar a ordem normal da vida, que se transmite do mais velho para o mais moço, sem voltar atrás: os rios não voltam para sua fonte, assim os elementos da vida devem alimentar os representantes da juventude, do futuro. É aliás mais uma garantia para o bem da linhagem quando ele vai necessariamente para os mais moços, mais ativos e capazes de frutificá-los por mais tempo.

Às vezes a devolução dos bens se realiza de uma forma que revela bem o sentimento familiar que é a grande força da Idade Média. A família constitui uma verdadeira personalidade moral e jurídica, possuindo em comum os bens administrados pelo pai; quando este morre, a comunidade se refaz na conduta de um dos seus, designado pelo sangue, sem que tenha havido interrupção da posse dos bens nem transmissão alguma. É a chamada *comunidade tácita* da qual participam todos os membros da casa que não tenham sido expressamente colocados fora da comunhão familiar (*hors de pain et pot*). Este costume subsistiu até o fim do Antigo Regime<sup>40</sup>.

De qualquer forma, mesmo fora da *comunidade tácita*, a família, considerada no seu prolongamento através das gerações, é o verdadeiro proprietário do bem patrimonial.

O pai de família que recebeu este bem de seus ancestrais, deve contas aos seus descendentes; que ele seja servo ou senhor, ele nunca é o dono absoluto, tendo ainda o dever de defender, de proteger e de melhorar a sorte de todos, seres e coisas, dos quais ele foi constituído guarda natural.

---

<sup>40</sup> A Revolução Francesa, iniciada em 1789, derruba a monarquia e estabelece um novo regime na França.

## 2.3 Família Moderna

Historicamente, é conhecido o movimento que, ao final do século XVIII, pretendeu a reorganização dos espaços público e privado, presenciando-se uma certa invasão da autoridade pública até nos âmbitos mais particulares, como a família, desencadeando com isso, a politização da vida cotidiana e conseqüente ampliação do espaço público.

A família passa então a ocupar lugar de destaque dentro do foco de interesses, já que representava uma importante via de controle do indivíduo, uma garantia de moralidade. E é nessa época, que se verifica uma tendência em situar a mulher no espaço privado, consolidando seu papel de esposa, mãe, *dona de casa* ou *rainha do lar*. Surgiu nessa fase um novo sentimento: o sentimento de família.

A família transformou-se substancialmente também a partir das mudanças no relacionamento com a criança. Na família do século XVII, é importante salientar que ainda não é o que entendemos por família moderna, começa a emergir algo que se transformaria em um de seus traços fundamentais, ou seja, a ternura e intimidade ligando pais e filhos e, posteriormente, a exaltação do amor materno, de enorme importância para a criação do sentimento de família como o entendemos atualmente. A família moderna separa-se do mundo e opõe à sociedade o grupo solitário dos pais e filhos. Toda a energia do grupo é consumida na promoção das crianças.

A partir do séc. XVIII, e até nossos dias, o sentimento de família modificou-se muito pouco.

Com a Revolução Francesa, e a tentativa de subverter a fronteira entre o público e o privado, a família se transformou no principal palco da vida privada; a área doméstica começa a se opor à área pública e as mulheres são incentivadas a permanecerem em casa, cuidando do marido e dos filhos.

Na história da família ocidental o poder paterno sempre acompanhou a autoridade absoluta e despótica do homem sobre filhos e esposa.

Logo, nesta família moderna, constituída de pai, mãe e filhos, o modelo de funcionamento é ideal quando a mãe zela pelo bem estar dos filhos e do marido e o pai é aquele que sustenta a família, não permitindo que nada material lhes falte.

Os filhos existem para serem protegidos e amados. Nessa nova família, o homem se afasta de casa para trabalhar nas fábricas e escritórios e a mulher se fecha no espaço privado do lar, cuidando dos filhos.

Por isso o sentimento de família não pode ser referendado à uma época anterior ao século XVII, da mesma forma que a concepção moderna de família, antes do século XVIII, quando é consolidada.

Esta consolidação se deve, em grande parte, a uma relação de interdependência entre a valorização da criança e o papel de mãe, tal como hoje o conhecemos.

Também neste momento surgiram os casamentos laicos no Ocidente e, posteriormente, com a Revolução Industrial, tornaram-se frequentes os movimentos migratórios para cidades maiores, construídas em redor dos complexos industriais.

Estas mudanças demográficas originaram o estreitamento dos laços familiares e as pequenas famílias, num cenário similar ao que existe hoje em dia.

As mulheres saem de casa, integrando a população ativa, e a educação dos filhos é partilhada com as escolas. Os idosos deixam também de poder contar com o apoio direto dos familiares nos moldes pré-Revoluções Francesa e Industrial, sendo entregues aos cuidados de instituições de assistência.

Nessa altura, a família era definida como um agregado doméstico composto por pessoas unidas por vínculos de aliança, consanguinidade ou outros laços sociais, podendo ser restrita ou alargada.

Nesta definição, nota-se a ambiguidade motivada pela transição entre o período anterior às revoluções, representada pelas referências à família alargada, com a tendência reducionista que começava a instalar-se refletida pelos vínculos de aliança matrimonial.

## 2.4 Família no Brasil

A família é uma instituição que está sempre sofrendo transformações, vez que a que se conhece hoje, não é a mesma que existiu no passado, nem será a mesma que existirá no futuro.

O conceito de família que será apresentado a seguir, tem como base os conceitos ditados por alguns doutrinadores, considerando sua natureza que no direito brasileiro sempre foi composta pelos pais e a prole a partir do casamento civil.

Após estas considerações preliminares, passa-se ao conceito da categoria operacional de família.

Pereira<sup>41</sup> define família como:

*(...) um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.*

Para Miranda<sup>42</sup>, o conceito de família apresenta-se múltiplo. Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos; ora o conjunto das mesmas pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consangüinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outro.

Similarmente, leciona Rodrigues<sup>43</sup> :

*(...) é base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Família é tanto a que se origina do Casamento, como aquela que nasce da União Estável entre um homem e uma mulher, que passa a ser protegida, como a formada por quaisquer dos pais e seus descendentes, nos termos do artigo 226, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.*

---

<sup>41</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>42</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Boockseller, 2000, p. 204-205.

<sup>43</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 4-5.

Dos conceitos delineados, observa-se que existe uma variação conceitual em torno da instituição família. Alguns doutrinadores reservam a ela conceitos amplos, outros, restritos, mas que não alteram o padrão familiar, nem suas características, como será visto no próximo subtítulo.

Sobre a evolução da família no Brasil, Inicialmente, cumpre contextualizar a posição da mulher na família brasileira.

A representação da família romana ainda é base da família brasileira como fundamento da sociedade e foi tomada como modelo pelo Código Civil de 1.916.

Isso porque vigorou no Brasil até aquela data o corpo de leis de Portugal, denominado Ordenações Filipinas, o qual imperou lá entre 1603 até 1867, e continuou imperando aqui até 1916.

À mulher, a única realização possível era o casamento e a maternidade, pois eram consideradas destituídas de mentalidade racional. Sua única vantagem era a maternidade, que lhe conferia a educação dos filhos, sempre sob a supervisão e autoridade do marido.

Sua educação restringia-se às prendas domésticas, à prática da virtude e da obediência ao futuro esposo. O namoro e noivado eram um ritual onde a jovem aprendia a ser submissa ao futuro marido, como fora ao pai.

A maioria das meninas era analfabeta, e as que estudavam não passavam das primeiras letras, mesmo nas classes mais abastadas. De sorte que, eivado dos princípios que informavam o casamento como instituição familiar, que era a única reconhecida pela legislação vigente até a Constituição Federal de 1988, e que nas palavras de RODRIGO DA CUNHA PEREIRA<sup>44</sup>, *o casamento era "...instituição matrimonializada, patrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual, onde a mulher era considerada relativamente incapaz para exercer certos atos da vida civil.*

---

<sup>44</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Coord. Maria Berenice Dias *et al.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. ix.

Essa condição de inferioridade perdurou até o advento do Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, que revogou 14 artigos do Código Civil, os quais mantinham a mulher em inexplicável posição de dependência e inferioridade perante o marido.

Esse verdadeiro descompasso entre a autonomia do marido e da esposa, ao tempo da elaboração original do Código Civil Brasileiro, estendia o campo de poder marital às raias da aberração moral e jurídica, concedendo ao marido o poder de correção sobre a esposa, onde lhe era permitido castigá-la<sup>45</sup> através da repugnante afronta à dignidade humana e à civilização moderna<sup>46</sup> por meio da *vis modica*. Se isso não bastasse, deve ser lembrado que a mulher brasileira só adquiriu sua cidadania em 1932.

O aspecto mais impressionante na estrutura familiar vigente até poucas décadas, sempre foi o aparente conformismo ostentado pela mulher frente à condição de sujeição imposta pela lei e pelos costumes: crescia submissa ao pai e continuava pela vida toda submissa ao marido – só trocava de senhor – continuando *serva* do marido e dos filhos<sup>47</sup>.

Conquanto essa servidão fosse até cumprida com amor, afeto e respeito recíproco, o que fazia com que o fardo não lhe parecesse demasiado pesado; todavia, muitas das vezes havia que ser suportado apenas pela dependência econômica do marido, pois a mulher era tradicionalmente educada para procriar e obedecer ao esposo-chefe, sem outras pretensões pessoais.

Mas a revolução industrial e as duas grandes guerras alteraram valores morais, éticos e políticos, e com eles, os valores individuais, como direito à vida, à liberdade, à realização pessoal e profissional, quase que repentinamente, espoucaram nos espíritos das pessoas, e na Europa surgiram os movimentos de

---

<sup>45</sup> A exemplo do ocorrido no Código de Napoleão, que chegou a impor à mulher o dever de obediência.

<sup>46</sup> OLIVEIRA, José Lamartine C. de / MUNIZ, Francisco José Ferreira Curso de Direito de Família, 4. ed. p. 306.

<sup>47</sup> Hoje a situação da mulher no casamento é de perfeita igualdade, sendo inadmissível a idéia de relegá-la a plano secundário.

vanguarda em busca da paz, da vida, das liberdades individuais de toda espécie e, mais importante, movimentos pela igualdade entre homens e mulheres, pois que estas haviam demonstrado, soberbamente, de quanta valentia e competência eram capazes.

Foi, pois, na segunda metade do século XX, quando as mulheres começaram a sair de casa para trabalhar fora, que começaram também a pensar em direito ao sexo, em salários iguais para funções iguais e na plena igualdade de direitos na sociedade.

Foi nesse período histórico efervescente do pós-guerra, que surgiram ativistas feministas e pensadoras como Simone De Beauvoir,<sup>48</sup> Betty Friedan<sup>49</sup> e Camile Paglia,<sup>50</sup> que empunharam a bandeira da defesa dos direitos femininos já antes desfraldada por Alice Paul e Elizabeth Stanton.

Por caminhos lentos e nem sempre compreendidos ou indicados, percorridos com lágrimas muitas vezes, foram as mulheres rompendo o jugo marital que sobre elas recaía, conquistando espaço e respeito no seio da família e na sociedade, tal a competência e espírito de luta com que se houeram na reivindicação de seus direitos de igualdade. Se inicialmente era considerada apta somente para o desempenho de funções mecânicas nas indústrias, passou a ser respeitada em outras profissões: no início, timidamente se infiltraram em carreiras ditas *masculinas*, como a advocacia, medicina e outras. Em duas décadas, outra geração mais aguerrida ainda, fez dessas profissões e outras como a física, biologia, aeronáutica, mecânica, etc., carreiras plenamente acessíveis ao intelecto e desenvoltura femininos. Hoje não mais se discute a capacidade, competência, habilidade ou inteligência femininas para o desempenho de nenhuma profissão ou

---

<sup>48</sup> Beauvoir, Simone de. Escritora e filósofa francesa. Contribuiu para a expansão da consciência feminina no século XX. (Enciclopédia Barsa.

<sup>49</sup> FRIEDAN Betty. Líder feminista americana. Fundou em 1966 a Organização Mundial de Mulheres, uma das bases do movimento feminista. Autora de livros que abordam as causas das frustrações das mulheres modernas. Obras: *A mística feminina* (1963), *Isso mudou minha vida* (1976). Enciclopédia Barsa.

<sup>50</sup> PAGLIA, Camile. Escritora americana. Conhecida por suas teses polêmicas sobre o comportamento sexual e o feminismo. Obras: *Personas sexuais* (1990), *Vampes e vadias* (1994). Enciclopédia Barsa.

função: ela tem respondido com tamanha eficiência em todas as áreas em que se propõe realizar um trabalho que não deixa margem a qualquer dúvida.

Mas em 1.962, grande conquista obteve a mulher com a Lei 4.121/62, o Estatuto da Mulher Casada, que representou um marco histórico na luta pela igualdade de direitos entre homens e mulheres, no Brasil, cujo maior mérito foi abolir da legislação brasileira a incapacidade feminina, igualando-a aos silvícolas. Por essa Lei, também foram revogadas diversas normas discriminadoras.

Através do Estatuto da Mulher Casada ficou consagrado o princípio do livre exercício de profissão da mulher casada, permitindo que ela ingressasse livremente no mercado de trabalho, tornando-a economicamente produtiva, aumentando sua importância nas relações de poder no seio da família.

O Estatuto não só corrigiu algumas restrições impostas à mulher casada como ainda ampliou seus direitos, como por exemplo, ao dar-lhe o usufruto de uma parte dos bens deixados pelo marido falecido e o direito real de habitação, o chamado usufruto vidual, instituído no art. 1.611, do revogado Código de 1.916, cujo correspondente no atual Código de 2002 é o art. 1.831.

