

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO**

**A UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO NO  
PARADIGMA INSTITUÍDO PELO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PERSPECTIVAS  
CONSTITUCIONAIS DO DIREITO SUCESSÓRIO**

**MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO**

**Danielli Gadenz**

**Santa Maria, RS, Brasil**

**2012**

**A UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO NO PARADIGMA  
INSTITUÍDO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:  
PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO  
SUCESSÓRIO**

**Danielli Gadenz**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

**Orientador Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia**

**Santa Maria, RS, Brasil**

**2012**

**Universidade Federal de Santa Maria  
Centro de Ciências Sociais e Humanas  
Departamento de Direito  
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de Graduação

**A UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO NO PARADIGMA  
INSTITUÍDO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:  
PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO SUCESSÓRIO**

elaborada por  
**Danielli Gadenz**

como requisito parcial para obtenção do grau de  
**Bacharel em Direito**

**Comissão Examinadora**

**Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia**  
(Presidente/Orientador)

**Profª. Dra. Valéria Ribas do Nascimento**  
(Universidade Federal de Santa Maria)

**Profª Ma. Maria Ester Toaldo Bopp**  
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 13 de dezembro de 2012.

Agradeço a todos aqueles que me apoiaram ao longo dos anos, especialmente à minha família.

Ao meu pai, Gilberto, que me apresentou ao direito; minha mãe, Marilda, que sempre esteve ao meu lado nos momentos difíceis; e meu irmão, Lucas, que mesmo mais novo, já é um exemplo de esforço e dedicação.

Ao Andrius, que mesmo sem ter qualquer intimidade com o assunto, dedicou pacientemente seu tempo, apoiando-me na construção deste trabalho.

Não posso deixar de agradecer também às minhas amigas, Ana e Letícia, com quem compartilhei tardes de infinitos e-mails com aflições metodológicas e que foram de crucial importância para chegarmos ao fim deste caminho e início de tantos outros.

Agradeço ainda aos meus professores, especialmente ao Prof. Cristiano pelo auxílio neste trabalho e por ter me apresentado novas diretrizes dentro do direito.

Acredito no esforço individual, porém nada se constrói sozinho. Cada experiência é essencial para a formação do nosso caráter e dos nossos ideais. Por isso, tenho muito a agradecer a todos que, bem ou mal, marcaram minha (até agora breve) história com ensinamentos que pretendo levar para a vida, tanto pessoal como profissional.

## **RESUMO**

Monografia de Graduação  
Curso de Direito  
Universidade Federal de Santa Maria

# **O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL NO PARADIGMA INSTITUÍDO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO SUCESSÓRIO**

AUTORA: **DANIELLI GADENZ**

ORIENTADOR: **CRISTIANO BECKER ISAIA**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 13 de dezembro de 2012.

A partir do contexto histórico-antropológico da formação das relações familiares no Brasil, discorre-se acerca da adequação da tutela da legislação infraconstitucional no âmbito sucessório do cônjuge e companheiro estável em relação à constituição Federal de 1988. Tendo por parâmetros gerais o estudo das delimitações teóricas do Estado Laico e do Estado Democrático de Direito, busca-se a interpretação hermenêutico-filosófica dos dispositivos legais de modo a adequá-los aos ditames constitucionais. Para tanto, inicia-se com a verificação da evolução histórica na constituição e concepção legal das entidades familiares a partir da influência da religião, em especial do cristianismo, bem como os reflexos disso na concepção atual de família e casamento no Brasil, com a análise dos principais resquícios da religião cristã presentes até hoje na concepção de família pela doutrina e jurisprudência e o apego do legislador ao ideário religioso face ao reconhecimento do Brasil como Estado laico pela Constituição Federal de 1988. A seguir, parte-se para uma tentativa interpretativa, a partir da hermenêutica filosófica, das disposições da Constituição Federal, na qual se verificou que não é dotada de plena aplicação no direito sucessório concernente ao cônjuge e companheiro sobrevivente, tanto pela legislação infraconstitucional, quanto pela jurisprudência. Observou-se que a aplicação dos dispositivos do Código Civil, a partir da concepção constitucional do tema, pela jurisprudência em casos de sucessão do cônjuge ou companheiro sobreviventes não é consoante com o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Constatou-se a necessidade de extensão da aplicação da legislação concernente ao cônjuge supérstite ao companheiro, em igualdade de tratamento, como primou o constituinte. Por fim, advertiu-se para a necessária modificação formal da legislação civil de modo a adequá-la aos ditames constitucionais.

**Palavras-Chaves:** Estado Democrático de Direito; Estado laico; entidade familiar; casamento; união estável; sucessão; hermenêutica.

## **ABSTRACT**

Graduation Monograph  
Law School  
Federal University of Santa Maria

### **MARRIAGE AND CONSENSUAL MARRIAGE IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW PARADIGM: CONSTITUTIONAL PERSPECTIVES OF SUCCESSION**

**AUTHOR: DANIELLI GADENZ**

**ADVISER: Cristiano Becker Isaia**

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 13<sup>th</sup>, 2012.

From the anthropological-historical context of the family relations formation in Brazil, approaches a discussion about the adequacy of the protection of constitutional legislation under spousal inheritance and stable mate in relation to the constitution of 1988. Having as general parameters for the study the theoretical boundaries of the Secular State and Democratic State seeks to hermeneutical-philosophical interpretation of the legal provisions in order to adapt them to the constitutional dictates. Therefore, begins with the verification of historical evolution in the constitution and legal conception of family entities from the influence of religion, particularly of Christianity, as well as the reflections in this current conception of family and marriage in Brazil, with an analysis major remnants of the Christian religion presents today the concept of family by doctrine and jurisprudence of the legislature and attachment to religious ideals against the recognition of Brazil as a secular state by the Constitution of 1988. The following is an attempted interpretation, from the philosophical hermeneutics, the provisions of the Federal Constitution, in which it was found that is not equipped with full implementation in inheritance law concerning the surviving spouse and companion, both for constitutional legislation, as case law. It was observed that the application of the provisions of the Civil Code, from the conception of the constitutional issue, the case law in cases of succession to the surviving spouse or partner is not consonant with the paradigm established by a democratic state. It was noted the need for wider application of legislation concerning the surviving spouse to partner on equal treatment, he excelled as a constituent. Finally, he warned up to the necessary modification of formal civil legislation to adapt it to the constitutional dictates.

**Key-Words:** Democratic State; Secular State; family entity; marriage; consensual marriage; succession; hermeneutics.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 A TRADIÇÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL NOS PAÍSES DA FAMÍLIA ROMANO-CANÔNICA: apanhado histórico da formação da família e sua evolução na história humana</b> .....	<b>10</b>
1.1 A união estável e o casamento: A influência da religião na atual conjuntura familiar no Brasil e suas implicações na legislação sucessória quanto ao cônjuge e o companheiro estável .....	27
<b>2 A UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO A PARTIR DO PARADIGMA INSTITUÍDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	<b>38</b>
2.1 As matrizes fundamentais do Estado Democrático de Direito .....	38
2.2 Brasil como Estado laico: fundamentos e implicações .....	46
2.3 A sucessão na união estável e o no casamento e a Constituição Federal de 1988 .....	48
<b>3 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO DIANTE DA (NECESSÁRIA) FILTRAGEM HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL E O “ESTADO DA ARTE” DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA</b> .....	<b>53</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>73</b>

## INTRODUÇÃO

A família é base da sociedade, do Estado. Desde os primórdios da história, os seres humanos se reuniam em suas células familiares como forma de sobrevivência. Não a toa que a sociedade sempre prezou esta instituição decorrente dos laços de sangue.

Amparadas em sua célula principal - a família - as relações humanas foram se desenvolvendo. A influência da religião na construção da estrutura familiar é inegável. O matrimônio, visto como instituição religiosa e sagrada também foi assim reconhecido pelo Direito no decorrer da história.

A Constituição Federal de 1988, no parágrafo 3º do artigo 226, expressamente garante às entidades decorrentes do casamento e da união estável o reconhecimento como entidades familiares e o tratamento como tal. No dizer do constituinte, ainda, a lei deve facilitar a conversão da união estável, em casamento, garantindo igual proteção às entidades familiares de ambos decorrentes.

A este respeito, existe grande controvérsia doutrinária. As discrepâncias decorrem, exclusivamente, da interpretação dada à vontade do legislador constituinte ao incluir a referida norma no artigo em que tratou da família na Constituição Federal. Alguns entendem pela equiparação do casamento e da união estável, tendo em vista que ambos constituem entidades familiares equânimes. Outra parte da doutrina defende que não se pode equiparar algo que é expressamente diverso, tendo o constituinte, ao facilitar a conversão da união estável em casamento, deixado claro que ambas são diferentes e dado maior importância ao matrimônio.

A questão da interpretação da lei maior é de suma importância para qualquer lide que se instaure perante o Poder Judiciário. No trabalho que se inicia, busca-se elucidar a questão das diferentes interpretações constitucionais referentes aos institutos de Direito de Família, com fulcro em uma questão paradigmática de grande relevância social: a diferença no tratamento sucessório decorrente da união estável e do casamento.

Ademais, atualmente, o Brasil é considerado Estado laico, não se vinculando a nenhuma religião e pregando a liberdade de culto. Dessa forma, não é válido utilizar de argumentos de caráter religioso para tratar institutos de natureza civil. A análise das questões da vida civil feita sob a mínima influência do viés religioso, não está de acordo com a

proposta do constituinte e não reflete a realidade das relações sociais. Não se admite tratar com maior ou menor hierarquia certa “família” em detrimento de outra.

Assim, lado a lado com a questão interpretativa, encontra-se a discussão da influência religiosa na legislação pátria, em contraponto ao fato de ser o Brasil considerado um Estado laico, conforme o artigo 19, I da Constituição Federal. Desse modo, como poderia um estado laico dar maior importância ao matrimônio por sua conotação religiosa em detrimento da previsão constitucional de paridade entre as entidades familiares oriundas da união estável e casamento?

Portanto, a partir da interpretação hermenêutica da disposição da Constituição Federal equiparando as instituições familiares oriundas das mais diversas relações, busca-se um posicionamento, dentro do ideário do Estado Democrático de Direito, acerca do aspecto sucessório vigente entre a união estável e o casamento. A conjunção entre a evolução histórica, os resquícios da religião e o Estado laico, sob o prisma da Constituição Federal de 1988 permeiam a discussão que ora se propõe.

A indicação de metodologia para a realização da presente pesquisa deve-se única e exclusivamente a uma exigência dos padrões das normas da ABNT, porquanto a presente pesquisa tem como teoria de base (a qual não se alça neste trabalho à condição de método) a ontologia hermenêutica, que é o retorno ao desvelamento, ou a recondução do olhar do *ente* para o *ser*, incompatível, portanto, em tese, com a utilização de qualquer método.

O “método” de abordagem adotado, levando-se em consideração o acima exposto, é o fenomenológico-hermenêutico, que constitui um “deixar ver” que o fenômeno é essencial para o desvelamento, para que o jurista (que desde-já-sempre tem experiência de mundo antecipada pela pré-compreensão) possa compreender a realidade, abnegada pelo positivismo jurídico e pela filosofia da consciência, a partir da tradição em que está inserido e da finitude de seu conhecimento. Esse “método” aproxima-se da constatação de que o ser dos entes só se dá na *applicatio*, o que será possível a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete e de sua consciência histórica.

Os métodos de procedimento empregados no decorrer da pesquisa são o histórico e o monográfico, em razão da necessidade da realização de uma incursão histórica da evolução da concepção jurídica e social da família e as mudanças na estrutura familiar, a fim de detectar a influência da religião, especialmente cristã. Para tanto, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de apanhado histórico e doutrinário sobre o tema. O método monográfico foi utilizado com o intuito de verificar as diversas posições doutrinárias sobre o

tema. Por fim, é feita a apreciação de julgados acerca do tema, de modo a sopesar as soluções práticas da controvérsia trazidas pelos Tribunais.

No decorrer da pesquisa, discorre-se acerca da (in)constitucionalidade da previsão de sucessão diversa para o companheiro e o cônjuge, tendo por referencial teórico a hermenêutica filosófica, dentro paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Para tanto, inicia-se com a verificação da evolução histórica na constituição e concepção legal das entidades familiares a partir da influência da religião, em especial do cristianismo, bem como os reflexos disso na concepção atual de família e casamento no Brasil. Pretende-se analisar os principais resquícios da religião cristã presentes até hoje na concepção de família pela doutrina e jurisprudência e o apego do legislador ao ideário religioso face ao reconhecimento do Brasil como Estado laico pela Constituição Federal de 1988.

Posteriormente, parte-se para uma tentativa interpretativa, a partir da hermenêutica filosófica, das disposições da Constituição Federal, verificando sua aplicação no direito sucessório concernente ao cônjuge e companheiro sobrevivente.

Com isto, busca-se verificar se a aplicação dos dispositivos do Código Civil, a partir da concepção constitucional do tema, pela jurisprudência em casos de sucessão do cônjuge ou companheiro sobreviventes, é condizente, ou não, com o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.

## **1 A TRADIÇÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL NOS PAÍSES DA FAMÍLIA ROMANO-CANÔNICA: apanhado histórico da formação da família e sua evolução na história humana**

A família é inerente à formação da sociedade. O agrupamento em células familiares é observado desde os primórdios da pré-história, evoluindo juntamente com a história humana até se tornar a instituição mais importante dentro da organização social atual. Tem os mais diversos contornos, dependendo da época e da civilização em questão, como se pretende demonstrar ao longo do apanhado histórico-antropológico que segue.

Maria Berenice Dias (2010, p. 27), ao analisar a origem da família, de pronto ressalta: “Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá pelo direito”. Assim como todos os fatos relevantes juridicamente, que primeiro surgem como fatos sociais para depois passarem a ser regulados pelo direito, a família segue a mesma regra. O direito de família foi construído ao longo da história da sociedade e o estágio atual se deve a toda formação histórica e jurídica da humanidade.

Acerca da formação do direito civil, John Henry Merryman (2002, p. 24, tradução nossa), registra que “a tradição do direito civil é uma combinação de várias subtradições distintas, com origens separadas e desenvolvimento em diferentes períodos da história”. O estudioso defende a importância do estudo da evolução histórica dos institutos de direito civil como meio de entender as relações existentes entre estes institutos legais com os atuais. Assim, inicia seu estudo explicando o que denomina de “tradição legal”, que permeia toda a evolução do Direito, em especial do direito civil (MERRYMAN, 2002, p. 17, tradução nossa):

Como implica o termo, uma tradição legal não é um conjunto de regras de direito acerca dos contratos, das sociedades anônimas e dos delitos, ainda que tais regras sejam, quase sempre, em certo sentido, um reflexo dessa tradição. É melhor um conjunto de atitudes profundamente arraigadas, historicamente condicionadas, acerca da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, na organização e operação adequadas de um sistema legal, e acerca da forma em que se faz, ou deveria fazer, aplicar, estudar, aperfeiçoar e ensinar-se o direito. A tradição legal relaciona o sistema legal com a cultura de que é uma expressão parcial. Posiciona o sistema legal dentro da perspectiva cultural.

Segue Merryman (2004, p. 24), afirmando que a tradição do direito civil atual, nos países da *civil law*, entre eles o Brasil, é formada especialmente pela conjunção das tradições do direito civil romano e direito canônico, quanto à parte em que nos cabe o estudo: a família e suas relações. Daí a importância do conhecimento histórico acerca da evolução dos

institutos de direito civil, no caso a família e sua formação (casamento e união estável). Todavia, a evolução da família desde o período pré-histórico também é relevante para o estudo que se pretende, uma vez que buscamos trazer um apanhado também antropológico da formação das células familiares, e isto nos leva até os primórdios da civilização.

Em obra clássica acerca do tema, Friedrich Engels (2010, p. 47), explica que a evolução da família durante a pré-história “consiste numa redução constante do círculo em cujo seio prevalece a comunidade conjugal entre os sexos”, que originalmente englobavam toda a tribo. Saliencia que na época mais primitiva “imperava, no seio da tribo, a relação sexual sem barreiras [...], de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens, e cada homem, a todas as mulheres.” (ENGELS, 2010, p. 48).

A partir desse estado primitivo é possível determinar as etapas da família. Primeiramente identifica a família consanguínea, na qual:

[...] os grupos conjugais classificam-se por gerações: todos os avós 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. Nessa forma de família, os ascendentes e descendentes, os pais e filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) do matrimônio. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos, entre si, irmãos e irmãs e *por isso mesmo* maridos e mulheres uns dos outros (ENGELS, 2010, p. 54-55, grifo do autor).

Com o decorrer do tempo, a família consanguínea desapareceu: excluindo-se os pais e filhos das relações mútuas e, em seguida, os irmãos, inaugurou-se a família punaluaana, na qual o matrimônio se dá em grupos, como esclarece Engels (2010, p. 57):

Esse é o tipo clássico de uma formação de família que sofreu, mais tarde, uma série de variações, e cujo traço característico essencial era a comunidade recíproca de maridos e mulheres no seio de um determinado círculo familiar, do qual foram excluídos, todavia, no princípio, os irmãos carnais e, mais tarde, também os irmãos mais afastados das mulheres, ocorrendo o mesmo com as irmãs dos maridos.

Dentro deste regime de matrimônio por grupos, ou até mesmo antes, como ressalva o autor, era comum a formação de uniões por pares, uma vez que o homem poderia eleger uma mulher principal, sendo para ela o esposo principal. Com o tempo, evoluindo-se as *gens* e tornando-se cada vez mais numerosas as classes dos irmãos, entre os quais era proibido o casamento, o costume de manter uniões aos pares foi se consolidando. Assim, caracterizou-se a terceira etapa de família, a família sindiásmica, na qual a célula era formada pelo casal. Porém, a poligamia e infidelidade ocasional continuaram a ser direito dos homens, ao mesmo tempo em que era exigida rigorosa fidelidade da mulher, cujo adultério era cruelmente castigado (ENGELS, 2010, p. 65-66).

Assim, com a exclusão dos parentes, a continuidade da prática dos matrimônios por grupos foi impossibilitada. O casamento passou a significar a união do casal, por vínculos ainda frágeis, o que permite a Engels (2010, p. 66), concluir: “Isto prova quão pouco tem a ver a origem da monogamia com o amor sexual individual, na atual acepção da palavra”.

A passagem da família sindiásmica para a monogâmica teve por pressuposto um “jogo de novas forças impulsionadoras de *ordem social*”, uma vez que a sindiásmica é a última forma de família característica da barbárie, na qual a célula familiar inicial estava reduzida à sua última unidade: um homem e uma mulher (ENGELS, 2010, p. 73-74, grifo do autor).

Assim, a transição para a família monogâmica e, conseqüentemente, a saída da barbárie rumo à civilização teve o necessário suporte das novas relações sociais que surgiam. A revolução no modo de vida com a domesticação dos animais, aquisição de posses, cultivo de plantações garantidoras de alimento, e o principal, da possibilidade de ter escravos, impulsionou sobremaneira o *modus vivendi* da época, o que, por óbvio, teve reflexos na formação da sociedade e, portanto, da família.

Outra importante mudança no seio da *gens* refere-se ao aspecto sucessório, por ter a herança deixado de ser transmitida de acordo com o direito materno, passando-se a determinar pela filiação masculina e pelo direito paterno (ENGELS, 2010, p. 76-77):

Com base no direito materno, isto é, enquanto a descendência só se contava por linha feminina, e segundo a primitiva lei de herança imperante na gens, os membros dessa família herdavam, no princípio, do seu parente gentílico falecido. [...] Dessa forma, pois, as riquezas, à medida que iam aumentando, davam, por um lado, ao homem uma posição mais importante que a da mulher na família e, por outro lado, faziam com que nascesse nele a ideia de valer-se dessa vantagem para modificar, em proveito de seus filhos, a ordem da herança estabelecida. Mas isso não se poderia fazer enquanto permanecesse vigente a filiação segundo o direito materno. Esse direito teria que ser abolido, e o foi. [...] Tal revolução – uma das mais profundas que a humanidade já conheceu - não teve necessidade de tocar em nenhum dos membros vivos da gens. [...] Bastou decidir simplesmente que, de futuro, os descendentes de um membro masculino permaneceriam na gens, mas os descendentes de um membro feminino saíam dela, passando à gens de seu pai.

Com essa mudança, a família monogâmica torna-se essencialmente patriarcal, significando que o poder é exercido pelo pai, que é o chefe da família.

A família grega é um exemplo da severidade empregada às mulheres pela família patriarcal. Diferentemente da posição ocupada pelas deusas na mitologia, que eram livres e importantes para a sociedade, no período heroico, as mulheres passaram a ser humilhadas, tanto pelos homens, quanto pelo fato de terem a concorrência das escravas.

Na Grécia heroica, era comum que o homem tivesse várias concubinas, especialmente escravas. Os filhos nascidos dessas relações eram considerados homens livres e tinham direito

à parte, mesmo que pequena, da herança paterna. O concubinato aceito entre os homens era proibido para as mulheres, que deveriam guardar a castidade e fidelidade conjugal, extremamente rigorosas<sup>1</sup>.

No período clássico (entre os séculos V e IV a.C.), a Grécia antiga é politicamente dividida em cidades-estado, sendo as preponderantes Esparta e Atenas. Neste período ainda existem vestígios de matrimônio sindiásmico entre os dóricos de Esparta. Há relatos de reis que tomaram mais de uma esposa, em razão da esterilidade das primeiras, também de que “vários irmãos podiam ter uma mulher comum; o homem que preferia a mulher de seu amigo podia partilhá-la com ele”. Ademais, na sociedade espartana não existia escravidão doméstica aos moldes de Atenas. Estes foram os motivos apontados por Engels para que as mulheres espartanas alcançassem a situação de maior respeito entre os gregos (ENGELS, 2010, p. 85).

Diferentemente, em Atenas, os jônios tratavam suas mulheres como *oikurema*, palavra que designava aquela que cuidava da casa, sendo que “além da procriação dos filhos, não passava de criada principal para o ateniense” (ENGELS, 2010, p. 86). Para os homens gregos, os “únicos objetivos da monogamia eram a preponderância do homem na família e a procriação de filhos que só pudessem ser seus para herdar deles”, pois o casamento era “uma carga, um dever para com os deuses, o Estado e seus antepassados, dever que estavam obrigados a cumprir”<sup>2</sup> (ENGELS, 2010, p. 87). Assim, a monogamia grega estava diretamente ligada à dominação do homem na sociedade:

Essa foi a origem da monogamia, tal qual pudemos observá-la no povo mais culto e desenvolvido da antiguidade. De modo algum foi fruto do amor sexual individual, com o qual nada tinha em comum, já que os casamentos [...] permaneceram casamentos de conveniência. Foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas (ENGELS, 2010, p. 86-87).

