

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR**

**A VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE E DO
COMPANHEIRO DIANTE DO NOVO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO:
Uma abordagem constitucional à luz da jurisprudência do Tribunal de
Justiça de Santa Catarina.**

RAUL GUILHERME GALDINO DE SOUZA

FLORIANÓPOLIS

2014

RAUL GUILHERME GALDINO DE SOUZA

**A VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE
E DO COMPANHEIRO DIANTE DO NOVO DIREITO SUCESSÓRIO
BRASILEIRO: Uma abordagem constitucional, à luz da jurisprudência do
Tribunal de Justiça de Santa Catarina.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina,
como exigência parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a MSc. Renata Raupp
Gomes.

FLORIANÓPOLIS

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC

Aos 10 dias do mês de Dezembro do ano de 2014, às 17 horas e 30 minutos, na sala 205 do CCJ do CCJ, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado "**A vocação hereditária e a concorrência do cônjuge e do companheiro diante do novo direito sucessório brasileiro: uma abordagem constitucional, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Raul Guilherme Galdino de Souza**, matrícula nº 10100134, composta pelos membros Renata Raupp Gomes (Presidente), Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa e Ezair Meurer, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Aprovação Integral

Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

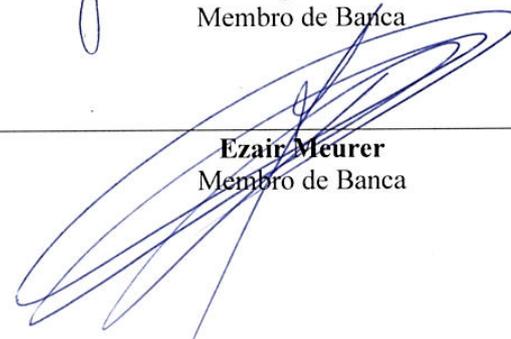
Florianópolis, 10 de Dezembro de 2014



Renata Raupp Gomes
Professor(a) Orientador(a)



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Membro de Banca



Ezair Meurer
Membro de Banca

RESUMO

Este trabalho monográfico destinado à apresentação à Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a colação do grau de bacharel em Direito, tem o objetivo de investigar a inconstitucionalidade, em tese, da diferenciação imposta pelo art. 1.790 e seus incisos, em especial o inciso III, entre o cônjuge e o companheiro na sucessão legítima. O estudo partiu de uma análise histórica e antropológica do instituto da família, que transitou entre a ideia de família na história antiga, na idade média, até a contemporaneidade, e como as noções de conjugalidade e família se completavam. A partir deste cenário, foram analisadas as diferenças e semelhanças relevantes ao Direito Sucessório que possam existir entre a relação constituída pelo casamento, formalizado, solene, e aquela constituída por uma união estável. Foram consultadas bibliografias de vários ramos da ciência, transitando-se entre a Psicologia, a História, a Antropologia, e por fim o próprio Direito. Uma vez apresentada a família no seu contexto histórico e antropológico, foi feita uma análise constitucional da proteção à família, apresentadas as várias formas de entidades familiar identificadas pela doutrina familista, alvo de proteção do Estado enquanto base da sociedade. Passou-se, então, à apresentação da evolução hermenêutica acontecida na história recente, que alçou a constituição a um papel mais preponderante no Direito, e deu origem ao *neoconstitucionalismo* ou *positivismo lógico*, uma doutrina em que os princípios ocupam um papel mais determinante no Direito, e o controle de constitucionalidade – que verifica se as regras jurídicas estão compatíveis com estes princípios – passou a ocupar papel de destaque no exercício da função jurisdicional do Estado. Posteriormente, o trabalho se voltou para um plano mais concreto, com enfoque na explicação do regramento jurídico dado à sucessão e de que forma esse tratamento se diferencia quando se trata de sucessão de cônjuge ou de companheiro(a), e de que forma essa diferenciação contraria a Constituição Federal. Por fim, a investigação se ateve a apresentar o desenvolvimento jurisprudencial recente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina a respeito da questão, comparado à jurisprudência do STJ.

Palavras-chave: art. 1.790 CC, inconstitucionalidade, sucessão de cônjuge e companheiro, igualdade, âmbito familiar.

ABSTRACT

This monograph intended for the Federal University of Santa Catarina submission as a requirement for Bachelor of Law degree, aims to investigate the unconstitutionality, in theory, imposed by the differentiation in article 1790 and its items, particularly section III, between the spouse and the companion in legitimate succession.

The study started from an historical and anthropological analysis of the Family Institute, which moved between the family idea in ancient history, middle age, until nowadays, and how the notions of marital relations and family completed each other. From this scenario, the relevant differences and similarities in Inheritance Law that may exist between the relationship constituted by formal or solemm marriage, and that consistent by a stable relationship were analyzed.

Bibliographies of various branches of science were consulted, transiting among Psychology, History, Anthropology, and finally the law itself. Once presented the family in its historical and anthropological context, a constitutional analysis of family protection was made, the various forms of family entities identified by doctrine regarding the issue were presented, as basis of society target of State protection.

The hermeneutics evolution happened in recent history was presented, which lifted the constitution to a greater role in the law, and gave the neoconstitutionalism or logical positivism, a doctrine in which the principles occupy a more prominent role in law and the judicial review – which checks whether the legal rules are compatible with these principles – has come to occupy a prominent role in the exercise of State judicial function.

Subsequently, the work moved towards a more concrete plan, focusing on the legal establishment explanation given to inheritance and how that treatment is different when it comes to succession of spouse or partner, and how this differentiation violates the Federal Constitution. Finally, the research highlighted the recent jurisprudential development of the Santa Catarinas's Court on the issue, compared to the Supreme Court's jurisprudence.

Sumário

RESUMO.....	4
ABSTRACT	5
INTRODUÇÃO	8
1. A formação da família contemporânea.....	12
1.1. Conjugalidade: da vida para o direito.....	13
1.1.1. Conjugalidade na prática.....	13
1.1.2. Conjugalidade na teoria	19
1.2. A legitimação da conjugalidade exclusivamente pelo casamento....	21
2. A FAMÍLIA DIVERSIFICADA: VÁRIAS FORMAS DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR	29
2.1. Igualdade material vs igualdade formal	33
2.2. A pluralidade familiar como consequência da diversidade enquanto parte integrante da sociedade contemporânea	37
2.2.1. A família matrimonial	39
2.2.2. A família informal.....	40
2.2.3. A família monoparental.....	42
2.2.4. A família anaparental.....	43
2.2.5. A família reconstituída	43
2.2.6. A família paralela.....	44
2.2.6.1. A questão da sucessão no cenário da família paralela	45
2.2.6.2. Poliamor	46
2.2.7. A família eudemonista	46
2.2.8. A família homoafetiva	47
2.2.9. Família Conjugal	49
2.3. A extensão da igualdade entre cônjuges e companheiros.....	51

3. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO	57
3.1. Evolução hermenêutica recente: efetividade constitucional	59
3.1.1. Princípios aplicáveis ao Direito de Família e Sucessões tangentes à presente investigação	64
3.1.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana	65
3.1.1.2. Princípio da igualdade material	66
3.1.1.3. Princípio da afetividade	67
3.1.1.4. Princípio do pluralismo das entidades familiares	68
3.2. Caráter discriminatório e inconstitucional dos incisos III e IV do art. 1790 do CC	69
3.3. Posicionamento do TJSC quanto ao tema	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

Se o direito brasileiro se referencia por uma matriz romano-germânica, e a sociedade brasileira – como Darcy Ribeiro (1995) exprime em O Povo Brasileiro – é fruto da amálgama do negro africano, do índio nativo e do branco europeu (predominantemente português), é impossível tratar de temas abstratos e abrangentes como Família e Sucessão sem correr o risco de ser submetido à pecha de eurocentrista. Infelizmente, deste triunvirato cultural, no que diz respeito às relações de poder, das quais faz parte o direito, o homem europeu se sobrepôs de maneira quase que irresistível sobre os demais, e esse é o Brasil que se tem.

Por isso, antes de qualquer coisa, no primeiro capítulo, o presente estudo busca, como meio para a devida compreensão do problema principal, os conceitos de casal e, conseqüentemente, família, partindo do ponto de vista predominante na formação do modelo de sociedade vigente no Brasil.

Com este conceito em mente, ainda no primeiro capítulo, o trabalho se desenvolve no desenhar do caminho percorrido pela noção de família, calcada na conjugalidade, na translação da vida para o direito. Com vistas a delinear o percurso realizado pelo conceito, investigação se debruça sobre a forma que a legitimidade desse instituto – a família, o lar – sob a égide do Estado se estabeleceu. Em outras palavras, como o Estado se apropriou do direito de dizer que uma família é legítima, digna, autorizada, e outra não.

Como parte de um processo de reversão daquela superposição irresistível, o regime constitucional atual materializou a dissolução dessa discriminação estatal sobre as diversas famílias – que sempre existiram, e são fruto da amálgama de povos que o Brasil sempre foi, e não novidade da modernidade, mas só agora está sendo considerada pelo Estado e pelo Poder.

O percurso histórico é descrito passando pela antiguidade, pelo medievo e pela modernidade, até chegar no que alguns estudiosos preferem enxergar como o auge da modernidade, e outros chamam de pós-modernidade, isto é, o início da era em que se vive. No fim dessa linha de raciocínio, o primeiro capítulo se faz entender pelas palavras de juristas que

escreveram há poucas décadas buscando fazer entender o Direito, com a expressão de um tempo que passou, mas ainda surte efeitos. Exemplo disso é a linguagem com que se faz referência à concubina na década de 70 do séc XX: ela compõe a família ilegítima, seus filhos não são tratados pelo Estado com a mesma dignidade que seriam tratados se tratássemos de um casamento.

O objetivo do primeiro capítulo foi mostrar como a família da forma que se conhece hoje se formou, a partir das eras passadas. Uma vez apresentada essa formação, o segundo capítulo se apresenta para explicar reconhecimento levado a cabo pelo Direito de Família à pluralidade familiar que nunca deixou de ser uma realidade no Brasil e no mundo.

A isonomia de tratamentos pelo Estado às diferentes entidades familiares não é possível se ignorado o princípio da igualdade material, que se expressa na obrigação do Estado de tratar de maneira desigual, os desiguais, na medida da sua desigualdade. Tal tratamento desigual não justifica, porém, arbitrariedades; isto é, o *discrímen* positivo só será justificado se tiver o propósito de superar uma desigualdade material que deva ser superada, fora dessas circunstâncias, o tratamento discriminatório não serve ao desenvolvimento de uma sociedade mais justa, objetivo gravado na Constituição Federal. O segundo capítulo se ocupa de explicar o papel da igualdade material para este desenvolvimento de uma sociedade mais justa, e de como isso interfere na questão investigada.

É apresentada, ainda no segundo capítulo, a família como entidade legitimamente plural. É feita uma leitura de importantes obras do Direito de Família, as mais atualizadas, com vistas a apresentar as diversas formas de família, todas reconhecidas como dignas de proteção do Estado, num rol meramente exemplificativo. Consolida-se o papel do afeto como elemento formador da unidade familiar, e é reconhecida a capacidade de mutação da família, que tem seu exemplo icônico na família mosaico.