O Estatuto ainda concedeu à mulher desquitada a guarda dos filhos menores, ainda que houvesse sido considerada culpada na ação de desquite.

Evidentemente, esse aumento de poder econômico da mulher, até então dependente totalmente do marido, trouxe importantes alterações no relacionamento pessoal entre os cônjuges. Trouxe não só a contribuição financeira para a renda da família, mas inseriu toda uma gama de novas atribuições e modificações nos papéis do casal.

Continuaram, porém, as desigualdades como a permanência do homem como chefe da família, com o pátrio poder, que o homem continuou a exercer “com a colaboração da mulher”, o direito de fixar o domicílio da família (embora agora fosse permitido à mulher recorrer ao judiciário caso a mudança de domicílio lhe fosse prejudicial), ainda era obrigatório o uso do patronímico do marido, e, por

fim, a existência de direitos diferenciados, sempre em desfavor da mulher.

Com a introdução, em 1.977, da Lei 6.515, a Lei do Divórcio, dando aos cônjuges a oportunidade de pôr fim ao casamento, privilegiou a mulher com a faculdade de usar ou não o patronímico do marido, retirando a antiga imposição.

A Lei do Divórcio também substituiu o regime de comunhão universal de bens para o da comunhão parcial de bens e ampliou a equiparação dos filhos, qualquer que fosse a natureza da filiação, para os fins de sucessão hereditária.

Importante salientar que as Constituições brasileiras, desde a de 1.824, sempre trouxeram em seu bojo o princípio da igualdade, conforme dispunha no art. 178, XII. A Constituição de 1.934 trazia explicitamente esculpido de forma taxativa, no artigo 113, §1º, o princípio da igualdade, “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões, próprias ou do país, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas (grifo nosso).

A Constituição de 1967 deu ênfase à afirmação de igualdade entre homens e mulheres, e, por fim, a Constituição de 1.988 igualou, definitivamente, homens e mulheres em direitos e obrigações, dispondo tal princípio em diversos dispositivos, como a seguir se confirma:

*Art. 183- Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-se para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*

*§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.*

*Art. 189- Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, negociáveis pelo prazo de dez anos.*

*§ único O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.;*

*Art. 201, V pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido disposto no § 5º e no art. 202.*

*Art. 226, V Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*

*Art. 7º, XVIII -licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.*

O artigo 233 do revogado Código Civil de 1916 apontava a flagrante desigualdade que reinava entre homem e mulher, na legislação brasileira, ao atribuir ao marido a chefia da sociedade conjugal, a representação legal da família, o dever de manutenção da família, a administração dos bens comuns e particulares da mulher, o direito de fixar o domicílio da família, o direito de autorizar ou não a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal.

Esse extenso rol de prerrogativas do marido revelava o exclusivo poder do homem frente à sociedade conjugal, e combinado com os artigos 240 e 247 do mesmo Código, colocava o homem em situação de provedor e a mulher ficava com o papel de mera auxiliar nos encargos familiares, definitivamente limitada na esfera da atuação jurídica, que não podia exercer sem a autorização marital.

Vê-se que o legislador de 1916, se não reproduzia a vontade das mulheres, no entanto reproduzia os costumes vigentes à época, e deixou bastante claros os papéis dos cônjuges: ao marido, o de provedor do lar; à mulher, o de dona de casa, submissa ao regime patriarcal e o domínio das lides domésticas. Isso significava: ao marido a *palavra final* à mulher, a *submissão*.

Ainda assim, a legislação civil manteve, através do revogado código de 1916, até 2002, a discriminação da mulher perante a família e a sociedade, onde

comparecia apenas como mãe cumpridora de deveres e obrigações que a lei lhe impunha, com a doce submissão que dela se esperava. A mulher dava ao marido motivo de anulação do casamento se o mesmo descobrisse, ao se casar, que a esposa não era virgem.

O marido era o *chefe da sociedade conjugal*, e essa posição conferia-lhe o papel de representante legal da família e administrador dos bens do casal. Tinha, ainda, com tais prerrogativas, o direito de escolher e fixar o domicílio da família. Também só ele tinha o poder de emancipar o filho ou filha do casal. À mulher cabia os papéis de companheira, consorte e colaboradora do marido.

A discriminação negativa da mulher estendia-se, no antigo código, à questão da sucessão hereditária, onde os pais podiam deserdar a filha “desonesta” que vivesse na casa paterna.

Essa situação de desigualdade entre homem e mulher imperou até a entrada em vigor do novo Código Civil, embora já a Constituição Federal de 1988 tivesse banido essa situação de desigualdade, estabelecendo que os direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, e o STF tenha, nesse interregno, se posicionado frente às desigualdades promulgadas pelo Código Civil editado antes da atual Constituição de 1.988. Destarte, pronunciou-se quanto à revogação de toda e qualquer norma infraconstitucional diferenciadora, anterior à Constituição, quando incompatíveis com a Carta Política vigente, declarando que os preceitos constitucionais que impõem a igualdade entre os cônjuges e homens e mulheres em geral, são auto-aplicáveis. Deve-se entender, pois, que mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002, os artigos 233 a 254, que tratavam dos direitos e deveres do marido e da mulher, foram revogados pela Constituição Federal de 1.988.

Entretanto, apesar de a Constituição ser a norma fundamental e que as demais leis não de estar em sintonia com ela, muitas vezes do judiciário e demais aplicadores do direito discordavam e não aplicavam às relações de família o que expressamente continha o texto constitucional.

José Afonso da Silva<sup>51</sup> assim se pronuncia a respeito da igualdade entre homens e mulheres:

*Essa igualdade já se contém na norma geral da igualdade perante a Lei. Já está também contemplada em todas as normas constitucionais que vedam discriminações de sexo (arts. 3º, IV e 7º, XXX). Mas não é sem conseqüência que o Constituinte decidiu destacar, em um inciso específico (art. 5º, I), que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Era dispensável acrescentar a cláusula final, porque, ao estabelecer a norma, por si, já estava dito que seria “nos termos desta Constituição”. Isso é de somenos importância. Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional.*

Também Rolf Madaleno<sup>52</sup> se manifestou sobre o tormentoso tema, com as seguintes palavras:

*A igualdade dos cônjuges e não só deles, pois não é preciso ser civilmente casado para merecer tratamento igualitário nas relações pessoais, é, sobretudo uma isonomia ostentada no fundamento supremo do Estado Democrático de Direito da Carta da República brasileira de defesa da dignidade humana., traduzida pela solidariedade econômica dos cônjuges, que passam a contribuir com o seu trabalho no atendimento das necessidades do seu grupo familiar e outras diretivas também proclamadas pelo calor da progressão isonômica, mas contestadas no mundo axiológico pelo contrafluxo de evidências que apontam ainda a existência de uma distância abismal da desejada paridade.*

Todavia, muitos setores da doutrina e da jurisprudência obstinadamente opunham-se à aplicação imediata de tais direitos. Essa postura recalcitrante forçou o STF a manifestar-se sobre o assunto.

---

<sup>51</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 1.993, p. 198.

<sup>52</sup> MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no Direito de Família*. 2000, p. 23.

Rolf Madaleno<sup>53</sup> acentua a contradição existente entre os preceitos constitucionais e a realidade fática social brasileira:

*Logo, pouco efeito ainda surte do primado de respeito à pessoa e à igualdade de cônjuges e filhos, enquanto persistir a ideologia da supremacia oculta do dinheiro e seu deletério efeito sobre o conjunto familiar. O Poder não está ligado ao exercício igualitário de direitos, à idéia constitucional de co-participação ou paridade na chefia conjugal, porquanto, a violência moral e psicológica decorre exatamente do imensurável estrago emocional que o homem é capaz de realizar com a subversão econômica do casamento, como instrumento bastante eficaz de que costumeiramente se vale para controlar a mulher e para manter a sua arbitrária dominação. Eis aí tamanha contradição que fere de morte direito fundamental previsto na Carta Política de 1989 com a intenção de ajustar as relações familiares de afeto.*

Vale ressaltar, também, que desde 1984 o Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, da Organização das Nações Unidas, ratificando a Convenção com diversas reservas, afirmando que não aplicaria diversos dispositivos sob a alegação de ferirem dispositivos do Código Civil Brasileiro. Após a Constituição Federal de 1988 tais reservas foram retiradas.

Atualmente, graças à autonomia plena da vontade da mulher para escolher e decidir sobre sua vida amorosa ou profissional, a família contemporânea se transformou no lugar em que os indivíduos que a compõem vão encontrar *conforto e refúgio para sua sobrevivência*<sup>54</sup>

Voltando à análise da família, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 só era considerada Família para efeitos jurídicos, a entidade familiar oriunda do casamento, já que os concubinatos ou como denominados, hoje, as uniões estáveis não tinham qualquer amparo legal.

---

<sup>53</sup> MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no Direito de Família*. 2000, p. 27.

<sup>54</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Novos rumos do direito de família*. O Direito de Família e a Constituição de 1988. p. 5.

Nesse viés, cumpre informar que o § 3º do art. 226 da CF/88<sup>55</sup> passou a admitir a união estável ao assim dispor, *in verbis*:

*Art. 226. (omissis)*

*§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.*

Assim, deixa de existir “família legítima” e “família ilegítima”, já que, hoje, ambas têm igual reconhecimento legal e, desta forma, são consideradas Famílias. Mas ainda há uma diferenciação, atribuindo maior valor ao matrimônio quando a Carta Maior fala em facilitar a conversão do concubinato em casamento.

No entanto, em 1996, a Lei nº 9.278 regulamentou esta norma constitucional conforme dita seu art. 1º<sup>56</sup>:

*“Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.*

Vale lembrar que a família moderna fez desaparecer a autoridade paterna e a mulher não se submete mais ao marido, ela adota agora uma posição de companheira, tendo em vista que já se foram os tempos em que existia a incapacidade da mulher casada.

A mulher passa a ter profissão, contribui para o orçamento familiar, sendo que muitas vezes ela assume toda a responsabilidade do orçamento familiar. A mulher é mais do que nunca a companheira e deixa assim de ser apenas a dona de casa e mãe, como descreve Gusmão<sup>57</sup> :

*(...) a família patriarcal, sob a autoridade e superioridade do marido, pertence ao passado. A lei atualmente dá a ambos os cônjuges direitos e deveres iguais. Além de todas essas transformações, a família começa a enfrentar grave crise. A pílula liberou sexualmente a mulher. A rotina despersonalizou os cônjuges, absorvidos com a televisão, que lhes rouba o tempo do*

<sup>55</sup> BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes (Colab.). 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48.

<sup>56</sup> BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. [*Diário Oficial da União*]. Brasília, 10 mai. 1996. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9278.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm)>. Acesso em: 30 jan 2008.

<sup>57</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Op. cit*, p. 303.

*diálogo. Os filhos tornam-se contestadores, não tendo diálogo com os pais. Protestam e se afastam dos padrões observados pelos mais velhos. (...) a família em geral, e não somente a constituída pelo casamento, está sendo posta à prova.*

Em face do todo exposto, infere-se que com as mudanças no instituto familiar, a sociedade mudou sua forma de encarar esta entidade dentro do conceito societário, pois é na família que se forma a personalidade do ser humano, sendo ela um meio de defesa e amparo, onde indivíduos e individualidades devem ser respeitados para que cada membro desta seja capaz de lutar por seus ideais.

Após o esboço deste aporte histórico da família desde à Antigüidade aos tempos atuais, conduz-se esta pesquisa ao capítulo seguinte, no qual serão enfocados tópicos atinentes ao casamento, dando-se ênfase à sua gênese histórica nos tempos remotos e no Brasil, conceito, natureza jurídica, requisitos, finalidade e efeitos jurídicos patrimoniais.

## 3 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

### 3.1 Casamento

Este capítulo refere-se ao estudo do casamento no ordenamento jurídico brasileiro, objetivando destacar os principais elementos que gravitam em torno deste instituto, sem pretensão, contudo, de esgotar a matéria, pois tal seria impossível no âmbito do estudo a que se propõe a presente pesquisa monográfica.

Nessa esteira, pretende-se apresentar neste capítulo, breve tracejo histórico do surgimento do casamento no Direito Romano e no Direito Brasileiro, tal qual se tem conhecimento hoje; prosseguindo-se ao enfoque de seu conceito para, ao final, discorrer sobre sua finalidade, características e efeitos jurídicos patrimoniais.

### 3.1.1 No direito romano

Como o Direito Civil no ordenamento jurídico brasileiro é oriundo da civilização romana, a contextualização histórica do casamento será iniciada a partir desta civilização. Portanto, não serão tecidas quaisquer considerações doutrinárias sobre o surgimento do casamento nas demais civilizações antigas (como, por exemplo, a egípcia, a assíria e a hebraica)<sup>58</sup>.

Nesse norte, convém assinalar que desde a era romana o matrimônio já interessava ao Direito, como demonstra Monteiro<sup>59</sup>: *Historicamente, o casamento começa a interessar em Roma, onde se achava perfeitamente organizado.*

No que concerne à hierarquia do Casamento romano, eram na ordem de três:

Inicialmente, havia a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*.

A primeira era o casamento da classe patrícia, correspondendo ao casamento religioso. Dentre outros traços, caracterizava-se pela oferta aos deuses de um pão de trigo, costume que, estilizado, sobreviveu até os nossos dias, com o tradicional bolo de noiva. A *confarreatio* não tardou, todavia, a cair em desuso e já se tornara rara ao tempo de Augusto.

A *coemptio* era o matrimônio da plebe, constituindo o casamento civil e descrito por Gaio como uma imaginaria *venditio*.