Consequência desta monogamia por interesses, surge uma nova forma de heterismo, o que permite a Engels (2010, p. 89) apontar a “dúbia herança que o matrimônio por grupos legou à civilização [...]: de um lado a monogamia, de outro, o heterismo, incluída a sua forma extrema, a prostituição”. Como decorrência desta situação, em que o marido mantém a antiga

<sup>1</sup> Sobre a importância das escravas para a sociedade conjugal da época, Engels (2010, p. 84, grifo do autor) aponta: “A existência de escravidão junto à monogamia, a presença de jovens e belas cativas que pertencem, de corpo e alma, *ao homem*, é o que imprime desde a origem um caráter específico à monogamia, que é monogamia *só para a mulher*, e não para o homem”.

<sup>2</sup> Observe-se que em Atenas, a obrigação do matrimônio vinha legalmente amparada, sendo ainda acompanhada das obrigações conjugais mínimas concernentes ao marido (ENGELS, 2010, p. 87).

liberdade sexual concedida apenas aos homens e a esposa é negligenciada, surge uma nova instituição social: o adultério<sup>3</sup>.

Observa-se que a família monogâmica difere-se da sindiásmica pela maior solidez dos laços de matrimônio, que já não podem ser rompidos por vontade das partes. Cabe somente ao homem rompê-los, repudiando a esposa. Como referido, unicamente ao homem é concedido o direito à infidelidade conjugal, que chegou a ser expresso no Código Napoleônico de 1804, desde que o homem não inserisse a concubina no domicílio conjugal. No entanto, apenas os filhos “legítimos” são herdeiros diretos, tornando-se, um dia, proprietários dos bens de seu pai (ENGELS, 2010, p. 83)<sup>4</sup>.

Em contraponto à Grécia, onde a família monogâmica era extremamente rígida e formal, a mulher romana era muito mais livre e considerada pelos homens. Isto porque, o marido romano acreditava ter a fidelidade de sua esposa garantida por deter o direito de vida e morte dela em suas mãos (*potestas*).

A história romana divide-se em períodos. No primeiro deles, o arcaico, estendido desde sua fundação (por volta de 753 a.C.) até meados do século II a.C. (GILISSEN, 2003, p. 81), Roma era uma comunidade rural, na qual a sociedade familiar (*familia*) detinha grande importância, sendo a unidade principal do direito privado do período (KASER, 1999, p. 18).

A *familia* romana incluía, nesta época, o *paterfamilias* e aqueles submetidos ao seu poder: filhos, mulher e escravos. De acordo com Max Kaser (1999, p. 18), “o direito privado romano arcaico é de fato entendido como direito da sociedade familiar, na sua estrutura interna e nas suas relações jurídicas com outras famílias.”

A população romana era, em geral, constituída por “grandes famílias”, que abrangiam todos os indivíduos ligados pelo vínculo de parentesco agnático<sup>5</sup>. Com o tempo, estas associações foram reduzidas, decompondo-se em “pequenas famílias”, que passaram a dominar “o quadro do direito romano das pessoas e da família” (KASER, 1999, p. 95):

A PEQUENA FAMÍLIA romana (*familia*) constitui uma **associação jurídica** monocrática, composta pelo *paterfamilias* como chefe e pelas pessoas que estão submetidas ao seu PODER DOMÉSTICO: a mulher (quando é *uxor in manu*), os

<sup>3</sup> Esta prática tornou-se tão comum a ponto de a paternidade dos filhos da esposa ser tratada de forma no mínimo inusitada pelo Código de Napoleão, que em seu artigo 312 dispunha: “O filho concebido durante o matrimônio tem por pai o marido” (ENGELS, 2010, p. 89).

<sup>4</sup> Sobre o dever de fidelidade conjugal, em especial referindo-se ao matrimônio romano, Max Kaser (1999, p. 327) faz interessante apontamento: “O dever da fidelidade conjugal obriga apenas a mulher e só na época cristã também mais fortemente o marido. A sanção do adultério dá-se em âmbito penal. O marido pode matar a mulher surpreendida em adultério (e o adúltero), sem ser punido, o marido e o *paterfamilias* da mulher tem ainda, segundo a *lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.), o direito prioritário de acusar a culpada (grifos do autor)”.

<sup>5</sup> “Parentes agnáticos são todas as pessoas livres que pertencem à mesma associação familiar, ou pertenceriam, se o *paterfamilias* comum ainda estivesse vivo” (KASER, 1999, p. 97).

filhos enquanto não saírem de seu poder, os clientes e escravos (KASER,1999, p. 95, grifo do autor).

Acerca da etimologia da palavra família, Engels (2010, p. 78) observa que em Roma: “*Famulus* quer dizer escravo doméstico e *família* é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem.” Continua, referindo que a expressão *família* “*id est patrimonium*” (herança) servia para designar um novo organismo social, cujo chefe detinha poder (pátrio poder) sobre a mulher, filhos e escravos, detendo, inclusive, o direito sobre a vida e a morte de todos eles.

Sobre a estrutura familiar romana, Luiz Antônio Rolim (2003, p. 154) salienta o aspecto patriarcal, frisando a intensidade do poder doméstico exercido pelo *paterfamilias*:

Como reunião de pessoas, a família romana foi eminentemente patriarcal nos tempos da Realeza e do Império, todos os seus membros sujeitos ao poder do *paterfamilias*, que eram sempre, o ascendente masculino mais antigo e que, enquanto vivesse, tinha sobre os demais o poder de vida e morte (*jus vitae necisque*)<sup>6</sup>.

A delimitação da família romana também tinha por pressuposto o aspecto patrimonial dos indivíduos, bem como a manutenção deste patrimônio dentro da família. O patrimônio era, inicialmente, considerado como de toda a família, mas somente ao marido cabia a sua disposição. A esposa, quando submetida ao poder doméstico marido (*uxor in manu*), bem como seus filhos, são considerados incapazes de manter patrimônio próprio (KASER, 1999, p. 96). Em estudo sobre o tema, Luiz Antônio Rolim (2003, p. 154) salienta que de acordo com Ulpiano, *família* abrange os indivíduos e os bens: “A palavra família está, certamente, entendida com variedade, porque se aplica às coisas e às pessoas”, explicando o viés patrimonial identificador da célula familiar romana: “As esposas, os filhos, noras, genros ou escravos – todos eram subordinados ao chefe de suas famílias, e os bens por eles adquiridos integravam-se automaticamente ao patrimônio familiar.” (ROLIM, 2003, p. 155).

Outra característica do matrimônio em Roma era que inicialmente havia a previsão de que a mulher deixasse a sua sociedade familiar original (de seu pai) e passasse a integrar a de seu marido, em razão do *manus* (poder marital sobre a esposa). Posteriormente, a Lei das XII Tábuas passou a permitir que o matrimônio fosse *sine manu*, ou seja, sem o poder do marido

<sup>6</sup> Quanto ao poder exercido pelo *paterfamilias* sobre a família romana, Max Kaser (1999, p. 96, grifo do autor) explica: “A condição de membro desta associação doméstica submete o indivíduo ao **poder pleno** e quase ilimitado **do paterfamilias** que se manifesta em graus diversos consoante os seus objectos. Este poder doméstico chama-se **potestas**, originariamente também **manus**, [...] domina e ao mesmo tempo protege. Mais tarde *manus* usa-se apenas para o poder sobre a MULHER CASADA (*uxor in manu*), desde que esta pertença (o que não é necessário) à associação doméstica do marido. O poder sobre os FILHOS [...] é a *patria potestas* [...]”. Detalhando os poderes do *paterfamilias*, Luiz Antônio Rolim (2003, p. 155, grifo do autor) identifica cada um dos indivíduos sujeitos ao seu alcance: “Os *paterfamilias* exerciam os seguintes poderes no âmbito familiar: a *patria potestas* sobre todos os filhos; o *manus* ou *potestas maritalis* sobre a mulher casada, no casamento *cum manu*; a *dominica potestas* sobre os escravos e o *mancipium* sobre os homens livres que viviam, provisoriamente, em condições de escravidão”.

sobre a mulher, o qual passou de exceção, durante o período arcaico, para regra, no período clássico romano (KASER, 1999, p. 317-319).

Jonh Gillissen (2003, p. 565), sobre a evolução do poder marital, conclui:

Nada resta portanto das antigas formas de casamento que faziam cair a mulher sob a *manus* (poder) do marido (casamento *cum manu*): casamento religioso (*confarreatio*), casamento por compra (*coemptio*), casamento por prescrição aquisitiva da *manus (usus)*. O tipo usual é, portanto, o casamento *sine manu*, ficando a mulher juridicamente no seu grupo familiar original. São, no entanto, requeridas certas formalidades para que haja “justas núpcias” (*justae nuptiae*); tratava-se, antes de tudo, do estabelecimento de um domicílio comum, sendo a mulher conduzida ao domicílio do marido (*deductio uxoris in domum mariti*), espécie de entrega da mulher, acompanhada de cerimônias.

Acerca das formalidades referidas por Gillissen, salienta-se que não eram rígidas. Isto porque, a sociedade romana pouco relacionava, até então, o *matrimonium* com uma relação jurídica, considerando-o um fato social, que produzia efeitos jurídicos de longo alcance.

Muito bem refere Max Kaser (1999, p. 325), sobre a relação entre as formalidades do casamento romano e sua validade que “para a celebração do matrimônio (*nuptiae*) o costume criou tradições ricas, em parte impregnadas de elementos sacrais; mas a validade do matrimônio não dependia do cumprimento desses usos.”. Para que esta comunidade fosse efetivamente reconhecida como matrimônio, era necessário o preenchimento de alguns pressupostos, quais sejam: a consciência matrimonial em se propor uma união vitalícia, monogâmica, realizada em comunidade de vida e associação doméstica, tendo por finalidade precípua a concepção de descendentes de pleno direito (KASER, 1999, p. 318)<sup>7</sup>.

O matrimônio romano era entendido como “concreta comunidade de vida” e, portanto, fazia-se necessária a presença da *affectio maritalis*, ou seja, a “intenção e a consciência de ambos os cônjuges de que sua união é matrimônio” (KASER, 1999, p. 317). Max Kaser (1999, p. 317) faz uma ressalva no sentido de que a consciência do matrimônio não pode ser confundida com um ato negocial ou uma vontade autônoma, posto que deve estar presente durante todo o matrimônio na conduta dos cônjuges entre eles e perante terceiros.

<sup>7</sup> Entendido como um fato social, o casamento romano não possuía formalismos rígidos, como bem explica John Gillissen (2003, p. 565): “No direito romano do Baixo Império, o casamento é um acto essencialmente privado e contratual; existe a partir do momento em que os esposos estão de acordo em serem, daí para o futuro, marido e mulher. Trata-se de uma convenção puramente consensual, despida de qualquer formalismo, não sendo exigida a coabitação [...]”. Neste sentido também Max Kaser (1999, p. 318): “Como o matrimônio romano não é primariamente uma relação jurídica mas um facto social, os princípios que regem a celebração, a dissolução e a protecção do matrimônio, na maior parte não são juridicamente regulamentados mas confiados à moral. A celebração do matrimônio não é um negócio jurídico nem está vinculada a qualquer forma, os seus pressupostos não são verificados pelo Estado. Não se conhece acção de declaração da existência do matrimônio; ainda menos a acção de constituição da comunidade matrimonial. [...] Durante os séculos, os vínculos morais bastaram para assegurar a subsistência da maior parte dos matrimônios.”.

Como se nota, a ausência de considerável tutela jurídica sobre o casamento se deve ao fato de que, inicialmente, o direito romano, conhecido por *jus civile*, era eminentemente consuetudinário<sup>8</sup>, transmitindo-se pelas gerações através dos costumes, uma vez que não havia preocupação com a manutenção da escrita (ROLIM, 2003, p. 44-45). O principal diploma legal da época é a Lei das XII Tábuas, datada de cerca de 450 a.C., que trazia entre seus dogmas, a autoridade quase que ilimitada do chefe da família. Contudo, a Lei das XII Tábuas, ainda muito ligada ao sistema consuetudinário arcaico (ROLIM, 2003, p. 57), não acompanhou a evolução da sociedade romana.

Com a transição da economia exclusivamente agrária para o sistema econômico desenvolvido pelo comércio, artesanatos e trocas monetárias, juntamente com um maior aquecimento cultural da sociedade romana, observa-se uma crescente individualização dos cidadãos romanos. Modificações sociais como a preponderância dos casamentos *sine manu* e a diminuição do poder paterno sobre os filhos tornaram-se comuns, em especial com a crescente influência cristã no período pós clássico (KASER, 1999, p. 98)<sup>9</sup>.

Assim, durante o período clássico, compreendido entre 150 a.C e 284 d.C. (Alto Império), Roma experimentou uma notável ascensão social, política e jurídica. O regime político passou a ser o Imperial, submetendo ao Império todo o mundo mediterrâneo. Ao mesmo tempo, “Roma abre-se às influências externas, sobretudo às dos direitos grego e egípcio” (GILISSEN, 2003, p. 87). Conseqüentemente, o direito passou a refletir uma sociedade evoluída e individualista, fixando-se como uma ciência coerente e racional. Nesse passo, o costume deixa de ser a fonte jurídica principal, passando a dividir espaço com diferentes espécies de legislação e com a jurisprudência (GILISSEN, 2003, p. 81), aperfeiçoando a tutela jurídica do casamento.

No período pós-clássico (séculos IV ao VI), o Império Romano do Ocidente está sofrendo com a decadência política e intelectual e experimenta grandes dificuldades econômicas. Nesse terreno de crise, “o cristianismo, sob influência de ideias morais e religiosas vindas do Oriente, transformará numerosos princípios de o direito privado” (GILISSEN, 2003, p. 91).

<sup>8</sup> Consuetudinário é o direito baseado nos costumes de um povo. De acordo com De Plácido e Silva (2008, p. 360-361), o verbete *consuetudinário* serve para tudo o que se funda no hábito, no costume ou na tradição. Neste sentido, Direito Consuetudinário é usado na indicação da regra ou a praxe jurídica que não vem em textos, mas se firma em hábitos, tradições e usos de um povo.

<sup>9</sup> A fim do melhor entendimento temporal da evolução jurídica romana, importante fazer uma retomada histórica de Roma, assinalando seus períodos, classificados em consonância ao modelo de governo. As fases políticas de Roma são: “Realeza (até 509 a.C.), República (509 a 27 a.C.), Império (ou Principado, com o alto Império até 284, gerido por Diocleciano, e o baixo Império até 566, governado por Justiniano) e Império Bizantino” (GILISSEN, 2003, p. 80-81).

No período conhecido como Baixo Império, o Imperador Constantino (306-337 d.C.), após reestruturar o poder imperial abalado pela crise política e religiosa, oficializou a religião cristã, incluindo a Igreja no quadro político e administrativo do Império, que em seguida cindiu-se em dois: do Oriente ou Bizantino e do Ocidente, que logo cairia frente às invasões bárbaras, no século V (ISAIA, 2012, p. 39).

A influência cristã inicialmente modificou o ritual do casamento, alcançando, posteriormente o direito:

O instituto do matrimônio permaneceu estável durante toda a época do Dominato, passando depois a ser fortemente influenciado pelo cristianismo. Os ritos pagãos foram sendo paulatinamente suprimidos e o casamento passou a ser abençoado pela Igreja. Foram estabelecidas novas formalidades para o casamento: além do consentimento livre e sem coação de ambos os cônjuges (*desponsatio*), tornou-se necessária a redação de um documento que regulava os bens de cada um dos nubentes e, ainda, que a celebração fosse coroada pela bênção nupcial dada numa igreja cristã. Essas formalidades, no entanto, não eram obrigatórias, ficando ao alvedrio dos nubentes (ROLIM, 2003, p. 165).

Max Kaser (1999, p. 325, grifo do autor) indica a existência de um documento de comprovação do casamento, porém afirma que, ainda, não existia a obrigatoriedade da prova documental, cabendo a testemunhal para comprovação da instituição comunidade matrimonial:

Mais tarde, nomeadamente na época PÓS-CLÁSSICA, considera-se como sinal concludente da consciência matrimonial a REDACÇÃO do DOCUMENTO MATRIMONIAL e sobretudo DOTAL (*instrumenta dotalia*). Porém, a VONTADE de celebrar o matrimônio, que agora se entendeu mais no sentido do *consensus* negocial, pode também ser provada de outros modos (p. ex., através do testemunho de amigos).

Veja-se que não existia, em Roma, um formalismo como requisito de validade do matrimônio, o que somente começou a existir com o direito canônico, durante a Idade Média, que dá início a uma maior inserção dos ideais cristãos na sociedade romana.

Em um apanhado histórico, Ronaldo Vainfas (1992) busca verificar se o casamento foi sempre um valor sagrado nos ditames do cristianismo. Partindo desta premissa, analisa a concepção do casamento pela sociedade e pela Igreja desde os primórdios do cristianismo, revelando que, inicialmente, a moral cristã não privilegiava o casamento ou a família, tendo como valores essenciais a virgindade e a continência. Defendia-se o ascetismo, ou seja, que as atitudes deveriam ser tomadas de modo que se ostentasse a oração, em busca da salvação da alma, o que não poderia ser alcançado através das relações carnavais.

Na Antiguidade tardia, o casamento não era considerado puro, havendo grande apologia cristã à virgindade, em especial direcionada às mulheres, a fim de desestimular o

casamento, para que elas se mantivessem virgens, pois a virgindade era considerada como o verdadeiro casamento, significativa da união entre Deus e os homens e de Cristo com a Igreja. Até então, o casamento entre homem e mulher não detinha nenhum aspecto de santidade, sendo valorado de forma extremamente negativa pela própria Igreja. Os teólogos não valorizavam a procriação como consequência do casamento, ligando-a aos prazeres da carne, sendo, assim, reprovável e desprezível. Do mesmo modo, a gravidez era ligada à dor e sofrimento, não condizente com a salvação da alma (VAINFAS, 1992, p. 10).

Nessa perspectiva, e distante de ser tratado como um sacramento pela Igreja Católica, o casamento era visto como um mal. Um mal menor em relação, por exemplo, à prostituição. Entretanto a realidade social, em que homens e mulheres se uniam, criava a necessidade (eminentemente política) de formalizar esta união, como meio de manter o poderio da Igreja sobre a sociedade. Encontraram-se, então, os teólogos face a um dilema: “defendiam a virgindade execrando o casamento, mas tinham que resguardá-lo como freio ao desejo desregrado” (VAINFAS, 1992, p. 12).

Durante o século V d.C., o teólogo que mais se destacou ao enfrentar tal questão foi Agostinho. Referindo-se aos aspectos positivos do casamento, o teólogo patrístico citou a criança, a fidelidade e o sacramento. Por sua posição inovadora, Agostinho relacionou a concepção do matrimônio, pela primeira vez, aos sacramentos instituídos por Deus. Com sua obra “Casamento e concupiscência”, em determinado momento posiciona-se favoravelmente ao casamento:

Agostinho [...] chegou a colocar-se a favor do casamento contra aqueles que o proibiam ou condenavam de modo absoluto, pois, para ele, enquanto busca do prazer carnal, enquanto espaço de manifestação do desejo, era, sem dúvida, um mal, mas enquanto fonte de procriação, à qual deveria subordinar-se integralmente o ato carnal, constituía um bem (VAINFAS, 1992, p. 13).

A partir daí, a monogamia e a indissolubilidade esculpam o matrimônio como sacramento cristão, em oposição ao concubinato e ao divórcio, figuras comuns no mundo antigo. A concepção de casamento formada nessa fase do cristianismo era comparada à virgindade, mas em razão à sua pureza, inferior.

O casamento passou a ser reconhecido como símbolo da união de Cristo e da Igreja, alternativa secundária a virgindade, como meio de controle do prazer desregrado. Era apenas tolerado pela Igreja, como um mal menor (VAINFAS, 1992).

No entanto, a Igreja não poderia continuar negando um fato social concreto, tão comum entre os cidadãos da época. Assim, buscando defender o casamento, a fim de evitar a

supressão dos casados da religião, o casamento passou a ser defendido pelo viés da procriação e da redução do prazer (VAINFAS, 1992, p. 22-23):

Onde buscaram o modelo de casamento a ser defendido? Certamente que não o fizeram no Antigo Testamento, pois este não só reconhecia o amor carnal (Cântico dos cânticos), como admitia, para o homem, certas relações extraconjugais. Quanto ao Novo Testamento, embora fornecesse alguns elementos básicos, tais como a monogamia e a indissolubilidade, não dava base segura para a defesa do casamento, já que o colocava em plano inferior à virgindade e à continência. A defesa cristã ortodoxa do casamento apoiou-se, assim, [...] na tradição helenística e, principalmente, no estoicismo, cujos filósofos eram frequentemente citados pelos Padres. Casamento estável, fidelidade conjugal mútua, ênfase na dependência recíproca, redução do prazer ao leito conjugal, sentido de procriação, eis ideias típicas da moral estoica absorvidas e reinterpretadas pelo cristianismo.

Assim, para que a Igreja obtivesse cada vez mais adeptos, os discursos reinventavam os valores da moral estoica, traduzindo-os para a linguagem cristã, na defesa do casamento. Para o estoicismo, o casamento era a mais alta, importante e venerável instituição estabelecida entre os homens. A Igreja passou a hostilizar e exaltar o casamento, dependendo do público alvo da pregação: tratando-se de corpo eclesiástico, a tendência era combater o casamento, por questões de coerência doutrinária e estratégica, para que não se perdesse o interesse em ingressar na vida monástica; e, em se tratando da população em geral, o casamento era defendido como “réplica imperfeita da virgindade” (VAINFAS, 1992, p. 24).

Como referido acima, a instituição do casamento já era, à época bastante difundida no mundo cristão, em especial no mundo romano. Foi neste período que a força social e política da Igreja contribuiu para que a concepção romana do *matrimonium* fosse modificada, alçando o patamar de relação jurídica, produzindo efeitos jurídicos de longo alcance e necessitando de maiores formalidades para sua dissolução, por exemplo. Todavia, para o *jus civile*, o casamento manteve como seu alicerce principal a “efetiva comunidade de vida” e a necessidade de consentimento contínuo e mútuo dos cônjuges (KASER, 1999, p. 317-318). Já para a doutrina cristã, o casamento tornou-se “uma instituição da vida religiosa, um vínculo sagrado de força indestrutível” (KASER, 1999, p. 318).