O desafio do segundo capítulo se completa com a explicação da extensão da igualdade e da desigualdade entre cônjuges e companheiros, no sentido de fazer compreender até onde se justifica o tratamento desigual

decorrente da natureza diversa de cada entidade, e a partir de onde esse tratamento é discriminatório.

Uma vez apresentada esta noção, que será retomada na metade do terceiro capítulo; fez-se necessário, no terceiro capítulo, um esforço voltado para a compreensão da evolução hermenêutica vivida pelo Direito Brasileiro nas últimas décadas, na forma da alçada da Constituição ao seu legítimo lugar, qual seja, o de centro de gravidade do sistema jurídico. A este processo, a doutrina vem chamando de *neoconstitucionalismo*, ou *pós-positivismo lógico*, e tem por consequência principal a *constitucionalização dos direitos*, manifesta pelo papel preponderante dos princípios constitucionais sobre as relações jurídicas propriamente ditas. Em outras palavras, a Constituição passou a ser dotada de *efetividade*, ainda que se trate de preceitos de eficácia limitada ou contida. Não existem preceitos constitucionais “meramente programáticos”, destinados ao legislador, sem efeitos no mundo concreto. Se inexistir lei, ou se a lei contraria o que está consolidado na Carta Magna, é o conteúdo principiológico que imporá seu sentido sobre o mundo dos fatos.

Explicado o papel dos princípios na exegese do direito, foi imprescindível a indicação dos princípios que norteiam as questões estudadas do Direito de Família e Sucessões. É a partir da explicação enumerada de alguns dos mais importantes princípios relacionados ao ramo do Direito estudado, que se passa, no momento seguinte, a explicar o ponto central do trabalho: o caráter discriminatório existente no Direito Civil no regramento sucessório do cônjuge ou companheiro sobrevivente, e de que forma essa discriminação interagem com os princípios elencados.

Para tanto, se fez necessária uma explicação de como é o regramento sucessório em cada caso, para serem apontadas e analisadas as distinções. Neste momento do trabalho, é apresentada uma tabela que contém a indicação da solução para cada caso, conforme se trate de casamento ou de união estável.

Por fim, devidamente aclarado o desenvolvimento histórico da noção de família e conjugalidade, a pluralidade das entidades familiares no Direito Brasileiro, os princípios constitucionais que norteiam este ramo do Direito, e

apresentado o regramento que regula a sucessão de cônjuges e companheiros, após breve introdução acerca do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, foi exposto o estágio atual de desenvolvimento da jurisprudência no Tribunal de Justiça. Em contraponto, foram abordadas algumas decisões de outros tribunais como o do Rio Grande do Sul e São Paulo, e comparadas com os indícios de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e com o já firmado posicionamento, no mesmo sentido, do Tribunal de Justiça do Paraná.

1. A formação da família contemporânea

"A família é constituída pelo casamento, de união indissolúvel, entre homem e mulher" (PEREIRA, 2012, p.21). Ora, para se formar uma família, basta casar, comprar uma casa e fazer um filho. Ao menos seria esta a resposta mais acertada para algo em torno de cinco décadas atrás. As coisas mudaram (e têm mudado mais rápido do que se pode ler e ajustar as soluções jurídicas a elas), e mal se pode falar de *A Família*, mas de *As Famílias*. A representação que as artes faziam da *Sagrada Família* como modelo a ser seguido pela *crístandade*, caso se quisesse adequá-lo à atualidade, o quadro seria o meio inadequado para a adaptação, mas num filme multidimensional, com várias histórias simultâneas, umas mais frequentes que outras, mas todas igualmente legítimas.

A família, célula básica de toda e qualquer sociedade, conjunto de pessoas ligadas por vínculos diversos, frequentemente de consanguinidade, com o fim de buscar a felicidade na convivência, encontra proteção especial do Estado, que a reconhece de maneira aberta. "A melhor doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se posicionaram no sentido de que o art. 226 não é *numerus clausus*, ou seja, o Direito deve proteger todas as formas de família" (PEREIRA, 2012, p. 24).

No que interessa ao presente estudo é a família nascida da conjugalidade, da vida a dois, do desejo pela busca da felicidade conjugal, sem prejuízo da relevância de outras formas de família.

1.1. Conjugalidade: da vida para o direito.

1.1.1. Conjugalidade na prática

Para se compreender a diferenciação existente entre o tratamento do cônjuge e do companheiro na sucessão, é necessário, antes de tudo, entender o que significa ser cônjuge ou ser companheiro.

O psicólogo André Maurício Monteiro (2001), ao estudar os casais de dupla carreira (casais em que ambos os cônjuges têm carreiras próprias), percorre o conceito "casal" antes de atingir seu objetivo. Esta conceituação interessa ao objetivo deste trabalho monográfico, na medida em que descreve o "casal" sem maiores divagações acerca do seu meio de constituição.

Embora, para Monteiro, seja inviável a conceituação de uma definição exaustiva de casal, ele sugere a compreensão do casal, essencialmente, como a "menor unidade de interação social". Em outras palavras, o casal consiste numa díade constituída por um vínculo afetivo influenciado pelas histórias de vidas de cada um dos parceiros e enriquecido pela história conjunta do casal. (MONTEIRO, 2001, p.3)

Monteiro investiga pesquisas mais antigas que deixavam de “contar aqueles não-oficialmente casados, nem os casais homossexuais”. É impossível, porém, caracterizar um casal por meio de definições simples. A pesquisa de uma população pode ser constituída de “amostras compostas por casais que tenham ou não filhos; que sejam compostas por parceiros hetero ou homossexuais; que estejam morando sob o mesmo teto ou com parceiros morando até mesmo em casas ou cidades distintas.”

Na busca por um conceito operacional adequado para a noção de casal, a investigação de Sofia Fonseca (2011, p.8), acerca da transição do namoro para o casamento se mostra esclarecedora. O seu objetivo principal é compreender de que forma namoro e casamento se apresentam numa continuidade em relação a, entre outros aspectos menos tangentes ao presente trabalho, o significado da instituição do casamento. Chama a atenção

para uma abordagem histórica do casamento, que antes do último século se traduzia num "contrato formal entre famílias e grupos sociais e uma unidade essencial de sobrevivência econômica" (FONSECA, 2011, p.7). Na sua descrição, o casamento não tinha, originariamente, grandes relações com o amor romântico, mas com as relações entre as famílias, de cunho predominantemente econômico.

Casey (1992, p. 85) explica essa predominância dos aspectos político e econômico na determinação do casamento no capítulo em que descreve o casamento arranjado – regra, na sociedade pré-moderna. A configuração endogâmica ou exogâmica de cada civilização se definia de acordo com os interesses predominantes em cada sociedade.

De fato, o casamento não é criação da modernidade, chegou à atualidade como uma instituição preexistente e carregada com as características da sociedade medieval. Thiago de Almeida (2008) explora especificamente a evolução das noções de amor, paixão e casamento ao longo da história da humanidade, e como esses conceitos evoluíram até hoje

De acordo com Almeida (2008, p. 4) a história antiga constrói uma ideia de amor associada à conjunção carnal que é rechaçada pela Idade Média superveniente. Com o cristianismo ocupando um papel central na sociedade europeia deste período, o sentido de amor que passou a ser encorajado foi o do "amor ágape", o amor caridade, ao próximo. Oliveira (2004, p. 3) menciona que o amor em demasia, ainda que dentro de uma relação matrimonial, era comparado ao adultério. O amor era desestimulado, e o casamento se voltava para uma finalidade "superior", voltada para a reprodução e a multiplicação com uma finalidade espiritualizada. "Na realidade, o casamento era uma instituição que visava à estabilidade de uma sociedade, e desempenhava apenas a função da reprodução, união e manutenção de riquezas, assim, o que favorecia uma continuidade à estrutura." (Almeida, 2008, p. 4).

Mesmo o ideal do "amor cortês" é um reflexo da dinâmica do patrimônio na alta idade média, que era herdado pelos irmãos em detrimento dos filhos, e mesmo quando herdado pelos filhos, o primogênito sucedia o finado na totalidade do patrimônio. Aos jovens nobres sem heranças a receber

restava o amor cortês e a poesia trovadoresca como meio de escalada social, através do casamento com uma noiva castelã. O fenômeno é associado ao surgimento do amor romântico, quando se tem em mente o papel da dama na poesia trovadoresca, mas o foco do amor cortês é maior na corte realizada pelo cavaleiro do que no aceite da dama propriamente dito.

Almeida (2008, p. 5) sugere como data de nascimento da concepção moderna de casal, de maneira muito rudimentar ainda, o séc. XII. O germen do casal moderno residiria num clima de cooperação e amizade surgido no seio familiar na gestão da casa, cenário em que os sentimentos passavam a ganhar espaço.

Em Araújo (2002), pode-se encontrar um rastreamento bastante preciso do surgimento desse casal moderno, no qual a sexualidade e o afeto são a raiz do relacionamento. O amor romântico surge do amor cortês, já mencionado, que nasce como um amor clandestino, proibido por uma sociedade marcada pelo casamento arranjado, voltado para a reprodução e manutenção de riquezas (ARAÚJO, 2002, p. 4). Do séc. XII ao séc. XVIII, com a ascensão da sociedade burguesa, o amor romântico se consolida como fundamento do casamento, e o erotismo passa a ocupar um papel mais central. Por consequência de uma série de transformações havidas no seio da sociedade ocidental, o sentido do casamento se transferiu da segurança econômica para o amor romântico e a busca da felicidade conjugal. (ARAÚJO, 2002, p. 5)

A modernidade transferiu a justificação da confiança de uma rede de instituições preexistentes e relativamente rígidas para as relações pessoais, construídas a partir da convivência dos sujeitos. Nas palavras de Giddens, (1991, p. 109) "relacionamentos são laços baseados em confiança, onde a confiança não é pré-dada mas trabalhada, e onde o trabalho envolvido significa um processo mútuo de auto-revelação".

Ao raciocinar a confiança e as relações pessoais na modernidade, Giddens (1991, p. 103) menciona a deinstitutionalização da esfera privada da vida, o que pode ser exemplificado com a transição entre o antigo casamento arranjado e o moderno, justificado pelo amor romântico e pela relação erótica

como um processo de progressiva descoberta mútua. As relações saem da esfera da comunidade (família, um coletivo cujos interesses são mais importantes que os dos indivíduos) e migram para a esfera pessoal.

Obter a felicidade conjugal se torna mais importante que a sobrevivência econômica da família. “Há uma volta para dentro, para a subjetividade humana, e o significado e a estabilidade são buscados no eu interior” (GIDDENS, 1991, p. 104)

Na mesma intenção de explicar essa evolução da confiança nas relações pessoais da sociedade pré-moderna para a modernidade, Giddens se detém a observar como ideia de amizade se desenvolve.