Finalmente, o *usus* era a aquisição da mulher pela posse, equivalendo assim a uma espécie de usucapião.

Deve-se esclarecer, contudo, que todas essas formas de matrimônio conhecidas no direito romano, tão-somente investiam o marido *in manus*, ou seja, em suas mãos, como exprime Venosa<sup>60</sup> :

---

<sup>58</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, p. 37, ensina que: “As sociedades primitivas tinham como preocupação básica a satisfação das necessidades primárias. Com meios técnicos rudimentares para enfrentar os rigores da natureza, o problema central do homem primitivo era prover sua própria subsistência. O homem e a mulher dividiam suas tarefas, por isso o indivíduo solteiro era uma calamidade para a sociedade dessa época [...]. Para os povos primitivos o solteiro é uma raridade. A família romana não era necessariamente unida pelo vínculo de sangue, mas pela identidade de culto. Era um grupo numeroso formado por um ramo principal e ramo secundário, este formado por serviçais e clientes que conservavam sua unidade baseada na religião comum”.

<sup>59</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v.2, p. 15.

*O pater exercia a chefia da família como orientador maior do culto dos deuses Lares, acumulando as funções de sacerdote, legislador, juiz e proprietário. Dele era o jus piniendi com relação aos integrantes da família.*

Em contrapartida, pela *conventio in manum* a mulher e seu patrimônio passavam para a *manus maritalis* (mãos do marido).

De modo análogo, aponta Venosa<sup>61</sup> :

*“A mulher romana apenas participava do culto do pai ou do marido, porque a descendência era fixada pela linha masculina. Durante a infância e a puberdade, era subordinada ao pai; após o casamento, ao marido. O pai tinha o direito de lhe designar um tutor ou marido para após a sua morte. A viúva subordinava-se aos filhos e, na ausência destes, aos parentes próximos do marido falecido”.*

Frise-se que todas as modalidades de matrimônio conhecidas no direito romano, eram denominadas *cum manum* os quais faziam com que a mulher perdesse toda a relação de parentesco da família do pai, submetendo-se à família do marido, inclusive ao culto.

Finalmente, em Roma, após uma longa evolução, surgiu a *justae nuptiae*, ou seja, o matrimônio livre, cujos requisitos eram: capacidade e consentimento dos cônjuges e ausência de impedimentos.

Conforme já aduzido, para os romanos, o casamento não era ato jurídico, mas sim uma situação de fato em que o homem e a mulher se comportavam como esposo e esposa.

A manutenção do casamento era garantida enquanto perdurasse a  *affectio maritalis*<sup>62</sup>. Conseqüentemente, desaparecida a  *affectio*, extinguia-se o vínculo.

Diante do exposto, a fim de demonstrar a evolução perquirida pelo casamento na civilização romana, infere-se, pois, que desde os tempos pretéritos, vem se constatando que o casamento é a união de duas pessoas, visando o status do Estado, a subordinação hierárquica da mulher, o cotado poder de pai e marido e a mutabilidade do contingente das conquistas asseveradas ao longo das décadas.

---

<sup>60</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>61</sup> *Ibid*, p. 38

<sup>62</sup> Mútua assistência afetiva.

### 3.1.2 No direito brasileiro

Inicialmente, anote-se que na época do Império, conhecia-se tão-somente o casamento católico que, segundo Pereira<sup>63</sup>:

*(...)Era aquele celebrado segundo as normas do Concílio de Trento, de 1563 e das Constituições do Arcebispado da Bahia.*

Por este motivo, durante muito tempo todo o assunto de celebração do casamento, bem como suas nulidades, era disciplinado pelo Direito Canônico.

Em Portugal e no Brasil-Império, o casamento entre católicos foi sempre realizado por sacerdotes desta religião. Era seguido o rito religioso, no qual o matrimônio representava a união entre Jesus Cristo e sua Igreja.

Não havia inconveniente na prevalência do casamento religioso, vez que a quase-totalidade dos brasileiros era católica.

Conforme preleciona Cahali<sup>64</sup>:

*Aqui no Brasil, nos primeiros anos de descoberto, a Igreja foi titular quase absoluta dos direitos sobre a instituição matrimonial, cujos princípios do Direito Canônico representavam a fonte do direito positivo, regendo todo e qualquer ato nupcial.*

Vale lembrar, outrossim, que com a crescente imigração, foram introduzidas no Brasil um grande número de novas religiões, cujos membros eram considerados acatólicos. Logo, através da Lei de 1861, regulamentada pelo Decreto de 17 de abril de 1863, foi instituído, ao lado do casamento eclesiástico (único matrimônio regulamentado pela lei), outro tipo de casamento de natureza civil, destinado às pessoas dissidentes<sup>65</sup> :

*“(...)este novo regime, objetivava estabelecer que os Casamentos entre pessoas com outros princípios religiosos, que não católicos, fossem realizados em conformidade com as prescrições de sua respectiva religião. Assim, passou-se a permitir a prática das seguintes modalidades de núpcias: O Casamento católico; celebrado segundo as normas do Concílio de Trento, de 1563, e das Constituições de Arcebispado da Bahia; o Casamento misto, entre católico e acatólico, realizado sobre a disciplina do Direito Canônico; e finalmente o Casamento que unia membros de seitas dissidentes, em obediência às prescrições religiosas respectivas.”*

<sup>63</sup> PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 40.

<sup>64</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 44.

<sup>65</sup> PEREIRA, Áurea Pimentel. *Op. cit*, p. 39-40

Contudo, insta observar que a evolução do matrimônio<sup>66</sup> deu-se juntamente com a proclamação da República, em 1889, quando ocorreu o rompimento entre a Igreja e o Estado<sup>67</sup> :

*Em 1889, o Visconde de Ouro Preto anunciou ao Parlamento o breve envio de um projeto de Casamento civil facultativo, que não chegou a se converter em lei, em razão da revolução de 15 de novembro desse mesmo ano, que derrubou o Império. Com o advento da República, em 1889, o poder temporal foi separado do poder espiritual, e o Casamento veio a perder seu caráter confessional; a República passou a reconhecer apenas o Casamento civil, constituindo o religioso apenas um interesse da consciência individual de cada um.*

Áurea Pimentel Pereira<sup>68</sup> complementa:

*“Com o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, foi instituído o Casamento civil obrigatório neste país, o que a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 enfaticamente proclamou: ‘A república só reconhece o Casamento civil, cuja celebração será gratuita’ (art. 72 § 4º). Tendo em vista a separação da Igreja e do Estado, consagrou a opinião já formada entre os civilistas para os quais o Estado não tem o direito de intervir na escolha dos princípios religiosos adotados pelos contraentes, como nenhuma seita religiosa pode sustentar a exclusividade de seus preceitos para a validade do matrimônio.”*

Assim, passou-se a ser reconhecido, durante a República, somente o casamento civil, todavia, o Estado permitiu a livre celebração do casamento religioso, se fosse esta a vontade dos interessados.

Com o tempo (o que ocorre até os dias atuais), os hábitos sociais cultivaram o casamento civil celebrado paralelamente ao religioso<sup>69</sup>. Hoje, o

---

<sup>66</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 15: “O Casamento se caracterizava, na época da República, pelo fato de ser concebido o matrimônio no Cristianismo, como um sacramento. O matrimônio consubstanciou-se em um dos Sete Sacramentos da Lei Evangélica, instituída por Jesus Cristo, contudo, é muito antigo o conflito entre a Igreja e o Estado quando se trata deste assunto. Para tal direito, o Casamento foi sempre considerado perpétuo”.

<sup>67</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>68</sup> PEREIRA, Áurea Pimentel. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>69</sup> Assim registra CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: direito de família*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, v.5, p. 61: “O casamento civil foi introduzido como medida política associada às tendências republicanas. Já, o Casamento religioso mantinha sua tradição, fazendo-se pouco uso da dualidade dos atos. Todos os nubentes casavam duas vezes. Era comum o duplo Casamento: no civil e no religioso”. Explica, ainda, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, p. 107: “Em apertada síntese, podemos afirmar que o casamento no Brasil é regido pelas leis civis, mas admite-se que o casamento religioso tenha efeitos civis. Os raros casos de registro civil de casamento religioso são os efetuados por autoridades religiosas em situação de matrimônio nuncupativo”.

casamento válido no Brasil, com a devida exceção feita ao regulamento que permite ao ato religioso gerar efeitos civis, é o casamento civil<sup>70</sup>:

*“Na prática, entretanto, os cônjuges além de se casarem civilmente, casam-se também através da cerimônia religiosa, sendo esta cerimônia, revestida de maior pompa que do que a civil, de modo que ela se apresenta, como constituindo o verdadeiro Casamento.”*

Prosseguindo-se nesta esteira evolutiva, o Código Civil brasileiro de 1916 consolidou e regulou somente o casamento exclusivamente civil, sem a menor alusão ao religioso. Não obstante, na prática é muito comum os cônjuges, além de se casarem civilmente, casarem-se também, em cerimônia religiosa, preservando as suas tradições.

Por seu turno, a Constituição da República de 1934, de acentuado cunho social, consignou que a família era constituída pelo casamento indissolúvel, mas, atribuía efeitos ao casamento religioso, desde que observadas as formalidades legais para com a sua posterior inscrição no Registro Civil.

De modo diverso, apresentou-se a Constituição de 1937, a qual deixou toda a matéria à legislação ordinária, mantendo a proteção à família, mas nada dispondo sobre o casamento religioso.

Já a Constituição de 1946 retornou ao que estabelecia a de 1934, tratando do casamento religioso e prevendo a possibilidade de sua equiparação ao casamento civil.

Hoje, o casamento religioso com efeitos civis, válido no Brasil, está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo art. 226, § 2º, que assim prescreve:

*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...).  
(...)  
§ 2º. O Casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.*

O casamento religioso, para Venosa<sup>71</sup>:

*(...) pode alcançar a sua eficácia quando preencher as formalidades impostas pela Lei n. 1.110, de 23 de maio de 1950, que disciplina que o casamento*

<sup>70</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>71</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 44.

*religioso equivale ao civil quando os consortes promoverem o devido processo de habilitação perante o oficial de registro, na forma da lei civil. Ultrapassado o casamento religioso, sua inscrição poderá ser efetivada. O legislador foi mais além, contudo, ao permitir que a habilitação ocorra posteriormente ao casamento religioso, com a apresentação dos documentos legalmente exigidos, sem a prévia habilitação civil.*

Mantendo a mesma idéia, o Código de 2002 estabelece no art. 1.515 a validade do casamento religioso que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equiparando-se a este, desde que registrado, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Bem se vê que o casamento comumente realizado no direito brasileiro é o chamado “religioso com efeitos civis”, já que esta modalidade de casamento é de forte tradição da população brasileira e, raramente, são realizados casamentos de uma só forma: ou religioso, ou civil.

Este breve histórico foi delineado a fim de conduzir esta pesquisa, ao subtítulo seguinte no qual far-se-á menção aos aspectos informadores do casamento, sob o seu enfoque doutrinário-legal.

### 3.1.3 Conceito, natureza jurídica, requisitos, finalidades e efeitos patrimoniais

Em reconhecimento à importância sócio-política da instituição familiar, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 226, caput, estabelece, implicitamente, que o casamento é a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, sendo o fundamento de todo sistema social e, desta forma, constituindo o pilar da sociedade.

Existem numerosas definições de casamento que não se limitam a conceituá-lo, porém, refletem concepções históricas, políticas e sociológicas originais, ou tendências filosóficas, inexistindo uniformidade na sua caracterização, tanto nas legislações como na doutrina.

Sob este enfoque, pode-se considerar o casamento como sendo o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada.

No entanto, para Diniz<sup>72</sup>:

*“O casamento é o vínculo jurídico entre homem e mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família legítima”*

Em linhas gerais, constata-se que o casamento é o início da vida em família, com os direitos e obrigações que são impostos aos cônjuges, e mesmo aos filhos destes, com o intuito de nortear a sociedade.

Complementando esta afirmação, expõe-se o conceito de Clóvis Beviláqua *apud* Diniz<sup>73</sup>:

*O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer.*

Desta definição, depreende-se que o casamento não é apenas a formalização ou legalização da união sexual, mas a união de dois seres de sexo diferente para atingirem a plenitude do desenvolvimento de sua personalidade, através do companheirismo e do amor, onde cada cônjuge reconhece e pratica a necessidade de vida em comum, para se ajudar mutuamente, compartilhar o mesmo destino e perpetuar sua espécie.

Nas palavras de Rodrigues<sup>74</sup>:

*“Casamento é o contrato de direito de Família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.*

Do todo delineado, mesmo não apresentando definições exatas em relação ao instituto do casamento, evidencia-se o entendimento doutrinário de que o casamento civil é um contrato que apresenta características bem próprias e especiais, pelo qual o homem e a mulher se unem legalmente, sob um compromisso moral de procriação, de fidelidade, assistência mútua, com deveres comuns quanto à criação, manutenção e educação de seus descendentes, como dispõe o art. 1.567, do Código Civil em vigor:

---

<sup>72</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 39-40

<sup>73</sup> *Ibid*, p. 40.

<sup>74</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 19.

*Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.*

Vale mencionar, ainda, que embora nenhum texto proclame, quando se refere à diferença de sexo entre os cônjuges, aduz-se que o ato nupcial, não visa apenas a união de duas pessoas, porém, trata-se da união entre um homem e uma mulher, pois o casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda não é permitido em nosso direito pátrio, embora seja marcante o movimento neste sentido.

Por outro lado, o constituinte de 1988, embora tenha modificado o dogma da legitimidade da família constituída pelo casamento, não colocou (nem poderia tê-lo feito) as outras entidades familiares no mesmo pé de igualdade do casamento civil, mas, de forma lapidar e amplíssima, dispôs que a família (todas as famílias, certamente) tem especial proteção do Estado.