E foi a doutrina cristã que, infiltrando-se aos poucos no domínio romano, foi responsável pelas maiores mudanças na concepção que os romanos tinham, até então, do matrimônio, em especial quanto à sua indissolubilidade:

Na época PÓS-CLÁSSICA, por influência do dogma CRISTÃO da indissolubilidade do matrimônio, modifica-se completamente a figura do divórcio romano; mas as leis imperiais não vão tão longe como os Padres da Igreja, que declararam o matrimônio totalmente indissolúvel (KASER, 1999, p. 329, grifo do autor).

Nos primeiros séculos da era cristã, as grandes codificações começaram a surgir, cita-se, em especial o Código de Justiniano (*Corpus Juris Civilis* – Séc. VI), que, em relação ao casamento, trouxe diversas modificações, como cita Luiz Antônio Rolim (2003, p. 165):

O imperador Justiniano (527-548) introduziu substanciais modificações no instituto do matrimônio:

- a) estendeu o direito de casamento a todas as pessoas, independentemente de classe social, nacionalidade ou religião. Bastava apenas o *affectio maritalis*, ou seja, o consentimento de ambos os nubentes;
- b) determinou a obrigatoriedade de prestação de alimentos entre os cônjuges;
- c) estabeleceu o dever de fidelidade entre os esposos;
- d) determinou que os pais deveriam constituir um dote em favor das filhas (bens dotais).

A ausência de maiores formalidades, pelo menos até a maior inserção da doutrina cristã no ordenamento jurídico romano, permitia que o casamento fosse, em comparação à atual união estável<sup>10</sup>, uma prática social comum, despida de requisitos rígidos de validade e forma, levando em conta o afeto:

[...] aqui assume papel de relevância o *affectio maritalis*, já que é o primeiro e único elemento consumidor do casamento... [e] guardadas as diferenças de época e do ambiente social que o geraram, muito se aproxima da nossa atual união livre, contrária a qualquer formalidade e vinculada tão somente à intenção das partes, que a legitima (LEVY, 2004, p. 331).

Assim, as relações jurídicas decorrentes do casamento romano (em especial durante os períodos arcaico e clássico) são relevantes para o direito, e não o *matrimonium* em si, que até o momento é tratado como um simples fato social.

A importância do estudo do Direito Romano advém, como referido no início deste estudo, na relevância da análise da evolução histórica dos institutos de direito civil. Lembra Merryman (2002, p.18) que a tradição legal do direito civil é a mais antiga e difundida no mundo, datada de 450 a.C., suposta data da publicação da Lei das XII Tábuas.

Acerca do direito romano, Merryman (2002, p. 32, tradução nossa) é contundente ao demonstrar as influências do direito civil romano aos sistemas legais dos países da *civil law*:

[...] o direito romano foi a maior contribuição de Roma à civilização ocidental, e os modos de pensamento romanos infiltraram-se certamente em todos os sistemas legais ocidentais. [...] Porém, nas nações de direito civil a influência do direito civil romano é muito mais generalizada, direta e concreta do que no mundo do direito comum.

Todavia, o maior desenvolvimento da família romana se deu após a entrada dos germanos em seu território. Os povos bárbaros encontravam-se ainda presos ao casamento sindiásmico, extremamente ligados à santidade do matrimônio. Além disso, tratavam suas

<sup>10</sup> Trataremos da questão da união estável e do casamento com maior aprofundamento no ponto seguinte (1.1).

mulheres com elevada consideração, sendo elas consideravelmente influentes na sociedade, o que indica que “a passagem do direito materno para o direito paterno devia ter se realizado recentemente” (ENGELS, 2010, p. 90-91).

A união destes dois povos deu início a um período conturbado da história: a Idade Média. Em breve comentário, John Gilissen (2003, p. 165-166) resume a invasão germânica e a queda do Império Romano do ocidente:

O Império Romano do Ocidente desmoronou-se no século V, sob os golpes repetidos das invasões germânicas.

Já no século III, povos germânicos tinham penetrado no Império Romano. Alguns povos instalaram-se mesmo no interior das fronteiras do Império; outros tornaram-se federados do Império [...].

No século V, povos germânicos apoderaram-se de quase todo o Império do Ocidente: os Visigodos na Península Ibérica e no Sudoeste da Gália, os Burgúndios no Sudeste da Gália (região do Ródano e Saône), os Ostrogodos (mais tardiamente) na Itália, os Francos na Renânia e no Norte da França.

Cada um destes povos é governado por um rei. Cada reino é povoado, não apenas por Germanos, mas também por Romanos e populações autóctones romanizadas (por ex. os Gauleses, os Belgas) que sobreviveram às invasões.

Com a queda do Império Romano, no século V d.C., deu-se início à Era Feudal, marcada pela ruralização da economia, fracionamento político, expansão do cristianismo e o aumento do poderio da Igreja. Franz Wieacker (2004, p.15) salienta a importância dos fundamentos medievais para a construção do direito privado:

Os primórdios dos ordenamentos jurídicos europeus encontram-se nas formas básicas da vida das sociedades romano-germânicas da alta Idade Média e nos três grandes poderes ordenadores que a antiguidade tardia tinha deixado: os restos da organização do império romano do ocidente, a igreja romana e a tradição escolar da antiguidade tardia, restos que os novos povos e tribos assentes no antigo corpo do império e no centro da Europa recebem e de que acabam por se apropriar. Cada um desses elementos trouxe à cultura jurídica europeia e, assim, também à história do direito privado, contributos que a influenciaram ao longo dos tempos.

Neste período, na temática do casamento, conjugaram-se as tradições romanas e germânicas e, em um primeiro momento, apesar da maior presença do cristianismo, a união dos casais era realizada nas residências, sem intervenção direta da Igreja.

Ainda no final do Império Romano, o casamento já era reconhecidamente uma prática social, vinculado à questão da descendência e da transmissão patrimonial, como outrora, porém havia no seio da sociedade uma crescente preocupação com o vínculo estabelecido entre os cônjuges. O casamento, como prática social estava cada vez mais enraizado na sociedade, e, sobretudo, carregando um aspecto não só patrimonial (transmissão de heranças ou títulos de nobreza e valores da linhagem/nobreza) ou de interesses políticos, o que ocorria especialmente entre reis e cavaleiros, mas trazendo consigo a questão do afeto na relação

conjugal e familiar. A esse respeito, o historiador Ronaldo Vainfas (1992, p. 26) explica que, apesar de o casamento ser, por um lado, uma transação entre a família da noiva e a do noivo, por outro, a vontade dos futuros cônjuges passava a ter alguma influência na questão<sup>11</sup>.

Igualmente importante para a formação da cultura jurídica atual, o direito canônico é apontado pelos estudiosos como o grande pilar da Idade Média. Gilissen (2003, p. 36) chega a afirmar que foi graças ao fato de ter a Igreja se tornado quase que uma instituição do Estado durante o Império Romano, desempenhando importante papel político e social, que alguns vestígios da administração romana persistiram durante a Idade Média.

Em seu estudo acerca das tradições jurídicas, Merryman (2002, p. 32) aponta o direito canônico da Igreja Católica como o segundo componente mais antigo (após o direito romano) da tradição jurídica do direito civil. Wieacker (2004, p. 17) ressalta que, ao menos desde Constantino, a Igreja havia assumido diversas tarefas públicas, sociais e morais frente aos romanos, o que permitiu que ela, após a queda do Império, subsistisse como um abrigo, tanto para os romanos, como para os germanos, para os quais a Igreja permanecia como meio de manter real Roma e o Império, mesmo tempos após seu colapso. Continua o autor a apontar o envolvimento da cultura jurídica romana com os preceitos da cristandade, até concluir que o pensamento jurídico europeu durante a Idade Média até o início da época moderna foi quase exclusivamente mediado pela teologia:

[...] a cristandade fixou desde o início o conceito do direito. Na medida em que a fonte de todo o direito não escrito – que arrancava da consciência vital espontânea – continuou o ser a ética social, e na medida em que toda a ética europeia continuou a ser, até bem tarde na época moderna, a ética cristã, a doutrina cristã influenciou o pensamento jurídico, mesmo quando legislador e juristas estavam pouco conscientes dessa relação. Através do cristianismo, todo o direito positivo entrou numa relação ancilar com os valores sobrenaturais, perante os quais ele tinha sempre que se legitimar (WIEACKER, 2004, p.17-18).

Comparando o direito romano, como forma de poder exercida pelo Imperador, com o direito canônico e sua relação estreita com a autoridade papal, Merryman (2002, p. 32-33) esclarece que cada um desses direitos tinha sua esfera de aplicação, e seus próprios tribunais dentro de sua jurisdição: os tribunais civis para o direito romano e os tribunais eclesiásticos para o direito canônico. Quanto ao poder jurisdicional da Igreja, esclarece-se que remonta ao ano de 313, ainda no Império Romano, sob o comando o Imperador Constantino, que “permitiu

<sup>11</sup> Continua o autor “embora fosse, por suas motivações patrimoniais, uma prática essencialmente aristocrática, o casamento já apresentava sinais de difusão no conjunto da sociedade: inscrições sepulcrais mostravam a relativa frequência e estabilidade das uniões em meios não-aristocráticos, (...) inclusive ocorridas entre escravos. Enfim, o próprio Estado parecia envolver-se mais com o assunto, fortalecendo os poderes do marido no interior da família” (VAINFAS, 1992, p. 26).

às partes submeterem-se voluntariamente à decisão do seu bispo, isto é *inter volentes*, dando à decisão episcopal o mesmo valor da decisão de um julgamento” (GILISSEN, 2003, p. 139).

Durante a Alta Idade Média, período em que o direito canônico alcançou seu ápice, não havia grande distinção entre os tribunais civis e eclesiásticos, observando-se uma forte tendência à sobreposição das jurisdições canônica e civil:

No entanto, havia uma tendência a uma sobreposição das jurisdições, e antes da Reforma era comum encontrar tribunais eclesiásticos que exerciam a jurisdição civil, sobretudo no tocante ao direito familiar e às sucessões, assim como a jurisdição sobre certos tipos de delitos (MERRYMAN, 2002, p. 33, tradução nossa).

Gilissen (2003, p. 139) também assinala a unificação da jurisdição eclesiástica no tocante às matérias afeitas ao casamento:

Na época carolíngia, em virtude de uma confusão crescente entre o espiritual e o temporal, a Igreja atribui-se uma certa competência nas questões temporais que se relacionassem, mais ou menos diretamente, com matéria *a clavibus* (aquela que diz respeito ‘às chaves’ da Igreja – à fé, aos dogmas, aos sacramentos, à disciplina no seio da Igreja), sobretudo com aquelas que dissessem respeito aos sacramentos. Foi assim que os tribunais eclesiásticos se tornaram os únicos competentes para todas as questões relativas ao casamento. Finalmente, constituindo o casamento um sacramento, os tribunais laicos entregam toda a jurisdição aos tribunais eclesiásticos no domínio desta matéria.

Assim, a tutela do casamento após a queda do Império Romano, possuía três correntes jurídicas: do direito romano, do direito germânico e do direito canônico:

As concepções romana e germânica, que coexistiram durante algum tempo em virtude do princípio da personalidade dos direitos, fundiram-se no direito canônico por volta dos séculos VIII e IX. Casamento e divórcio continuam a ser regidos pelo direito da igreja até ao séc. XVI e, em muitas regiões, mesmo até os séculos XVIII e XIX (GILISSEN, 2003, p. 564).

O direito romano, com já amplamente analisado, entendia o casamento como um ato puramente consensual, ao passo que o direito germânico, profundamente ligado aos costumes, estava atrelado a uma concepção mais arcaica do casamento, ligado à união de clãs e muitas vezes realizado como uma negociação, em que o noivo comprava a noiva de sua família (GILISSEN, 2003, p. 565-567). A concepção do direito canônico persistiu até o final da Idade Média, nunca tendo sido completamente abolida, uma vez que tanto o direito romano, quanto o direito canônico foram basilares para a formação da tradição jurídica de grande parte dos países da Europa continental (*Civil law*) e, conseqüentemente exerceram grande influência no direito brasileiro. Neste sentido, Jonh Gilissen (2003, p. 569-570) anota alguns aspectos essenciais do casamento, em conformidade com os ditames do direito canônico:

Segundo o direito canônico da Baixa Idade Média, o casamento é um contrato concluído por dois indivíduos de sexo diferente sem intervenção de terceiro nem exigência de formalidades determinadas. O casamento é um sacramento, pelo menos desde o séc. XII e XIII; certas regras que o regem são de direito divino, sem qualquer possibilidade de dispensa.

A ausência de formalidades para a realização do casamento fez com que os casamentos clandestinos se tornassem comuns. Por isso, a Igreja logo tratou de modificar esta posição: o Concílio de Latrão de 1215 estabeleceu uma série de regras para o casamento. Porém, as regras tinham sanções meramente canônicas, o que não foi capaz de reduzir o número de casamentos clandestinos, pelo menos até o século XVI. Isto porque, com os abalos sofridos com a Reforma, em especial com a publicação da obra de Lutero sobre o casamento em 1530, que tece longas críticas à teoria da Igreja sobre o casamento, o Concílio de Trento determinou que o casamento passasse a ser um contrato solene, com a exigência de diversas formalidades para que tenha validade (GILISSEN, 2003, p. 571-573).

A tradição jurídica dos países europeus da *Civil law* tem por bases a tradição jurídica do direito canônico, juntamente com a do direito romano. Merryman (2002, p. 27) afirma ainda que com a queda do Império Romano, o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano caiu em desuso, tendo os invasores (germanos) aplicado versões do direito romano rudimentares, juntamente com seus próprios costumes. Com o passar do tempo, ocorreu uma inevitável fusão das leis tribais germânicas com os institutos legais romanos, o que se convencionou chamar de direito romano “vulgarizado ou barbarizado” (MERRYMAN, 2002, p. 27-28).

Posteriormente, já no Renascimento, reascendeu-se o interesse no estudo do direito, em especial pelas universidades italianas, que agregaram o estudo do *jus civile* romano e dos institutos de direito canônico, dando origem ao *jus commune*, que era o direito aplicável na Europa. O estudo conjunto do direito canônico e do direito romano permitiu que eles se influenciassem reciprocamente. Assim, o direito canônico influenciou o *jus commune* especialmente nas áreas do direito familiar e sucessório (MERRYMAN, 2002, p. 33).

O crescente fenômeno da romanização do direito nos países da Europa continental contribuiu para que o direito passasse a ser entendido como ciência. No século XVI, pela influência do Humanismo e do Renascimento o ensino e o método de estudo do direito romano sofrem profundas mudanças, tornando os estudos mais científicos. No século XVII, pela contribuição da escola de direito natural, o direito sofre uma maior laicização e unificação (GILISSEN, 2003, p. 248-249).

Assim, defendendo e recuperando a ordem jurídica do Império Romano, baseando-se no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, que acentuava a vontade do *Princeps* como a lei,

afastando-se dos princípios republicanos, os estudiosos começam a ameaçar a Igreja. Esta tendência faz com que a Igreja adote o Direito Romano Justinianeu ao seu Direito Canônico. Explica Fátima Regina Fernandes (2004, p. 75): “O Direito Romano será seu Direito em matéria temporal, corrige e esclarece o Direito Canônico. Aquele deve ser aplicado sempre que não contrarie este”. Forma-se então um só Direito (*Direito Comum, o Utrumque Ius*).

Isto contribui para que o Império seja cada vez mais fragmentado, uma vez que a base de sua supremacia – o Direito – é incorporado pelo Papado, que no século XIII domine a situação. Por isso que os Reinos, na sua formação, buscaram apoio do Papado (FERNANDES, 2004, p. 74-75).

Neste período, a partir do século XVI, o direito canônico perde parte de sua abrangência, limitando-se cada vez mais às questões religiosas. A Igreja está sofrendo uma grande redução no número de fiéis e, conseqüentemente, no seu poder político. Isto se dá por diversos motivos (GILISSEN, 2003, p. 141):

As causas desta decadência são múltiplas: causas internas e causas externas à Igreja. A Igreja encontra-se dividida pela Reforma; numerosos países, a Inglaterra, as Províncias Unidas, os países escandinavos, a maior parte da Alemanha, deixam de estar sob a obediência de Roma. Mesmo onde o catolicismo se mantém, o Estado laiciza-se; rejeita a intervenção da Igreja na organização e funcionamento dos seus órgãos políticos e judiciários.

Em decorrência dessa mudança de paradigma, os tribunais eclesiásticos tem sua competência restringida pouco a pouco, até que nos séculos XIX e XX, percam toda a competência exclusiva e concorrente, mesmo em relação ao clero, exceto quanto a matérias disciplinares internas (GILISSEN, 2003, p. 142).

O ápice do direito canônico se deu entre os séculos XII e XIII. Sua decadência começa no século XIV, quando a sociedade começa a superar o sistema feudal, com o surgimento de grandes cidades, a intensificação do comércio e da atividade industrial, a diminuição do prestígio da Igreja em razão do Grande Cisma do Ocidente e a conseqüente laicização do direito. Neste período, também surge a noção de Estado, como um corpo político estruturado juridicamente e a população começa a buscar maior representatividade legislativa, com a promulgação das primeiras constituições (GILISSEN, 2003, p. 240).

A época moderna (século XVI a XVIII) significou uma ruptura com o sistema feudal. O Sacro Império Romano-Germânico perde progressivamente toda a unidade política, Espanha e Portugal tornam-se as grandes potências coloniais europeias no século XVI, há uma grande tendência de unificação do direito, por esta ser uma forma de eliminar as particularidades e privilégios regionais (GILISSEN, 2003, p.245-246).

Como dito acima, a Reforma foi um dos principais motivos de redução do poderio político e jurisdicional da Igreja. Quanto à tutela jurídica do casamento, aponta-se, que aos poucos os países foram admitindo a celebração do casamento civil, tendendo, cada vez mais à laicização do direito, ao ponto de o Código de Napoleão, de 1804, definir o casamento como um ato solene, a ser celebrado perante o oficial do registro civil e, principalmente, entendendo-o como uma instituição puramente laica (GILISSEN, 2003, p. 575-576).

A Idade Moderna e todas as revoluções que a acompanham significaram uma mudança radical nos sistemas políticos, sociais e legais da Europa. A principal delas, a Revolução Francesa é um marco basilar para a renovação do direito dos países da Europa ocidental, o que permitiu a evolução do direito, como nunca antes vista. Surgiram teorias sobre organização do estado (teoria da soberania nacional, da divisão dos poderes, entre outras), passou-se por uma era individualista, onde o indivíduo gozava de ampla liberdade, tanto no direito privado, quanto no público, época em que o Estado era mínimo, pois interferia o menos possível na vida dos cidadãos. Também foram promulgadas as primeiras constituições, que desde 1789 já se esboçavam, como consequência da soberania da nação e não mais de um monarca soberano, assim como não se pode deixar de citar a importância das declarações de direitos que foram um dos métodos de expansão das doutrinas liberais (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o *Bill of Rights*, entre outras).

Por todo o delineado histórico-antropológico acima, a evolução das características familiares até o nosso tempo, tem relação direta com a sacramentalização do matrimônio. A história cristã nos permite entender a evolução dos conceitos pregados no início do cristianismo e a influência que a religião exerce até hoje em nossa sociedade.

A seguir, aprofundaremos a questão da formação da família, notadamente como consequência da união estável ou do casamento dentro do panorama social brasileiro, abordando também o tratamento legal da questão da sucessão do cônjuge e do companheiro.

### **1.1 A união estável e o casamento: A influência da religião na atual conjuntura familiar no Brasil e suas implicações na legislação sucessória quanto ao cônjuge e o companheiro estável.**

Com o apanhado histórico até aqui traçado, passa-se a uma análise mais específica no que tange aos institutos da união estável e do casamento, em conjunto com aspectos inerentes

à formação da sociedade brasileira. Após estas breves considerações, serão apresentadas questões pontuais referentes à sucessão do companheiro e cônjuge.

É imprescindível, para o estudo que ora se propõe, que sejam analisadas também as origens do que hoje conhecemos por união estável. Sabendo-se que seu reconhecimento jurídico é bastante recente, parte-se da figura do concubinato, que remonta a épocas muito mais antigas. Como já referido, na Grécia antiga esta formação social já era conhecida. O mesmo pode-se afirmar sobre o mundo romano.

Em Roma, o *concubinatus* era tolerado dentro de alguns limites, sendo bastante comum entre aqueles casos em que o matrimônio não era permitido (KASER, 1999, p. 330):

É sobretudo o caso das proibições matrimoniais de Augusto, que parecem ter tolerado o concubinato com mulheres libertas e com *ingenuae* de condição social desprezível; além disso, nos casos em que havia proibições de contrair matrimônio para determinados funcionários, oficiais e soldados. Porém, o concubinato não produz efeitos matrimoniais, sobretudo, os filhos são ilegítimos<sup>12</sup>.

Neste período, o concubinato era entendido como comunidade permanente de vida: a união entre um romano e uma mulher de qualidade diferente (condição social “não honrada”), passando aos poucos a ter reconhecimento pelo direito romano (LEVY, 2004, p. 332).

Durante a República o concubinato não produzia efeitos jurídicos, sendo que, no início do Império, Augusto reconheceu a licitude da união prolongada entre homem e mulher pertencentes a diferentes categorias sociais. Posteriormente, o concubinato passou a ser admitido como forma inferior de casamento (*inaequale conjugium*), tendo consequências jurídicas, entre elas a fidelidade conjugal e o reconhecimento dos filhos como *naturales* (LEVY, 2004, p. 332-333), o que lhes dava a possibilidade de serem reconhecidos como legítimos, como a seguir será aprofundado<sup>13</sup>.

Este novo modo de encarar o concubinato, próprio da época pós-clássica, foi amparado pela concepção de que “a comunidade de vida entre homem e mulher que satisfaz as exigências cristãs do matrimônio, pode ser reconhecida pelo Estado, mesmo quando faltam

<sup>12</sup> Sobre as proibições matrimoniais impostas por Augusto: “Ocupam posição especial entre os pressupostos do matrimônio os que se baseiam nas leis matrimoniais de Augusto. [...] As leis incluem proibições e preceitos de casar. a) Aos cidadãos livres são proibidos os matrimônios com determinadas mulheres de má fama. A proibição é mais extensa aos senadores e seus descendentes. A todos é proibido casar com prostitutas, alcoviteiras, atrizes e outras; os senadores, etc., também com libertas” (KASER, 1999, p. 323).