Amizades institucionalizadas eram essencialmente formas de camaradagem, assim como fraternidades de sangue ou companheiros de armas. Institucionalizada ou não, a amizade era caracteristicamente baseada em valores de sinceridade e honra. Sem dúvida companheirismos mantidos através de calor emocional e lealdade puramente pessoal existiram em todas as culturas. Mas no mundo pré-moderno as amizades sempre tendiam a ser postas a serviço de esforços arriscados em que os laços de parentesco ou comunal eram insuficientes para fornecer os recursos necessários — no estabelecimento de conexões econômicas, vingança de transgressões, engajamento em guerras e em muitas outras atividades. A sinceridade é obviamente possível de ser uma virtude altamente valorizada em circunstâncias onde as linhas divisórias entre amigo e inimigo eram geralmente distintas e tensas. Códigos de honra eram com efeito garantias públicas de sinceridade, mesmo os "prometidos" que a relação de amizade exigia que se cumprisse, a punham sob grande tensão. (Giddens, 1991, p. 106)

Vê-se que relações íntimas, como a amizade ou o casamento, se constituíam em torno da defesa de uma comunidade. Giddens ainda menciona uma crítica ao declínio da sociedade comunal, baseada na ideia de que a vida urbana oferece substitutos à comunidade pré-moderna indisponíveis àquele tempo. Entretanto, esses modelos de vida comunal são outros, e não se pode

negar que a vida privada se voltou mais aos interesses do indivíduo com o desenvolvimento da sociedade moderna e burguesa. (GIDDENS, 1991, p. 104)

Ainda sobre a amizade, Giddens evidencia que na sociedade pré-moderna, o oposto de amigo era o inimigo, uma ameaça à estabilidade da comunidade na qual o sujeito era inserido. A amizade era formada em função da comunidade. Na sociedade moderna, o não-amigo não é o inimigo, sequer o estranho, mas o colega, conhecido, ou “alguém que não conheço”. (GIDDENS, 1991, p. 107)

Fica mais fácil de compreender o papel central que o casamento arranjado ocupava, quando se observa a sociedade pré-moderna com esse enfoque comunal, ainda que a ideia de casamento arranjado ofenda a lente pós-moderna¹. Num mundo instável, anterior à formação do Estado-Nação moderno como se conhece, as relações de confiança da intimidade precisam cumprir uma série de propósitos que desapareceram ou se tornaram desnecessários na modernidade.

Essa transição entre o formato medieval e o moderno do casamento, em que se transita entre a sobrevivência econômica (e, por que não dizer, política) e a felicidade conjugal, como motivos para o casamento, é eloquentemente descrita por Fonseca (2011 p. 7) que localiza no séc. XX o principal momento desse processo:

O casamento conta já com uma longa história, sendo, desde sempre, uma das noções socioculturais com maior impacto na vivência humana (Rosa, 2009). No último século – ponto de viragem no paradigma conjugal até então dominante – este deixa de ser nalgumas culturas, nomeadamente na ocidental, um contrato formal entre famílias e grupos sociais e uma unidade essencial de sobrevivência económica, onde a linhagem e a transmissão do património justificavam a sua manutenção (Aboim, 2006a; Leite, 2003). Para esta transformação de significados muito contribuiu o questionamento de padrões relativos à construção social das

¹ Ou moderna, como prefere Giddens, que rejeita a afirmação de que, ao menos no tempo que ele observa, na década de 90 do século passado, vive-se uma nova era pós-moderna - de qualquer forma, essa é uma modernidade madura, já distante da era predecessora

identidades feminina e masculina, o que despoletou uma crise de identidade e papéis no casamento e na família (Neto, 2005). De facto, o feminismo, as conseqüentes alterações no papel da mulher e a sua emancipação constituem um dos fatores mais determinantes na redefinição do casamento (Juvva & Bhatti, 2006; Pinosof, 2002). Com a abertura do mundo do trabalho à mão de obra feminina, há um claro rompimento com os papéis tradicionais, deixando de ser a maternidade e as responsabilidades domésticas e familiares o horizonte legítimo e exclusivo de realização pessoal para as mulheres e deixando o homem de ter o poderio e a centralização máxima do poder.

As leis que com mais exatidão traduzem as ideias formadas pela humanidade acerca da família são as leis de sucessão. Em seu segundo livro de A Cidade Antiga, Fustel de Coulanges (1998) busca explicar a família partindo da descrição da religião doméstica.

A moça, quando se casa, deixa de cultuar seu lar natal e passa a cultuar o lar do esposo. Não lhe diz mais respeito a religião doméstica de seus pais. O casamento foi, no dizer de Coulanges (1998, p. 37), a primeira criação da religião doméstica. A cerimônia do casamento tinha por efeito a consagração da mulher ao novo lar do qual passa a fazer parte – no grego antigo, família é designada pela palavra *èpístion*, isto é, aquilo que está junto de um lar.

O casamento nasce, assim, como o elemento constitutivo de um lar – e essa pode ser considerada a conclusão mais importante deste capítulo. Na Idade Média, a cerimônia dos véus, na igreja, se inspira numa antiga solenidade romana, um ato simbólico do momento em que os nubentes se apresentam para assumir as responsabilidades de um lar independente diante da sociedade (CASEY, 1992, p. 110). Essa ideia de que o casamento tem o objetivo de constituir um novo lar – que é o ponto central deste raciocínio – está presente nessa cidade antiga descrita por Coulanges, na idade média descrita por Casey, e nos dias atuais como se verá adiante. O objetivo de constituir família, tão mencionado quando o assunto é a caracterização da

união estável, está explicitamente manifesto no casamento desde a idade antiga.

1.1.2. Conjugalidade na teoria

A formação da família estabelece uma ligação entre seus membros, tornando-os parte de um célula formadora da sociedade. “O que uniu os membros da família antiga foi algo de mais poderoso que o nascimento: o sentimento ou a força física; na religião do lar e dos antepassados se encontra esse poder” (COULANGES, 1998, pp. 36 e 37). Esse laço materializado no culto é mais forte que o sanguíneo ou o afetivo. O legatário que se negue a dar seguimento ao culto da família não terá a sua sucessão. Foi a religião doméstica que moldou a família na antiguidade.

A raiz da forma de organização social que culminou no mundo contemporâneo está na família, única forma de sociedade existente. “A idéia religiosa e a sociedade humana iam, portanto, desenvolver-se ao mesmo tempo” (COULANGES, 1998, p. 124).

As famílias se organizavam para a celebração de cultos que lhes fossem comuns, se organizando em torno do que a cultura grega veio a chamar de *fratria*, e a latina de *cúria*. “Esta nova associação não se realizou sem algum alargamento da idéia religiosa” (COULANGES, 1998, p. 124). As famílias se uniram, conceberam divindades superiores a seus deuses domésticos que velavam por todo o grupo, realizavam, em coletivo, atos religiosos da mesma natureza dos realizados em família.

“Aconteceu que, com o tempo, tendo a divindade de certa família adquirido grande prestígio para a superstição dos homens e aparecendo assim como toda-poderosa na proporção da prosperidade dessa família, toda a cidade imediatamente queria adotá-la e prestar-lhe culto público para alcançar os mesmos favores.” (COULANGES, 1998, p. 132)

Os pequenos núcleos familiares já estabelecidos há muito tempo foram se organizando em torno desses grupos maiores (*cúria* ou *frátria*),

coesas por consequência de uma identidade religiosa. “À mesma medida que esta segunda religião foi-se desenvolvendo, a sociedade engrandeceu-se” (COULANGES, 1998, p. 133).

Quando diferentes tribos puderam se associar, com a condição de serem respeitados os cultos de cada uma delas, deu-se nascimento à cidade. Muitas famílias formaram a fratria, muitas fratrias formaram a tribo, e muitas tribos a cidade. Coulanges as descreve como “uma série de federações” (COULANGES, 1998, p.135).

“A religião prescrevia que houvesse sempre no lar um sacerdote supremo” (COULANGES, 1998, p. 188). No lar doméstico, este era o pai de família; na fratria, o fratriarca; na cidade, o rei.

Seguindo-se o raciocínio de Coulanges (1998, p. 134), a Cidade teria nascido da Família, o que pode explicar o controle que aquela tenta exercer sobre esta. Maria Berenice Dias (2000, p. 205), por outro caminho, chega em conclusão parecida: “tanto o Estado como a Igreja acabaram se apropriando desse fenômeno, visando, cada uma dessas duas instituições, a atender seus próprios interesses”. De fato, os germens do Estado e da Igreja estavam ambos presentes na Cidade Antiga.

O que estava dado no início do séc. XX era um casamento indissolúvel, identificado pelo nome do homem, com um único regime de bens, o universal, e a mulher na condição de relativamente capaz.

1.2. A legitimação da conjugalidade exclusivamente pelo casamento

É falso dizer que na sociedade pré-moderna e no início da modernidade a sexualidade se desenvolvesse exclusivamente dentro do matrimônio. Therborn (2006, p. 221) descreve com o peculiar termo de nascimentos “ilegítimos” os nascimentos assim chamados “não maritais”. Os nascimentos ditos “ilegítimos” variam, nesse contexto de menos de 1% na Bulgária da primeira década do séc. XX a 12% em Portugal e 16% na Islândia do mesmo período. Na segunda metade do séc. XIX, um terço dos nascimentos parisienses eram extramaritais, e metade dos nascidos em Habsburgo, Viena de 1850 ou Munique de 1860.²

Entretanto, a partir do séc. XVIII, um modelo de família se insurge do surgimento da escola, da manutenção das crianças junto aos pais e da valorização do sentimento de família pelas instituições – em especial a Igreja (CARVALHO (org.), 1995, p. 24). Esse modelo de família, baseado na hierarquia e subordinação, sob a autoridade do pai, é apresentado como um valor, como o jeito “certo” de viver.

Ainda de acordo com Szymanski, as famílias localizadas fora desse contexto idealizado eram, no tempo em que ela escreve (o artigo mencionado foi publicado em 1995), consideradas “incompletas”, “desestruturadas”, culpadas por problemas emocionais, desvios de comportamento, delinquência e fracasso escolar (CARVALHO (org.), 1995, p. 25). Havia, nessa fase de transição da pré-modernidade para a modernidade³, um “discurso oficial” para

² Não é o propósito do presente trabalho, nem há espaço hábil para isso, listar estatísticas demográficas. Göran Therborn, 2006, num trabalho bem mais detalhado e focado neste aspecto, apresenta vasta base de dados acerca do assunto, demonstrando que estes não são dados isolados, mas refletem uma tendência global.

³ Szymanski não usa os termos “modernidade” e “pós-modernidade”, mas localiza a transformação no mesmo momento histórico em que já estudamos com Giddens, Casey e outros autores como sendo essa transição do casamento arranjado, com seu centro de gravidade na comunidade, e o casamento burguês moderno, voltado para a realização conjugal, localizada no nascimento da era moderna.

o qual a família exprimiria a união exclusiva de homem e mulher, com a esperança de ser definitiva, localizada num contexto patriarcal, obediente ao pai e baseada no modelo “pai–mãe–filhos”.

“O que se observou, entretanto, não foi a reflexão sobre as possibilidades de se viver uma outra proposta de família (Gomes, 1988), mas um sentimento de inadequação. A família que se construiu, a vivida, apareceu como um caminho indesejado, com um caráter de “não escolhido”, mas de “imposto” pelas vicissitudes da vida.” (CARVALHO (org.), 1995, p. 23)

Esse confronto entre a “família vivida” e a “família pensada”, esta como um modelo normativo desejado abstratamente como formato ideal (dogmático) de família, e aquela como “um sistema linguístico construído ‘onde significado e compreensão são social e intersubjetivamente construídos’” (CARVALHO (org.), 1995, p. 27)

O ostracismo praticado pela sociedade contra as formas de família constituídas de maneira diversa do casamento atravessou os tempos, legitimado pelo direito. “As Constituições brasileiras sempre colocaram sob o manto de sua proteção apenas a família denominada ‘legítima’” (CARVALHO (org.), 1995 p. 98). Exemplo disto é a redação do artigo 175 da Constituição de 1934: “A família é constituída pelo casamento indissolúvel, sob proteção especial do Estado”.