Isto é, tanto as famílias biparentais (oriundas de um casamento civil, ou religioso, ou decorrentes de união estável), quanto as famílias monoparentais (previstas no § 4º do art. 226, da CF/88).

Vê-se assim, que a prevalência pelo casamento civil com todos os seus rigores de lei, visa a contemporizar a moral familiar, ou seja, varão, virago e filhos perante a sociedade.

Reciprocamente, a sociedade, na figura do Estado, também atua nesse norte, tentando priorizar assim, inclusive, seus interesses políticos, econômicos e sócio-culturais, sempre se ajustando com o que se está vivendo.

Delineadas tais considerações doutrinárias sobre o conceito de Casamento, passa-se à menção dos seus aspectos gerais, como serão vistos a seguir.

Insta assinalar, antes de adentrar ao estudo da natureza jurídica do casamento, que paira sobre este assunto grande dissenso doutrinário, haja vista parcela significativa da doutrina entender que a natureza deste é de um contrato, ou seja, um negócio jurídico (teoria contratualista); e outra parcela, pugnar pela sua natureza de instituição social (teoria institucionalista).

Assim, duas correntes, na doutrina ocidental, atraem a maioria das opiniões: a “contratualista” e a “institucionalista”.

Para uns, o casamento é uma instituição social, no sentido de que reflete uma situação jurídica, cujas regras e quadros se acham preestabelecidos pelo legislador, com vistas à organização social da união dos sexos.

Dentro da sociedade, a família é um organismo de ordem natural com a finalidade de assegurar a perpetuidade da espécie humana, e bem assim o modo de existência conveniente às suas aspirações e a seus caracteres específicos.

Em face disto, o casamento é o conjunto de normas imperativas cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral correspondente às aspirações atuais e à natureza permanente do homem. Independentemente da concepção institucionalista, ainda há os que se insurgem contra a natureza contratual das núpcias, sob fundamento de que, não obstante o consentimento recíproco que as gera difere do contrato pela constituição, modo de ser, duração e efeitos.

Para outros, o casamento é um contrato, tendo em vista a indispensável declaração convergente de vontade livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas.

Monteiro<sup>75</sup>, da mesma forma, ao tratar da questão da natureza jurídica do casamento, reconhece a subdivisão mencionada acima, da seguinte forma:

*“A concepção clássica, também chamada individualista, depara no casamento uma relação puramente contratual, estabelecida por acordo entre os cônjuges. (...) o casamento é um contrato civil, a que se aplicam as regras comuns a todos os contratos; o consentimento dos contraentes é o elemento essencial e irredutível a sua existência. (...) Dentre os que reconhecem o caráter contratual do casamento há ainda aqueles que o encaram como contrato de direito de família. De outro lado, acha-se a concepção supra-individualista (...) O casamento constitui assim uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos.”*

Destarte, nota-se a existência de outra concepção jurídica do casamento, qual seja, a de natureza eclética. Segundo esta, o matrimônio é ato complexo, ao mesmo tempo contrato e instituição; é mais que um contrato, porém não deixa de ser contrato também.

---

<sup>75</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 12-13.

O casamento, para fins deste trabalho monográfico, será apresentado como instituto, ou seja, consoante a corrente institucionalista e, portanto, devendo ser levado ao ápice do conceito das relações matrimoniais que não são contratos, mas sim instituições sociais.

No que concerne aos requisitos exigidos por lei para que o casamento seja válido, ensina Levenhagen<sup>76</sup>:

*“O Código Civil, necessariamente dispõe observâncias, das quais surgem formalidades exigidas pela lei, pelas quais, se constatará o atendimento dos requisitos essenciais à realização e à legitimidade do Casamento, sendo estes requisitos: a diferença de sexo, a manifestação da vontade dos cônjuges através do consentimento e a celebração na forma da lei.”*

No tocante ao primeiro requisito, qual seja, da diferença de sexo, cumpre salientar que o ato nupcial, não visa apenas à união de duas pessoas, mas, sim, da união entre um homem e uma mulher, considerando que o casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda não é permitido em nosso direito pátrio, conforme já mencionado.

Outrossim, por ser o casamento um ato exclusivamente pessoal, deve ser constituído pelo livre consentimento dos interessados (segundo requisito), os quais, por meio de sua vontade, vão estabelecer uma sociedade conjugal, dando origem a uma nova família.

O matrimônio repousa no mútuo consenso dos interessados. Se houver ausência total de consentimento ter-se-á ato inexistente. Em suma: o matrimônio em que os nubentes não manifestam o consentimento, não é considerado casamento válido.

Com relação ao terceiro requisito, o da celebração do casamento, é evidente que este ato não é deixado de modo algum à vontade das partes, mas é, em todas as suas minúcias, controlado pela autoridade pública.

Sobre o assunto, posiciona-se Chaves<sup>77</sup>:

*Não é indiferente para o Estado que se realize um Casamento nulo, e, portanto, ele se preocupa com qualquer Casamento que está para ser contraído, ao passo que, no fundo, ao Estado pouco importa que se faça um contrato.*

---

<sup>76</sup> LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Código civil: comentários didáticos*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 16.

<sup>77</sup> CHAVES, Antônio. *Op. cit.*, p. 149.

Do exposto, compreende-se que somente se for celebrado conforme as solenidades previstas em lei, é que o casamento será considerado verdadeiro. De outra forma, o ato é tido como inexistente. Neste sentido, assevera Maria Helena Diniz<sup>78</sup>:

*“Sem celebração trata-se de um nada, como o ato nupcial realizado na ribalta entre atores, desempenhando um papel, sendo lícito a qualquer pessoa desconhecer de direito e de fato tal vínculo, que inexistente nenhum efeito produz, mesmo provisório.”*

No tocante às suas finalidades, frisa-se que estas são complexas e múltiplas, porém apresentando-se sob o enfoque de duas concepções:

- a) segundo os canonistas e
- b) segundo os civilistas.

Segundo a concepção canonista, as finalidades do casamento são: a procriação e educação dos filhos, a colaboração mútua entre os cônjuges e remédio contra a concupiscência, distinguindo, assim, os fins sociais dos fins individuais que, ainda hoje, encontram-se definidos no Código Civil Brasileiro.

Em contrapartida, no plano puramente civilista, seguem-se os passos da concepção canônica. As mesmas idéias subsistem, situando-se, no primeiro plano, a legitimidade da família, que apesar de ser um organismo natural e social, é pelo casamento que se legitima.

Este entendimento ganha sustentação nas palavras de Diniz<sup>79</sup> quando ao expor sobre a legitimidade da família, declara ser uma unidade originada pelo casamento e pelas inter-relações existentes entre marido e mulher, e entre pais e filhos.

Ademais, a conseqüência lógico-natural do casamento é a procriação dos filhos. Porém, não é essencial, uma vez que a falta de filhos não afeta o casamento. Se assim não fosse, ter-se-iam de anular todos os matrimônios de que não adviesse prole, o que perturbaria a estabilidade e a segurança do lar. Porém,

---

<sup>78</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>79</sup> *Ibid*, p. 34.

advindo filhos, impõe-se aos pais a obrigação de lhes dar assistência, criando-os e educando-os para a vida.

O primeiro direito pessoal dos pais em relação aos filhos consiste em dirigir-lhes a criação e a educação.

Quanto à árdua tarefa de cuidar da prole que o Código Civil de 2002 dispõe também como um dever de ambos os cônjuges, explica Cahali<sup>80</sup>:

*“(...) visando à preservação e à integridade da família, impõe o Código, a cada um dos cônjuges, e a ambos simultaneamente, deveres para com os filhos, coibindo o abandono que possa ser praticado com o descumprimento das obrigações que daí resultam: são deveres que lhes incumbem, por natural afeição, por dever moral e por obrigação jurídica de sustentar aqueles a que deram o ser, velar cuidadosamente por eles, dirigi-los, defendê-los e prepará-los para a vida; daí o dever de sustento, guarda e educação da prole.”*

A conseqüência do convívio entre os cônjuges é a prestação do auxílio mútuo, pois é o matrimônio uma união entre marido e mulher para enfrentar a realidade e as expectativas da vida em constante mutação. Há um complemento de duas personalidades reciprocamente atraídas pela força do sentimento e do instinto, sofrendo as mesmas dores e partilhando as mesmas felicidades.

Outras finalidades, não tão relevantes, porém não menos constantes, são apontadas, por Pereira<sup>81</sup>, tais como:

*(...) a atribuição do nome à esposa e aos filhos, a regularização de relações econômicas e a legalização de estados de fato.*

Frisa-se que dentre as finalidades do casamento, destacam-se a de validar o novo estado de cada cônjuge, com o fim de perpetuar a espécie e assistir moral e materialmente um ao outro.

No que tange aos efeitos patrimoniais do casamento, urge salientar que deste instituto, além de efeitos pessoais e sociais (os quais não serão referendados neste estudo), emanam conseqüências patrimoniais e econômicas, apesar de se saber que a família não é organizada patrimonialmente.

Contudo, isso não impede tenha um patrimônio comum, de certo modo necessário à consecução dos seus fins, outrora delineados anteriormente.

---

<sup>80</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10 ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61.

<sup>81</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 67.

Sobre os principais efeitos patrimoniais oriundos do casamento, discorre Pereira<sup>82</sup>:

*Num primeiro plano, assegura substrato econômico à família, criando o que já foi designado como 'patrimônio familiar'. Analiticamente, tais relações compreendem: 1- assistência pecuniária de um a outro consorte; 2 – usufruto dos bens dos filhos enquanto sob poder familiar (art. 1.689, I); 3 – prestação de alimentos aos filhos; 4 – direito sucessório, que desde a civilização romana já se conhecia à mulher e aos filhos, uma vez que era ela recebida no lar conjugal in loco filiae, salvo nos casos de casamento sine manu. Mais tarde, naquele sistema, o direito pretoriano lhe reconhecera qualidade hereditária, se ao tempo da morte subsistia o casamento*

Para concluir, extrai-se que os efeitos patrimoniais oriundos da sociedade conjugal estão estritamente relacionados com o regime de bens a que estão sujeitos os cônjuges, vez que, por força da vida comum que se estabelece entre estes, o instituto do casamento possui normas que disciplinam as relações econômicas (Direito Sucessório, prestação de alimentos aos filhos, mútua assistência pecuniária entre os consortes), e os interesses que ocorrem na sociedade conjugal que se forma (deveres para com a prole, respeito e consideração mútuos, fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal).

### 3.2 União estável

A família de fato é *aquela não fundada no casamento*<sup>83</sup>, isto é, aquela em que um homem e uma mulher não casados, se unem sob o mesmo teto e aí se instala a família nos moldes legais, e se necessário, fora deles.

A diferença entre família de fato e família legítima é que esta se assenta, como outros institutos fundamentais, em um complexo unitário de direitos e de deveres que necessitam ser fielmente observados.

Na família de fato há mais liberdade que na de direito, mesmo que esteja aquela regulamentada, embora não se possa viver sob um clima de liberdade sem responsabilidade.

---

<sup>82</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 168.

<sup>83</sup> JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. Manual prático de inventários e partilhas: de acordo com o novo Código Civil – Lei n. 10.406 de 10/01/2002. 3 ed. São Paulo, 2003, p.149.

De acordo com Gabriel José Pereira Junqueira<sup>84</sup>, a união estável é a união estabelecida entre o homem e a mulher, sem que haja a celebração do casamento.

A expressão concubinato é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade.

O Novo Código Civil dispõe no art. 1723:

*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*

*§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.*

*§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.*

Com base no artigo 1523 e seus parágrafos, depreende-se que para tornar-se entidade familiar, é preciso que a união estável seja entre o homem e a mulher; que haja convivência pública, contínua e duradoura; que tenha como objetivo a constituição da família; que não seja entre ascendentes com descendentes; que não seja entre afins em linha reta; que não seja do adotante com quem foi cônjuge do adotado, e do adotado com quem o foi do adotante; que não seja entre irmãos, unilaterais ou bilaterais, nem entre colaterais até o 3o grau, inclusive; que não seja do adotado com o filho do adotante; que não seja entre o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte; que a pessoa casada seja separada de fato ou judicialmente.

À vista da exposição feita, pode ser considerada união estável entre o homem e a mulher a convivência pública, contínua e duradoura que tenha como objetivo a constituição da família desde que não ocorram os impedimentos para o casamento dos conviventes, previstos no art. 1531 do Código Civil, admitindo-se, no entanto, como convivente pessoa casada separada de fato ou judicialmente.

Note-se que o novo Código Civil (art. 1.723) não delimita prazo para a união estável, exigindo apenas que seja pública, contínua e duradoura.

---

<sup>84</sup> JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. Manual prático de inventários e partilhas: de acordo com o novo Código Civil – Lei n. 10.406 de 10/01/2002. 3 ed. São Paulo, 2003.

Na união estável, de acordo com o artigo 1725 do CC, não havendo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

O art. 1724 demonstra que as relações pessoais entre os companheiros deverão obedecer aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento, e educação dos filhos.

E por último, o artigo 1726 do Novo Código preceitua que a união estável pode converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

### 3.2.1 Concubinato e companheirismo no Código Civil de 1916

O Código Civil Brasileiro de 1916 não tratou das relações concubinárias a não ser para fazer algumas referências no sentido de negação a esse tipo de relação.

Devemos considerar, entretanto, que no início do século, época em que começou sua vigência, os costumes eram completamente diferentes de hoje, vez que a concubina era vista como uma afronta à família legítima, única merecedora da proteção do Estado<sup>85</sup>.