<sup>13</sup> Jonh Gilissen (2003, p. 565) também faz anotações acerca do *concubinatus*, em relação ao casamento romano: “No entanto, se o casamento romano é, finalmente, um ato puramente consensual, ele distingue-se do concubinato pela vontade recíproca de fundar um lar, de procriar e de educar os filhos. A principal dificuldade na matéria residia na prova desta vontade; é por isso que, de fato, o casamento era frequentemente rodeado de uma certa pompa (por exemplo o cortejo dos esposos e das suas famílias pelas ruas da cidade) e acompanhado de certos ritos: entrega de um anel, redação de um documento escrito (nomeadamente para registrar a entrega do dote: *instrumentum dotale*).”.

os pressupostos do matrimônio por aquele exigidos” (KASER, 1999, p. 330). Porém, o concubinato, entendido como forma inferior de matrimônio possuía pressupostos estritos:

É incompatível com o matrimônio e exige a união permanente com uma só mulher, com quem o matrimônio seria possível. Este concubinato, que geralmente se celebra entre pessoas de condição social diversa, distingue-se do matrimônio apenas porque falta o reconhecimento social (*dignitas*) que resulta da consciência matrimonial. Os filhos do concubinato continuam a ser ilegítimos, mas podem (e só eles) conseguir a condição de legítimos mediante legitimação (KASER, 1999, p. 330).

Mesmo com um maior reconhecimento do concubinato, os filhos daí originados continuam a ser ilegítimos, sendo-lhes admitido, em situações especiais, adquirir o status de legítimos (KASER, 1999, p. 350):

O progenitor pode atribuir-lhes, como à própria concubina, certas quotas de seu patrimônio por doação ou testamento. Justiniano concede-lhes (e à sua mãe) o direito de sucessão intestada sobre os bens do progenitor no montante de um sexto, quando nem a esposa nem os filhos legítimos tiverem legitimidade sucessória.

Assim, os filhos das concubinas, e somente esses ilegítimos, poderiam adquirir a condição de filhos legítimos<sup>14</sup>.

Essas determinações denotam a importância da manutenção familiar do patrimônio, ou seja, que os bens do *de cuius* continuassem no seio de sua família. Preocupava-se não com a legitimidade da constituição desta família, mas com o aspecto patrimonial que a designava.

Acerca da conjuntura familiar brasileira, não se pode deixar de mencionar a incrível diversidade cultural que moldou nosso país e que se mantém até os dias atuais. No entanto, o cristianismo, como religião e modo cultural enraizou-se profundamente na sociedade brasileira, influenciando os ditames legais por longo período, e, mesmo hoje, moldando as características sociais. Como não poderia deixar de ser, as maiores influências da religião no desenvolvimento jurídico brasileiro são notáveis nas questões afeitas ao direito de família.

A conjunção do Direito Canônico com a queda do Império Romano e a crescente importância da Igreja na definição das relações sociais foi responsável pelas modificações dos costumes, influenciando, principalmente os países católicos, como era o caso do Brasil. Antes da Proclamação da República, o casamento oficial era o religioso, o que fez com que a

<sup>14</sup> Lembra Max Kaser (1999, p. 350), que haviam três meios para a legitimação: O primeiro era a legitimação por subsequente matrimônio (*legitimatio per subsequens matrimonium*): “se o progenitor casar com a concubina, o filho adquire plena condição de legítimo”. O segundo meio era a *legitimatio per oblationem curiae*, que consistia na “introdução de uma legitimação por o progenitor atribuir ao filho os seus bens e determinar que este se torne *curialis* (conselheiro municipal)”. O terceiro meio, introduzido pela Novela 74 de Justiniano, determinava a “legitimação por ato de clemência imperial, desde que não haja filhos legítimos, a mãe seja livre e o matrimônio não seja possível” (*legitimatio per rescriptum principis*).

introdução do casamento civil obrigatório se tornasse um marco da separação do Estado e da Igreja, entendido como referente teórico do século XX (LEVY, 2004, p. 339).

Os reflexos da religião nos institutos de Direito de Família transcendem as disposições da Constituição Federal que designam o Brasil como estado laico, desprendido da conotação religiosa. No entanto, isto não parece condizer com o amparo jurídico dado à união estável, mesmo após 1988. Edgard Moura Bittencourt (1975 apud LEVY, 2004, p. 334) refere que a expressão “concubinato” é marcada pelo duplo sentido, ao passo que é utilizada como termo genérico no sentido de união livre entre homem e mulher, que não o casamento, mas também possui um sentido específico, uma valoração como semimatrimônio. Diante deste evidente menosprezo da união estável, Sílvio Rodrigues (1995 apud LEVY, 2004, p. 334) afirma que o concubinato “não foi somente ignorado, mas tratado com hostilidade pelo nosso ordenamento e indigno de qualquer amparo, sendo que as raras menções feitas pelo Código Civil (de 1916) ao concubinato apenas têm como propósito proteger a família legítima”.

Lembra Maria Berenice Dias (2010, p. 163) que o Código Civil de 1916 tinha como propósito a proteção da família, aquela que fora constituída pelos *sagrados* laços do matrimônio, e, portanto, não tratava das relações extramatrimoniais, chegando ao ponto de puni-las. Para as relações que não tinham a “benção” matrimonial restava a classificação pejorativa de concubinato. Lembra a autora que pelo crescente número de demandas que chegavam ao Judiciário, na década de 1960 começaram a surgir soluções para esta questão:

As soluções encontradas regravam tão só efeitos patrimoniais do relacionamento na tentativa de coibir aberrantes injustiças. Em um primeiro momento, nas situações em que a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha outra fonte de renda, os tribunais concediam alimentos de forma “camuflada”, sob o nome de indenização por serviços domésticos, talvez em compensação dos serviços de cama e mesa por ela prestados (DIAS, 2010, p. 163-164).

Posteriormente, a justiça passou a reconhecer essa união como “sociedade de fato”, amparando-se nas disposições do direito das obrigações, para possibilitar a divisão dos bens adquiridos na constância da união (súmula 380 do STF<sup>15</sup>).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, um novo paradigma é instaurado, pois a união estável foi incluída na terminologia generalizante da entidade familiar. Todavia, este não foi o fim das discussões acerca do tema, que apesar das leis regulamentadoras (Lei 8.971/94 e 9.278/96) e posteriormente do Código Civil de 2002, ainda

---

<sup>15</sup> Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

possui variados itens com interpretação divergente pela doutrina, entre eles a questão sucessória.

Assim, observa-se claramente que a influência da religião, ao longo dos anos, foi esculpindo a moral da sociedade, o que contribuiu sobremaneira para a idealização do casamento religioso como meio “legítimo” de constituição de família. Isso, juntamente com a grande influência religiosa, em especial, cristã na formação do povo brasileiro, no qual a representação de cristãos é notável, confirma a noção de família baseada nestes pilares.

De acordo com dados obtidos pela Fundação Getúlio Vargas, em 2009, o índice de católicos no Brasil em 1875 era de 99,72% da população (NERI, 2011, p.7-8). A pesquisa demonstra que o número de católicos no Brasil sempre foi altamente superior ao número de adeptos de outras religiões, ressaltando que a predominância de católicos vem caindo, especialmente a partir da década de 1990, dado o crescimento do número de adeptos de outras religiões cristãs. Todavia, a grande maioria da população brasileira continua sendo de cristãos (católicos, evangélicos e outras religiões cristãs).

A problemática que se pretende tecer considerações, aplicando-se os conceitos e princípios estabelecidos pela Constituição Federal, se pauta nas diferenças de tratamento dispensadas pela legislação civil aos cônjuges e companheiros estáveis, especialmente no que tange ao aporte sucessório dado ao companheiro sobrevivente, em comparação ao cônjuge. Ainda, busca-se verificar se esta distinção de tratamento, atrelada às concepções cristãs, é condizente com o Estado Democrático de Direito.

Assim, o Código Civil promulgado em 2002 e vigente a partir de 2003, é retrógrado em relação à Constituição Federal, uma vez que tramitou durante 26 anos com poucas modificações no projeto original. Construído anteriormente à nova ordem constitucional, o atual Código Civil Brasileiro é falho em vários aspectos.

No que tange ao direito de família, trouxe algumas inovações, no entanto, não parece ter regulado apropriadamente a questão da união estável e do casamento. Ocorre que, em atenção ao dispositivo constitucional que prevê (art. 226 parágrafo 3º<sup>16</sup>) a equiparação das entidades familiares, os artigos 1790 e 1.829, I e III do Código Civil são conflitantes. O primeiro regula a sucessão do companheiro sobrevivente, ao passo que o segundo traz o status de herdeiro necessário ao cônjuge.

---

<sup>16</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

Ao ingressarmos propriamente na questão das disposições sucessórias acerca do cônjuge e do companheiro estável, faz-se relevante uma breve incursão nas origens da sucessão *causa mortis* e sua evolução.

Pontes de Miranda (1984, p. 7 e 181), explica que o fundamento da sucessão a causa de morte é a propriedade individual, uma vez que não havendo a propriedade individual, o conceito de sucessão a causa de morte não poderia existir, tal qual os entendemos hoje. Salienta que a sucessão no direito romano fundava-se mais no direito à propriedade do que na família (PONTES DE MIRANDA, 1984, p. 887).

Em interessante análise da questão patrimonial da sucessão, Francisco José Cahali e Giselda Hironaka (2000, p. 21) apontam que em determinados períodos da história a sucessão tinha por fundamento exclusivo a religião como meio de manter o culto aos antepassados. Citam Caio Mário da Silva Pereira (1996 apud CAHALI; HIRONAKA, 2000, p. 33), demonstrando claramente a evolução dos conceitos referente à sucessão *causa mortis*, a partir da modificação dos conceitos pelas tendências sociais, políticas e econômicas da sociedade:

Nos tempos mais remotos, a par da predominância religiosa, a posse e a transferência patrimonial envolviam condições de chefia e de autoridade, que o Direito romano muito bem espelhou, não obstante a devassidão e deterioração dos costumes por longo tempo no período imperial. Mais tarde, Roma assimila o espiritualismo cristão com reflexo no seu direito, a que a Codificação Justiniana não haveria de ser estranha. Na Idade Média, o conceito político ligado à propriedade da terra haveria de polarizar o direito hereditário, como afirmação de suserania: o senhor transmitia com a terra o poder que esta lhe proporcionava; o vassalo renovava, no novo *dominus*, o voto devido ao antigo; o servo ao receber a posse da gleba reavivava o voto de subordinação que ligara ao antecessor. No direito moderno, a propriedade, posto que individual, é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família. Visa, então, a transmissão hereditária a proporcionar originariamente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentária.

O direito sucessório deve ser analisado de acordo com a política legislativa da nação, considerando-se a posição socioeconômica estabelecida pelo Estado, como referem Francisco José Cahali e Giselda Hironaka (2000, p. 23): “Prestigiando-se a propriedade privada, inclusive em harmonia com o interesse social, como atualmente ocorre na grande maioria dos países, o direito sucessório encontra fundamento no próprio direito de propriedade”. Todavia, alertam para uma visão mais abrangente do instituto da sucessão, relacionando-o também com a família, de modo que “o direito sucessório é o “regime da propriedade na família” (CAHALI; HIRONAKA, 2000, p. 24). Observa-se assim, que a ideia de sucessão como

continuação patrimonial da família, nada mais é do que um meio de manter a segurança jurídica da sociedade.

Ressalta-se ainda que existe uma função social desempenhada pela sucessão, a fim de conservar as unidades econômicas em benefício comum, uma vez que “ocorreria, sem dúvida, improdutivo dispêndio de energias, se essas unidades devessem desaparecer pela morte das pessoas que as criaram e as mantiveram”, motivo pelo qual a sociedade tem profundo interesse na subsistência da herança, para que após a morte do seu criador, essas unidades permaneçam para o benefício geral (CAHALI; HIRONAKA, 2000, p. 36).

A doutrina discute amplamente as implicações da diferença de tratamento sucessório decorrente da união estável e do casamento, trazendo situações práticas em que haveria gritante disparidade entre um e outro.

Para melhor entendimento da questão, destaca-se que a legislação civil, até 1994, não previa expressamente o direito de herdar ao companheiro supérstite, que apenas existia para o cônjuge. A Lei 8.971/94<sup>17</sup> ampliou o rol de herdeiros previstos pelo Código Civil de 1916, situando o companheiro sobrevivente antes dos colaterais (quando inexistirem descendentes ou ascendentes), garantindo-lhe também o usufruto dos bens do falecido (art. 2º).

Posteriormente, a Lei 9.278/96 garantiu ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação<sup>18</sup>. Assim, aos companheiros estáveis eram dadas mais garantias do que aos cônjuges, como bem lembra Gonçalves (2011, p. 188):

A promulgação da Lei n. 9.278/96 e a manutenção de dispositivos da Lei n. 8.971/94 que não conflitassem com aquela acabaram por conferir mais direitos à companheira do que à esposa. Esta poderia ter o usufruto vidual *ou* o direito real de habitação,

<sup>17</sup> Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 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.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens (BRASIL, 1994).

<sup>18</sup> Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. 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 (BRASIL, 1996).

dependendo do regime de bens adotado no casamento, enquanto aquela poderia desfrutar de ambos os benefícios.

A este respeito Giselda Hironaka e Francisco José Cahali (2000, p. 243) se posicionam no sentido de que ambos os efeitos sucessórios devessem ser aplicados sob os mesmos pressupostos, tanto na união estável, quanto no casamento, observadas as diferenças quanto ao regime de bens. Rodrigo da Cunha Pereira (1999 apud HIRONAKA; CAHALI, 2000, p. 258) atenta para a necessidade da filtragem constitucional para a aplicação destas leis:

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 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 [...] “cláusula do maior favorecimento”, usual no comércio internacional.

Acerca destas leis, Maria Stella Ferreira de Levy (2004, p. 337) leciona:

As Leis n. 8.971, de 29.12.1994 e a n. 9.278, de 10.05.1996, posteriores à Constituição de 1988, refletem uma forma de intervenção do Estado nas escolhas das pessoas e, conseqüentemente, uma ingerência direta em esferas de suas vidas privadas mostrando um retrocesso ao que foi chamado de reprivatização do casamento. São questões relativas a “para quem é o direito e a quem ele quer proteger”, aparecem nessas atuações dos poderes do Estado. Com base em dados censitários, verifica-se que desde a década de 70 há um maior crescimento da proporção de “uniões livres” face aos outros tipos de união – “civil e religiosa”, “religiosa” e mesmo “só civil”, particularmente entre os jovens, indicando que a escolha dessas pessoas é uma tentativa de se livrar das amarras que o Estado impõe pelo casamento civil e, assim, ter mais liberdade para viver suas relações amorosas, pois que não sabem ainda se, ou quando, vão querer assumir a responsabilidade de constituir uma família.

O Código Civil de 2002 tratou a sucessão do companheiro em apenas um artigo (1.790<sup>19</sup>), não abordando o direito real de habitação nem o usufruto viual. Parte da doutrina entende que com a promulgação do novo código foram tacitamente revogadas as disposições das leis 8.971/94 e 9.278/96; todavia, outra corrente doutrinária sustenta a subsistência do art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96 (que garante o direito real de habitação do imóvel residência familiar), alegando em sua defesa que a referida lei não fora expressamente revogada pelo novo diploma civil, e que não há incompatibilidade com a previsão do direito real de habitação para o companheiro sobrevivente com a legislação vigente, aplicando

<sup>19</sup> 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 quota 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 (BRASIL, 2002).

analogicamente a garantia dada ao cônjuge pelo art. 1.831 do Código Civil<sup>20</sup>. Tal entendimento culminou na edição do Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em setembro de 2002: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput* da CF/88” (GONÇALVES, 2011, p. 189).

Essa concepção é criticada por Fabrício Dani de Boeckel (2011, p. 84-85), referindo-se à falta de cuidado do legislador ao tratar do caso:

Não importa o posicionamento que se adote em relação ao controvertido tema da isonomia entre as entidades familiares. Mesmo entendendo que o cônjuge o companheiro não merecem igual tratamento, nada explica a escolha de critérios tão distintos para disciplinar os casos de sucessão de um e outro. [...] Não se consegue imaginar qualquer explicação lógica para tamanha incongruência.

A colocação do companheiro em posição extremamente inferior à do cônjuge na ordem sucessória, o que se depreende do artigo 1.790 do Código Civil, fez com que Zeno Veloso (2001, grifo do autor apud CANELLAS, 2004, p. 515) apontasse falhas na inserção deste artigo no código, que ocorreu depois do projeto original:

Inicialmente, é estranhável a colocação do artigo 1.790 e seus incisos, regulando a sucessão entre companheiros, no Capítulo denominado ‘Disposições Gerais’, da sucessão em geral. [...] O artigo 1.790 tinha que ficar no Capítulo que regula a ordem da vocação hereditária. Mas este é um problema menor. O artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco. [...] O panorama foi alterado, radicalmente. Deu-se um grande salto para trás. Colocou-se o companheiro em *posição inifinitamente inferior* com relação à que ostenta o cônjuge.

Euclides Benedito de Oliveira (2004, p. 382) analisa a disposição do atual Código Civil, no que tange à sucessão do companheiro, em contraponto à do cônjuge, afirmando que apesar de, no aspecto patrimonial, a união estável e o casamento terem tutelas quase equânimes, uma vez que aquela sujeita-se, no que couber, ao regime da comunhão parcial de bens; na esfera do direito sucessório, o novo Código sequer inclui o companheiro na ordem da vocação hereditária, tratando de seus direitos nas disposições gerais do direito das sucessões. Refere que o artigo 1.790 garante a participação do companheiro na sucessão de seu convivente falecido apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, não lhe garantindo nada acerca dos bens anteriores. Ademais, o companheiro concorre com os parentes colaterais até o quarto grau, quando inexistirem descendentes e

---

<sup>20</sup> Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (BRASIL, 2002).

ascendentes, ao passo que o cônjuge prefere a estes na ordem da sucessão (vide art. 1.829, III do Código Civil<sup>21</sup>). Diante deste evidente retrocesso do Código Civil de 2002 em relação à Lei 8.971/94, que garantia ao companheiro a totalidade da herança, quando não houvessem descendentes e ascendentes. Conclui Euclides Benedito de Oliveira (2004, p. 383):

Como se verifica, o direito sucessório do companheiro é flagrantemente discriminatório, em comparação com a posição reservada ao cônjuge, nada justificando esta diversidade de tratamento legislativo quando todo o sistema jurídico à luz da Constituição recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento.

Também Zeno Veloso (2001 apud CURY, 2004, p. 413) aponta as disparidades entre o tratamento sucessório do casamento e da união estável<sup>22</sup>:

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 do espírito, os fundamentos constitucionais.

Retomando o histórico trazido no início deste capítulo e, especialmente no aporte feito acerca da legislação no Brasil, nota-se que o tratamento jurídico dado à união estável sempre foi inferior ao casamento. Mas isto não condiz com o dispositivo constitucional que garante à união estável o status de entidade familiar, assim como ao casamento.

Assim, do mesmo modo que para o cônjuge ser beneficiado no caso estudado acima, deve ser feita uma **readequação da legislação à Constituição**, agora que a situação encontra-se privilegiada para o cônjuge, ela deve ser adaptada em favor do companheiro sobrevivente.

Neste sentido, destaca-se a conclusão trazida por Afifi Habib Cury (2004, p. 413):

Pela Constituição, o direito sucessório na união estável em nada se diferencia da matrimonializada. Contudo, o novo Código Civil, no aspecto de quantidade e legitimidade – vocação hereditária -, não apenas retrocedeu, como estabeleceu

<sup>21</sup> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais (BRASIL, 2002).

<sup>22</sup> A título de complementação, cumpre ressaltar o tratamento dado à sucessão do companheiro em concorrência com o próprio cônjuge. A jurisprudência tem posicionado-se no sentido de que os bens do *de cujus* anteriores à união estável entram para a sucessão com o cônjuge e apenas os bens adquiridos durante a relação comunicam-se com o companheiro. A este respeito, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 199, grifo do autor) afirma: “[...] deve a participação do companheiro ficar restrita aos bens adquiridos durante a união estável (patrimônio comum), enquanto o direito sucessório do cônjuge alcançará os bens anteriores, adquiridos antes da data reconhecida judicialmente como de início da união estável”.

normas que afrontam a Lei Maior e negam a intenção que deflui de seu artigo 1.511<sup>23</sup>, já que aquela é classificada como casamento informal.

Dentro da perspectiva acima delineada, entra a necessidade de interpretação hermenêutica filosófica da Constituição, garantindo que a aplicação do ordenamento infraconstitucional esteja em sintonia com o desejo do legislador constituinte.

É isto que se pretende no capítulo seguinte.

---

<sup>23</sup> Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (BRASIL, 2002).

## **2 A UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO A PARTIR DO PARADIGMA INSTITUÍDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

### **2.1 As matrizes fundamentais do Estado Democrático de Direito**

A situação do cônjuge e do companheiro supérstites, destacada no capítulo anterior, não condiz com a realidade de um Estado Democrático de Direito, estrutura da qual o Brasil faz parte em razão da Constituição Federal de 1988. Outrossim, o fato de o Brasil estabelecer-se como Estado laico, aos menos juridicamente, induz a abdicação da conotação religiosa do casamento, de modo a garantir tratamento equânime para as famílias, independentemente do modo pelo qual se formaram.

Para melhor aprofundamento acerca do tema, convém partir-se de uma breve digressão histórica relacionada às modalidades estatais Liberal e Social, delineando também o conceito de Estado de Direito.

De acordo com Lênio Streck e José Luiz Bolzan de Moraes (2003, p. 20), a primeira forma “moderna” de Estado é o Estado Moderno, no qual identificam duas fases: a primeira, das monarquias absolutistas, sustentadas “na ideia de que o poder dos reis tinha origem divina”, desvinculando o rei de qualquer limitação em sua autoridade (STRECK; MORAIS, 2003, p. 44-45); e a segunda, baseada no liberalismo, que reduziu as responsabilidades do estado para com o povo, restringindo suas tarefas à “manutenção da ordem e da segurança [...], proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista” (STRECK; MORAIS, 2003, p. 56)<sup>24</sup>.

Nascendo na passagem do feudalismo ao capitalismo, o Estado Absolutista é uma criação dos homens, apresentado como instrumento da vontade racional dos indivíduos, cuja forma básica se dá através da mediação (pelo Contato Social) entre Estado de Natureza e Estado Civil. Assim, este primeiro estado da modernidade inova ao passar o poder a uma Instituição, o Estado, tendo por condições de existência: território, nação, potência e autoridade (MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 46-47).

Concluem Valéria Ribas do Nascimento e José Luis Bolzan de Moraes (2010, p. 47):

---

<sup>24</sup> Alguns autores utilizam das denominações Estado Absolutista e Estado Liberal (MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 40).

Assim, na sua versão absolutista, o Estado concentrava poderes nas mãos do monarca, o que permitia personificá-lo na figura do rei. A centralização do poder foi essencial para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas “abriu mão” do poder político, delegando-o ao soberano.