Já quase às vésperas do séc XXI, no último quartel do século passado, as referências à doutrina cristã ainda determinavam as conclusões dos juristas quanto ao Direito de Família. Adahyl Lourenço Dias (1975), numa inteira obra voltada a explicar a condição da concubina no Direito Brasileiro, se justifica:

De Jerusalém vinha ao mundo uma nova doutrina, de fundo essencialmente moral e elevado, ditada por Cristo Jesus, com tendência renovadora e sentido puramente espiritual.

[...]

Com rapidez a nova doutrina invadia todos os povos, reprimindo os costumes lascivos, a devassidão, a extrema barbaria social, e, via dos princípios da humildade e do

perdão, arrebatava lares, povos, governos, chegando ao ponto de comprometer as bases políticas do Império Romano...

[...]

Veio o Cristianismo em uma época de proliferação não de concubinato, mas de concubinagem⁴, e se a novel doutrina recrimina as uniões fora do matrimônio legítimo, por sua vez reconhece respeitável o concubinato de pessoas desimpedidas, ou seja, a ligação sincera e bem intencionada.

(DIAS, 1975, p. 37)

Maurício de Medeiros e Jurandyr Manfredini, em 1956, apontam como motivos para o pleito judicial da anulação do casamento, “motivos de ordem psiquiátrica”. Entre tais motivos, menciona o cônjuge que pede a anulação alarmado pela “conduta sexual de seu parceiro, seja por nele descobrirem tendências homossexuais, seja por masoquismo ou sadismo, seja por frigidez ou impotência, seja por aberrações mais graves” (MEDEIROS E MANFREDINI, 1956, p. 14). Em certa medida mais levemente do que Dias, Medeiros e Manfredini encontram na religião parte da justificação de seu pensamento, por exemplo, ao falar do “ideal moral” de dedicação conjugal:

O ideal moral seria a dedicação absoluta de um conjuge a outro, por toda a vida e em quaisquer circunstâncias [...]. Esse ideal de fidelidade absoluta vem sendo um desejo constante de certa parte do espírito humano, expresso em fórmulas e códigos religiosos e éticos, através dos séculos. A poderosa influência cristã, particularmente, tem lutado sem cessar para fazer do casamento um instituto capaz de atingir os mais elevados graus de perfeição, de nobreza e de sacrifício. Devemos admirar esses ideais e sonhos de perfeição, pois indicam a existência de grandes reservas de bondade e de pureza na alma dos homens. Conferiu-se mesmo ao casamento o caráter de fato divino, para melhor assegurar sua solidez e sua resistência às terríveis dificuldades que o defrontam. (MEDEIROS E MANFREDINI, 1956, p. 95)

Vê-se, portanto, na doutrina civil pátria do século XX, apesar do reconhecimento da necessidade de um olhar mais amplo, uma forte influência

⁴ Aqui, no sentido que hoje se dá ao “concubinato impuro”, isto é, o paralelo a outra família previamente constituída.

religiosa que impedia o reconhecimento das diversas famílias. Genofre (CARVALHO (org.) 1995, p. 98) atribui a redação anacrônica dos artigos 175 e 380 da Constituição de 1934 à resistência conservadora do catolicismo. De acordo com Genofre, uma parcela expressiva da doutrina do século passado, capitaneada por Clóvis Bevilácqua, advogavam pela designação de família pelos cônjuges com sua prole.

É razoável esperar, tendo surgido do meio de um universo de pensamento tão conservador⁵, que um doutrinador esteja sujeito ao pensamento de sua época. Já a lamentação de Pereira surpreende o leitor que observa a referência à Constituição de 1988 feita em 1991:

Aliás, o absurdo que se cometeu na Carta de 88, ao se reconhecer a união estável do homem e da mulher (concubinato), como entidade familiar, é tanto mais atentatório aos princípios éticos do Direito de Família, quando é sabido que, na opinião dos doutos 'o concubinato não constitui, no Direito brasileiro, instituição de Direito de Família'. (PEREIRA, 1991, p.23)

É latente a presença daquele espírito exclusivista de forte influência cristã do séc. XX ainda nas primeiras décadas seguintes à Constituição de 1988.

O concubinato, como advertem os doutos, era tido como um quase casamento, observando Arnoldo de Medeiros da Fonseca, que aquele se caracterizava por uma união duradoura e notória, sob o mesmo teto em que presente devia estar sempre a possibilidade da contração do vínculo do casamento, e em que a concubina, que era uma espécie de *uxor non selemniter ducta*, era aceita de *iure civile* e repudiada de *iure divino et canonico*. (PEREIRA, 1991, p.23)

Dias (1975, p. 39) define como concubina "a mulher que dorme habitual e ilicitamente com um homem; ou a que vive em concubinato; ou a mulher que vive habitualmente com um homem sem ser casada". O concubinato viria a ser a "união livre do homem e a mulher, coabitando-se como cônjuges e na aparência geral de casados, isto é, de marido e mulher". O

⁵ Pontes de Miranda viveu até 1979, e terminou sua *Magnum Opus* em 1970.

casal⁶ decide viver juntos, com a intenção de formar um lar, mas não reveste essa decisão de legalidade. Em um resumo, o concubinato é o amor não submetido à consulta da autorização do Estado, ainda que dotado de todas as características presentes no casamento (este sim, legítimo, sacramental, permitido)⁷. "Difere do casamento tão-somente pela legitimidade deste, em face da legislação civil" (DIAS, 1975, p. 40). Dias ainda distingue do concubinato (em sentido estrito) o que chama de "concubinagem" (concubinato em sentido lato), "isto é, ligação do homem casado civilmente, coabitando-se com sua legítima esposa, e, concomitantemente, mantendo uma ou várias concubinas". Também caracteriza esse sentido lato do concubinato a coabitação do homem desimpedido com a concubina sem que se assuma "a durabilidade convincente de uma ligação plena e aparente de estado de casado". Na esteira desta distinção, Dias menciona a figura da extinta "paternidade ilegítima", cuja configuração depende de serem os pais do investigando casados ou concubino⁸.

A correlação entra estranha aos olhos do primeiro quartel do séc. XXI, Dias se alinha com a explicação dos direitos da concubina que parte da aproximação entre a união livre e a posse regular *ad usucapionem*. "Como esta, aquela deve ser contínua, ininterrupta, pacífica e pública". Somente se for "pleno, são e sincero" (DIAS, 1975, p. 43), o concubinato gerará os direitos oriundos da união de fato⁹.

"Contra o divórcio a vínculo surge a Igreja Católica, dizendo-se defensora do lar, da família e da prole, mas não dá e nem aponta remédio aceitável aos casais infelizes, ao contrário, nega-lhes o refúgio espiritual que a

⁶ Nem se imagina falar em homoafetividade nesse momento, a aceitação do homem e a mulher não autorizados pela chancela estatal já é uma revolução.

⁷ Essa definição, incluindo "todas as características presentes no casamento", será fundamental para o raciocínio desenvolvido no capítulo 3

⁸ Eis uma daquelas situações interessantes do estudo intertemporal do direito, em que nos escandalizamos com a forma estranha ao nosso tempo que outro tempo tratava determinada questões.

⁹ Não se trata, aqui, no tempo e análise de Dias, do reconhecimento dos mesmos direitos que dizem respeito à esposa. Uma vez provado que o concubinato tem todas as características fáticas do casamento, a companheira passa a ter aqueles direitos de segundo plano, subdireitos de uma espécie de esposa *ad hoc*.

Bíblia recomenda e aconselha" (DIAS, 1975. p. 46). Impedidos de novo casamento, os egressos de casamentos malsucedidos encontram na união livre a única opção de busca da felicidade conjugal.

Orlando Gomes (1970, p. 90) menciona a companheira brevemente, em nota de rodapé, no fim do capítulo no qual explica a sucessão de cônjuge. Segundo a nota, os tribunais já se antecipavam à evolução legislativa vindoura, e atribuíam ao/à companheiro/a sobrevivente¹⁰ o direito à meação dos bens do concubinário, sob a justificativa de uma presumida sociedade de fato e a pressuposta colaboração da pessoa sobrevivente.

Dias se atém às diferenças entre essa união livre e o estado de casados. Aquele, ao contrário deste, constitui uma união de fato, *more uxorio*. Não sendo legalmente casados, o sendo apenas no exterior ou religiosamente – naturalmente que se trata do direito contemporâneo a Dias –, não é o casal dotado do estado de casados. Disto decorre que, no concubinato, nenhuma responsabilidade há de um pelas obrigações *intuitu personae* adquiridas pelo outro, não há que se falar em outorga uxória, atuam em suas vidas econômicas autonomamente, restando apenas as obrigações que disserem respeito à vida *more uxorio* (assistência, custeio de despesas domésticas e pessoais da "barregã").

Depois de raciocinar longamente sobre as semelhanças entre o trabalho doméstico da esposa e da concubina (nessa condição *more uxorio* em que se diferencia da condição de esposa somente pela ausência da chancela estatal), numa sociedade em que a mulher não tinha espaço relevante no mercado de trabalho, Dias conclui que

o mais certo é reconhecer à concubina o direito à indenização pelos serviços prestados ao companheiro, em vez de assegurar-lhe quota numa possível sociedade de fato ou ex

¹⁰ Curiosamente, a maior parte das obras consultadas, quando tratam de companheirismo ou concubinato mencionam a parte sobrevivente no gênero feminino. Talvez como uma consequência do fato de a mulher ter uma participação mais efetiva no mercado de trabalho, e consequente amealhação patrimonial, somente nos anos mais recentes, e ser bem mais frequente a mulher que requer a herança do companheiro morto do que o contrário.

factis et rebus, quando ela tenha prestado apenas serviços caseiros, a não ser quando haja, de fato, desdobramento de trabalho, empregando a concubina atividade fora do lar, auxiliando o companheiro em alguma indústria ou comércio, de forma a ficar patenteado o esforço pessoal para *lograr fins comuns*. (DIAS, 1975, p. 65)

Ora, tamanha era o deslocamento do pensamento da (não tão distante) época, que se a conclusão de Dias se encontrasse numa sentença atual, serviria de caricato exemplo de "sentença autofágica", ou seja, que fundamenta pela condenação e absolve no dispositivo ou vice-versa. Dias, para chegar a esta conclusão, defende que "a ausência da dona de casa, no viver de uma família, se traduz num considerável aumento de todas as despesas domésticas [...]. E a concubina, como dona de casa, presta o mesmo papel de esposa" (DIAS, 1975, p. 65).