Foi neste espírito que ficou inscrito no Código Civil Brasileiro de 1916 a proteção à família a que se chamou de "legítima", repelindo qualquer possibilidade de proteção jurídica a outro tipo de família. Até então, quase não se fazia distinção entre concubinato enquanto união estável e meras relações adúlteras ou passageiras.

Essas referências proibitivas ao concubinato mostraram-se, principalmente na parte do Direito Sucessório, *causa mortis* ou mesmo em vida, a exemplo dos artigos. 1.719, III, e 248, VI, 1.177 do Código Civil de 1916.

Não cabe aqui fazer uma análise dos fundamentos do Direito Sucessório e de Família, mas não se pode esquecer que aí se faz presente também a grande

---

<sup>85</sup> OLIVEIRA, Wilson de. Op. cit., p.249.

influência do elemento econômico enquanto interesse de manutenção de todo um sistema.

O Código de 1916 continha alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, com certas proibições. Em sua vigência, concubinato era a união do homem e da mulher sem casamento, durante um certo período.

Perduravam ainda algumas normas do concubinato anterior àquele diploma legal. São elas:

- 1 – Não é preciso que vivam sob o mesmo teto (Súmula 382 do STF).
- 2 – Havendo sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum (Súmula 380 do STF).
- 3 – Não há sucessão legítima entre os concubinos.
- 4 – Não tem um dos concubinos direito a alimentos prestados pelo outro<sup>86</sup>.

Essa divisão interferia na partilha de bens hereditários quando, por exemplo, ocorria o chamado concubinato impuro ou adulterino e o autor da herança viesse a falecer quando ainda estava casado, com eventual separação de fato. Nessa situação, perdurante até a novel legislação, cabia ao juiz separar os bens adquiridos pelo esforço comum dos pertencentes à meação ou herança do cônjuge. Toda a matéria se revolve na prova<sup>87</sup>.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa:

*Quando não se atribuía parte do patrimônio pelo esforço comum, a jurisprudência concedia indenização à concubina, a título de serviços domésticos prestados. Sob essa rotulação há evidente eufemismo, porque se pretende dizer muito mais do que a expressão encerra. Nessa hipótese, também ocorria uma diminuição do acervo hereditário, pois parte era concedido ao companheiro.<sup>88</sup>*

Assim, porém, não entendia a grande maioria das correntes jurisprudenciais.

---

<sup>86</sup> OLIVEIRA, Wilson de. Op. cit., p. 256.

<sup>87</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, p.120

<sup>88</sup> *Ibid*, p.120.

A realidade atual sobre as relações concubinárias é outra, não resta dúvida. A letra do Código Civil permaneceu a mesma, especialmente em Direito Sucessório, até 1994, com a Lei n. 8.971/94.

Mas a grande alavanca do Direito Concubinário, a jurisprudência e a doutrina evoluíram, impulsionando, inclusive, o surgimento das Leis n. 8.971/94 e 9.278.96. Destaquemos algumas decisões e julgados que são pilares dessa evolução, especialmente após a Constituição Federal de 1988.

*Direito Civil - Sucessão - Legado - Validade de instituição de legado à companheira - Distinção entre companheira e concubina - Inteligência do arto 1.719 do CCB. Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe construção jurisprudencial a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com suporte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira, afastando a sua incapacidade para receber legado em disposição de última vontade, em exegese restritiva do art. 1.719, II do CCB89.*

O Ministro Sálvio de Figueiredo, no voto proferido nesta decisão, em que foi relator, posiciona-se como jurista de nosso tempo, atento à realidade, fornecendo-nos importantes elementos, inclusive salientando Pontes de Miranda quando dizia que o jurista *há de interpretar as leis com o espírito ao nível de seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentá-la a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro*<sup>89</sup>. Destaque-se desse importante voto e decisão a clareza e responsabilidade do julgador e jurista:

*Em resumo, quero dizer que não se pode interpretar a redação do art. 1.719, III do CCB de acordo com os princípios legislativos implantados pelo codificador de 1916, mas sim em conformidade com o sistema jurídico que hoje vigora, no qual a lei e os tribunais dispensam bem diverso tratamento ao concubinato, cuja existência jurídica reconhecem, e lhe atribuem efeitos, seja garantindo à concubina o direito à meação, ou à indenização por serviços prestados, seja assegurando direitos no campo de previdência social e dos serviços privados. Tal alteração normativa, de origem legislativa e jurisprudencial, impõe submeter-se a outros princípios que não os vigorantes ao tempo da codificação - a proibição de o homem casado legar à concubina. Basta dizer que ela tem ação para pleitear bens de valor equivalente ou mesmo superior ao legado.*

<sup>89</sup> 4ª T. do STJ, REsp. n. 196, RS, v. un. em 8/8/1989, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, RT 651/170.

<sup>90</sup> OLIVEIRA, Wilson de. Op. cit., p.259.

*Esta colocação encaminha-se para uma interpretação restritiva da regra do art. 1.719, III, do Código Civil Brasileiro, cujos limites não devem ultrapassar a necessidade de proteção da família legítima, que é o bem jurídico que se quer resguardar. Assim, onde não houver lesão à família legalmente constituída, não incide a norma proibitiva e o ato é válido [...]»<sup>91</sup>*

Nesta mesma decisão, o voto do Ministro invoca também as lições do Ministro do STJ Athos Gusmão Carneiro, que dizia:

*Cumpre definir - neste último quartel do século XX, em que se renovam concepções de vida, afirmam-se outros costumes e padrões de conduta socialmente aceitos, modificam-se as estruturas e os ditames familiares - cumpre definir, para este momento, o exato alcance da regra do art. 1.719, III do CCB, pela qual não pode ser nomeada herdeira nem legatária a concubina do testador casado»<sup>92</sup>.*

Realmente as motivações do Código de 1916 já não encontravam respaldo e ressonância na família atual. Embora os dispositivos civis que fazem menção ao concubinato não estivessem revogados expressamente e fossem de ordem proibitiva, a jurisprudência encarregou-se de fazer uma nova leitura para adequá-los à atual realidade, a exemplo do que se transcreveu acima.

Como resultado dessa evolução, em 29/12/1994 foi publicada a Lei n. 8.971, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. O artigo 2º desta lei veio preencher uma lacuna e corrigir injustiças, como aqueles casos em que a companheira, após o falecimento do varão, sem testamento, sem deixar ascendentes descendentes, cônjuge ou colateral até quarto grau, mesmo assim não era herdeira.

Nesse caso, o Estado recebia tais bens<sup>93</sup> e a mulher, mesmo tendo vivido dedicada um longo período ao companheiro, contribuindo para a aquisição do patrimônio, nada recebia, ou, no máximo, a metade destes bens, se provado o esforço comum em sua "sociedade de fato".

A partir deste artigo 2º, "basta a prova da relação caracterizando a união estável para que se habilite no inventário ou mesmo promova tal processo na qualidade de inventariante".

<sup>91</sup> OLIVEIRA, Wilson de. Op. cit., p.259-260.

<sup>92</sup> *Ibid*, p.262.

<sup>93</sup> Art. 1.603, V, do Código Civil Brasileiro de 1916

Assim, o art. 1.603 do Código Civil Brasileiro de 1916 ficou alterado pelo inciso III do art. 2º da Lei n. 8.971/94, que coloca o(a) companheiro(a) em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária.

Embora o referido art. 2º não o diga expressamente, pode-se entender, por analogia ao art. 1.603 do Código Civil Brasileiro de 1916, que os companheiros-herdeiros não se enquadram na categoria de herdeiros necessários. Portanto, a nova classe de sucessores aí criada está na ordem da vocação hereditária como legítimos, mas não necessários.

Assim sendo, poderão, por ato de última vontade, estar excluídos da herança sem necessidade de se cogitar sobre indignidade.

### 3.2.2 Companheirismo e concubinato antes das Leis n. 8971/94 e 9278/96.

Antes das leis citadas, a jurisprudência distinguia a companheira da concubina, conferindo àquela alguns direitos que eram negados a esta tais como ser beneficiária de seguro de vida e ser legatária de seu amásio.

É importante, nesse momento, fazer-se a distinção entre concubinato e união estável.

Muitos, erroneamente, não fazem distinção entre concubinato e união estável. O sentido etimológico da palavra concubinato é “comunhão de leito”, palavra originária do latim, onde *cum* significa “com” e *cubare*, significa “dormir”<sup>94</sup>.

Muitos doutrinadores oferecem definições, na tentativa de esclarecer o que vem a ser o concubinato.

De acordo com De Plácido Silva, *concubinato é a união ilegítima do homem e da mulher. E, segundo o sentido de concubinatus, é o estado de mancebia, ou seja, a companhia da cama sem aprovação legal*<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. Concubinato. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p.812.

<sup>95</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Concubinato. Rio de Janeiro: Forense, p.97.

Segundo Antônio Geraldo da Cunha, *concúbito, do latim concubitus, significa cópula, coito*<sup>96</sup>.

Na verdade, a diferença entre estas duas formas de união é que:

*[...] no concubinato os envolvidos são aqueles que chamamos de amantes e na união estável são os parceiros, companheiros ou conviventes. No concubinato, os envolvidos têm impedimentos para o casamento. Não podem se casar por um ou ambos serem casados. É uma relação “extra-oficial”, paralela ao casamento ou à união estável*<sup>97</sup>.

A união estável é uma relação vivida por pessoas que podem se casar, se assim o desejarem. São pessoas que vivem juntas, como se casados fossem. São os envolvidos em um relacionamento público, estável, duradouro e com intuito de constituir família.

No novo Código Civil, a concubina de testado casado pode ser legatária, se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há um período superior de cinco anos.

### 3.2.3 A Lei n. 8971/94

A Lei n. 8971, sancionada em 29/12/1994 pelo então Presidente Itamar Franco, teve sua origem no Senado Federal em 7 de abril de 1992, sob o n. 37, de autoria do então Senador Nelson Carneiro. Veio regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão *causa mortis*.

Ao ser publicada causou espanto, indignação, admiração e muita controvérsia. Falou-se que a partir deste texto legislativo a concubina passou a ter privilégios sobre a mulher casada; que o casamento ficou desprestigiado.

Instalou-se um medo de desmoração da instituição casamento.

---

<sup>96</sup> CUNHA, Antônio Geraldo da. Op. cit., p.813.

<sup>97</sup> AMARAL, Sylvia Mendonça. *Concubinato e união estável: diferenças entre amantes e companheiros*. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/artigos/ler\\_noticia.php?idNoticia=25868](http://ultimainstancia.uol.com.br/artigos/ler_noticia.php?idNoticia=25868)>. Acesso: 06 jan 2008.

No entanto, sabe-se que tais temores foram descabidos, pois o casamento foi, é e sempre será a instituição, paradigmática, protegida e reconhecida pelo Estado<sup>98</sup>.

O fato de se reconhecer outras formas de famílias, como foi feito em decisões e textos normativos, significou apenas um desdobramento da Constituição da República de 1988.

Não significou de forma alguma desrespeito ao casamento. Apenas cumpriu-se o imperioso dever do Estado de permitir que as pessoas fossem livres para optar por esta ou aquela forma de constituição de família. Este é um imperativo ético do Estado.

A Lei nº 8.971/94 adicionou o companheiro na ordem de vocação hereditária. Dentre as diversas falhas dessa lei, dispôs o art. 1º:

*A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.*

*Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.*

Erroneamente, a lei teve a pretensão de atribuir direito a alimentos, referindo-se somente à lei processual que normatiza a ação de alimentos, deixando de regulamentar o direito material.

*Quando a art. 1º da Lei n. 8.971/94 estabeleceu o período de cinco anos como o tempo necessário para aquisição dos direitos apontados pela lei, baseou-se, principalmente, em textos normativas da Previdência Social, julgando ser este tempo suficiente para a estabilidade das relações. Entretanto, quando afirma "ou dele tenha prole", abre uma brecha para que as relações esporádicas autorizem também o direito a alimentos e sucessão hereditária<sup>99</sup>.*

O legislador não quis dizer isso. Mas o disse no texto. Como a fonte do Direito não é só a lei, a sua interpretação deve ser de acordo com os princípios gerais do Direito, tais como a equidade e os costumes.

<sup>98</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p.125.

<sup>99</sup> *Ibid*, p.126.

E como dizia Montesquieu em sua célebre obra *O Espírito das Leis*, devemos também considerar este algo mais: o espírito das leis<sup>100</sup>.

Assim, o artigo 1º da referida lei deve ser interpretado como a tentativa de definir o que vem a ser a estabilidade de uma relação homem/mulher, ou seja, a partir de qual momento podemos considerar uma união como estável.

Há quem entenda que cinco anos não é suficiente. Outros, que a partir de dois anos já se pode dizer que há essa estabilidade. Se verificarmos esse prazo na legislação de outros países, veremos que é bastante variável e não há regra absoluta para definir a estabilidade.

Considerando que esta lei surgiu em decorrência e a partir do artigo 226 da Constituição Federal, que veio dar legitimidade às uniões estáveis, obviamente a proteção jurídica aí assegurada é somente para as relações com uma "certa" estabilidade.