Neste período, superando-se o individualismo predominante na Idade Média, as teorias contratualistas de Hobbes<sup>25</sup>, Locke<sup>26</sup> e Rousseau<sup>27</sup>, exigindo a concentração do poder nas mãos do soberano como único meio de manter a integridade política, culminam na “refundação do direito sobre o princípio da legalidade, como garantia de certeza jurídica<sup>28</sup>” (NASCIMENTO, 2011, p. 67), inaugurando a figura do Estado, com o objetivo de fugir da insegurança do Estado de Natureza da sociedade feudal (ISAIA, 2011, p. 31).

De acordo com Cristiano Becker Isaia (2012, p. 99) pode-se considerar o Leviatã de Hobbes, como responsável pelo rompimento com a tradição teológica até então vigente, ao passo que sua teoria contratualista, retirava de Deus o poder sobre os homens, passando-o ao indivíduo que, por seu livre consentimento, transferem direitos ao Estado, construindo uma ordem social racional.

Já Locke, precursor do movimento liberal, defende que os homens devem concordar entre si para a formação de um corpo político em que cada indivíduo concorda em submeter-se aos desígnios da maioria. Todavia, frente aos abusos da monarquia, Locke, preocupado com o controle do poder, assinalou a necessidade da separação de poderes (teoria aprofundada por Montesquieu) (ISAIA, 2012, p. 102). E foi com a divisão dos poderes, que a questão da limitação da soberania foi resolvida (BONAVIDES, 1972, p. 8), ao menos em tese.

A este respeito, Cristiano Becker Isaia (2011, p. 33, grifo do autor) destaca:

*Limite* foi sua palavra-chave, o que garantiria que o Estado jamais poderia afrontar a liberdade individual dos integrantes do povo. Por isso é que se no Estado absolutista a vontade do monarca teria ultrapassado os interesses do povo a ponto de transgredir ao bem público, no modelo liberal o espectro foi assemelhante. Este, ao contrário, fundou-se na obsessão (justificável, ante os abusos do monarca) em limitar a emanção do poder, o fazendo através de um política de obediência às normas

<sup>25</sup> Para este filósofo, o Estado de Natureza correspondia ao estado de guerra, gerador de total insegurança social. Sua famosa frase: “o homem é o lobo do homem” demonstra claramente a necessidade de um poder soberano regulador da sociedade para garantir a existência de uma sociedade política organizada (MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 46).

<sup>26</sup> Diferentemente de Hobbes, Locke distingue estado de natureza de estado de guerra. Sua teoria contratualista afirma-se na ideia de que o estado civil é necessário para que os inconvenientes do estado de natureza não se transformem em estado de guerra (ISAIA, 2012, p. 101-102).

<sup>27</sup> Para Rousseau, o indivíduo conferiria, momentaneamente, os seus direitos (naturais) ao Estado, que, em seguida, restituiria-os a todos, como direitos civis. Cada indivíduo conservaria sua liberdade, sendo súdito apenas do Estado, entendido como síntese das liberdades individuais (BONAVIDES, 1972, p. 18).

<sup>28</sup> Ovídio Baptista (2006, p. 58), ressaltando a importância do estudo da historicidade do direito, para entendê-lo como um produto cultural, lembra que “a concepção de um direito racional foi a resposta do platonismo moderno contra a filosofia aristotélica que dominara a Idade Média”.

jurídicas, cuja finalidade foi impor limites ao poder e permitir o controle do poder pelos seus destinatários.

Assim, muito em razão destes abusos da monarquia, a partir de 1789, a influência destas ideologias culmina em diversas transformações políticas e sociais, fazendo com que os traços filosóficos característicos de um Estado Liberal<sup>29</sup> se sobressaltassem ancorados pelo ideário de igualdade entre os indivíduos. A burguesia, que detinha o poder econômico, mas não o político (ainda nas mãos da aristocracia e do clero<sup>30</sup>), impôs sua supremacia econômica e ajudada pela força e mobilização popular dos camponeses, deu início à Revolução Francesa, inaugurando a nova fase do Estado Moderno, o Liberal.

A doutrina liberal tinha como alicerce o indivíduo, e não o Estado. Para alguns autores, é uma teoria antiestado, ao passo que, de acordo com ela, o “papel do Estado é negativo”, quanto à proteção dos indivíduos (STRECK; MORAIS, 2003, p. 56). O Estado era mínimo, ou seja, havia, no dizer de Ivan Gerage Amorim (2011), uma “sobrepunção do direito privado sobre o direito público, em outros termos uma relação de preponderância do direito civil”. Assim, o Estado Liberal estabelecia uma organização pela harmonização natural, justificada pela presunção lógica do conhecimento prévio da lei pelo indivíduo. De acordo com Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 54-55), o Estado Liberal preconiza uma estrutura burocrática mínima, é um estado ideologicamente burguês. Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 67) sintetiza este período:

Trata-se, como regra, de um Estado Constitucional, porque organizado constitucionalmente; todavia, nele são constatáveis tão-somente garantias formais de direitos de liberdade que devem ser respeitados pelo Estado, e não uma normatividade endereçada a fomentar ações estatais positivas, tendentes à realização da Justiça Social.

Paulo Bonavides (1972, p. 5) lembra que, após utilizar-e do apoio popular, a burguesia (agora no poder) não matem em prática os princípios defendidos na revolução, sustentando-os apenas formalmente. Em decorrência, a partir de 1880, noticia-se o surgimento da corrente neoliberal, moldada no entendimento de que o antigo modelo liberal individualista não se adequava à nova realidade industrial. Isto porque havia a necessidade de uma ação positiva do

<sup>29</sup> “Depois de um longo período de total controle estatal, a burguesia desejava liberdade, decorrendo daí a denominação de Estado Liberal como um Estado Negativo, que, “em tese”, não interfere na ordem social.” (MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 48).

<sup>30</sup> A este respeito, Lênio Streck e José Luiz Bolzan de Moraes (2003) lembram, para evitar equívocos na interpretação, que a monarquia favoreceu consideravelmente os interesses burgueses, estimulando-a com a adoção de políticas mercantilistas. No entanto, desigualdades no tratamento em relação ao clero e à nobreza, como por exemplo, a isenção de tributação dessas classes, em contraponto à tributação das atividades mercantis, juntamente com o clamor popular por melhores condições de vida, formou o estopim para a Revolução Francesa. Assim, a burguesia inaugura o seu poder político.

Estado, renunciando-se a sua não intervenção na vida econômica e social. Deixou-se de entender que a garantia das liberdades individuais apenas existiria se não houvesse qualquer intervenção estatal, como explicam Lênio Streck e José Luiz Bolzan de Moraes (2003, p. 56-57, grifos do autor):

Com isso, a percepção minimalista do Estado, atuante apenas para a segurança individual, é, senão, desfeita, deslocada, pois a sua função passa a ser a de removedor de obstáculos para o autodesenvolvimento dos homens pois, com um maior número de indivíduos podendo usufruir das mais altas liberdades, estar-se-ia garantindo efetivamente o cerne liberal, qual seja: a *liberdade individual*, dando-se valor novo e fundamental à igualdade de oportunidades e a uma certa opção solidária.

Concluem José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento (2010, p. 48, grifos do autor):

Salienta-se que o Estado negativo com intervencionismo zero nunca foi experimentado, porque, *desde sua criação a atividade estatal sempre se deu, em maior ou menor escala, voltada para fins distintos, porém algum grau de intervencionismo sempre foi experimentado*, caso contrário estaria evidenciada a própria supressão do Estado como ente artificial que deve responder às características postas pelo Contrato Social.. Apenas por sua existência na ordem jurídica o Estado implica intervenção.

Assim, como assinala Paulo Bonavides (1972, p. 211), “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”. Neste compasso, em meados do século XIX, o Estado já tem entre suas atribuições prestações positivas com seus cidadãos. Este século também é marcado pela luta de movimentos operários para ter sua situação precária revelada: as atrocidades cometidas por empregadores contra seus empregados, como jornadas de trabalho excessivas, condições de trabalho sub-humanas, remuneração miserável, entre outras que obrigavam as famílias a utilizarem suas crianças como força de trabalho para garantir-lhes a subsistência (XIMENES, 2008, p.2). Outros aspectos históricos também contribuíram para esta mudança, além das consequências já citadas da industrialização (proletarização, urbanização, previdência, etc): a Primeira Guerra Mundial, revelando a necessidade de maior controle da vida econômica, a partir das necessidades de armamento e aprovisionamento de alimentos; a Crise de 1929 e a Depressão, que apresentam a necessidade de políticas de intervenção estatal na economia, como o *New deal*; e a Segunda Guerra Mundial, ao impor a regulação dos recursos sociais pelo Estado, além de políticas práticas para a manutenção da produção, distribuição e controle da economia (STRECK; MORAIS, 2003, p. 63).

Como reflexo disso, introduziu-se no meio político a chamada *questão social* que, de acordo com Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 56, grifo do autor), foi responsável pela idealização de um Estado que se responsabilizasse pelo social, um Estado de Bem-Estar, que primasse por uma maior intervenção estatal, especialmente na economia, conservando-se para si a preocupação em assegurar aos cidadãos condições mínimas de dignidade, buscando uma “progressiva igualização da sociedade, exprimindo um elo social traduzível na mutualização dos riscos e na generalização da segurança social” (PORTO, 2006, p. 57). Streck e Morais (2003, p. 63) também apontam para a necessidade de intervenção estatal em duas frentes: na melhoria das condições sociais, assumindo um papel garantidor de condições mínimas para os indivíduos; e na regulação do mercado, passando o Estado a atuar diretamente na economia como financiador, consumidor, sócio, etc. Merece destaque a abordagem de Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 57), ao valer-se dos aspectos históricos para explicar a passagem ao Estado Social, fazendo referência à obra de François Ost<sup>31</sup>:

Nele a providência divina do Medievo é substituída pela providência estatal, que abandona a neutralidade do Estado Liberal, em um movimento dentro do qual “são consagrados os principais direitos econômicos, sociais e culturais, que supostamente garantem a ‘dignidade’ da existência de cada um, ao passo que são relativizados os direitos de propriedade, bem como as liberdades ‘liberais’ de comércio e indústria”.

A transição entre o Estado Liberal e o Estado Social é reflexo da busca pela implementação de obrigações positivas ao Estado, alterando a “visão de Estado meramente garantidor de liberdades individuais, para a concepção de um Estado obrigado a prestações sociais tendentes à obtenção de uma maior igualdade social” (PORTO, 2006, p. 58). Acerca do objetivo do Estado Social, Paulo Bonavides (1972, p. 228) conclui:

O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios a sua vontade, de prover certas necessidades essenciais mínimas.

Todavia, o Estado redistribuidor não é capaz de garantir a mudança social, pois deve conduzi-la, “fazendo com que a “mão invisível” do mercado seja substituída pela mão bem visível da providência estatal” (PORTO, 2006, p. 58). Isto porque o *Welfare State* “se assenta basicamente na constitucionalização dos direitos sociais” (PORTO, 2006, p. 71). Fazia-se necessário um Estado intervencionista, que através de políticas públicas fosse capaz de transformar a realidade, um Estado que efetivamente inserisse a democracia social na sociedade. Daí o surgimento do Estado Democrático de Direito.

<sup>31</sup> OST, François. O tempo do direito. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999.

Antes da abordagem do Estado Democrático de Direito, imperativo inserir no presente estudo algumas características da expressão “Estado de Direito”, que tem sua origem ligada à necessidade de enquadrar e limitar o poder do Estado através das normas jurídicas, submetendo seus indivíduos a um regime jurídico (STRECK; MORAIS, 2003, p. 87). Sua origem é atribuída à segunda metade do século XVIII e meados do século XIX, permeada pelos fundamentos da doutrina liberal e no bojo de suas principais revoluções (a Americana e a Francesa), responsáveis por consolidar o processo de limitação do poder do Estado frente aos indivíduos. A este respeito, leciona Ovídio A. Baptista da Silva:

Um dos fatos históricos reveladores do vínculo entre o Estado de Direito e o capitalismo está na circunstância de o nascimento de ambos ter-se dado simultaneamente. A destruição da *comunidade* medieval, uma das campanhas empreendidas com especial determinação pelos filósofos a partir do século XVI, teve seu ponto no apoio no Direito e na cada vez mais ampla e envolvente *juridicização* do nascente mundo moderno (SILVA, 2006, p. 304, grifo do autor).

Nesta seara dá-se também o surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração, como a legalidade, liberdade e igualdade individuais, que atuam como cerceadores do arbítrio dos detentores do poder (XIMENES, 2008, p. 1). Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 55) retoma o surgimento da primeira geração de direitos fundamentais para explicar que o nascimento do Estado de Direito ou Estado Constitucional, como aquele que é “organizado e limitado constitucionalmente”, ocorreu juntamente com o surgimento das primeiras constituições, como forma de limitação do uso arbitrário do poder pelo Estado.

A positivação dos direitos humanos cria a concepção de que o Estado de Direito “não é mais um fim em si mesmo, mas um meio de alcançar os fins exigidos pela cidadania” (PORTO, 2006, p. 51). É um Estado constituído por um sistema de direitos positivos, que tem por finalidade garantir a aplicação dos direitos produzidos de forma democrática, o que dá “concretude e coercibilidade” aos direitos humanos (PORTO, 2006, p. 52). Assim, “é ponto indiscutível que os direitos fundamentais, Constituição e Estado de Direito são conceitos indissociáveis, paralelos e unidirecionados” (PORTO, 2006, p. 52), atuando como instrumentos de limitação do arbítrio estatal:

Constituição e direitos fundamentais, quando somados, representam limites normativos ao poder estatal, daí porque as constituições somente adquirem dignidade quando garantem direitos fundamentais em face do Estado, e o Estado quando os respeita e implementa. Destarte, pode-se afirmar que o Estado de Direito nasce com o constitucionalismo e com a garantia constitucional de direitos humanos, que, nesse estágio, passam a ser designados como direitos fundamentais (PORTO, 2006, p. 52).

Neste sentido também anotam Lênio Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, que o Estado de Direito não é apenas “uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis”, não se limitando apenas a “uma concepção de ordem jurídica mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição” (STRECK; MORAIS, 2003, p. 88). Seguem os autores:

[...] o Estado de Direito não é mais considerado somente como um dispositivo técnico de limitação de poder, resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas; é também uma concepção que funda liberdades públicas, de democracia [...]. O Estado de Direito é, também, uma concepção de fundo acerca das liberdades públicas, da democracia e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica.

Assim, o Estado de Direito irá se apresentar ora como liberal em sentido estrito, ora como social e, por fim, como democrático. Cada um deles molda o Direito com seu conteúdo [...] (STRECK; MORAIS, 2003, p. 88-89).

Desse modo, como salientado pelos autores acima, urge a necessidade de se conjugar o ideário democrático ao liberal e social, já analisados, como meio de defesa e efetivação dos direitos fundamentais. Este é um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, que tem por preocupação básica a transformação do *status quo*, a mudança da realidade social, dentro da legalidade constitucional (STRECK; MORAIS, 2003, p. 92-91).

Explica Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 72) que “se o Estado Social é uma evolução do Estado Liberal, o Estado Democrático de Direito também é uma evolução em relação ao Estado Social”, pois tem como pilar o princípio democrático, o que faz do Estado Democrático de Direito um paradigma correspondente “a um modelo de busca de legitimidade do poder no Direito e do Direito na sociedade”. Assim, “no Estado Democrático de Direito, o Direito serve a propósitos de transformação positiva da sociedade civil, na direção de uma maior igualdade de oportunidades e de realizações individuais e coletivas” (PORTO, 2006, p. 72). Neste sentido, breve e elucidativa explanação de Lênio Streck:

Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *welfare state* não passou de um simulacro (STRECK, 2009, p. 66).

Acerca da relação entre os Estados Liberal, Social e Democrático de Direito, Julia Maurmann Ximenes faz importante ressalva ao constatar que não se trata de mero somatório de correntes doutrinárias, mas sim dos reflexos da aplicação destas doutrinas na sociedade, resultando na evolução dos conceitos para a adequação nas necessidades sociais e políticas contemporâneas:

A expressão Estado Democrático de Direito vai além do somatório das duas abordagens verificadas durante os séculos XVIII e XIX. Trata-se de um modelo que, obviamente, respeita os direitos proclamados pelos dois momentos históricos abordados, mas, mais do que isto, permite uma interpretação do Direito que ainda precisa de muito amadurecimento em uma sociedade como a brasileira, que continua buscando a democracia social. Isso porque a democracia política, ou seja, a participação do cidadão na vida pública é apenas um dos aspectos do conceito de democracia hodiernamente (XIMENES, 2008, p. 02).

Corroborava Ivan Amorim (2011), lembrando da necessidade de o Estado Democrático de Direito incorporar os ideais das doutrinas liberal e social, indo além ao adequá-los à realidade, de modo a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais através da produção e interpretação do ordenamento jurídico alinhada aos ditames constitucionais, como meio de alcançar a justiça social:

O desenvolvimento político, jurídico e social somente se operou com o advento do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Tal Estado funda-se na idéia de justiça social, cujas origens remontam ao século XIX. Ademais, para que o Estado consubstancie-se como Democrático de Direito, deve declarar e assegurar os direitos fundamentais, que se manifestam vinculantes para toda a produção e interpretação do ordenamento jurídico nacional e para o exercício do poder estatal em suas três dimensões, em razão tanto de sua fundamentabilidade formal quanto material. Daí a definição de Estado Democrático de Direito, onde se assegura e declara os direitos fundamentais, direitos subjetivos da pessoa que materializam a liberdade concreta, dialeticamente tornando existência a essência do Direito.

[...]

No mais, o atual Estado Democrático de Direito transcende à mera garantia formal das liberdades individuais, incorporando os postulados do Estado Social, que nem sempre foi democrático, a fim de garantir um Estado sujeito ao império da lei, mas também preocupado em assegurar o desenvolvimento das potencialidades do cidadão e sua participação no cenário político (AMORIM, 2011).

Este viés é abordado também por Cristiano Becker Isaia (2011, p. 43, grifo do autor), para quem o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito é fruto da superação de uma série de conquistas:

Ao prognóstico da legalidade, o Estado Democrático de Direito agrega o qualitativo da *busca pela igualdade da comunidade*, o fazendo através de sua vinculação à ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade através de um complexo sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, o qual vê na justiça social a condição de possibilidade na correção de desigualdades. Por isso é que o adjetivo “democrático” se justifica em razão da superação de um Estado de direito meramente formal a um Estado que estampa ao concretizar a justiça social, pretendendo fazê-lo a partir da consolidação dos valores fundantes da comunidade.

Assim, o Estado Democrático de Direito tem o condão de ser transformador da realidade, não se restringindo a apenas reparar as condições de existência, como prima o Estado Social de Direito. Daí que sobrevém a necessidade da releitura e adaptação das normas jurídicas aos ditames e princípios constitucionalmente postos. Somente com a devida

interpretação da Constituição se torna possível utilizar os mecanismos nela previstos para efetivação dos direitos, aplicando seus princípios na readequação da legislação ao conteúdo e ao ideário do constituinte, questão que será aprofundada no tópico seguinte.

## **2.2 Brasil como Estado laico: fundamentos e implicações**

A designação de Estado laico, adotada pelo Brasil, interessa ao presente estudo em razão da íntima ligação existente entre os institutos de direito de família e os aspectos religiosos, conforme demonstrado no capítulo anterior. Assim, pretende-se investigar se a conotação religiosa é permissível dentro do ideário deste Estado, ao qual se inicia a análise.

A dominação política, jurídica e social da Igreja, iniciada na transição do Império Romano para a Idade Média, teve seu primeiro abrandamento durante a Revolução Francesa que, com a ideologia iluminista, pregava que a razão era a única explicação para as coisas do universo (MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 41). No entanto, a Igreja recobrou suas forças, a partir das grandes navegações e do descobrimento da América, como refere Júlio Maria (1981, p. 24):

[...] o descobrimento da América foi uma compensação à Igreja na época em que o protestantismo arrancou à fé católica metade da Europa, desvairada pelo espírito pagão que renascera nas ciências, nas letras, nas artes, na política, nos costumes, na educação e deixou a outra metade profundamente abalada nas crenças, que certas nações católicas não repudiaram formalmente, mas de que, desde então, não mostraram mais como nações o exemplo e a prática.

A Igreja passou a comandar milhares de missões catequizadoras ao continente recém-descoberto, inclusive no Brasil, marcando o início da forte influência do catolicismo por estas terras. Após a independência, a primeira Constituição, de 1824, reconhecia o catolicismo como religião oficial<sup>32</sup>. Todavia, logo após proclamação da República, a Constituição de 1891, já estabelecia a República Federativa do Brasil como Estado laico<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo (BRASIL, 1824).

<sup>33</sup> Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

A atual Constituição Federal mantém o ideário de Estado laico, a partir da previsão de separação do Estado e da Igreja (art. 19, I<sup>34</sup>) e da proteção da liberdade de culto (art. 5º, VI<sup>35</sup>). Todavia, a menção no texto constitucional não é capaz de apagar os reflexos desta instituição milenar em diversos aspectos da vida social, política e jurídica do país. A visão conservadora (indevidamente) imbricada nas decisões políticas, legislativas e judiciais não garante a efetividade desejada pelo constituinte das disposições acima citadas. Citam-se diversos exemplos, como a questão do aborto de anencéfalos, a união estável homossexual e a utilização de símbolos religiosos em repartições públicas, questões recentemente enfrentadas pelos tribunais<sup>36</sup>. Entre eles, encontra-se a questão em debate no presente estudo: a diferença do tratamento sucessório decorrente da união estável e do casamento.

A respeito da interferência das crenças religiosas em decisões judiciais ou em criações legislativas, Túlio Lima Vianna (2004), analisando o julgamento acerca da possibilidade de aborto de fetos anencéfalos, concluiu:

---

§ 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

§ 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados (BRASIL, 1891).

<sup>34</sup> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público (BRASIL, 1988);

<sup>35</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (BRASIL, 1988);

<sup>36</sup> Em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. Em 12 de abril de 2012, o Pretório Excelso julgou procedente o pedido da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), declarando a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Durante o julgamento destas ações foram ouvidos diversos representantes de movimentos sociais, representantes religiosos, sociedades de médicos e cientistas, etc, na qualidade de *amici curiae*.