Mais adiante, complementa:

Sim, a mulher casada civilmente tem a seu favor a segurança patrimonial, garantida pela lei civil, enquanto a concubina sabe que nenhum proveito tirará no caso de falecimento do companheiro, ou no de seu abandono por este. Tem ela, sempre à frente, a expectativa de um litígio, de um aborrecimento futuro. (DIAS, 1975, p. 65)

A companheira cumpre, no mundo da vida, exatamente o mesmo papel que a esposa. Mas para o mundo do direito, não merece tratamento diferente daquele que uma trabalhadora que tivesse prestado aqueles serviços sem o condão da constituição de um lar mereceria. Só vai ter o tratamento parecido com o moderno se laborar diretamente na atividade produtiva exercida pelo marido, além do *locatio operarum* constituído no contrato de prestação de serviços domésticos.

No raciocínio de Dias (1975, p. 60),

se no casamento os cônjuges são ligados por vínculo civil, e a recíproca assistência é imperativo legal, na união livre, o trabalho da concubina construindo a família e criando a prole não constitui obrigação civil, mas voluntário ato, livremente aceito, e sua atividade, por isso mesmo, não pode desmerecer a proteção da lei.

Em 1991, Ney Mello Almada (p. 67) já dá sinais dos germens do reconhecimento da família diversamente considerada, em um direito pós Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas ainda preso mais ao Código Civil do que à Constituição Federal¹¹. Tais germens ainda não eram vigorosos o suficiente para tirar das sombras a família constituída de forma diferente do casamento. Tanto é que Almada ainda se ampara na Súmula 380¹² do STF, atribuindo ao amparo à concubina quando da dissolução daquele relacionamento (seja por morte, seja por separação), o caráter de indenização por serviços prestados.

¹¹ No capítulo 3 será abordada a principiologia constitucional e o poder normativo da Constituição, que extrapola a principiologia e a ideia de um conteúdo meramente programático que lhe era atribuído no contexto em que Almada publicou esta obra.

¹² "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." A Súmula foi editada em 1964, mencionada por Orlando Gomes na abordagem realizada em sua obra anterior em duas décadas à de Almada, e já vigente à abordagem de Dias, com todas as vicissitudes ali presentes, decorrentes do pensamento daquele tempo.

2. A FAMÍLIA DIVERSIFICADA: VÁRIAS FORMAS DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR

Originalmente, este espaço fora destinado para dizer como a relação conjugal se transformou daquele casamento formal e cercado de legitimidade neste formato diverso e ajustado às necessidades de cada família. As primeiras investigações realizadas, porém, já deixaram claro que tal pensamento seria um engano. É como se a sociedade esperasse a autorização do Estado para se moldar à forma autorizada de busca pela felicidade: não é assim. A busca pela felicidade, embora mude como muda qualquer aspecto da convivência, já era diversa como diversa é a humanidade. Sempre existiram mães solteiras, gays, segundos, terceiros casamentos, famílias–mosaico, só que desautorizados pelo *status quo*, como se pôde extrair da já mencionada alusão de Therborn (2006, p. 219–27) à incidência de nascimentos extramaritais no séc XIX e começo do séc XX.

Conforme já mencionado, o casamento civil no Brasil foi instituído revestido de indissolubilidade. "Estribada no decantado argumento de que o Brasil é um país genuinamente católico, a Igreja conseguiu penetrar no mundo político legislativo, evitando a instituição de útil medida" (DIAS, 1975, p. 46), o divórcio.

Condenado a celibatário por uma legislação descolada da realidade, o desquitado não tinha opção além de viver a vida solitário, o que é antes de qualquer coisa antinatural, ou constituir uma união na busca pela felicidade conjugal sem o reconhecimento do Estado. Tal união era vista como uma união *ilícita* mais ou menos duradoura.

Nessa nova família, vivem, os nubentes, honestamente, em substituição ao lar desfeito. A sociedade aceita¹³, só o Estado e a Igreja que

¹³ Dias (1975, p.43) menciona que o direito pretérito já reconheceu o que se chamou de "casamento presumido", como se pode ver no preceito das Ordenações trazido pelo doutrinador para exemplificar: "Outrossim, serão meeiros, provando que estiveram em casa teúda e manteúda, ou em casa de seu pai, ou em outra, em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que, segundo o direito, baste para presumir matrimônio entre eles,

não. "Persistindo o impedimento matronial não modificado com a decretação do desquite, os desquitados, jovens e esperançosos, procuram meios pelos quais possam reconstruir o lar" (DIAS, 1975. p. 54)

Uns, mais abastados, buscam celebrar o casamento em países que reconhecem o desquite brasileiro como suficiente para afastar qualquer impedimento. Tais casamentos acabavam tidos por nulos, e se não o fossem, caracterizariam bigamia e não resolveriam o problema do nubente. As artimanhas utilizadas (conversão de desquite em divórcio em país estrangeiro, por exemplo) não adiantavam muito, posto que para o direito brasileiro, um casamento estrangeiro era semelhante a *mero concubinato*.

Em 1975, Dias já identificava a disseminação de "uniões livres", que clamavam por direitos e reconhecimento do Estado. "A família, em termos globais, nem sempre traduz a ideia que se consolidou na civilização ocidental" (DAL COL, 2002, p. 21), a constituição da família é originalmente diversificada, e a evolução do Direito que aqui estudamos apenas assume essa diversidade, reveste-a de direitos e a integra ao universo jurídico.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR, revisando a obra de ORLANDO GOMES, lançou, no tópico da *família legítima e ilegítima*, a seguinte nota contemporânea: 'Os preconceitos contra a família fora do matrimônio foram totalmente rompidos pela Constituição de 1988. A família que a Carta Magna considera célula da sociedade e que se acha sob especial proteção do Estado não é apenas gerada pelo casamento, mas também a que se estabelece pela união estável entre o homem e a mulher (concubinato) e a que se forma entre qualquer dos pais e seus descendentes, pouco importando a existência ou inexistência do matrimônio civil (art. 226, §§ 3º e 4º).' (DAL COL, 2002, p. 52)

Às vésperas da aprovação do Código Civil vigente, em 2001, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em *O Companherismo, Uma Espécie de Família*, louva o reconhecimento constitucional da existência de espécies de

posto se não provem as palavras de presente". Havia controvérsias, porém, quanto à validade do preceito, posto que contrariava cânone anterior à compilação das ordenações.

famílias além do modelo cristão, derivado do greco-latino, que predominou nos séculos que o precederam. Tal avanço "nada mais representa do que a busca incessante da adequação do ordenamento jurídico à realidade social e cultural" (GAMA, 2001, p. 89), que chegou atrasada, visto que a nova realidade há muito tempo vem sendo negligenciada pela cultura jurídica. Felizmente, ainda que pontualmente, parte da doutrina, capitaneada por alguns juristas mais sensíveis ao mundo real, já vinha identificando no companheirismo uma espécie de família carente de direitos.

As transformações havidas no seio da família são manifestação da formação democrática do convívio em sociedade, "sob o prisma político ideológico, além de se fundarem em valores psíquicos e próprios do subjetivismo humano" (GAMA, 2001, p. 91). Como um resultado da supressão de elementos autoritários, tiranos, materiais pelos sentimentos de afeição, carinho, respeito, compreensão, "comunhão d'almas" nas relações entre os entes familiares¹⁴, o sentido de família também precisou ser revisto.

Houve um alargamento conceitual das relações interpessoais, resultado de profundas mudanças na sociedade, que culminou numa verdadeira reconfiguração da conjugalidade e da parentalidade. "Expressões como ilegítima, espúria, adulterina, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico" (DIAS, 2011, p. 41).

O legislador constituinte viu, nos fatos da vida, a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares além daquelas tradicionalmente constituídas pelo casamento (DIAS, 2011, p. 41), e as imprimiu no texto dos primeiros parágrafos do artigo 226. Assim, a proteção especial do Estado à família atingirá aquele núcleo familiar que exerce esse papel de base da sociedade, ainda que não constituída de forma tradicional, mas pela livre vontade de duas pessoas perseguirem a felicidade juntas, constituindo uma união estável, ou pelo pai ou mãe remanescente e seus filhos.

A família como ela é deixou de ser ignorada pelo Direito e saiu da clandestinidade; deixou de ser obrigada a se ajustar modelo tradicional, cristão,

¹⁴ Não somente entre os cônjuges, mas entre estes e a prole.

conservador. Mais adiante se tratará mais cuidadosamente da diversidade familiar, quando será oportuno mencionar uma série de modelos familiares fundados nos pilares da repersonalização, afetividade, pluralidade e eudemonismo, sob uma nova roupagem axiológica ressonante com a ordem constitucional vigente.

Não é grande novidade a afirmação de que o Brasil é uma nação multicultural, formada pela ebulição de inúmeras tribos das origens mais diversas. Karam (2011, p. 85) aponta como exemplos dessa diversidade “as 225 etnias indígenas, os quilombolas, os ribeirinhos, as quebradeiras de coco babaçu, os faxinalenses e as comunidades de fundos de pastos”. Freitas Jr. (2001) explora as dificuldades em se harmonizar esse conteúdo multifacetado do povo brasileiro com a universalização de direitos (direitos humanos).

Naturalmente, não é auspicioso que se permita que este esforço monográfico se enverede pelos raciocínios minuciosos que estes autores ostentam, sem correr o risco de se divagar sobre culturas e se afastar da questão da formação da família. O ponto que precisa ser observado com esta breve menção é o fato de que, por mais que se tente negar, a humanidade – em específico, para este estudo, o Brasil – é ontologicamente plural.

Dentro do espectro que interessa à pesquisa do objeto deste trabalho, Freitas Jr. (2001) vê na universalização do sujeito de direito uma das notas características do direito moderno, como “veículo privilegiado para a desqualificação das desigualdades substantivas e a introdução da igualdade formal como premissa determinante do sistema normativo” (FREITAS JR., 2001, p. 1119). Como efeito colateral, as peculiaridades culturais de cada grupo foi relegada à margem dos sistemas jurídicos, e lacunas entre essas peculiaridades passaram a gerar tensões nas relações de direitos decorrentes delas, como as relações pessoais que resultam na formação de família.

É inevitável, dada a flagrante identidade com o presente estudo, a colagem do exemplo de Freitas Jr. (2001, p. 1121) para as tensões jurídicas decorrentes dessas lacunas entre as peculiaridades culturais de cada grupo. Trata-se da repercussão da imprensa mundial a um caso “misto de precedente judicial e *love affair*”, ocorrido no Paquistão em 1997. Foi levada à Corte

Suprema do Paquistão a demanda “por cuja decisão a jovem Saima Waheed foi ‘autorizada’ judicialmente a contrair matrimônio com Arshad Ahmed”, que “chegou a passar quatro meses preso por violentar as tradições de arranjos nupciais conduzidos pelos pais”. O articulista usou o feliz exemplo para chegar à conclusão de que dramas de igual natureza estão por trás da busca do direito à vida, à liberdade de expressão, ao devido processo legal, e uma série de direitos violados pela ignorância dessas pequenas peculiaridades.

2.1. Igualdade material vs igualdade formal

Nassif (2002, p. 35) vai buscar em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles, os fundamentos do sentido de equidade – que não se confunde com a ideia de igualdade, mas ajuda a construir seu sentido. No raciocínio de Nassif, o entendimento do que é justo parte da negação do injusto, enquanto que o injusto se explica pelo que viola a lei, o que toma mais do que o devido e a prática da desigualdade. A busca pela igualdade está contida no entendimento do que é justo¹⁵.