*Diz-se "certa", uma vez que em nenhum tipo de constituição de família se pode afirmar ou garantir cem por cento de estabilidade. Ela é sempre relativa. Até mesmo no casamento. Da mesma forma em que é perfeitamente defensável que com cinco anos a união pode não ser estável. Portanto, quando a lei diz "ou dele tenha prole", está dizendo que cinco anos não é um prazo rígido, ou seja, que nem sempre é necessário o prazo de cinco anos para a "aquisição de estabilidade". Se houver filhos, pressupõe-se lapso de tempo menor. É também uma questão de lógica e bom senso, se é que as relações humanas possuem estes elementos integralmente. Mas basta considerarmos em cada caso suas características e verificar se aquela relação constituía-se, por exemplo, em um projeto de vida em comum, e aí poderemos ver com clareza que as uniões esporádicas não se enquadram nesse referido artigo<sup>101</sup>.*

Indaga-se ainda sobre a estabilidade acerca da necessidade de que a relação seja contínua, ou se a sua interrupção por um curto período interrompe o prazo para a aquisição desses direitos. Entende-se que os argumentos aqui expostos respondem também a essa questão, uma vez que o interesse central é a caracterização de uma estabilidade, cuja referência é de cinco anos.

Embora a Lei n. 8.971/94 não tenha previsto e nem sequer referenciado sobre a idéia de culpa, os julgadores têm insistido nessa discussão. Argumenta-se que o Estado estaria privilegiando essas uniões estáveis aos casamentos oficiais,

---

<sup>100</sup> MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis apud* VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p.126.

<sup>101</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p.128

se assim não o fizesse, uma vez que este elemento é discutido nas ações litigiosas de separação judicial e até mesmo de divórcio direto. Porém, a existência de um culpado pelas dissoluções desses vínculos é bastante discutível.

Para João Baptista Villela, *um dos mais constrangedores sinais de atraso na legislação brasileira sobre o divórcio, é conter ainda regras baseadas no princípio da culpa (Verschuldensprinzip)*<sup>102</sup>. Portanto, não se deve falar em culpa na discussão da concessão de alimentos aos concubinos, nem no que diz respeito à guarda de filhos, prevalecendo o princípio do melhor interesse de criança.

A lei 8971/94 estabeleceu que os conviventes participariam da sucessão do (a) companheiro (a) em determinadas condições constantes em seu artigo 2º.

Assim, se o convivente falecido tivesse deixado filhos só dele ou filhos comuns, o companheiro sobrevivente teria o usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo *de cuius*. Se o falecido tivesse deixado só ascendentes, o usufruto seria da metade dos bens.

Na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança.

Com a aprovação da Lei nº 8.971/94, instalou-se uma onda moralista com um entendimento de que a partir de então seria mais vantajoso não se casar, uma vez que os concubinos-companheiros passaram a ter mais direitos que os casados. Porém, tal entendimento constitui-se em um grande equívoco. O que essa lei quis foi apenas conceder direito sucessório aos concubinos, corrigindo injustiças e equiparando-os nesse sentido aos casados, como já começava a delinear a jurisprudência.

Vê-se mesmo da conjugação do art. 1.611, § 1º, do Código Civil Brasileiro, com art. 2º, I e II, da referida lei, que os companheiros têm uma vantagem em relação aos casados. No entanto, questiona-se: como corrigir isso ou como interpretar esses dispositivos em harmonia com nosso ordenamento jurídico e não privilegiar aqueles que não quiseram ou não puderam se casar?

---

<sup>102</sup> VILELA, João Batista *Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei n.8971/94*. Revista IOB, n.7/95, abr., 1995 *apud* LEONEL, Carla (Coord). Casamento, separação e viuvez: seus direitos, seus deveres. São Paulo: Grupo Champion, p.135.

Aqui mais uma vez podemos recorrer a João Baptista Villela, que tão bem refletiu sobre essa questão, registrando:

*É preciso dar à disposição nova o sentido que a faça compatível com os horizontes constitucionais. O único meio de chegar a uma interpretação constitucionalmente conforme é ter como alterada a posição relativa dos casados por modo a que tenham os mesmos direitos dos companheiros entre si. Portanto, a situação descrita no art. 2º, I e II, deve considerar-se estendida a todos os que estão formalmente casados, qualquer que seja o seu regime de bens. Trata-se de uma típica aplicação, em direito interno, da chamada Meistbegünstigungsklausel ou cláusula de maior favorecimento usual no comércio internacional. Dada a circunstância de o casamento ter na Constituição precedência sobre a união estável, todas as vantagens deferidas a esta, por lei ordinária, supõem-se extensivas àquele, se a não tiver por outro título<sup>103</sup>.*

### 3.2.4 A abertura do conceito de União Estável - Lei n. 9278/96

A Lei n. 9.278, publicada no *DOU* de 13/5/1996, surgiu como mais uma tentativa de se fazer um Estatuto para o concubinato. Tem origem no Projeto n. 1.888, de 1991, de autoria da então Deputada Bete Azize, como uma reivindicação de proteção, principalmente às mulheres. Após anos em tramitação, o projeto original sofreu modificações, emendas, substitutivos e finalmente foi aprovado com alguns vetos.

Como um sintoma, esta lei parece refletir uma desorganização dos Poderes Legislativo e Executivo, aprovando um projeto desconexo com a lei anterior sobre esse mesmo assunto (Lei n. 8.971/94).

O art. 1º já começa instalando polêmica quando deixa em aberto dois aspectos que a lei anterior definia rígida e claramente: quem são os sujeitos da relação concubinária e o prazo necessário para a caracterização destas uniões.

A Lei nº 8.971/94 preceituava que somente os solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados estariam sob sua égide. A Lei n. 9.278/96 não estabeleceu tais requisitos, deixando margem ao entendimento de que até mesmo pessoas casadas receberiam sua proteção. Entretanto, quando essa lei apropria-

<sup>103</sup> VILLELA, João Baptista. *Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei n.8971/94*. Revista IOB, n.7/95, p.119

se de conceitos como entidade familiar e união estável, está se referindo ao conceito de família. Como tal, em nosso ordenamento jurídico de acordo com Francisco Pizzolante:

*[...] só se concebe a família constituída monogamicamente. Repelidas, portanto, as uniões adúlteras e incestuosas, que não recebem do Estado o selo de legítimas. Para manter a coerência e a ordem jurídica, os sujeitos da união estável devem ser desimpedidos e se estabelecer monogamicamente. Caso contrário, estar-se-ia admitindo a poligamia em nosso ordenamento jurídico<sup>104</sup>.*

O art. 2º constituiu-se em uma tentativa de equipar ação das uniões estáveis ao casamento. Quase uma cópia do art. 231 do Código Civil brasileiro de 1916, suprimindo a expressão “fidelidade”.

*Tentou-se estabelecer regras para tais relações como se fossem um casamento, ou seja, tentou-se impor regras do casamento para quem não o escolheu, ou exatamente quis evitá-lo<sup>105</sup>.*

O art. 5º dispõe sobre o patrimônio a exemplo das regras do regime da comunhão parcial de bens, como aliás veio fazer expressamente, mais tarde, o Novo Código Civil.

Presume-se que os bens adquiridos na constância da união, a título oneroso, pertencem a ambos, porque se deduz que tenham sido adquiridos pelo esforço comum. Entretanto, é importante ressaltar que esse esforço comum é tão-somente uma presunção. Sendo assim, pode-se demonstrar o contrário, ou seja, provar que determinados bens não foram frutos da contribuição de ambos. Está é uma das diferenças básicas entre o casamento e a união estável: nesta é imprescindível o esforço comum (direto ou indireto); naquele não se discute isso.

A Lei 9278/96, assim dispôs:

*Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes o sobrevivente terá direito real de habitação enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família<sup>106</sup>.*

---

<sup>104</sup> VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei n.8971/94. Revista IOB, n.7/95, p.121.

<sup>105</sup> PIZZOLANTE, Francisco. *Op. cit.*

<sup>106</sup> Art. 7º da Lei 9278/96.

Essa lei conferiu proteção somente ao chamado concubinato puro, ou seja, aqueles relacionamentos que não co-existem com o casamento.

O concubinato impuro ou adúltero coexiste com o casamento. Assim, quando o falecido era casado, mesmo que fosse separado judicialmente, não havia direito hereditário para o companheiro sobrevivente. Porém, o companheiro sobrevivente poderia pleitear a divisão dos bens, recebendo uma parte daquilo que ajudou a construir.

No que diz respeito aos aspectos hereditários, no entanto, *prevalecem os direitos do antigo cônjuge do de cujus, embora de há muito separado de fato, porque ainda não está dissolvida a sociedade conjugal pelo menos para efeitos sucessórios*<sup>107</sup>.

De acordo com Cláudia Grieco Tabosa Pessoa:

*[...] a possibilidade de partilha de bens por meio da prova de participação na aquisição destes em função da formação da sociedade de fato, de acordo com a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, subsiste ainda para todas as hipóteses em que não haja a possibilidade de concessão de direitos sucessórios nos termos da Lei nº 8.971/94*<sup>108</sup>.

O que, muitas vezes, poderia parecer um tanto quanto injusto ou discordante com a realidade dos fatos vividos por muitos casais nestas mesmas condições.

### 3.2.5 A união estável no Novo Código Civil brasileiro

O Novo Código Civil Brasileiro foi aprovado no dia 15 de agosto de 2001. Após várias emendas e substitutivos, o tema união estável/concubinato foi introduzido e está definitivamente incorporado no Direito de Família no Livro IV do Novo Código Civil.

---

<sup>107</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre à luz da lei 8971/94 e da lei 9278/96*. Curitiba: Juruá, p. 143.

<sup>108</sup> PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, p.236.

O tratamento dado à união estável por esse Novo Código Civil encontra-se nos arts. 1.723 a 1.727. Além disso, a união estável aparece também no art. 1.694, na parte que trata dos alimentos, e nos arts. 1.790, 1.797, 1.801 e 1.844, que também disciplinam a sucessão hereditária.

Este Novo Código, de uma maneira geral, possui a mesma estrutura do anterior, embora tenha trazido algumas inovações. As principais foram no campo do Direito de Família, especialmente a igualização dos direitos e deveres entre homens e mulheres e a incorporação da união estável em sua estrutura e sistemática. Não foram mudanças substanciais.

A grosso modo, pode-se dizer que o Novo Código Civil basicamente traduziu o atual *espírito* jurisprudencial sobre as uniões estáveis e incorporou elementos da Lei n.8.971/94 e, principalmente, da Lei n. 9.278/96.

Neste tópico será sumariado detalhadamente, o que expressa o novo Código Civil a respeito das uniões estáveis.

O Novo Código Civil Brasileiro, nos arts. 1.724, 1.725 e 1.727, 1.790, 1.844, utiliza as expressões companheiro e companheira, adotadas pela Lei n. 8.971/94. No art. 1.694 utiliza a expressão convivente, como na Lei n. 9.278/96. No art. 1.801, utiliza a expressão concubino.

Essas expressões ainda não estão bem assentadas e só mesmo o tempo dirá qual delas ficará, ou será considerada tecnicamente mais correta. *Provavelmente o período da vacatio legis servirá para alguns ajustes e unificação desta terminologia*<sup>109</sup>.

O Novo Código Civil Brasileiro definiu a união estável reafirmando o disposto no art. 1º da Lei n. 9.278/96.

Em outras palavras, deixou o conceito de união estável mais aberto, como bem o fez a lei acima referida, o que pode ser evidenciado em seu art. 1.723 *in verbis*:

*Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*

---

<sup>109</sup> JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. *Op. Cit.*, p.151.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

§ 3º Poderá ser reconhecida a união estável diante dos efeitos do art. 1.576.

A grande inovação do Novo Código Civil Brasileiro, em relação a tudo que já se legislou em matéria concubinária, foi o art. 1.727 ao fazer distinção expressa sobre união estável e concubinato. *In litteris*:

*Art. 1727 - As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.*

A expressão *impedidos de casar* está aí inadequada e impedindo-nos uma leitura clara e a tradução melhor deste dispositivo. É que os separados judicialmente são impedidos legalmente de se casarem e, no entanto, podem constituir uma união estável, até mesmo pelo disposto no artigo 1723 desse mesmo código.

Compreendendo o *espírito* da lei, pode-se interpretar este artigo como uma distinção entre concubinato adúlterino e não-adúlterino, como, aliás, vem fazendo a jurisprudência e a doutrina.

O art. 1.724 do Novo Código Civil Brasileiro determinou para a união estável as mesmas regras que estabeleceu para o casamento (art. 1566), exceto a coabitação.

O Novo Código Civil Brasileiro consolidou o que já vinha estabelecendo a doutrina e jurisprudência, bem como o disposto nas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96. Inovou ao dizer expressamente que se aplica às relações patrimoniais o regime da comunhão parcial de bens. Isso faz uma diferença em relação às leis anteriores porque eliminou a expressão "esforço comum", aproximando ainda mais a união estável do instituto do casamento.

O art. 5º da Lei n. 9.278/96 dizia sobre a presunção do esforço comum, o que poderia ser ilidido, já que o ordenamento jurídico brasileiro não abraça o critério da presunção absoluta.

Em relação aos alimentos, não houve modificação sobre as normas estabelecidas anteriormente. Os alimentos entre os companheiros estão previstos

no art. 1.694, que, aliás, recebeu aí o nome de conviventes, tratado no título específico sobre alimentos decorrentes do parentesco, casamento ou união estável:

*Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou conviventes pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.*

*§ 1.º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.*

*§ 2.º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.*

Dentre os direitos decorrentes da união estável, a herança talvez tenha sido o que mais alteração sofreu em relação às leis anteriores.

O Novo Código Civil Brasileiro assim dispôs em seu art. 1.790:

*Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:*

*I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;*

*II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;*

*III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;*

*IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.*

O Novo Código Civil Brasileiro fez significativa alteração na ordem da vocação hereditária em geral, colocando o cônjuge dentre os herdeiros necessários (art. 1.845), ao lado dos ascendentes e descendentes e excluindo da herança o cônjuge separado de fato há mais de dois anos (art. 1830).