A questão dos símbolos religiosos em prédios públicas não chegou aos tribunais superiores, mas já foi alvo de diversas ações em âmbito regional. A este respeito cita-se a recente decisão do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que determinou a retirada de símbolos religiosos ou afeitos dos prédios da justiça estadual gaúcha. Destaca-se um trecho do voto do Relator Desembargador Cláudio Balbino Maciel a respeito do argumento de que a “tradição” brasileira *majoritariamente cristã contaria a favor da manutenção das simbologias religiosas nos prédios públicos*: “[...] absolutamente não é papel do Judiciário legitimar acriticamente qualquer tradição social, especialmente se excludente ou inconstitucional. Já não se discute, na atualidade, o legítimo papel do Direito que se opõe à ideia de meramente afirmar práticas hegemônicas da maioria social, mesmo que contrárias ao texto constitucional. Ademais, o princípio democrático contramajoritário justificaria plenamente a defesa de eventuais minorias quanto ao abuso das práticas religiosas da maioria, especialmente as de raiz inconstitucional.” (AVELAR, 2012).

No Estado Democrático de Direito não há espaço para a imposição de crenças religiosas travestidas de leis ou sentenças, pois a base da democracia é a pluralidade e a tolerância ao diferente. Se as pesquisas com células-tronco e os abortos de anencéfalos são ou não pecado não cabe aos políticos e aos ministros do STF decidirem, mas aos clérigos, a partir da interpretação dos livros sagrados de sua fé. A licitude de tais pesquisas e a criminalização de tais abortos, por outro lado, são questões de natureza política e jurídica e, portanto, de natureza temporal, não havendo, pois, como serem impedidas por contrariarem qualquer religião.

Do mesmo modo, como amplamente demonstrado no presente estudo, a influência religiosa está presente até hoje nas relações familiares, e conseqüentemente na sua tutela jurídica. No entanto, esta tradição não tem o condão de influenciar nas decisões judiciais e legislativas. Pedro Luiz Neto Lôbo, em estudo acerca da tradição familiar no Brasil, aborda a questão a partir da religiosidade e do caráter procracional até alcançar o fundamento afetivo, lembrando que “embora a família tenha perdido sua função de unidade religiosa, os temas de direito de família continuam mesclados de interferências religiosas”, onde são recorrentes “posições, às vezes extremadas, de grupos religiosos, que procuram influir nas opções legislativas e nas políticas públicas” (LÔBO, 2003, p. 209).

Cumprido ressaltar que a laicidade fundamenta-se na independência e autonomia entre o Estado e as comunidades religiosas, impedindo a interferência do Estado em assuntos estritamente religiosos, ritos e credos ou o envolvimento de determinada religião com o Estado; e na liberdade de crença. Todavia, isto não significa que o Estado laico se oponha à religião (não é sinônimo de Estado ateu): ele apenas permite a coexistência de várias crenças ou comunidades religiosas em seu território, como parte do pacto democrático de promoção da igualdade entre os indivíduos (BESSA NETO, 2011).

Esta questão também deve ser levada em consideração na aplicação da legislação civil concernente ao casamento e à união estável, ao passo que, se constatados indícios de tratamento diferenciado em razão da tradição religiosa, isto não pode ser aplicado, por ser inconstitucional.

### **2.3 A sucessão na união estável e o no casamento e a Constituição Federal de 1988**

O presente estudo tem por objetivo apontar as incongruências do tratamento legal dado à sucessão do cônjuge e do companheiro sobreviventes, dentro do ideário do Estado Democrático de Direito, além da indicação de laicidade, retomando-se aspectos históricos e culturais ligados à religiosidade, como delineado acima. Assim, apontado o caso

paradigmático do presente estudo, voltamos nossa atenção à Constituição Federal de 1988 e à legislação pátria.

Como já referido anteriormente, a Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu artigo 226<sup>37</sup>, uma nova concepção de família, abrangendo não só a oriunda do matrimônio católico, mas garantindo a tutela do Estado para a “família com realidade plural e instrumentalizada à dignidade dos seus membros, sejam eles cônjuges, companheiros ou filhos sob guarda monoparental” (TEPEDINO, 2003, p. 130).

Essa concepção de família inaugurada, no ordenamento jurídico pátrio, pela Constituição Federal de 1988, já era bastante difundida no contexto dos ordenamentos constitucionais mundiais, como lembra Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 1.332), referindo-se às previsões constantes nas Constituições da Costa Rica, de 1959 (art. 51); da Itália, de 1974 (art. 29); de Portugal, de 1976 (art. 36, I); e da Espanha, de 1978 (art.39, I). Segue explicando que, no que tange ao constitucionalismo brasileiro, a Constituição Federal de 1988 inovou, uma vez que, no passado, “os problemas eram diferentes, os costumes eram outros, o *modus vivendi* se exteriorizava de forma totalmente distinta da atual” (BULOS, 2009, p. 1.332). Assim, pode-se afirmar que a concepção de família, como um organismo extremamente mutável e diversificado, alinhou-se com os moldes do constitucionalismo moderno.

Adotando essa concepção ampla de família, referente ao “conjunto de pessoas ligadas pelos laços de parentesco, com descendência comum, e de afinidade” (BULOS, 2009, p.1332, grifo do autor), a Constituição Federal a definiu como a “base da sociedade”, detendo especial proteção do Estado (art. 226, caput).

Portanto, a atual noção constitucional de família é ampla, englobando as entidades familiares constituídas a partir do casamento civil ou religioso com efeitos civis (art. 226, §§ 1º e 2º), aquela constituída pela união estável, devendo a lei ordinária facilitar sua conversão em casamento (art. 226, §3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus

<sup>37</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

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

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

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

descendentes.

Mesmo antes da promulgação da nova Constituição, a legislação civil então vigente (Código Civil de 1916) estava obsoleta e desatualizada em relação à nova sociedade brasileira objeto de sua tutela. Isto fez com que os juristas propusessem, em 1975, sua reforma, que somente foi promulgada em 2002 (HIRONAKA, 2003, p. 98-99). O Código Civil de Bevilacqua cuidava, por excelência, das relações patrimoniais, apenas trazendo normas gerais e desconsiderando as peculiaridades das relações familiares, atribuindo aos sujeitos grande autonomia de vontade, sem qualquer preocupação com as garantias do cidadão perante o Estado. Assim, o Direito Civil se caracterizava, essencialmente, como direito privado, no qual o Estado não deveria se envolver, sendo a Constituição entendida como mera norma de organização política (TEPEDINO, 2003, p. 117).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a ideologia individualista mantida pelo código anterior não poderia prosperar, uma vez que estava consolidado o Estado Democrático de Direito. Isto porque, a Constituição de 1988 traz em seu bojo uma série de valores não patrimoniais que devem ser respeitados pela legislação infraconstitucional, na tutela das relações sociais, entre elas a família. Os diplomas legais devem deslocar a sua preocupação essencialmente privada para um viés condizente com a dignidade da pessoa humana pregada pela Constituição Federal (TEPEDINO, 2003, p. 119).

No entanto, como já analisado no capítulo anterior (tópico 1.1), a atual legislação civil acerca da sucessão do companheiro não seguiu os ditames constitucionais, ao posicioná-lo em posição inferior à do cônjuge sobrevivente. Por esta razão é que, tendo a legislação civil o escopo de regular os fatos e relações da vida privada, é imprescindível que as regras estejam de acordo com a realidade social que lhe é contemporânea. Nesse passo, em havendo uma maior intervenção do Estado no regramento das relações sociais, a preocupação do legislador deixa de ser apenas quanto a expor o regramento, passando a tratar das perspectivas sociais que devam ser alcançadas.

A introdução de valores não patrimoniais de natureza social pela Constituição Federal de 1988, buscando a proteção da pessoa humana e amparados pela busca da sua dignidade, devem então ser conjugados nas relações jurídicas privadas, conforme os moldes trazidos pelo constituinte. A preocupação básica do constituinte é evitar que a iniciativa econômica privada se desenvolva prejudicialmente à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social (TEPEDINO, 2003, p. 118). Daí que se inicia o debate acerca da (necessária) constitucionalização do direito civil, que tem por escopo evitar que as relações patrimoniais

tenham um fim em si mesmas, dando maior valoração aos interesses sociais, de modo a adequar a legislação vigente aos princípios constitucionais.

A relativização dos conceitos de direito civil é patamar básico para a constitucionalização desse ramo do direito, e deve se dar a partir da compreensão do direito como fenômeno histórico e social, atenuando-se a estrita divisão entre os institutos de direito público e privado, diante da nova realidade social que se apresenta. A legislação civil infraconstitucional deve absorver os valores trazidos pelo texto constitucional, de modo a traduzir a ordem pública constitucional que se apresenta, alcançando e respeitando as modificações sociais (TEPEDINO, 2003, p. 120).

O Direito é ciência social, devendo se realizar como um fenômeno dialético de constante modificação, assim como o é a sociedade em que vivemos. O Direito não pode servir-se apenas da história, devendo se manter atento às modificações atuais da sociedade, de modo a tutelar da melhor forma possível os novos contornos das relações sociais. No dizer de Gustavo Tepedino (2003, p. 121), a constitucionalização do direito civil se reflete na “necessidade de absoluta e urgente de compreensão do Direito não mais como um instrumento de mera racionalização de movimentos históricos que lhe são externos e anteriores”, no entanto, o Direito deve ser entendido como “um fenômeno dialético e essencialmente social”. Assim, a compreensão do Direito como fenômeno social significa, para o autor, “vê-lo como fruto da interação do dado normativo com as demandas sociais e culturais que se transmudam a cada dia, forjando-o e alterando-o a todo tempo”.

A nova prerrogativa constitucional visando ampliar a tutela do Estado a fim de alcançar também as relações jurídicas privadas, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, instaura uma nova fase no direito civil pátrio, uma nova ordem pública, de controle estatal na atividade privada como meio de efetivação da solidariedade social (TEPEDINO, 2003, p. 122). Assim, a constitucionalização do direito civil é a alteração da ordem pública com a mudança de seus valores norteadores, com o fim de tornar a pessoa humana sua noção central e prioridade absoluta.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 foi responsável por uma transformação valorativa do direito civil, centralizando o ordenamento na dignidade da pessoa humana, e tornando essa concepção o norte para todas as relações sociais tuteladas, especialmente as patrimoniais. Assim, a legislação vigente deve ser (sempre) aplicada de modo a garantir a tutela da dignidade da pessoa humana, nos moldes prescritos pelo constituinte.

Ante as disparidades referentes ao tratamento sucessório do cônjuge e do companheiro sobreviventes, a necessidade de readequação da legislação civil vigente (Código de 2002) é

imprescindível à efetivação dos princípios do Estado Democrático de Direito. No entanto, a aplicação da “letra da lei” que vem sendo observada pelos tribunais, à míngua dos princípios que regem todo o ordenamento não contribui para o alcance da justiça social.

Por esta razão, é que a interpretação das normas infraconstitucionais devem estar conectadas às normas constitucionais, formando um sistema interligado e aplicável socialmente. A solução para este problema é, portanto, a melhor aplicação das normas legais vigentes, a ser realizada uma tentativa, a partir da hermenêutica constitucional dos institutos em debate, no capítulo seguinte.

### **3 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO DIANTE DA (NECESSÁRIA FILTRAGEM HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL E O “ESTADO DA ARTE” DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA**

O direito está atrelado à filosofia, devendo esta ser aplicada àquele, não podendo a filosofia ser utilizada como forma de correção do positivismo ou dogmatismo no direito. O obstáculo existente entre a filosofia e o direito deve ser removido, deixando-se de vê-la como “simples adorno” (TRAESEL, 2010, p. 187). Isto porque a “hermenêutica jurídica repousa sobre a hermenêutica filosófica, pois em tudo o que o Direito enuncia nos Códigos ou na Constituição, opera uma historicidade e um sentido que desde sempre vêm antecipados na pré-compreensão” (STEIN, 2004 apud TRAESEL, 2010, p.189). Conclui Clório Erasmo Traesel (2010, p.189): “É da pré-compreensão que surge a autocompreensão e que acompanha a compreensão do texto no Direito, ou de qualquer texto.”.

Assim, sendo a Constituição o regramento máximo da nação, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz dos seus ditames, legitimando o Estado Democrático de Direito. Esta hermenêutica constitucional é essencial para, como leciona Lênio Streck (2011, p. 45-46), “delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-as do constante perigo da exceção”. Continua:

Resgatar o mundo prático *do* direito e *no* direito significa colocar a interpretação no centro da problemática da aplicação jurídica, explorar o “elemento hermenêutico” da experiência jurídica e enfrentar aquilo que o positivismo desconsiderou: o espaço da discricionariedade do juiz e o que isso representa na confrontação com o direito produzido democraticamente. À luz de uma hermenêutica constitucional superadora das diversas posturas positivistas, esse espaço discricional é preenchido pela tematização dos princípios constitucionais, que nada mais fazem do que resgatar o *mundo prático* esquecido pelo fatalismo das posturas teóricas positivistas (STRECK, 2011, p. 46).

O Estado Democrático de Direito traz em seu bojo o Constitucionalismo Contemporâneo, que, como movimento teórico jurídico-político, busca limitar o exercício do Poder através de mecanismos capazes de gerar e garantir o exercício da cidadania (STRECK, 2011, p. 37). Isto proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir do que Lênio Streck (2011, p. 60, grifo do autor) apresenta como uma característica especial, qual seja: “a existência de uma Constituição extremamente embebedora (pervasiva), invasora, *capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais*”.

A respeito da função deste novo constitucionalismo, Valéria Ribas do Nascimento (2011, p. 87) ressalta que ele “funciona como uma diretiva fundamental a orientar as três funções estatais, servindo, ao mesmo tempo, como limite e garantia do Estado Democrático de Direito”.

Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 71, grifo do autor) explica que o Constitucionalismo Contemporâneo tem por objetivo permitir a efetividade das normas constitucionais, a partir da inserção de seus princípios na aplicação das leis infraconstitucionais:

A proposta do Constitucionalismo contemporâneo, também denominado *neoconstitucionalismo*<sup>38</sup>, é superar esta dicotomia<sup>39</sup> que, sem perceber, tem um ponto em comum: a negação de efetividade ao Direito Constitucional. Parte-se da crítica sociológica em direção a um discurso substantivo, objetivo e comprometido com a realização de valores e direitos contemplados na Constituição, mas que existem fora e acima das regras constitucionais, e que ali encontram abrigo após longa evolução no pensamento filosófico e na prática política.

Desse modo, o advento da Constituição Federal como quebra do paradigma, com a inauguração do Estado Democrático de Direito no Brasil, impõe a adequação da legislação infraconstitucional com seus princípios e ditames. Para Lênio Streck (2011, p. 62), o debate, necessário ao novo paradigma instituído proporciona a:

[...] superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) *se torna possível a partir das regras (preceitos) e princípios* – produzidos democraticamente – *introduzidos no discurso constitucional que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade)* até então negado pelo positivismo.

<sup>38</sup> A respeito desta nomenclatura, Lênio Streck (2011, p. 35-37) comenta que existe uma contradição neste termo, causando diversas ambiguidades teóricas. Refere que, levando-se em conta as especificidades do direito brasileiro, as características do “neoconstitucionalismo” acabaram provocando condições patológicas, contribuindo para a “corrupção do próprio texto da Constituição” (STRECK, 2011, p. 36). Isto porque o neoconstitucionalismo apenas afirma críticas antiformalistas deduzidas a partir das Escolas do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e, posteriormente, da Jurisprudência dos Valores. Por estas razões, salienta que a nomenclatura adequada é “Constitucionalismo Contemporâneo”, que significa a “construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição” (STRECK, 2011, p. 37). Valéria Ribas do Nascimento, citando as diversas nomenclaturas adotadas para este fenômeno (tais como constitucionalismo do Pós-Guerra, pós-positivismo, neoconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo), ressalta que “mesmo sobre enfoques diversos é importante a reflexão em torno de diferentes posicionamentos para tentar melhor compreender o mosaico de fenômenos que abarcam o constitucionalismo contemporâneo” (NASCIMENTO, 2011, p. 86). Salienta ainda, que estas variações terminológicas demonstram a difícil abordagem deste tema, pois “engloba debates constitucionais polêmicos desde o significado e o papel da Constituição há hierarquia das normas até a interferência entre as funções estatais” (NASCIMENTO, 2011, p. 87).

<sup>39</sup> O autor refere-se à dicotomia existente entre a concepção constitucional lassaliana, de que o atual Direito Constitucional é insuficiente, ao passo que não tem se prestado (adequadamente) à promoção da transformação social; e outra, que ignora o questionamento sobre a validade legitimadora das regras constitucionais e legais (PORTO, 2006, p. 70).

Depreende-se daí a necessidade da superação do positivismo jurídico, como passo imprescindível à efetiva realização do constitucionalismo contemporâneo:

É inegável que a noção de Constitucionalismo teve a função de trazer para o âmbito da Constituição temáticas que antes eram reservadas à esfera privada. Daí que a nova Constituição – assim como o constitucionalismo do segundo pós guerra – publiciza os espaços antes “reservados aos interesses privados”. E essa publicização somente poderia ocorrer a partir da assunção da um materialidade, *espaço que vem a ser ocupado pelos princípios*. Com efeito, se a própria Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo, e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra, há, agora, um princípio que não a deixa de “desvencilhar” do mundo prático), *é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo* (STRECK, 2011, p. 66-67).

Neste sentido, a civilista Giselda Maria Hironaka (2003, p. 114), em estudo lançado logo após a promulgação do Código Civil de 2002, já apontava as mudanças necessárias à nova legislação civil-constitucional:

O Direito Civil que nos foi legado tinha na autonomia privada – propriedade e contrato – o seu pilar fundamental, mas, na atualidade, verifica-se uma profunda alteração axiológica na sua concepção, passando por uma crise que visa resgatar a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, conforme estampados na Constituição Federal.

Partindo-se da breve explanação acima delineada, ensaia-se uma interpretação hermenêutica no direito<sup>40</sup>, por meio da inserção no paradigma constitucional, das previsões do Código Civil acerca do direito sucessório decorrente da união estável e do casamento. É o que se pretende com a análise jurisprudencial a seguir realizada.

O primeiro acórdão paradigma a se proceder a apreciação trata de decisão proferida em 12 de março de 2010, pelo Quarto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio

<sup>40</sup> A “interpretação hermenêutica no direito” pretendida é a compreensão, “entendida como uma concepção moral, a qual recebe força deontológica de um direito (constitucional) nascido juntamente com a superação do esquema sujeito-objeto, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete” (ISAIA, 2012, p. 231). A respeito desta compreensão hermenêutica, Lênio Streck anota a necessidade de se substituir o espaço discricionário do juiz pela “tematização dos princípios constitucionais, que nada mais fazem do que resgatar do *mundo prático* esquecido pelo fatalismo das posturas teórico-positivistas” (STRECK, 2012, p. 46). Atenta o autor que o positivismo jurídico representa um “déficit democrático”, pois o Estado Democrático de Direito dá ao direito o viés transformador da realidade social, sendo um “retrocesso reforçar/acentrar formas de exercício de poder fundadas na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária”, o que conduz à arbitrariedades (STRECK, 2012, p. 45). Arremata defendendo que “a hermenêutica filosófica, com os aportes da teoria integrativa de Dworkin, representa, nesse contexto pós-metafísico e pós-positivista, uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica” (STRECK, 2012, p. 588-589). Assim, “a atividade interpretativa (aplicativa) do direito a partir do caso concreto leva a concluir (a partir da recepção hermenêutica de feição filosófica) que o intérprete não extrai nem decodifica o sentido do texto, mas atribui sentido ao mesmo. Se o texto e a norma não estão cindidos [...], os sentidos não estão nos textos legais, mas se dão na intersubjetividade, ocorrendo *na e pela* linguagem, para além do esquema sujeito-objeto” (ISAIA, 2012, p. 231, grifo do autor).

Grande do Sul, em sede de Embargos Infringentes opostos de decisão da Sétima Câmara Cível, que reconheceu o companheiro como herdeiro em concorrência com o descendente da companheira falecida. Na apelação, o Tribunal havia deixado de aplicar a regra constante do art. 1.790, II<sup>41</sup> do Código Civil de 2002, entendendo que se tratava de tratamento anti-isonômico dispensado ao companheiro em relação ao cônjuge. Todavia, a Corte reuiu sua decisão, dando procedência ao recurso do embargante<sup>42</sup>.

Em breve apanhado das teses levantadas pelo julgamento, inicia-se pelo voto do Desembargador Relator Rui Portanova. O julgador anota que a discussão refere-se ao critério utilizado pelo Código Civil de 2002, para tutelar a vocação hereditária nas uniões estáveis, especialmente no que diz respeito à aplicação do inciso II do artigo 1790 (referente ao par sobrevivente da união estável), em comparação com os termos do inciso I e II do artigo 1829<sup>43</sup> (referente ao sobrevivente do casamento) em concorrência (ou não) com ascendentes e descendentes. Ressalta-se que no caso, não havia qualquer controvérsia acerca da efetiva existência da união estável (que durou 27 anos, até o falecimento da companheira).

O Relator, votando pela inconstitucionalidade do dispositivo referente à sucessão do companheiro, atentou para o que chamou de “má vontade do novel legislador civil no trato com a união estável”. Proclamou seu entendimento, amparando-o nas razões de ordem constitucional que tem levado doutrina e jurisprudência a equiparar a união estável ao casamento para fins de vocação hereditária. Entre elas, a atribuição de tratamento paritário à união estável em relação ao casamento, pelo art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal.

Lembrou também o fato de ter o atual Código Civil “rebaixado” o *status* hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao do cônjuge. Sustentou que, ao assim dispor, violou

<sup>41</sup> 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:

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; (BRASIL, 2002)

<sup>42</sup> EMBARGOS INFRINGENTES. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. RECONHECIMENTO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE COMO HERDEIRO, EM CONCORRÊNCIA COM O DESCENDENTE. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE. CONSTITUCIONALIDADE DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 1.790 E INCISOS DO CÓDIGO CIVIL, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO AO COMPANHEIRO E AO CÔNJUGE. Em razão do julgamento de improcedência no colendo Órgão Especial deste Tribunal, da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 70029390374, reconhecendo a constitucionalidade do art. 1.790, III, do Código Civil, por aplicação do disposto no art. 211 do RITJRS há que se reconhecer a aplicabilidade do art. 1.790, CC/02, inclusive relativamente ao inciso II, incidente no caso concreto. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (Embargos Infringentes N° 70032120735, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/03/2010).

<sup>43</sup> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; (BRASIL, 2002)

os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Constatando as diferenças na tutela legal da sucessão do casamento e união estável, buscou verificar se no ordenamento civil informado pelos princípios constitucionais, haveria lugar para estas regras diferenciadas.