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, diz o art. 5º da Constituição Federal. Assim está positivada a inequívoca igualdade formal na Constituição Federal, como consequência da influência dos eventos revolucionários do fim do séc XVIII protagonizados pela França e Estados Unidos que se irradiaram por todo o mundo.

"As sociedades medievais eram estamentais, ou seja, às pessoas aplicava-se o direito que lhes coubesse como integrante de determinada corporação ou de determinado estamento da sociedade, não existindo a ideia de pessoa como sujeito de Direito" (FRISCHEISEN, 2002, p. 55). Na passagem da idade média para a idade moderna¹⁶, as ideias jurídicas de soberania nacional, direitos individuais, poder constituinte, põem termo a esse direito estamental. Se por um lado se dá cabo da diferenciação em função de

¹⁵ Ao lado do cumprimento da lei, na perspectiva de Aristóteles, em que lei não tem exatamente o mesmo sentido que na contemporânea.

¹⁶ Momento já explorado quando se falou das transformações da perspectiva do direito em relação à figura da família, da conjugalidade e do casal

circunstâncias socio–econômicas, de castas ou algo que o valha, ou de etnia, também se esquece de um ajuste do direito às peculiaridades das partes envolvidas.

Uma das criações do direito moderno é a ideia de unicidade do sujeito de direito. Concepção necessária para a criação da ideia da igualdade jurídica, ou seja, de que todos são iguais perante a lei. Da necessidade da produção de uma só norma aplicável a todos decorrerá também a ideia da necessidade da codificação de normas, que será vencedora no século XIX (FRISCHEISEN, 2002, p.55)

O entendimento de uma igualdade perante a lei, como “uma construção jurídico–formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio” (PURIM, 2009, p. 20), se esgota na aplicação uniforme e inelástica da lei ao caso concreto, com os olhos vendados às características individuais dos envolvidos. “Tem–se, assim, que para se alcançar a igualdade material faz–se necessário sacrificar a igualdade formal, ou seja, a igualdade perante a lei.” (PURIM, 2009, p. 22).

A promoção da igualdade pelo Estado é descrita por Dworkin como um processo. Ommati (2003, p. 72) descreve brevemente esse “processo de igualdade” de Dworkin, voltado para um raciocínio mais socio–econômico. O papel do Estado na promoção da igualdade reside predominantemente, sem embargo de sua atuação no curso do processo de igualdade, na raiz deste processo. O Estado garante os meios para que, no ponto de partida, todos tenham o mesmo potencial de realizações.

De acordo com o raciocínio, é impossível falar propriamente de igualdade sem se falar em igual medida em liberdade. Todos os sujeitos precisam ter as mesmas possibilidades de realização, com a liberdade de serem conforme lhes faculta.

A diversidade é uma consequência dessa liberdade de identidade presente no processo de igualdade. “A ‘igualdade jurídica’ é uma mera ficção, há muito ultrapassada, já que se sabe que não há homem que seja idêntico ao outro porque a diversidade é do próprio homem, afinal, cada um é singular, e esta é a maior peculiaridade humana” (OMMATI, 2003, p. 72).

Dada esta diversidade, é relativamente evidente que não vem a ser característica dessa igualdade jurídico-formal, "um caráter de melhor distribuição de bens ou oportunidades para o alcance da *igualdade material*, mas é tão-somente uma ideia de representação da unicidade do sujeito perante a lei" (grifou-se) (FRISCHEISEN, 2002, p.58).

Esse prisma do princípio da igualdade "desqualifica o tratamento desigual pela lei, mas não propugna pela adoção de determinados comportamentos concretos materiais, úteis para a reversão de situações de desnível no gozo efetivo de bens e direitos" (SOUSA, 2008, p. 132-133). A igualdade de direitos ultrapassa essa "igualdade perante a lei como exclusão de qualquer discriminação não justificada: significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, dos direitos fundamentais constitucionais assegurados, como os direitos civis e políticos" (SOUSA, 2008, p. 141).

Sousa destaca "a emergência de um novo perfil de sujeitos de direitos, cujo protótipo não mais estaria circunscrito ao homem branco, adulto, não portador de deficiência, portador de carteira assinada". Os novos sujeitos de direitos precisam ser considerados em suas especificidades. A igualdade material não é a negação da igualdade formal, mas a expansão desta, no sentido de surtir um efeito positivo, ativo, na promoção da igualdade; enquanto que aquela consiste num papel negativo do Estado, na garantia da não discriminação.

É por ser, a humanidade, essencialmente diversa, que não se pode prescindir de esforços positivos do Estado no sentido de promover ativamente uma igualdade concreta, material, ativa na vida dos sujeitos que não contam com as mesmas condições e oportunidades em princípio.

Soares e Barroso, numa leitura do Código Civil de 2002 sob a lente da igualdade material, partem do princípio de que "a efetividade dos direitos humanos está na concretização da cidadania plena e coletiva em todos os segmentos sociais". Essa cidadania, compreendida "como participação política do indivíduo no Estado, abrangendo o gozo de direitos políticos e civis, bem como de direitos econômicos, sociais e culturais." (SOARES E BARROSO, 2004 p. 127).

A abordagem hermenêutica do Código Civil, visto em conjunto com o sistema jurídico, sob a sombra da Constituição Federal, será melhor apreciada no próximo capítulo. Impreterível, porém, é o reconhecimento de que o Código Civil de 2002, "além de representar a quebra do individualismo, consagra também a ruptura do patrimonialismo que permeava as relações jurídicas de Direito Privado" (SOARES E BARROSO, 2004, p. 127) no direito pretérito.

Ora, se existem princípios constitucionais para serem aplicados à matéria, tais regras tão somente devem adequar-se aos mesmos, segundo a interpretação principiológica a ser assumida pelos operadores jurídicos, em consonância com o paradigma Estado Democrático de Direito. (Soares e Barroso, 2004, p. 127)

O Direito Civil como se podia encontrar no início da vigência do Código Civil de 2002 não estava apto a buscar soluções para a "exclusão e as disfunções sócio-econômicas provenientes da dominação histórica, o que resultará na extensão da distância entre incluídos e excluídos" (SOARES E BARROSO, 2004, p. 127). É no distanciamento do Direito Civil em relação aos interesses de elites política e econômica que o manipulam em proveito de si próprias que reside o avanço necessário, no sentido de se encontrar o primor por "uma igualdade substancial e pela consolidação do exercício dos direitos atrelados à afirmação da cidadania" (SOARES E BARROSO, 2004, p. 127). A afirmação de um Direito Civil inclusivo e compatível com as características multifacetadas (diversas) da sociedade brasileira está na raiz da prevalência dos postulados democráticos constitucionais, os quais precisam ser o norte do direito privado.

2.2. A pluralidade familiar como consequência da diversidade enquanto parte integrante da sociedade contemporânea

O Direito brasileiro não está de olhos fechados, como esteve, à forma que as pessoas humanas e reais – aquelas que exercitam os fatos da vida – procuram encontrar a felicidade e realização pessoal. As famílias são plurais, e o avançar dos estudos jurídicos reconhece isso. Madaleno (2013, p. 5) é preciso ao descrever o que chama de “a primeira e verdadeira grande revolução no Direito de Família brasileiro”, constituída a partir dos eixos “da família plural, com várias formas de constituição (casamento, união estável e a monoparentalidade familiar)”, do tratamento jurídico igualitário da filiação, e da consagração da igualdade entre homens e mulheres como um princípio constitucional.

Ainda que o texto constitucional tenha sido transformador, ao abraçar as famílias monoparentais e constituídas por união estável,

“não é possível desconsiderar a pluralidade familiar e de cujo extenso leque o Estatuto da Criança e do Adolescente, com a incorporação dessa filosofia pluralista, reuniu em texto escrito o reconhecimento oficial de diferentes modelos de núcleos familiares: como a família natural, a família ampliada e a família substituta.” (MADALENO, 2013, p. 5)

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2011, p. 67), a desconstituição do reconhecimento como única base da sociedade das uniões matrimonializadas aumentou o espectro da família. “O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento do Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.”

Este processo tirou das sombras as uniões extramatrimoniais, que até então eram tratadas como sociedade de fato, sob a lógica do direito obrigacional. As outras entidades familiares, até então sujeitas a um raciocínio jurídico que desconsiderava o revestimento afetivo dessas relações, foram reconhecidas como “unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias” (DIAS, 2011, p. 67)

Quando Oliveira e Veronese desenvolvem seus apontamentos sobre a evolução da família até a contemporaneidade, com fito nesse caráter plural da família que toma forma com o Estatuto da Criança e do Adolescente – raciocínio já visitado no primeiro capítulo –, chegam à conclusão, com ponto de partida no pensamento de Coulanges, Levi–Strauss e Engels, entre outros, que houve uma “transição do tipo de família centrado na economia para um modelo pautado pela compreensão solidária e afetiva, que visa à promoção do desenvolvimento da personalidade de seus membros” (OLIVEIRA E VERONESE, 2013, p. 216)

Em outras palavras, ocorreu um deslocamento da função econômica–política–religiosa–procracional para uma função de realização da afetividade humana. Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2014, p. 131), o reconhecimento da união estável como entidade familiar “significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico”.

A expansão do espectro da família para além do modelo restritamente matrimonial não se limita a um rol *numerus clausus*, é merecido o tratamento especial do Estado em relação a qualquer entidade familiar, sem restrições. Indispensável, portanto, que a proteção do Estado ocorra em razão das pessoas, independentemente do formato de manifestação sócio–afetiva em que estejam inseridos.

Para a precisa compreensão da pluralidade familiar, Oliveira e Veronese recorreram à explicação de Rodrigo da Cunha Pereira, que, a partir do reconhecimento de que as famílias formadas pelo casamento pela união estável e a entidade monoparental já estão legitimadas pelo suficiente tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial, é em outras formas de família que deve ser concentrada a atenção, uma vez presumida sua inegável existência e merecimento de tutela estatal.

Rolf Madaleno (2013, p.5–27) explora largamente a diversidade de formatos familiares no mundo dos fatos, e sua apropriação pelo mundo do direito, numa linha de raciocínio não muito diferente da de Pereira.

Partindo, como inevitável, da repersonalização da família e da alçada do afeto a um papel preponderante na formação da entidade familiar, Madaleno observa que não

é admissível preordenar espécies estanques de unidade familiar e destiná-las como emissárias únicas da proteção estatal, quando a sociedade claramente acolhe outros dignificantes modelos de núcleos familiares e demonstra que aquelas previamente taxadas não espelham todo o alicerce social da família brasileira (Madaleno, 2013, p. 7)

Diversas que são as modalidades de família, a doutrina de Direito de Família se dedica a descrevê-las conforme suas características.

A partir das descrições da doutrina para as diferentes modalidades de formação familiar, convém elencar algumas das diferentes formas em que se podem encontrar as famílias, o que será útil para a missão de compreender as identidades havidas dentro de um grupo específico de famílias, quais sejam, aquelas constituídas a partir de uma conjugalidade – não necessariamente matrimonial.

Interessa uma ênfase maior aos modelos que interessam à comparação entre cônjuge e companheiro na sucessão legítima, que é o alvo do presente trabalho, mas não podem ser ignoradas formações familiares de relevante participação na sociedade brasileira.