A respeito da sucessão na união estável, foram duas as mais significativas modificações em relação às duas leis anterior. Primeiro, os bens sucessíveis serão apenas os adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Segundo, a herança será dividida, concorrendo com parentes do falecido.

No que diz respeito aos herdeiros necessários, a maior modificação ocorrida foi a inclusão do cônjuge na classe dos herdeiros obrigatórios. A legislação coloca o cônjuge concorrendo na primeira e na segunda classe dos chamados à sucessão.

Apesar desta benéfica alteração, o legislador deixou de prever expressamente, esta mesma proteção para o *convivente supérstite*, uma vez que garantira a este, como evidencia-se no art. 1.790 do Código Civil atual, a concorrência com os filhos do *de cujus*; na falta dos filhos, com os ascendentes; e, na ausência de ambos, o total recolhimento da herança. Esta ordem de vocação, especialmente nas hipóteses de abertura da sucessão na vigência da união estável, é muito semelhante à ordem de vocação do cônjuge supérstite, não vislumbrando-se razões para que as condições do cônjuge e do convivente não fossem equiparadas também na proteção da esposa legítima, o que seria o ideal, devido às disposições constitucionais que se referem à equivalência entre o matrimônio e a união estável.

Quando foi aprovado o projeto do Novo Código Civil pelo Senado Federal, foi acrescido ao Capítulo I do Título I do Livro V, o art. 1790, que não constava do Anteprojeto de 1975, por força da Emenda nº 358. Este artigo, dispõe acerca da sucessão em caso de união estável, e foi regulamentado pelo Novo Código Civil.

Apesar de ser de suma importância, a regra está topicamente mal enquadrada, pois o artigo refere-se à vocação hereditária para as hipóteses de união estável, e, portanto, deveria ter sido incluído no capítulo que refere-se à ordem de vocação hereditária.

O anteprojeto de Código Civil de 1972, assim como o Projeto de 1975 que foi aprovado em 1984, não regulamentaram a sucessão de pessoas unidas pelos laços do afeto. A garantia dos direitos sucessórios aos conviventes veio com uma emenda constitucional proposta pelo Senador Nelson Carneiro. De acordo com Zeno Veloso<sup>110</sup> a emenda foi claramente inspirada no Projeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes nos idos da década de 60 do século XX, antes, portanto da igualdade constitucionalmente garantida. Por isso, o artigo que deu origem ao de nº 1790, é retrógrado no que se refere à legislação anteriormente sumariada.

---

<sup>110</sup> VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. *Direito de Família e o novo Código Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFam, 2002, p.225.

Ao contrário do que acontece com o cônjuge, que herda uma parte dos bens do falecido ao concorrer com os descendentes do mesmo, percebendo, no que se refere aos bens comuns, somente a meação do condomínio até então existente, o convivente que sobreviver adquire além da meação dos bens comuns (em igualdade relativamente ao cônjuge supérstite), uma parte da quota destes mesmos bens comuns adquiridos conjuntamente pelo casal, nada recebendo, dos bens exclusivos do hereditando, solução esta que, nos dizeres de Zeno Veloso “não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema”<sup>111</sup>.

Também, o Novo Código Civil não estabelece o direito real de habitação que foi previsto pela lei 9.278/96, devendo-se ter o dispositivo do art. 7º, parágrafo único da referida lei como não revogado.

Também o legislador falhou ao aprovar o dispositivo, tal como está, pois recriou o privilégio dos parentes colaterais até o quarto grau, que passaram a concorrer com o convivente supérstite na 3ª classe da ordem de vocação hereditária. Desta forma, quando ver a falecer alguém que vivia em regime de união estável, os primeiros a herdar são os descendentes concorrendo com o convivente supérstite. Na ausência de descendentes, herdaram os ascendentes concorrendo com o convivente sobrevivente. Na falta dos ascendentes e não havendo o cônjuge para amearhar a herança, herdaram os chamados colaterais até o quarto grau concorrendo com o convivente. Enfim, somente na falta dos colaterais, é que o convivente remanescente recebe a herança em sua totalidade, o que constitui-se em evidente discrepância.

De acordo com Zeno Veloso:

*Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai começar a vigorar no 3º milênio, resolve que o companheiro sobreviver te, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do de cujus. Temos de convir. Isto é demais! [...] Haverá alguma pessoa, neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a este extremo vínculos*

---

<sup>111</sup> VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. *Direito de Família e o novo Código Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFam, 2002, p.226.

*biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?*

*Sem dúvida, neste ponto o C.C. não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem se apresenta em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbe de destruir a obra legislativa que não seguiu os ditames do seu tempo, que não obedeceu as indicações da história e da civilização.*

*Aproveitando que o C.C. está na vacatio legis, urge que seja reformado na parte que foi objeto deste estudo.*

*Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais<sup>112</sup>.*

Com relação à sucessão do convivente em concorrência com os descendentes, observa-se evidentemente o distinto tratamento dado a essa sucessão concorrente, pois foram aplicadas distintas imposições matemáticas, como por exemplo, se os descendentes eram filhos do convivente supérstite com o convivente falecido, ou se eram descendentes somente do autor da herança, fazendo-o herdar a mesma parcela deferida aos filhos comuns e metade da parcela que cabe aos descendentes exclusivos do *de cujus*.

Conferiu, portanto, um tratamento preferencial ao convivente sobrevivente, no que se refere à concorrência com filhos comuns a ele e ao *de cujus*.

#### Segundo Gustavo Tepedino

*A atividade do intérprete deve restar, desde já, entregue a uma consideração muito rígida, exatamente para que não reste da tentativa (ou tentativas) de concreção da nova ordem jurídica senão uma inacreditável fonte de desconsideração do espírito do legislador, da formulação axiológica de suas leis ou da principiologia que se pretende seja a paradigmática do novo Texto Civil Brasileiro<sup>113</sup>.*

<sup>112</sup> VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p.236-237.

<sup>113</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do novo Código Civil: Estudos na Perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p.XXI.

Tal fato se dá porque o legislador não previu a hipótese de serem herdeiros do *de cuius* pessoas que guardem relação de parentesco com o sobrevivente, concorrendo com outras que tivessem parentesco somente com o autor da herança.

Não existe no Novo Código Civil, um dispositivo que regule esta situação referente aos filhos do falecido (comuns ou exclusivos), com os quais deva concorrer o convivente supérstite.

Desta forma, pairou a seguinte dúvida: ou o convivente supérstite concorreria com os descendentes comuns e exclusivos, como se todos fossem descendentes comuns aos dois, ou o convivente supérstite concorreria com os mesmos herdeiros como se todos fossem descendentes somente do autor da herança.

Além dessas duas modalidades para a apreciação da circunstância híbrida (presença de filhos comuns e filhos exclusivos, concorrendo com o convivente sobrevivente), outras duas, pelo menos, podem ser evidenciadas:

*[...] uma que buscou compor as disposições contidas nos incisos I e II do art. 1.790, atribuindo uma quota e meia ao convivente sobrevivente – equivalente à soma das quotas que a ele seriam deferidas, na hipótese de concorrer com filhos comuns (uma) e com filhos exclusivos (meia) –, e outra que igualmente buscou compor as duas regras, dividindo proporcionalmente a herança em duas sub-heranças, atribuíveis a cada um dos grupos de filhos (comuns ou exclusivos) incorporando, em cada uma delas, a concorrência do convivente sobrevivente.*

Seja qual for a formulação ou critério que se escolha, contudo, a verdade é que parece torna-se impossível conciliar, do ponto de vista matemático, as disposições dos incisos I e II deste artigo 1.790.

Parece mesmo não haver fórmula matemática capaz de harmonizar a proteção dispensada pelo legislador ao convivente sobrevivente (fazendo-o receber o mesmo quinhão dos filhos que tenha tido em comum com o autor da herança) e aos herdeiros exclusivos do falecido (fazendo-os herdar o dobro do quanto dispensado ao convivente que sobreviver)<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093>>. Acesso em: 23 jan 2008.

## 4 FAMÍLIA CONSTITUCIONAL

O advento da Constituição Federal de 1988 materializou a preocupação da sociedade de que o homem devia ser compreendido de acordo com os seus anseios, para que assim obtivesse sua realização pessoal, o que contribuiria para o desenvolvimento da família da qual ele era integrante. Esta preocupação solidificou a idéia de valorização da pessoa humana nas suas mais específicas necessidades.

O direito tratado no Código Civil de 1916, preocupava-se essencialmente em defender interesses patrimoniais, inclusive nas relações familiares, em que o casamento era instituto que refletia tais interesses, o que o colocava em uma situação de preferência com relação às outras formas de constituição de família, tais como a união estável, desencadeando com isso, uma discriminação entre tais formas.

A doutrina mais moderna, todavia, passou a adotar a despatrimonialização do direito, utilizando uma compreensão mais socializada, mais comprometida com uma função social, tendo como escopo a busca por um maior equilíbrio das relações sociais.

Assim, alterações legislativas foram sendo implantadas gradativamente, de modo a melhorar a posição dos sujeitos de família em sua condição de existência na sociedade, respeitada, acima de tudo, a sua dignidade.

A promulgação da Constituição de 1988 representou um marco para o tratamento jurídico da família, ao eleger o respeito à dignidade da pessoa como princípio fundamental do sistema jurídico brasileiro, consoante dispõe o art. 1º, *in literis*:

*Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*[...]*

*III – a dignidade da pessoa humana;*

O princípio constitucional da dignidade passou a servir de base nas relações da família, o que implicou efetivamente na consolidação da valorização do indivíduo, integrante da instituição familiar como ser em sua individualidade, devendo ser respeitado e atendido nas suas necessidades mais gritantes.

Eleita como princípio norteador do sistema jurídico, a dignidade da pessoa humana elevou o indivíduo como principal fim de proteção e de desenvolvimento de sua personalidade como objetivo primordial.

A dignidade da pessoa humana é colocada no ápice do ordenamento jurídico e encontra na família a base apropriada para o seu desenvolvimento.

As relações familiares são, portanto, funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe.

Influenciados por esse novo movimento de constitucionalização do direito, microssistemas foram criados para assegurar ainda mais a proteção da dignidade dos indivíduos. Tais microssistemas, juntos, protegem o indivíduo desde a sua formação, através do Estatuto da criança e do Adolescente até a velhice com o Estatuto do idoso, conforme dispõem os seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988:

*Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

*Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.*

Tem-se com isso que a dignidade é inerente à essência da pessoa humana, de onde se extrai que o ser humano é digno enquanto pessoa, simplesmente por existir.

A dignidade tem como macroprincípio a liberdade de escolha, que implica no caso das relações de família, em poder optar pelo tipo de entidade familiar que se quer constituir e que melhor corresponda à realização existencial de cada indivíduo. E, principalmente, esse tipo de escolha não pode ser questionado.

Afinal, a família moderna é formada a partir dos laços de afeto e não mais a partir de convenções como o instituto do matrimônio e o mais importante, essa liberdade é reconhecida constitucionalmente, o que vem a proteger das incansáveis discriminações que ainda subsistem na nossa sociedade.

Dessa forma, tenta-se evitar que a discriminação se prolifere e que o indivíduo não fique à mercê do legislador para eleger o modelo de família mais adequado.

Nesse sentido, não só as relações de família como todo o tipo de relação entre os seres humanos, devem ser tratados sob a ótica do princípio da dignidade humana, tendo em vista a proteção da pessoa na sua individualidade, já que coloca o ser humano como núcleo de qualquer tipo de situação que venha a envolvê-lo.

O filho, independentemente do tipo de relação formada, matrimonializada ou não, deve ser respeitado em sua integralidade, individualidade, e acima de tudo, na sua dignidade.

Assim, o reconhecimento da paternidade deve ser acessível a todos de uma forma eqüitativa, independente de qual seja o método utilizado, o que importa é que o indivíduo conheça as suas raízes, a sua origem, o ponto de partida da sua vida, pois guardará consigo essa referência para onde quer que vá.

#### 4.1 Família monoparental

Ao grupo de pessoas integrado por um dos pais e pelos filhos ou demais descendentes dá-se a denominação de família monoparental ou unilinear.

A expressão foi usada inicialmente na França, embora a Inglaterra já lhe tenha dedicado atenção especial desde a década de 60, denominando-a de *lone-parents families*.

Estima-se que 26,1% dos brasileiros vivem nesse tipo de família<sup>115</sup> protegidos hoje pela Constituição Federal, conforme se depreende do art. 226, § 4º:

*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
(...)  
§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*

Com efeito, surgem cada vez mais freqüentemente famílias que, seja por opção ou movidas por forças das circunstâncias, vivem sem a companhia de um dos cônjuges. Comprovou-se, de acordo com dados estatísticos oficiais, que a maioria dessas entidades familiares é chefiada por mulheres, cuja maior expressão não possui marido ou companheiro.

Variadas circunstâncias conduzem a essa situação, desde a pobreza, a liberdade sexual, o controle da natalidade, a independência econômica das mulheres, a instabilidade das uniões afetivas, a possibilidade de adoção por maior de 21 anos seja qual for o seu estado civil, e até mesmo o desejo da maternidade independente, estimulado pelo desenvolvimento da ciência no campo da inseminação artificial.

Cumprе salientar, sejam quais forem os fatores determinantes da família monoparental, que a ausência prolongada do ascendente ou descendente (por exemplo, filho que vai residir em outra cidade, por alguns anos, para estudar) não descaracteriza a entidade familiar<sup>116</sup>.

## 4.2 Família unipessoal

Outra situação que nos parece também amparada constitucionalmente como entidade é a dos solitários ou *singles*, que em nosso entendimento, por

---

<sup>115</sup> Pesquisa nacional por amostragem PNAD, Revista Científica Faminas, Muriaé – v.3, n. 1, p.460, jan-abr. 2007.