Segundo o magistrado, não se pode admitir a superioridade do casamento em relação à união estável, uma vez que todas as entidades familiares são equânimes e tem por finalidade a promoção do desenvolvimento da personalidade de seus membros. Para ele, admitir a superioridade do casamento significa proteger mais, ou dar prioridade a algumas pessoas em detrimento de outras, apenas pela razão de que elas optaram por constituir uma família a partir da celebração do ato formal do matrimônio. Tal situação origina uma contrariedade ao ordenamento constitucional, e viola o princípio da igualdade, na medida em que estabelece privilégios a alguns indivíduos em prejuízo de outros, de forma injustificada.

Concluiu que a proteção à dignidade da pessoa humana é igual a todos e, sendo a família um instrumento para a concretização desse princípio, todas as entidades familiares devem ter o mesmo grau de proteção e a mesma relevância no ordenamento jurídico, pois a liberdade de escolha da forma de constituição de família é intrínseca à dignidade. Assim, o Relator votou pela interpretação sistemática do art. 1790, II, levando-se em consideração a regra contida no artigo 1829, I e os preceitos constitucionais, uma vez que o legislador conferiu tratamento diferenciado ao cônjuge e o companheiro, e, portanto, inconstitucional.

Em oposição à posição defendida pelo Relator, o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves entendeu pela constitucionalidade do dispositivo, partindo da premissa que casamento e união estável são institutos distintos, com características peculiares. Para ele a união estável não é um casamento, não se equiparando a este para todos os efeitos legais. No casamento, o cônjuge sobrevivente continua preferindo os colaterais na herança, herdando a totalidade de bens, na falta de descendentes e ascendentes. Porém, o companheiro sobrevivente, quando não houver descendentes nem ascendentes, não fica com a totalidade da herança, mas a divide com os colaterais.

Justifica esse tratamento, explicando que o legislador não se equivocou quando da redação do novo Código Civil, apenas o fez porque a união estável é instituto completamente diferente do casamento, tanto que a Constituição Federal determinou a facilitação da conversão desta em casamento. O Desembargador admitiu que a nova disciplina dada pelo Código Civil vigente na parte que trata da ordem de vocação hereditária seja pior que o sistema anterior, concluindo que embora a lei devesse sofrer alterações, não vislumbrava contrariedade com a Constituição, que, a seu ver, apenas prevê que a lei facilitará a conversão

da união estável em casamento, o que demonstraria claramente que são institutos de natureza jurídica distinta.

Referiu ser até uma heresia afirmar que a Carta Magna equiparou a união estável ao casamento civil, pois este continua a ser o principal instituto do Direito de Família. Ou seja, o casamento civil (incluindo, por óbvio, o casamento religioso com efeitos civis) é o paradigma para a constituição de uma família e, inclusive, baliza as relações pessoais e econômicas da união estável. E tanto é assim que o legislador constituinte apontou a necessidade de ser facilitada a conversão da união estável em casamento. Entende que o casamento civil veio revigorado na Carta Magna de 1988, que o valorizou mesmo sendo sensível ao fato social de uniões informais e estáveis, para as quais assegurou status de entidade familiar, merecedora também da proteção do Estado, mas sem com isso desbancar o casamento civil como paradigma.

Concluiu que o fato da lei não ter dado tratamento igualitário aos conviventes e aos casados não a torna inconstitucional, pois são institutos distintos, cada qual com as suas peculiaridades, vantagens e desvantagens, tendo em comum apenas o fato de que ambos ensejam a constituição de uma família.

O voto do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves foi acompanhado pelos demais julgadores, vencendo o Relator. Os Embargos Infringentes foram julgados procedentes, reformando-se a decisão proferida em sede de apelação, de modo a manter a aplicação do art. 1.790, II do Código Civil, garantindo ao companheiro do *de cujus* (embargado) apenas a metade da quota atribuída ao descendente exclusivo do autor da herança (embargante).

Reportando-se à decisão referida, passamos a analisar os argumentos trazidos, inserindo-os nas discussões traçadas desde o início do presente trabalho.

Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, colacionado pelo Relator do acórdão paradigma para justificar a impossibilidade e inconstitucionalidade do tratamento diverso dispensado aos companheiros em contraste ao dispensado aos cônjuges, quando da sucessão, João Pedro Gebran Neto (2002, p. 47) elucida que tal princípio é basilar à devida interpretação das normas infraconstitucionais, considerando-o como “núcleo essencial da hermenêutica”.

A dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º da Constituição Federal, como fundamento do Estado, ao lado da soberania, cidadania, valores sociais do trabalho, da livre

iniciativa e do pluralismo político<sup>44</sup>, deve ser entendida como “núcleo essencial da Constituição, funcionalizando-se o Estado ao cumprimento desta tarefa” (GEBRAN NETO, 2002, p.48). Ela confere conteúdo à proteção atribuída pelo Estado à família: a pessoa humana e o seu desenvolvimento são objeto principal da proteção do Estado, sendo que todo o ordenamento, inclusive as normas de direito de família devem convergir, buscando sua realização. Servindo como norte à interpretação constitucional, a dignidade da pessoa humana deve ser observada em todas as decisões judiciais e nas criações legislativas, sob pena de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, Pietro Perlingieri (2008, p. 3) atenta para a “impossibilidade de manter separada a teoria da interpretação das leis ordinárias e a teoria da interpretação das normas constitucionais”, lembrando que o ordenamento deve ser sempre interpretado em sua unidade, o que pressupõe o fortalecimento e atualização de cada uma das normas ou do conjunto delas com os valores constitucionais, comunitários e internacionais, devendo o ordenamento ser lido e interpretado sempre. Conclui afirmando que “essa necessidade é verificada no controle obrigatório que o intérprete deve fazer da legitimidade constitucional de qualquer disposição [...] que seja aplicada no caso concreto pelo juiz” (PERLINGIERI, 2008, p. 3).

Portanto, a aplicação do ordenamento jurídico deve se dar dentro da órbita da dignidade da pessoa humana, ante a prerrogativa interdisciplinar inaugurada pelo constituinte em 1988, fazendo com que as relações jurídicas intersubjetivas funcionalizem-se, principiologicamente, em favor da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2003, p. 122). Assim, as mudanças trazidas pela Constituição Federal devem permear todo o ordenamento:

O Texto Constitucional [...] foi o responsável pela transformação valorativa do direito civil, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, ao qual funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais. Suplantou, com isso, todas as formulações constitucionalistas que idealizavam o direito civil como o estatuto das relações patrimoniais (TEPEDINO, 2003, p. 128).

Corroborando, Maria Berenice Dias (2010, p. 63, grifo do autor) justifica a ligação entre o direito das famílias (denominação que usa para indicar a pluralidade de relações encontradas nesse ramo do direito) e a dignidade da pessoa humana, sustentando-a nos direitos humanos:

<sup>44</sup> 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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político (BRASIL, 1988).

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos **direitos humanos**, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, **versão axiológica** da natureza humana. O princípio da dignidade da pessoa humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado à várias formas de filiação ou vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.

Ainda, intrínseco ao Constitucionalismo Contemporâneo encontra-se a “superação da separação do direito privado e do direito constitucional”, sustentando a ideia de que “o sistema não é somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito” (PERLINGIERI, 2008, p. 5). Daí exsurge e se sustenta a urgente reinterpretação dos institutos civis, readequando-os aos princípios e valores constitucionalmente postos e à contemporaneidade social:

No centro dos sistemas jurídicos contemporâneos dos documentos jurídicos, como são as constituições, que contém princípios éticos, estas devem ser evolutivamente interpretadas de acordo com a modificação dos valores ético-políticos da comunidade a que a constituição se refere (PERLINGIERI, 2008, p.5).

Novamente é importante tecer considerações acerca da constitucionalização do direito civil, que se faz presente na solução da controvérsia instaurada pelo inconsistente regramento sucessório inaugurado pelo Código Civil de 2002 em relação ao companheiro.

Esta corrente doutrinária, como brevemente apontado no tópico anterior, baseia-se na re-interpretação da legislação civil em consonância com os princípios constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana, como reflexo da despatrimonialização do direito privado. Sobre este fenômeno, leciona Pedro Lôbo (2008, p. 20), lembrando que a constitucionalização do direito civil deve ser vista como resultado inevitável do Estado social:

Os civilistas, finalmente, descobriram a Constituição. Perceberam que a elevação dos fundamentos do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da consequente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo. [...] A ordem jurídica infraconstitucional deve concretizar a organização social e econômica eleita pela Constituição, não podendo os juristas desconsiderá-la, como se os fundamentos do direito civil permanecessem ancorados no modelo liberal do século XIX.

Luiz Edson Fachin (2004) também aponta a necessidade de conjugação da legislação civil com os ditames constitucionais, salientando que a devida compreensão do Código Civil de 2002 depende de “uma operação ideológica e cultural que deve passar por uma imprescindível releitura principiológica, reconstitucionalizando o conjunto de regras que integre esse corpo de discurso normativo”:

Da morte por asfixia se salvou o Direito Civil contemporâneo ao abrir-se para além do neo-exegese. Do Direito formal chegou-se à legalidade constitucional. Nada obstante, de modo diferente dos civilistas tradicionais, o Direito Civil brasileiro contemporâneo tomou como norma vinculante os princípios constitucionais. Foi à fonte do novo constitucionalismo. O inverso também impende ser verdadeiro, para evitar que o Código Civil seja citado como sinônimo de Direito Civil, ou para os menos avisados que tomam o pretérito como presente, e ao fazerem caricatura do passado estão se projetando no objeto do que perdeu sentido (FACHIN, 2004)

Assim, a aplicação das normas infraconstitucionais deve ser realizada em atenção aos princípios constitucionais, que norteiam sua interpretação, o que não significa, como adverte Pedro Lôbo (2008, p. 21) que basta, simplesmente, a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. A constitucionalização do direito civil concretiza-se na aplicação das normas constitucionais de duas formas: (a) constatando-se a ausência de norma infraconstitucional para o caso concreto, cabe ao juiz extrair da norma constitucional todo o conteúdo necessário para a resolução do conflito; e (b) se houver norma infraconstitucional sobre a questão, esta deve ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis (LÔBO, 2008, p.21). Assim, a respeito do caso concreto ora examinado, a solução da controvérsia exige que a norma infraconstitucional existente seja interpretada de acordo com as normas constitucionais.

Por estas razões, não subsistem os argumentos expostos pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves pela constitucionalidade do artigo 1.790 do CCB, apenas pelo fato de que o constituinte não igualou expressamente os institutos jurídicos da união estável e do casamento. A diferença entre eles não tem o condão de determinar o tratamento inferiorizado dispensado pelo legislador civil ao companheiro. Outros fatores implicam na readequação da norma sucessória vigente: cite-se a equiparação das entidades familiares, os princípios da dignidade da pessoa humana e isonomia, a vedação ao retrocesso, além dos fundamentos do direito sucessório e a tendência de despatrimonialização do direito privado.

A respeito dos princípios informadores do direito de família, Pedro Luiz Neto Lôbo (2003, p. 209-211) faz interessante apanhado que têm íntima relação com o debate aqui delineado, merecendo destaque:

Hoje a família recuperou a função que, por certo, teve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. [...] Três são os mais importantes princípios constitucionais regentes das relações familiares: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade. O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais, nas relações familiares. [...] No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social. [...]

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção da entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador, à livre aquisição e administração do patrimônio familiar, ao livre planejamento familiar, à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos, à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas, à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. O princípio da igualdade, formal e material, relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos. [...]

Outro ponto ventilado pelo Relator no acórdão em análise diz respeito ao visível retrocesso na tutela da sucessão da união estável provocado pela publicação do Código Civil de 2002, em relação às leis 8.971/94 e 9.278/96, acerca do qual Maria Berenice Dias (2010, p. 167-168) tece importantes considerações:

O casamento e a união estável são merecedores da mesma e especial tutela do Estado. Todavia, em que pese a equiparação constitucional, a lei de forma retrógrada e equivocada outorgou à união estável o tratamento notoriamente diferenciado em relação ao matrimônio. [...] A consagração e a proteção assegurada às entidades familiares constituem garantia constitucional. Assim, não podem sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. Não é possível sequer limitar direitos que já haviam sido consagrados em leis anteriores. A legislação infraconstitucional não pode ter alcance jurídico social inferior ao que tenha sido estabelecido, originariamente, pelo constituinte, sob pena de ocorrer retrocesso ao estado pré-constituinte. É o que se chama de princípio da proibição do retrocesso social.

Assim, no caso apreciado, se adequadamente observamos os ditames constitucionais, de modo que a decisão fosse proferida em consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito e em conformidade com o Constitucionalismo Contemporâneo, a decisão não deveria ter sido reformada. O voto do Desembargador Relator Rui Portanova é condizente com as conclusões do estudo realizado e devidamente amparado pela Constituição Federal.

No caso concreto, a aplicação do art. 1.890, I, como norma mais benéfica ao companheiro, em nome da isonomia entre as entidades familiares deveria ter sido observada, pois a aplicação do artigo 1.790, II do Código Civil resulta em prejuízo para o companheiro supérstite, uma vez que segundo o mencionado artigo o companheiro herdará somente a metade do que o descendente exclusivo do *de cuius* receberá (considerando apenas os bens adquiridos na constância da união estável, nada recebendo quanto aos bens do *de cuius* anteriores ao início da relação), ao passo que, a aplicação do artigo 1.829, I, garante ao companheiro o recebimento da mesma quantia que o descendente, tudo em consonância aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Acerca da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski (2011, p. 11) sublinham a necessidade de uma adequação

interpretativa das leis infraconstitucionais a este princípio, denominando-a de “repersonalização” do direito civil, que compreende: “colocar a pessoa humana no centro das preocupações no Direito. Trata-se de revisitar, de algum modo, a idéia de que o ser humano é dotado de dignidade, e que constitui fim em si próprio”.

Neste sentido, dando a devida interpretação à norma infraconstitucional, os desembargadores do Quarto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 10 de julho de 2009, acolheram Embargos Infringentes, aplicando à companheira supérstite o regramento dado pelo Código Civil ao cônjuge<sup>45</sup>. Na decisão, o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves teve seu voto, pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, vencido. Em suma, o voto do Desembargador Relator André Luiz Planella Villarinho, que foi acompanhado pelos demais julgadores, estabeleceu que a aplicação do artigo 1.829, III do Código Civil à companheira sobrevivente era a solução adequada diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e igualdade. Esta decisão merece ser apontada como paradigmática dentro do tema proposto, pois interpreta a legislação ordinária de acordo com os ditames constitucionais e os aplica ao caso concreto, o que vem sendo defendido no presente estudo.

Outras diferenças entre a sucessão do cônjuge e do companheiro também podem ser apontadas, observando-se que elas não se prezam a garantir tratamento equânime, aos moldes da Constituição, por exemplo: o convivente não está incluído na ordem de vocação hereditária, tendo somente direito à concorrência sucessória quanto aos bens adquiridos na vigência do relacionamento<sup>46</sup>; é subtraída do parceiro sobrevivente a garantia da quarta parte da herança, cota mínima assegurada ao cônjuge sobrevivente, em concorrência com filhos

---

<sup>45</sup> EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. companheira sobrevivente. direito à totalidade da herança. EXCLUSÃO DOS colaterais. inaplicabilidade do art. 1.790, inc. III, do CÓDIGO CIVIL. Tendo a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, equiparado a união estável ao casamento, o disposto no art. 1.790, III, do Código Civil vigente colide com a norma constitucional prevista, afrontando princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, resguardados na Carta Constitucional, razão para ser negado vigência ao disposto legal. À união estável são garantidos os mesmos direitos inerentes ao casamento, efeito que se estende ao plano sucessório, mormente no caso em exame onde autora e de cujus viveram *more uxorio* por três décadas, obtendo o reconhecimento judicial desta união como estável aos fins da C.F. nexistindo descendentes e ascendentes, é da companheira sobrevivente o direito à totalidade da herança, excluindo-se os parentes colaterais. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. SUSCITADO INCIDENTE DE RESERVA DE PLENÁRIO. . (Embargos Infringentes 70027265545, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 10/07/2009).

<sup>46</sup> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais (BRASIL, 2002).

comuns<sup>47</sup>; o direito real de habitação é outorgado somente ao cônjuge<sup>48</sup>, sendo que lhe era garantido pela Lei 9.278/96, como referido no capítulo anterior.

Vislumbra-se assim, grande desprestígio da relação não matrimonial, como reflexo de um dos vieses criticados no presente estudo, qual seja, o apego dos juristas à tradição religiosa do casamento, como meio de justificar a maior valoração deste em detrimento à união estável. Em relação a estes apontamentos, Maria Berenice Dias (2010, p. 167, grifo do autor) traz uma solução para a aplicação da lei:

Quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de ter simplesmente tal referência como não escrita. Sempre que o legislador deixa de nominar a união estável frente à prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, deve tal omissão ser tida por inexistente, ineficaz e inconstitucional. Do mesmo modo, em todo texto em que é citado o cônjuge é necessário ler-se cônjuge ou companheiro.

Assim, nos casos apontados acima, a omissão do legislador deve ser interpretada extensivamente, abrangendo casamento (cônjuge) e união estável (companheiro).

A segunda decisão a ser examinada refere-se à garantia do direito real de habitação. Trata-se de Recurso Especial julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 09 de outubro de 2012, no qual foi reconhecido o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, conforme previsto no art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96, entendendo-se pela sua não revogação pelo Código Civil de 2002 em decorrência da aplicação do princípio da especialidade<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (BRASIL, 2002).

<sup>48</sup> Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (BRASIL, 2002).

<sup>49</sup> DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N. 9.278/96. RECURSO IMPROVIDO.

1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012.

2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, *caput*, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. art. 1º, III, da CRFB).

3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade. da omissão do Código Civil 4. Recurso improvido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.156.744 – MG (2009/0175897-8. Relator: Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgamento: 09/10/2012. Publicação: DJe 18/10/2012).

O Recurso Especial foi interposto de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que reconheceu o direito real de habitação para companheira sobrevivente, alegando ofensa ao artigo 1.831 do Código Civil, que prevê este direito apenas ao cônjuge supérstite.

O entendimento do Ministro Relator Marco Buzzi foi no sentido de o direito real de habitação relaciona-se ao direito à moradia<sup>50</sup>, garantido pela Constituição. Ademais, entendeu que apesar de não haver norma expressa no Código Civil garantidora deste direito ao companheiro, seu silêncio não o afasta, pois a evolução jurídica do instituto indica que este é aplicável, também, à união estável. Entendeu não ser razoável compreender que tal omissão se deu a fim de restringir o direito real de habitação aos companheiros.

Lembrou que, atualmente, tanto a jurisprudência constitucional quanto a doutrina especializada pugnam pela ampliação e efetivação dos direitos fundamentais, motivo pelo qual o âmbito de incidência destes tem sido alargado constantemente. Sustentou que a não extensão do direito real de habitação aos companheiros seria “hermenêutica inadequada, pois implicaria uma catagênese do direito social/fundamental, que é repelida, veementemente, pela teoria da proibição do retrocesso”, pois este direito perderia a abrangência anteriormente concedida (art. 7º da Lei n. 9.278/96).

Por fim, concluiu pela não revogação do referido dispositivo ante a ausência de qualquer regramento conflitante, citando a edição do Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em setembro de 2002: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput* da CF/88”, já referido no tópico 1.1.

Depois de delineados os aspectos históricos, antropológicos, legais, constitucionais e interpretativos (hermenêuticos) da questão disposta como objetivo da pesquisa, aproxima-se o final do trabalho, mas não da reflexão acerca do tema.

Como primeira consideração, adverte-se que, no nosso entendimento, não se trata de dar às duas figuras tratamento idêntico em todos os âmbitos da vida civil, e sim de conceder direitos, dentro do âmbito sucessório, que é o objeto deste estudo, condizentes à posição do que tanto o cônjuge, quanto o companheiro sobrevivente, ocupam dentro da entidade familiar. Como bem referido pelo Desembargador Rui Portanova, relator da primeira decisão

---

<sup>50</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

examinada, a atual legislação civil andou para trás ao retirar direitos antes concedidos aos companheiros pelas leis anteriores. Assim, o legislador civil não agiu dentro dos aportes constitucionais, ao passo que o atual regramento vai de encontro ao princípio a dignidade da pessoa humana.

Como solução da controvérsia e, em homenagem ao princípio da isonomia, defendemos o equilíbrio das garantias ao cônjuge e ao companheiro, no âmbito sucessório, pela interpretação da legislação conforme os princípios constitucionalmente postos. Como dito, não se trata de igualar em todos os aspectos da legislação civil a união estável e o casamento. Este posicionamento advém do retrospecto histórico, antropológico e político realizado, a partir do qual foi possível observar que, em relação aos fundamentos da sucessão, especialmente acerca do ideário de manutenção da propriedade da família, não há sentido, dentro da hermenêutica constitucional, tamanha distinção de direitos ao companheiro sobrevivente, em relação ao cônjuge. A partir do momento que a Constituição Federal equipara as entidades familiares, o tratamento legal delas tem que ser harmônico com isso, como na hipótese delineada neste estudo.

Sublinhe-se que, dentro da seara sucessória, não existe justificativa para que ao cônjuge seja garantida a totalidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes, excluindo-se os colaterais, e ao companheiro seja obrigatória a divisão com estes parentes, por exemplo.

Outra questão inconcebível dentro do panorama constitucional atual é a retirada de direitos já concedidos ao companheiro pelas legislações passadas, um real retrocesso. Lembra-se que a lei anterior garantia ao companheiro o direito real de habitação da residência que este dividia com o *de cujus*, sendo que tal garantia foi sucumbida pelo atual Código Civil, que passou a garanti-la somente ao cônjuge sobrevivente. Assim, faz com que o indivíduo prejudicado tenha que recorrer ao aparato judiciário para ter seu direito garantido, como é o caso da segunda decisão examinada

Evidente que não se pode igualar os dois institutos, até porque ao casamento são exigidas maiores formalidades em razão da segurança jurídica que este garante aos indivíduos. Citamos como exemplo a necessária citação em demandas envolvendo bens imóveis<sup>51</sup> (art. 10 CPC), a obrigatoriedade do registro de bens imóveis em nome de ambos os

---

<sup>51</sup> Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.

§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:

I - que versem sobre direitos reais imobiliários;

II - resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles;

cônjuges, entre outras. Estas medidas não são exigidas aos companheiros, o que dificulta a realização de negócios jurídicos com a devida segurança, que é garantida aos terceiros e aos cônjuges que com eles contratam.