2.2.1. A família matrimonial

A relação formal consagrada pelo sacramento da igreja, de uma forma indissolúvel, entre homem e mulher, era a forma inelástica de família vigente antes da atual ordem constitucional. Esse meio solene de dar nascimento a um novo núcleo familiar foi apropriado pelo Estado, e outras formas de família eram marginalizadas.

Monogâmico, patriarcal, nasce da necessidade de ter, o homem, chefe da família, certeza da paternidade dos filhos. “O discurso de adoção ao princípio da monogamia acompanhou o longo percurso da cristandade do

matrimônio monogâmico, indissolúvel e destinado a procriação o único espaço da sexualidade” (MADALENO, 2013, p. 8)

Na sua forma sob a antiga ordem constitucional, a família matrimonial era essencialmente patriarcal – a lei instituía expressamente o homem como o chefe da família. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o casamento sofreu uma mudança de paradigmas residente na igualdade absoluta de direitos e deveres entre homem e mulher. Houve a superação da ideia de “pátrio poder” pelo “poder familiar”.

Com este novo paradigma, “as decisões do casal que envolvam a administração da entidade familiar devem ser tomadas de comum acordo” (LÔBO, 2011, p. 137). O regime legal é o da comunhão parcial de bens, em substituição à imposição da comunhão universal anterior, e o uso do nome do marido é facultativo. É característica do casamento um conjunto de deveres e obrigações estabelecidos pelo Estado de forma relativamente rígida. Maria Berenice Dias o compara com o contrato de adesão, de forma que o alcance do “sim” a cláusulas, condições e regras prévia e unilateralmente estabelecidas por lei (DIAS, 2011, p. 46).

2.2.2. *A família informal*

No cenário em que o casamento indissolúvel era a única forma legítima de se constituir uma família, ao desquitado não restava muita opção além de buscar a felicidade à margem da lei.

“A Carta Política de 1988 resgatou a dignidade do concubinato e passou a denominá-lo união estável, mas não tratou o legislador constituinte de apagar as marcas do preconceito e da histórica censura as relações informais de uma união marginal que, embora socialmente tolerada, já mereceu no período colonial brasileiro a condição de crime passível do degredo e do cárcere.” (MADALENO, 2013, p. 9)

A união despida da chancela estatal encontrou seu caminho ao reconhecimento como uma espécie de constituição familiar digna de proteção

do Estado. O Art. 226, §3º, dá lastro explícito a seu reconhecimento inequívoco.

É usado o termo "concubinato" para se fazer referência à relação constituída por uma união estável. Dá-se o nome de "concubinato puro" àquele que tem aparência de casamento sem, porém, a formalização cartorária, o carimbo do Estado confirmando aquele relacionamento. De "concubinato impuro" é chamada a relação adúltera, paralela a um casamento ou outra união estável preexistente (GAMA, 2001, p. 141), conforme descrito adiante em "família paralela".

O termo concubinato tem o significado, na sua origem latina, de dormir junto com outra pessoa, deitar-se com, ter relação carnal. A palavra foi largamente utilizada, em tonalidade pejorativa, para fazer referência à união estável.

A união estável se constitui pela a) relação afetiva, nos termos do texto legal, "entre homem e mulher" – a desnecessidade da divergência de sexos é mencionada adiante no tópico destinado à família homoafetiva –; "b) convivência pública, contínua e duradoura; c) objetivo de constituição de família; d) possibilidade de conversão para o casamento" (LÔBO, 2011, p. 171).

É importante determinar o momento da constituição da união estável. Ao contrário do casamento, a união estável se constitui de fato, independentemente da declaração de vontade das partes.

A união estável não se confunde com namoro, embora entre um conceito e outro haja uma linha divisória tênue, e é difícil dizer de que lado se encontram alguns casos. A convivência sob o mesmo teto é um bom ponto de referência, mas não é determinante – o que inclusive está enrigecido na súmula 382 do STF com o texto "A VIDA EM COMUM SOB O MESMO TETO, "MORE UXORIO", NÃO É INDISPENSÁVEL À CARACTERIZAÇÃO DO CONCUBINATO."

Como consequência da prescindibilidade da coresidência para a caracterização da união estável, presume Lôbo (2011, p. 176) que antes de iniciada a coresidência já era estabelecida a condição de companheiros. Em

que momento anterior está estabelecida, é a pergunta que fica pendente de resposta. Este momento está no ponto em que os companheiros passam a portar o estado de casados, a "se apresentar como se casados fossem perante suas relações sociais" (LOBO, 2011, p. 177).

Naturalmente, se não houver avença acerca dessa fase intermediária, o início da convivência dos companheiros é suficiente para constituir o início da união estável, o que se prova facilmente, seja pela aquisição de imóvel para a moradia, móveis, contrato de aluguel do imóvel, testemunho de vizinhos, de amigos...

2.2.3. *A família monoparental*

A família monoparental pode ter diversos pontos de partida. A morte de um dos parceiros, um divórcio, uma adoção ou mesmo paternidade unilateral, há a mulher que opta por ter um filho sozinha, há aquela que foi abandonada pelo parceiro sem que sequer se constituísse uma união estável, o mundo da vida é fértil em exemplos.

O §4º do art. 226 da Constituição Federal a define como um dos genitores e seus filhos compondo um núcleo familiar. Elas possuem uma carência especial de proteção, uma vez que "apresentam estrutura endógena mais frágil, em face dos encargos mais pesados que são impostos ao ascendente que cuidará, sozinho, do descendente" (FARIAS E ROSENVALD, 2008, p. 52), com uma só fonte de renda, e tendo que se desdobrar entre os cuidados domésticos e atividade profissional, via de regra.

2.2.4. *A família anaparental*

Caracterizada por uma “realidade social que une parentes, consanguíneos ou não, estando presente o elemento afetivo e ausentes relações sexuais” (MADALENO, 2013, p. 9), a família anaparental é um arquétipo configurado pela ausência de alguém na posição de ascendente. Há o ânimo de constituir uma vinculação familiar estável, a pretensão de permanência. É dispensado, neste formato de família, que haja relação de parentesco, mas deve haver, sim, uma identidade de propósitos. “Não foi contemplado pelo reconhecimento legal de efeitos jurídicos na ordem sucessória, e até mesmo no âmbito de alimentos.” Este formato familiar é tratado como eram no passado as famílias não matrimoniais, recebendo o tratamento de “sociedade de fato”, “se demonstrada a aquisição patrimonial pelo efetivo esforço comum, tão somente pela ostensiva e duradoura convivência” (MADALENO, 2013, p. 10).

Esta modalidade familiar goza da proteção destinada à família como qualquer outra. “Por evidente, as famílias anaparentais também constituem entidades familiares, das quais decorrem regulares efeitos, como obrigação de prestar alimentos, direito à herança, parentesco etc” (FARIAS E ROSENVALD, 2008, p. 73). Inclusive, proteção ao bem de família, reconhecimento de guarda, por exemplo, atingem essa formação por conta de seu caráter familiar.

2.2.5. *A família reconstituída*

Também intitulada como *família mosaica*, ou *família pluriparental*, é formada pela conjugalidade de duas pessoas com filhos provenientes de relações precedentes. Essa nova conjugalidade é geralmente constituída a partir de uma família monoparental, que pode ser precedida por uma outra relação como uma família matrimonial, uma união estável, ou uma família homoafetiva, ou mesmo essa família monoparental ter se constituído originariamente desta forma.

O resultado é uma família formada por uma nova conjugalidade, seja ela matrimonial, informal, independente da antiga, mas constituinte de um núcleo familiar complexo, ligado a sujeitos estranhos à assembleia familiar (como no caso de adoção do filho da companheira pelo, até então padrasto, doravante pai, sem que isso resulte na obrigação da destituição do poder familiar do pai biológico).

2.2.6. *A família paralela*

O fato de o direito não dar soluções a um fenômeno inexoravelmente presente no mundo dos fatos não o faz desaparecer. Assim foi com a família informal, sem a solenidade do casamento e sua consequente oponibilidade a terceiros, regime de bens e tudo mais, assim é, hoje, com a família paralela. Nas palavras com que Madaleno traduz a abordagem de Goeks e Oltramari acerca da boa-fé na família paralela, “descabe ao Estado negar a realidade de pretender que a concomitância de relações seja algo distante do Direito de Família” (MADALENO, 2013, p. 11).

O casamento brasileiro é monogâmico, e a bigamia é tipificada como crime. Um segundo casamento só é possível depois de desconstituído o primeiro, e a união estável, como entidade assemelhada ao casamento, goza das mesmas limitações, expressamente previstas no Código Civil (art. 1723, § 1º). Assim, sendo uma pessoa casada, e não separada de fato, por mais que mantenha convivência paralela com outra não haverá ali uma união estável.

Embora seja, a questão, digna de boas divagações, e portadora de relevante necessidade de respostas, extrapola ao propósito do presente estudo. Convém a estas páginas pintar a deixa para esta investigação. Madaleno (2013, p. 11) faz uma rica colagem de decisões inclinadas em favor do reconhecimento da múltipla constituição familiar, em condições específicas, bem como decisões que negam reconhecimento sem prejuízo do convivente de boa-fé.

Nas hipóteses em que é afastado reconhecimento da união dúplice, na colagem de Madaleno, predomina a fundamentação no princípio monogâmico da entidade familiar, inviável “o reconhecimento jurídico de relações paralelas, sempre quando hígido o casamento ou a anterior união informal” (MADALENO, 2013, p. 13). Assim, uma unidade familiar é dotada de mais legitimidade do que outra, resolvida, esta outra, como sociedade de fato, exatamente como se resolvia a união estável quando a moralidade impunha o casamento com exclusiva legitimidade.

2.2.6.1. *A questão da sucessão no cenário da família paralela*

A solução dada por Maria Berenice Dias (2011, p. 53) para a ruptura de um relacionamento dúplice consiste na preservação da meação do conjugue, e da meação do *de cuius*, participará a companheira. Da mesma forma, se uma união estável for muito anterior à outra. Sendo impossível a definição de qual das duas uniões estáveis é preexistente, divide-se o patrimônio em três partes iguais, cabendo uma delas a cada um dos envolvidos no triângulo amoroso.

Na hipótese do falecimento do varão casado que mantém uma companheira extraconjugal, uma vez afastada a meação da viúva, excluída a legítima dos herdeiros, da parte disponível poderá participar a companheira. Inexistentes descendentes ou ascendentes, divide-se o acervo hereditário em partes iguais entre a viúva e a convivente.

A matemática de Dias para a ausência de descendentes ou ascendentes presume uma equiparação entre as duas parceiras, uma vez que, ausente a viúva (a que fora casada com o falecido), o acervo somente seria integralmente herdado pela companheira se não houvessem, além de descendentes e ascendentes, tios, sobrinhos, tios-avôs ou sobrinhos-netos.

Essa discussão precisa, portanto, para ser resolvida, da resposta perseguida por este trabalho.

2.2.6.2. *Poliamor*

A discussão em torno das famílias paralelas é particularmente polêmica por conta do aspecto adúlterino presente no modelo mais frequente desta que se apresenta como uma entidade familiar. O poliamor, entretanto, dá uma roupagem especialmente diversa daquela, ainda no contexto das famílias paralelas – o que chama a atenção para as faltas de respostas claras que o direito civil brasileiro dá para a questões como a esta e a da sucessão nas famílias paralelas já mencionada, “alijados do sistema legal, na vã tentativa de fazê-los desaparecer” (DIAS, 2014, p. 115).