<sup>116</sup> [http://pt.wikipedia.org/wiki/Fam%C3%ADlia\\_monoparental](http://pt.wikipedia.org/wiki/Fam%C3%ADlia_monoparental)

opção de vida ou por inaptidão a convivência com outra pessoa, formam a entidade familiar unipessoal.

Por outro lado, com o avanço das atividades profissionais modernas exigindo cada vez mais das pessoas, uma enorme parcela da população, que não pode ser ignorada, especialmente nas grandes cidades, decide por uma vivência solitária, a qual, o direito moderno não pode excluir.

Esta exclusão traz conseqüências, especialmente, no que concerne ao bem de família. Se esta vivência solitária, não for encarada como entidade familiar, a proteção dada às outras relações que constituem uma entidade familiar será negada aos *singles*, o que é de extrema injustiça.

Nossos tribunais já têm dado alguns passos no sentido de proteger este grupo, porém, ainda não os reconhecendo claramente como entidades familiares.

A sociologia jurídica já dá conta que este grupo em países como a Dinamarca chega a 36%, França a 30% e Estados Unidos a 26% da população adulta, enquanto no Brasil chega a 9%, o que nos leva a afirmar que o direito não pode mais ignorá-los.

Assim foi decisão do STJ, em sua 6ª Turma, no RESP 67112/RJ, em que foi Rel. o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

### 4.3 Família homoafetiva

O tema que com certeza mais causou estranheza na sociedade foi a relativo às uniões homossexuais. O constituinte preferiu não tratar da matéria de forma direta, evitando assim um confronto com os mais conservadores, mas permitiu com o previsto no § 4º do artigo 226 de nossa Constituição Federal, que pudesse ser considerada entidade familiar, a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Nesse artigo o constituinte apresentou dois requisitos para a caracterização da entidade familiar: no § 3º, a união estável entre homem e mulher, o que

descarta a união homossexual; e, no § 4º, a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, abrangendo assim os divorciados, viúvos ou solteiros, sem excluir os homossexuais que podem adotar.

Em muitos países da Europa os homossexuais já possuem vários direitos garantidos em leis, diferentemente do Brasil, onde ainda são esparsos os julgados que beneficiam os que assim constituem uma sociedade.

Recentemente a Holanda legalizou o casamento homossexual, o que não causa mais espanto na comunidade global, sendo este país acostumado à publicar leis liberais que chocam a opinião pública.

No Brasil, ainda não há que se falar em casamento homossexual, visto que o instituto do casamento somente pode ocorrer com a união de um homem e de uma mulher, mas o estado do Rio Grande do Sul pode ser considerado de vanguarda em matéria de direitos garantidos aos homossexuais, graças ao grande número de julgadores jovens e com uma visão mais crítica da realidade social, que vêem na união homossexual a mesma relação fática do concubinato, não podendo ser mantido à margem legal.

Várias decisões da Justiça Gaúcha são pioneiras e conferem aos homossexuais direitos como: inclusão do parceiro como dependente em plano de saúde (caso de 1996 em que a Fundação da Caixa Econômica Federal foi condenada a admitir o companheiro de um funcionário como dependente do plano de saúde oferecido pela empresa ); direito à herança e divisão de patrimônio em caso de separação (julgado de 1999); e, pensão aos viúvos (decisão de 2000); sem contar com a inovação de se retirar da competência das Varas Cíveis os casos relacionados às uniões entre homossexuais, conferindo-os às Varas de Família <sup>(58)</sup>. Tanta inovação encontra amparo constitucional na igualdade prevista no artigo 5º de nossa Lei Maior.

Hoje, com o previsto na Carta de 1988, pode um pai ou uma mãe, juntamente com seus descendentes - e não há mais a diferenciação de outrora dos legítimos, ilegítimos e adotivos - constituir a chamada entidade familiar.

Como não há nenhuma vedação a que um homossexual adote, pode o mesmo dar origem a uma entidade familiar através da adoção.

A entidade familiar é a família descrita nos nossos códigos, com a única diferença de não estar atrelada ao casamento civil. Hoje, a união estável constituiu uma entidade familiar, bem como a comunidade formada por um dos pais e seu(s) descendente(s), podendo então a união de dois homossexuais ser considerada uma entidade familiar a partir do momento em que um deles torna-se um adotante.

Não obstante, o legislador demonstrou nítido esforço em adaptar-se às novas conquistas com a publicação da lei nº 11340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

No dia 7 de agosto de 2006, foi sancionada a lei n.º Lei 11.340, que *cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.*

Esta lei recebeu o nome de *lei Maria da Penha* como forma de homenagear a mulher, Maria da Penha Fernandes, símbolo da luta contra a violência familiar e doméstica.

Em breves linhas, aquela mulher sofreu duas tentativas de homicídio por parte do ex-marido. Primeiro, levou um tiro enquanto dormia, sendo que o agressor alegou que houve uma tentativa de roubo. Em decorrência do tiro, ficou

paraplégica. Como se não bastasse, duas semanas depois de regressar do hospital, ainda durante o período de recuperação, Maria da Penha sofreu um segundo atentado contra sua vida: seu ex-marido, sabendo de sua condição, tentou eletrocutá-la enquanto se banhava. A punição do agressor só se deu 19 anos e 6 meses após o ocorrido. Essa situação injusta provocou a formalização de denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA – órgão internacional responsável pelo arquivamento de comunicações decorrentes de violação desses acordos internacionais, pelo Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), juntamente com a vítima.

Diante da denúncia, a Comissão da OEA publicou o Relatório nº 54, de 2001, que dentre outras constatações, recomendou a continuidade e o aprofundamento do processo reformatório do sistema legislativo nacional, a fim de mitigar a tolerância estatal à violência doméstica contra a mulher no Brasil.

A sanção dessa lei representa, assim, um avanço na proteção da mulher vítima de violência familiar e doméstica, incluindo-se, também, uma inovação legal quanto às formas familiares já positivadas.

Também a união de pessoas do mesmo sexo tem recebido certa proteção, na medida em que se apresenta com os requisitos de uma união estável.

No entanto, essa proteção advém de uma construção jurisprudencial e doutrinária, conforme já dito, que flexibilizaram ainda mais o conceito de família, para abranger os casais homossexuais com ou sem filhos.

Nesse contexto, a lei Maria da Penha apresenta um avanço em relação ao Direito Civil legislado e em consonância com a atual discussão doutrinária e jurisprudencial. Isso porque o seu art. 5º contém uma carga ideológica inovadora, por permitir uma interpretação de reconhecimento da entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo.

A existência de relações constituídas com base no afeto, mas que extrapolam a estrutura normativa, é realçada por Viveiros de Castro e Benzaquém<sup>117</sup>:

*A antropologia vem-se debatendo nos braços de uma dicotomia: o 'direito' versus o 'afeto', isto é, a estrutura social concebida como sistema de relações jurais entre pessoas versus aspectos da vida social não-reduzíveis a ela, consistindo em sentimentos e emoções, em condutas individualizadas e processos que transgrediam as fronteiras da estrutura normativa.*

Nesse cenário, a lei Maria da Penha reconheceu uma situação que já está presente na sociedade, tanto que reproduzido nos meios de difusão cultural. No Brasil, esse assunto já foi retratado, com aceitação do público, em novelas, que são vistas, discutidas e influenciam grande parte da população brasileira.

A lei Maria da Penha, em seu art. 5º supriu a lacuna legislação da seguinte forma:

*Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:*

*I - omissis*

*II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;*

*III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*

*Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.<sup>118</sup>*

O reconhecimento legal da família constituída por vontade expressa, permite uma interpretação no sentido de englobar um casal homossexual, no presente caso, especificamente o casal composto por mulheres.

Hoje, a família é entendida com um núcleo de afetividade, logo, o afeto não se restringir às uniões entre pessoas do sexo oposto.

---

<sup>117</sup> 1989:133

<sup>118</sup> Grifei.

## CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que:

1. Ao longo da história, a família assumiu diversas funções de acordo com o período de evolução em que se encontrava, tais como, função religiosa, função política, função econômica e função procracional, sendo que durante muito tempo a estrutura familiar foi patriarcal, priorizando o exercício dos poderes do homem sobre a mulher e sobre os filhos;
2. Com o passar do tempo, as funções religiosa e política quase não deixaram traços na família, pois a rígida estrutura hierárquica da família patriarcal, pouco a pouco, foi sendo substituída pela comunhão de interesses e de vida da família moderna, que tem por base a solidariedade (art. 3º, I, da Constituição Federal);
3. Por sua vez, a função econômica deixou de ter sentido com as progressivas emancipações femininas ocorridas nas esferas econômica, social e jurídica, assim como a função de procriação, defendida pela tradição religiosa, também não encontra legitimidade na sociedade moderna por diversos fatores;
4. Atualmente, defende-se a adoção de uma concepção mais ampla da família, compreendendo a existência de vínculo familiar em todo relacionamento onde haja afetividade. Com o advento da Constituição Federal de 1988, sensível à nova realidade, a proteção assegurada ao casamento foi estendida à família. Nasceu o conceito de *entidade familiar* (art. 226, §§ 3º e 4º); foram instituídas novas regras para o divórcio (art. 226, §6º); houve a equiparação dos cônjuges em direitos e deveres (art. 226, §5º); foi previsto o planejamento familiar (art. 226, §7º) e a assistência à família (art. 226, §8º), além de firmar-se a absoluta igualdade entre os filhos. A Carta trouxe, ainda, um rol exemplificativo de entidades familiares, quais sejam, a instituída pelo casamento, pela união estável e a família monoparental;
5. Seguindo a tendência de proteção às entidades familiares, em um segundo momento, a lei Maria da Penha, inovou no conceito de família com o

reconhecimento legal de uniões homoafetivas. A lei institucionalizou uma situação inegável e com clara constatação fática, além de significar um avanço para romper com os preconceitos existentes. A família homoafetiva é uma realidade e aceitar novos modelos familiares não significa dizer que a família será destruída. Conceber apenas a família nuclear composta pelo casal heterossexual e filhos como o único modelo de família aceitável, é incompatível com a natureza afetiva da família;

6. A noção de família como núcleo de afetividade e base da sociedade deve ser encarada, como de fato é, como um fator cultural, e dessa maneira, a legislação deve acompanhar a evolução da sociedade e conseqüentemente dos arranjos familiares;

7. Efetivamente, a família, como fruto da cultura, é constantemente reinventada e hoje se reiventa para propiciar o alcance da felicidade de seus membros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Sylvia Mendonça. Concubinato e união estável: diferenças entre amantes e companheiros. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/artigos/ler\\_noticia.php?id=25868](http://ultimainstancia.uol.com.br/artigos/ler_noticia.php?id=25868)>. Acesso: 6 jan 2008.

CANEZIN, Claudete Carvalho. A mulher e o casamento: da submissão à emancipação. [www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/claudeete\\_mulher.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/claudeete_mulher.doc). disponível em 24/09/2008.

CAHALI, Francisco José. Curso avançado de direito civil: direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_; HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. Curso avançado de direito civil: direito das sucessões. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v.6.

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 10 ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHAVES, Antônio. Tratado de direito civil: direito de família. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, v.5.

CHAMOUN, Ebert. Instituições de direito romano. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CRETELLA JR., J. Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. A Cidade antiga. Trad. Jean Melvilles. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa. Concubinato. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

CZAJKOWSKI, Rainer. União livre à luz da lei 8971/94 e da lei 9278/96. Curitiba: Juruá, 1997.

DICIONÁRIO ELETRÔNICO Houaiss da língua portuguesa. São Paulo: Objetiva Ltda., (2004). 1. CD-ROM. Windows 3.1.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil: direito de família. Atualizado de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.5.

\_\_\_\_\_. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6.

ENGELS, Frederich. A Origem da família, da propriedade privada e do Estado. 14 ed. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FIUZA, Ricardo. Novo código civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O Companheirismo: uma espécie de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando. Direito de família. 7 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1994, v.5.

\_\_\_\_\_. Direitos reais. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Sucessões: revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Faria*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo de direito. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao código civil: parte especial: do direito das sucessões. vol. 20 (*arts. 1.784 a 1.856*). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093>>. Acesso em: 23 jan 2008.

LEITE, Eduardo Oliveira. Famílias monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Código civil: comentários didáticos. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões. 2 ed. ver. e atual. em conformidade com o novo Código Civil – Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, vol. 5.

MADALENO, Rolf. Novas perspectivas no Direito de Família. 2000, p. 23.

MARKY, Thomas. Curso elementar de direito romano. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

- MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Boockseller, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2.
- NEUMANN, Juarez Rosales. Do casamento ao concubinato. 4 ed. Porto Alegre: Sagra, 1999.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil. 6 ed. São Paulo: Método, 2003.
- OLIVEIRA, Wilson de. Sucessões: teoria, prática e jurisprudência. 2 ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003.
- PEREIRA, Áurea Pimentel. Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário Silva. Instituições de direito civil: direito das sucessões. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v.6.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalística. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. Efeitos patrimoniais do concubinato. São Paulo: Saraiva, 1997.
- QUADROS, Tiago de Almeida. O princípio da monogamia e o concubinato adúltero. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 412, 23 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5614>>. Acesso em: 25 jan 2008.
- RODRIGUES, Silvio. Direito civil brasileiro: direito de família. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 6.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico, 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 1.993, p. 198.
- VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. Direito de Família e o novo Código Civil. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFam, 2002.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 6.
- VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei n.8971/94. Revista IOB, n.7/95, abr., 1995.