Quanto à segurança jurídica, um exemplo que pode ser citado é a possibilidade de fraudes envolvendo a omissão da união estável, já que esta não possui qualquer documentação comprobatória, é a prestação de fiança por apenas um dos conviventes sem mencionar a existência da relação. Assim, se fossem aplicadas as mesmas regras do casamento, a ausência de concordância do convivente viciaria a outorga da fiança, tornando-a sem validade. Todavia, no caso da união estável, o terceiro (locador) dificilmente terá conhecimento da relação, e aceitará a outorga da fiança por apenas um dos conviventes. A este respeito, interessante comentar a decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em Agravo Regimental no Recurso Especial proferida em 17 de maio de 2011, com relatoria do Ministro Og Fernandes, na qual o agravante pleiteava a nulidade do contrato de fiança por não ter a concordância do convivente<sup>52</sup>. No caso, o locador não tinha conhecimento da relação estável do fiador, o que impediu, na visão do julgador (que consideramos correta), a anulação do negócio, pois tal seria beneficiar-se da própria torpeza, acarretando em vantagem ilícita ao locatário devedor e ao fiador.

Assim, até que tais determinações legais sejam alteradas, não se pode exigir a aplicação da totalidade das regras do casamento à união estável, sob pena de comprometimento da segurança jurídica. Isto porque, livre de maiores formalidades para sua constituição, bastando apenas o fato social da convivência contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família (art. 1.723 do Código Civil<sup>53</sup>), a união estável não garante aos

---

III - fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados;

IV - que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges.

§ 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse ou de ato por ambos praticados (BRASIL, 1973a).

<sup>52</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA SEM OUTORGA UXÓRIA. SÚMULA 332/STJ. PARTICULARIDADE FÁTICA DO CASO CONCRETO QUE AFASTA A APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO SUMULADO DESTA CORTE. MEAÇÃO DA COMPANHEIRA RESGUARDADA. 1. Tendo o fiador faltado com a verdade acerca do seu estado civil, não há como declarar a nulidade total da fiança, sob pena de beneficiá-lo com sua própria torpeza. 2. Assegurada a meação da companheira do fiador, não há que se falar em ofensa à legislação apontada. Particularidade fática do caso que, por si só, afasta a aplicação do entendimento fixado pela Súmula nº 332/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.095.441 - RS (2008/0228617-6). Ângela Maria Garcia Menezes e Alberto Miele. Relator: Ministro Od Fernandes. Julgamento: 17/05/2011. Publicação: DJe: 01/06/2011).

<sup>53</sup> 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 (BRASIL, 2002).

conviventes ou a terceiros a mesma segurança que o casamento, com sua certidão, permite. Daí exsurge a facilitação da conversão da união estável em casamento<sup>54</sup>, modo pelo qual se alcança a mesma segurança jurídica.

No tocante à possível insegurança jurídica advinda da informalidade da união estável, cita-se a questão registral: de acordo com a Lei dos Registros Públicos<sup>55</sup> (Lei 6.015/73), somente o casamento tem o condão de alterar o registro civil do indivíduo, constituindo estado civil e dando conhecimento de tanto a terceiros. O mesmo não é possível ao contrato de união estável, pois o mesmo não é averbado ao registro civil do cidadão. O artigo 9º do Código Civil<sup>56</sup>, igualmente, não prevê a averbação no registro civil do contrato de união estável, que pode ser feito por escritura pública.

Todavia, como esboçado acima, algumas extensões interpretativas devem ser realizadas, ao menos até que haja a total adaptação legislativa<sup>57</sup>, como é o caso da questão

<sup>54</sup> Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil (BRASIL, 2002).

<sup>55</sup> Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.

§ 1º Os Registros referidos neste artigo são os seguintes:

I - o registro civil de pessoas naturais;

Art. 2º Os registros indicados no § 1º do artigo anterior ficam a cargo de serventuários privativos nomeados de acordo com o estabelecido na Lei de Organização Administrativa e Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios e nas Resoluções sobre a Divisão e Organização Judiciária dos Estados, e serão feitos:

I - o do item I, nos ofícios privativos, ou nos cartórios de registro de nascimentos, casamentos e óbitos;

Art. 33 Haverá, em cada cartório, os seguintes livros, todos com 300 (trezentas) folhas cada um:

I - "A" - de registro de nascimento;

II - "B" - de registro de casamento;

III - "B Auxiliar" - de registro de casamento Religioso para Efeitos Civis

IV - "C" - de registro de óbitos;

V - "C Auxiliar" - de registro de natimortos;

VI - "D" - de registro de proclama (BRASIL, 1973b).

<sup>56</sup> Art. 9º Serão registrados em registro público:

I - os nascimentos, casamentos e óbitos;

II - a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz;

III - a interdição por incapacidade absoluta ou relativa;

IV - a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.

Art. 10. Far-se-á averbação em registro público:

I - das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal;

II - dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (BRASIL, 2002).

<sup>57</sup> Faz-se imperioso ressaltar que algumas modificações legislativas estão em andamento, como é o caso do projeto de lei nº 2285/2007. Este projeto prevê a criação do "Estatuto das Famílias" e, entre outras modificações, insere a possibilidade de alteração do registro civil pela união estável, inserindo uma nova possibilidade de estado civil ao ordenamento pátrio. Neste sentido, a justificativa do projeto quanto às modificações concernentes à união estável: "O Estatuto procurou eliminar todas as assimetrias que o Código Civil ostenta em relação à união estável, no que concerne aos direitos e deveres comuns dos conviventes, em relação aos idênticos direitos e deveres dos cônjuges. Quando a Constituição se dirige ao legislador para que facilite a conversão da união estável para o casamento, não institui aquela em estágio provisório do segundo. Ao contrário, a Constituição assegura a liberdade dos conviventes de permanecerem em união estável ou a converterem em casamento. Da mesma maneira, há a liberdade de os cônjuges se divorciarem e constituírem em seguida, ou tempos depois, união estável entre eles, se não desejarem casar novamente. Uniformizaram-se os deveres dos conviventes, entre si, em relação aos deveres conjugais. Optou-se por determinar que a união estável constitui estado civil de

sucessória em debate, na qual as garantias dadas ao cônjuge devem ser estendidas ao companheiro, pois, dentro da família e diante da equiparação constitucional das entidades familiares, não se admite tratamento desigual no âmbito patrimonial.

Assim, deve-se estender ao companheiro o mesmo regramento sucessório do cônjuge, pois ambos são figuras igualmente importantes no seio familiar, pela simples razão de ter o constituinte equiparado as entidades familiares, independentemente do modo que foram constituídas. Qualquer tratamento distinto, nestes casos, é clara violação à dignidade da pessoa humana, e, portanto, inconstitucional.

Portanto, infere-se que a realização de modificação formal da legislação para a efetivação do desejo constitucional de total equiparação do convivente estável ao cônjuge faz-se imperiosa. Especificamente no âmbito sucessório, o tratamento deve ser, desde já, igualitário, pois a sucessão *causa mortis* tem por escopo garantir a continuidade afetiva e patrimonial da entidade familiar remanescente. Dentro dela, tanto cônjuge, como companheiro, possuem a mesma importância, o que autoriza o tratamento imposto pelo constituinte, devendo-se considerar não escritas as normas que tragam tratamento inferior a qualquer das figuras.

---

“convivente”, retomando-se a denominação inaugurada com a Lei nº 9.263/1996, que parece alcançar melhor a significação de casal que convive em união afetiva, em vez de companheiro, preferida pelo Código Civil. Por outro lado, o convivente nem é solteiro nem casado, devendo explicitar que seu estado civil é próprio, inclusive para proteção de interesses de terceiros com quem contrai dívidas, relativamente ao regime dos bens que por estas responderão.”. Dispõe o parágrafo único do artigo 63 do referido projeto: “Parágrafo único. A união estável constitui estado civil de convivente, independentemente de registro, e deve ser declarado em todos os atos da vida civil.” (IBDFAM, 2007).

## CONCLUSÃO

O presente estudo tem por escopo demonstrar a evolução da concepção de família no decorrer da formação da sociedade. A formação de entidades familiares é observada desde os primórdios da pré-história, evoluindo juntamente com a história, com os mais diversos contornos, dependendo da época e da civilização em questão, como demonstrado em apanhado histórico-antropológico realizado.

Com a análise histórica buscou-se verificar a evolução dos institutos de direito civil, a partir da observação das relações determinadoras da origem e das modificações sofridas pelos institutos civis e os reflexos disso nos atuais, dentro das concepções da família e sua formação (casamento e união estável). O viés antropológico foi imprescindível para entender as influências sofridas pela humanidade que determinaram sua evolução social, buscando-se determinar os fatores preponderantes para a formação dos núcleos familiares no decorrer dos períodos históricos, como por exemplo, a sexualidade, procriação, afeto, interesses patrimoniais, religião, etc.

Isto porque, todos os fatos relevantes juridicamente, são, primeiramente, fatos sociais e depois passam a ser regulados pelo direito. O mesmo ocorre com a família. Assim, o direito de família foi moldado ao decorrer da história da sociedade e o estágio atual se deve a toda formação histórica, antropológica e jurídica da humanidade.

Partindo-se do estudo das relações humanas nos primórdios da humanidade, época em que se vivia em estado de barbárie, foi possível vislumbrar a formação dos grupos familiares que, no decorrer do tempo, determinaram a ordem social agora imperante. Todas as mudanças no modo de vida dos indivíduos, como domesticação de animais e cultivo de alimentos interferiram na formação das estruturas familiares, que inicialmente grupais, foram delimitando-se, aos poucos, a dois indivíduos.

A tradição do direito civil atual, nos países da *civil law*, entre eles o Brasil, é formada especialmente pela conjunção das tradições do direito civil romano e canônico, no que tange aos institutos envolvendo a família e suas relações, examinados no presente estudo.

Inserindo-se no estudo o Direito Romano, observa-se a grande influência deste para o atual direito sucessório, pois em Roma, a delimitação da família também tinha por pressuposto o aspecto patrimonial dos indivíduos, bem como a manutenção deste patrimônio dentro dela.

Igualmente importante para a formação da cultura jurídica atual, o direito canônico é apontado pelos estudiosos como o grande pilar da Idade Média. Contribuição deste período, as formalidades impostas ao casamento religioso, o único então admitido, estendem-se até hoje no ordenamento de países da *civil law*, como o nosso.

A respeito do direito canônico, observou-se que muitos dos ditames originalmente pregados pela religião (como a virgindade e continência sexual) foram paulatinamente modificados, como meio de adequar a religião às vontades sociais. Visivelmente, isto se tratou de manobra política da Igreja, para manter sua grande quantidade de fiéis e seu poderio político, econômico e social. Assim, neste período, a força social e política da Igreja contribuiu para que a concepção romana do *matrimonium* fosse modificada, passando a ser entendida como relação jurídica, produzindo efeitos jurídicos de longo alcance e necessitando de maiores formalidades para sua dissolução, por exemplo.

Constatou-se que a evolução das características familiares até o nosso tempo, tem relação direta com a sacramentalização do matrimônio. A história cristã nos permite entender a evolução dos conceitos pregados no início do cristianismo e a influência que a religião exerce até hoje em nossa sociedade. Visando verificar se na atual legislação brasileira existia, ainda, determinações de caráter religioso, foram esculpidos também comentários acerca da laicidade do Estado brasileiro. Observou-se que, inobstante a intitulação “Estado laico” desde a Constituição da República de 1891, ainda nos dias atuais diversos dispositivos de lei dão maior valoração aos institutos referendados pela religião cristã.

Teceu-se ainda, brevemente, considerações acerca das leis reguladoras do instituto da união estável, especialmente as leis 8.971/94 e 9.278/96, apontando-se os fundamentos do direito sucessório, calcado na manutenção da propriedade no seio familiar. Observou-se que a ideia de sucessão como continuação patrimonial da família, tem como função a manutenção da segurança jurídica da sociedade.

Também como premissa para a interpretação hermenêutica da legislação sucessória do cônjuge e companheiro, objetivo principal deste estudo, deu-se a atenção às matrizes do Estado Democrático de Direito, traçando-se esboço histórico de sua formação e análise principiológica.

Assim, a partir de uma abordagem filosófica do assunto, com o amparo dos princípios constitucionais e da doutrina do Constitucionalismo Contemporâneo, realizou-se o exame de julgados dos tribunais pátrios envolvendo as questões polêmicas quanto à sucessão do cônjuge e do companheiro.

Ao final, foi possível concluir que a legislação infraconstitucional tuteladora da união estável no âmbito sucessório não segue as determinações constitucionais, por tratar de forma discrepante e inferior o companheiro sobrevivente. A Constituição Federal de 1988 equiparou as entidades familiares, independente da sua formação. Ao fazer isso, o constituinte igualou a importância dos indivíduos no seio familiar.

Assim, considerando-se como fundamento do direito sucessório a manutenção da propriedade na família, sem esquecer a afetividade como pilar fundamental das relações familiares, não é possível conceber, dentro do ideário do Estado Democrático de Direito, a existência de normas diferenciadoras do cônjuge e companheiro. A influência religiosa absorvida pelo legislador é facilmente evidenciada no tratamento inferiorizado garantido ao companheiro pelo Código Civil de 2002.

Este tratamento é inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade humana, ao tratar de forma diferenciada figuras igualmente importantes, equiparadas pela Constituição, dentro do seio familiar.

Outro ponto que merece destaque é o visível retrocesso, fruto de descuido (e desleixo) do legislador no trato com a união estável, ao suprimir da nova legislação civil o direito real de habitação garantido pela lei anterior, o que igualmente fere os ditames constitucionais. Trata-se de violação à vedação ao retrocesso, motivo pelo qual se deve estender a aplicação da legislação do cônjuge ao companheiro, como têm feito os tribunais superiores, conforme jurisprudência colacionada.

Adverte-se, todavia, que o tratamento igualitário ao cônjuge e companheiro em todos os aspectos da vida civil, apesar da igualdade prevista na constituição, não pode ser viabilizada no atual estágio da legislação infraconstitucional, sob pena de ferir, gravemente, a segurança jurídica. Isto porque, dada a ausência de formalidades para sua verificação, a união estável, quando não devidamente registrada, constitui mero fato social. Salienta-se, desse modo, que o não conhecimento de terceiros da relação não pode constituir manobra para atos ilícitos e fraudes. Um exemplo analisado trata de arguição de nulidade de contrato de fiança em razão da ausência de concordância do convivente. Tal não merece prosperar, e não foi aceito, corretamente, pelo julgador em decisão examinada, pois viabilizaria fraude a credor.

Assim, inobstante grande parte da doutrina defender a aplicação estendida de todos os dispositivos referentes ao casamento à união estável, o que é constitucionalmente correto, a nosso ver, não existe até o presente momento, viabilidade legal (sob pena de apego excessivo à forma) no Brasil. Para exemplificar, citou-se a questão registral: de acordo com a Lei dos Registros Públicos, somente o casamento tem o condão de alterar o registro civil do

indivíduo, constituindo estado civil e dando conhecimento de tanto a terceiros. O mesmo não é estendido ao contrato de união estável, pois este não é averbado ao registro civil.

Portanto, da presente pesquisa concluiu-se que se faz imperiosa a realização de modificação formal da legislação para a efetivação do desejo constitucional de total equiparação do convivente estável ao cônjuge.

No âmbito sucessório, o tratamento deve ser, desde já, igualitário, pois a sucessão *causa mortis* tem por escopo garantir a continuidade afetiva e patrimonial da entidade familiar remanescente. Dentro dela, tanto cônjuge, como companheiro, possuem a mesma importância, o que autoriza o tratamento imposto pelo constituinte, devendo-se considerar não escritas as normas que tragam tratamento inferior a qualquer das figuras.

Por óbvio que o estudo desta questão continua em aberto, e o posicionamento aqui adotado não tem o condão de encerrar esta pesquisa, pois, como já referido, o direito é ciência social e deve, sempre, adaptar-se às mutações da sociedade, da forma mais célere e efetiva possível.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Ivan Gerage. Notas sobre o Estado Democrático de Direito. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 16, n. 3041, 29 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20310>>. Acesso em: 23 out. 2012.

AVELAR, Idelber. Vitória histórica do Estado Laico no Rio Grande do Sul. **Revista Fórum**. 07 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/idelberavelar/2012/03/07/vitoria-historica-do-estado-laico-no-rio-grande-do-sul/>>. Acesso em: 27 out. 2012.

BESSA NETO, Guilherme. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3072, 29 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20527>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

BOECKEL, Fabrício Dani de. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro estável. In: BOECKEL, Fabrício Dani de.; ROSA, Karin Regina R. (Coord.). **Direito Sucessório em Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em 12 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Rio de Janeiro: Dom Pedro I, Imperador, 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em 12 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1973b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 maio 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Impossibilidade de declaração de nulidade de fiança na qual o fiador omitiu união estável**. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.095.441 - RS (2008/0228617-6). Relator: Ministro Og Fernandes. Sexta Turma. Julgamento: 17/05/2011. Publicação: DJe: 01/06/2011). Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Default.asp?registro=200802286176&dt\\_publicacao=01/06/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Default.asp?registro=200802286176&dt_publicacao=01/06/2011)>. Acesso em: 20 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Vigência do art. 7º da lei n. 9.278/96, direito real de habitação do companheiro**. Recurso Especial nº 1.156.744 – MG(2009/0175897-8). Relator: Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgamento: 09/10/2012. Publicação: DJe 18/10/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=direito+real+de+habita%E7%E3o+companheiro&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 380**. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)>. Acesso em 18 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Constitucionalidade do art. 1.790, II do Código Civil, que confere tratamento diferenciado ao companheiro e ao cônjuge**. Embargos Infringentes nº 70032120735. Horácio Monteiro Neto e Américo Almeida da Silva. Quarto Grupo Cível. Relator: Desembargador Rui Portanova. 12 mar. 2010. Disponível em: <[http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versa](http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versa)>

o\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\_comarca%3D700%26num\_processo\_mask%3D70032120735%26num\_processo%3D70032120735%26codEmenta%3D3629232+sucess%C3%A3o+c%C3%B4njuge+companheiro&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\_no\_dtd&oe=UTF-8&numProc=70032120735&comarca=Santa+B%EA1rbara+do+Sul&dtJulg=12-03-2010&relator=Rui+Portanova>. Acesso em: 01 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Inaplicabilidade do art. 1.790, III, do Código Civil**. Embargos Infringentes 70027265545. Geni Verza e outros. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Quarto Grupo Cível. Julgado em 10 jul. 2009. Disponível em: <[BULOS, Uadi Lammêgo. \*\*Curso de Direito Constitucional\*\*. Rev. E atual. De acordo com a emenda constitucional n. 56/07. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.](http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70027265545%26num_processo%3D70027265545%26codEmenta%3D3076976+EMBARGOS+INFRINGENTES.+UNI%C3%83O+EST%C3%81VEL.+SUCESS%C3%83O.+COMPANHEIRA+SOBREVIVENTE.+DIREITO+%C3%80+TOTALIDADE+DA+HERAN%C3%87A.+EXCLUS%C3%83O+DOS+COLATERAIS.++INAPLICABILIDADE+DO+ART.+1.790%2C+INC.+III%2C+DO+C%C3%93DIGO+CIVIL.+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70027265545&comarca=Ant%F4nio+Prado&dtJulg=10-07-2009&relator=Andr%E9+Luiz+Planella+Villarinho>. Acesso em: 03 dez. 2012.</p>
</div>
<div data-bbox=)

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil, volume 6: Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CANELLAS, Maria Isabel Jesus Costa. Do direito sucessório dos cônjuges: Análise em paralelo com a sucessão do convivente. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 503-520.

CURY, Afifi Habib. A união estável analisada sob o aspecto processual entrelaçado com o direito material. In: \_\_\_\_\_. **Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 387-425.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios. **Notadez**. Porto Alegre, v. 52, n. 324, p. 16-19. Out. 2004. Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/revista\\_on\\_line/artigo%2022.pdf](http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2022.pdf)>. Acesso em 20 nov. 2012.

\_\_\_\_\_; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **ANIMA : Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**. Curitiba, ano 3, n. 5, 2011. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2012.

FERNANDES, Fátima Regina. A recepção do Direito Romano no Ocidente europeu medieval: Portugal, um caso de afirmação régia. **História: Questões & Debates**, Curitiba, n.41, 2004. p. 73-83. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/77116873/Direito-Romano-e-Canonico-1>>. Acesso em: 01 out. 2012.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GILISSEN, John (1979). **Introdução Histórica ao Direito**. 4. ed. Tradução: Antônio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 07: Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. In: FIUZA, César.; SÁ, Maria de Fátima Freire de.; Naves, Bruno Torquato de Oliveira. (Coord.) **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 93-114.

IBDFAM - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Estatuto das Famílias: Projeto de Lei nº 2285/2007**. Porto Alegre: Magister, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2011.

KASER, Max (1992). **Direito Privado Romano**. Tradução: Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LEVY, Maria Stella Ferreira. Um panorama histórico-comparativo do casamento, do parentesco e da família. In: \_\_\_\_\_. **Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 325-363.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: \_\_\_\_\_. **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.

LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19 – 28

MARIA, Júlio. **A Igreja e a República**. Distrito Federal: Editora Universidade de Brasília, 1981, v. 9.

MERRYMAN, John Henry (1969). **La tradición jurídica romano-canónica**. Tradução: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita**. São Paulo: LTr, 2011.

NERI, Marcelo Côrtes (Coord.). **Novo mapa das religiões**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de família no novo código civil. In: \_\_\_\_\_. **Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 365-386.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1-9.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v. 55. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de Direito Romano**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho; Gláucia Carvalho. 27 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez**. 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878&caixaBusca=N>>. Acesso em 27 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Supremo reconhece união homoafetiva**. 05 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&caixaBusca=N>>. Acesso em 27 out. 2012.

STRECK, Lênio. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, jan.-jun. 2009. p. 65-77. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/index.php?e=1>>. Acesso em 27 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: \_\_\_\_\_. **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-157.

TRAESEL, Clório Erasmo. Considerações acerca do testamento na perspectiva da hermenêutica filosófica. In: \_\_\_\_\_. **Direito Sucessório em Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 181-206.

VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no ocidente cristão**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

VIANNA, Túlio Lima. Estado e religião: Debate sobre aborto demonstra influência religiosa no STF. **Revista Consultor Jurídico**, 24 out. 2004. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2004-out-24/debate\\_aborto\\_demonstra\\_influencia\\_religiosa\\_stf](http://www.conjur.com.br/2004-out-24/debate_aborto_demonstra_influencia_religiosa_stf)>. Acesso em: 02 de nov. 2012.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução: Antônio Manuel Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

XIMENES, Julia Maurmann. Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito. **Atena: revista integrada dos cursos jurídicos IESB e Metropolitana**. Brasília: IESB, 2008. Disponível em: <<http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/?fuseaction=fbx.Materia&CodMateria=3384&CodEditoria=20>>. Acesso em: 10 out. 2012.