A família poliafetiva é “integrada por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade apenas entre um homem e uma mulher vivendo um para o outro”.

Como resolver as avenças sucessórias e as decorrentes da ruptura dessa relação? Mera escritura pública não resolve. Prova os fatos, mas “somente o Poder Judiciário está habilitado para reconhecer circunstanciais efeitos jurídicos aos contratos de relações poliafetivas no tocante à partilha de bens em caso de dissolução” (MADALENO, 2013, p. 26), seja pela morte de algum ou alguns dos integrantes dessa relação, ou por sua ruptura total ou parcial. A resposta dessa pergunta seria causa de perigosa divagação rumo a uma imperdoável fuga do objetivo proposto, mas que se servirá da resposta final perseguida por estas páginas.

2.2.7. *A família eudemonista*

“O termo *família eudemonista* é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros” (MADALENO, 2013, p. 27)

Esse movimento da afetividade em direção ao centro da família, em detrimento da vontade, ou do patrimônio, como consequência da busca da

felicidade, da supremacia do amor, da vitória da solidariedade, identificam uma nova perspectiva diante da família.

Não é, a família eudemonista, uma forma alternativa de núcleo familiar, diferente da família informal, família matrimonial, família homoafetiva. A família eudemonista é uma concepção da família pautada pela afetividade. É uma forma de ver a família, *latu sensu*, que é alternativa à família constituída em torno de objetivos diferentes da busca da felicidade. O termo se refere ao objetivo, e não à forma de constituição, não excluindo os outros conceitos aqui mencionados.

2.2.8. *A família homoafetiva*

A superação do privilégio até pouco tempo vigente atribuído ao casamento civil como única forma de união digna de juridicidade abriu as portas do Direito brasileiro à pluralidade de modelos familiares. As uniões entre casais do mesmo sexo, porém, continuou nas sombras do direito. O desejo de organizar socialmente suas vidas e fortalecer os laços conjugais sustentado pelos parceiros homoafetivos precisava ser atendido, mesmo com o insistente silêncio da lei.

Sem reconhecimento de quaisquer direitos, não havia meio hábil para a formalização do relacionamento homoafetivo, escolha de regime de bens, uso do apelido de família do outro; era reconhecida, *com sorte*, uma sociedade de fato, ignorado qualquer aspecto afetivo. Eventual partilha ocorreria proporcionalmente ao aporte financeiro de cada parceiro. (DIAS, 2014, p. 190)

A união estável foi a solução encontrada pelos tribunais para, por analogia jurisprudencial, lastrear o reconhecimento dessas relações. Entretanto, o elemento publicidade exigido para o reconhecimento da união estável pesava como um embargo ao reconhecimento deste direito, uma vez que o preconceito obrigava estes núcleos a manterem discrição (MADALENO, 2013, p. 28). Não obstante os problemas já enfrentados, a resistência

jurisprudencial baseada na menção expressa do texto constitucional à oposição dos sexos como requisito para a constituição da união estável serviu de entrave a este formato familiar.

A resistência do Direito em aceitar a legitimidade dessa família não a impediu de existir, alicerçada no afeto, assim como qualquer família atingida pela proteção estatal. Foi inevitável que a jurisprudência passasse a reconhecer a união baseada no afeto, sem que fosse limitada a se constituir por um homem e uma mulher.

Autorizada, por assim dizer, a união estável homoafetiva passou a receber o tratamento de família, dotada de um regime de bens, baseada no caráter afetivo, e regida pelo Direito de Família em detrimento do Obrigacional.

Com vistas a dar formalidade ao vínculo, a saída encontrada pelos casais homoafetivos residiu na firmação do contrato de convivência, que comprovasse a existência e a publicidade do vínculo. Houve resistência dos tabeliões em lavrarem tais escrituras públicas, justificando-se numa suposta contrariedade à moral e aos bons costumes e na ausência de lei reconhecendo a validade do objeto do contrato, o que resultaria em ilicitude do objeto (DIAS, 2014, p. 191).

Essa resistência se resolveu, e a união estável homoafetiva é pacífica, e há decisão do STF (STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Pleno, Rel. Min Ayres Brito, j. 05/05/2011) com efeito vinculante e eficácia contra todos, que impõe a lavratura de escritura pública de união estável homoafetiva, e, nos termos de Maria Berenice Dias, “nem cabe mais nomear de forma diferente as uniões estáveis em razão da igualdade ou diversidade do sexo dos conviventes. Ambas merecem ser chamadas simplesmente de **uniões estáveis**” (grifo no original) (DIAS, 2014, p. 193).

Até bem recentemente, ao casamento civil, ainda restava impedimento aos parceiros do mesmo sexo. “A liberdade matrimonial é um direito fundamental, apenas limitado nas hipóteses de impedimento, como incesto ou a bigamia” (LÔBO, 2011, p. 99), extrai-se da doutrina, mas esse direito fundamental pode ser livremente exercido, desde que os nubentes sejam homem e mulher. “O casamento condiz com um punhado de direitos

fundamentais derivados da dignidade da pessoa humana: o direito à liberdade, à igualdade, à intimidade, assim como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade” (DIAS, 2014, p. 197).

Não consta dos impedimentos matrimoniais a identidade dos sexos dos contraentes, e o uso da expressão “homem e mulher” quando se fala de um contraente e outro não basta para negar o acesso de parcela tão expressiva da população a estes direitos fundamentais.

A resolução 175/2013 do CNJ proibiu o impedimento do acesso de casais homoafetivos ao casamento civil, união estável ou sua conversão em casamento. Tratando-se de casamento, união estável, unidade familiar poliafetiva, família paralela, ou qualquer outro formato familiar, permanecem vigentes as lúcidas palavras de Maria Berenice Dias, já mencionadas: “nem cabe mais nomeá-las de forma diferente”. Estas uniões cabem ao tópico do casamento, da união estável, da família monoparental, independentemente (e menos dependente ainda que a forma de constituição daquela unidade familiar) da forma de expressão da sexualidade dos seus integrantes.

2.2.9. *Família Conjugal*

Esta categoria está descrita ao final intencionalmente. Os nomes dos tópicos anteriores foram extraídos do Curso de Direito de Família de Rolf Madaleno, embora a descrição tenha se servido de outras obras relevantes do Direito de Família. A descrição da "Família Conjugal" faz parte da explicação de Rodrigo da Cunha Pereira para o princípio da pluralidade familiar (PEREIRA, 2006, p. 171).

A maneira que o professor Rodrigo da Cunha Pereira explica o princípio da pluralidade das formas de família divide as famílias em três grandes grupos: a Família Conjugal, a Família Parental e a Família Unipessoal ou *single*. De acordo com Pereira, “qualquer família possível estará necessariamente em uma dessas categorias” (PEREIRA, 2006, p. 171) – uma

ou mais, uma vez que a família mosaico, por exemplo, caracterizaria a Família Conjugal e a Família Parental, de acordo com a explicação.

Ao mencionar a redação do art. 226 da Constituição Federal, Pereira explica que “a Carta Magna de 1988, embora não tenha nominado todas as entidades de família existentes (trarefa de difícil execução), chancelou-lhes proteção ao suprimir a locução ‘constituída pelo casamento’” (PEREIRA, 2006, p. 166).

Quando trata da Família Parental, Pereira explica que esta categoria pode conter ou estar contida na Família Conjugal. Pereira define a Família Parental como a formada por um grupamento de pessoas unidas por laços de parentesco biológico ou socioafetivo, isto é, o pai ou a mãe e a prole (família monoparental), a família substituta, a família binuclear ou mosaica. O elemento caracterizador da Família Parental é o parentesco, seja consanguíneo (pai e filho, avô e filho, irmãos, irmão e primo, tio e sobrinho) ou socioafetivo (constituído não só pela adoção, mas pela criação, a convivência entre o cônjuge da mãe e o filho, mesmo quando não houver a adoção).

Há o conceito, também, de família unipessoal ou *single*. É este, o caso do sujeito que mora sozinho e não tem uma convivência marital com ninguém¹⁷. Este formato familiar merece proteção do Estado como a dispensada ao bem de família, embora a maior parte dos conflitos resolvidos pelo Direito de Família não se possa constituir neste cenário.

Interessa a esta pesquisa o espectro definido como "Família Conjugal" pela explicação de Pereira. Neste grupo estão incluídas as famílias constituídas pela relação amorosa. Isto é, além do afeto, estão presentes o desejo e o amor sexual. Estão contidas neste conjunto as famílias "recompostas, reconstituídas, binucleares, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos" (PEREIRA, 2006, p. 171), também chamadas de famílias mosaico, os casais homoafetivos, aquelas constituídas pelo afeto combinado ao amor sexual. A caracterização de uma família como integrante deste grupo não a exclui necessariamente da Família Parental, quando se

¹⁷ Não se inclui nesse conceito o caso de conjuges que habitam residências diferentes por qualquer motivo.

considera que a Família Conjugal se define por características independentes daquela.

O elemento caracterizador desse conjunto de famílias é o aspecto conjugal, isto é, a presença do amor conjugal. A formalidade do casamento é irrelevante para a caracterização do núcleo familiar, desde que haja a comunhão de almas em torno de um objetivo comum de busca da felicidade. Inspirado no ensinamento de Virgílio de Sá Pereira, Azevedo discorre largamente acerca da proximidade entre as famílias de fato e de direito, e argumenta que

quando um homem e uma mulher se unem sob o mesmo teto, com o fruto de seu amor, aí se instala uma família. [...] 'passou por lá o juiz, com sua lei, ou o padre, com seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural' (AZEVEDO, 2002, p. 235)

Pouco importa se *passou o juiz ou o padre*, se os consortes são heterossexuais, monogâmicos ou monoândricos. Importa que se uniram para buscarem conjuntamente a felicidade, e desenvolver sua sexualidade de maneira conjugada com essa busca.

2.3. A extensão da igualdade entre cônjuges e companheiros

As diferentes histórias de vida que levam as pessoas a se unirem em torno de uma nova entidade familiar tornam estas a serem tão únicas quanto essas vidas. As diferenças naturais e culturais havidas entre os seres humanos se refletem nas entidades, e não podem ser apagadas pela igualdade pretendida pelo direito. O princípio da igualdade não tem o condão de anular a diversidade, mas, do contrário, permitir que essa diversidade se manifeste sem que disso decorra tratamento discriminatório ou desigualdade em relação aos direitos havidos por cada sujeito integrante dessas entidades (DIAS, 2011, p. 65–66).

Dentre todo aquele rol de famílias protegidas pelo direito brasileiro, nos interessam aquelas abraçadas pelo guarda-chuvas da Família Conjugal, isto é, aquela constituída por uma conjugalidade.

Um último passo para contextualizar as conjugalidades no âmbito do objetivo desta pesquisa consiste em confrontá-las de mensurar a extensão das igualdades e diversidades inerentes a elas. Para os fins deste trabalho, interessa a formação familiar caracterizada pela união estável ou pelo casamento. Extrapola a finalidade deste espaço a exploração de configurações fronteiriças, pertencentes àquela zona cinzenta entre o que já é direito e o que se pretende construir com novos pensamentos revolucionários, mirando numa sociedade mais compreensiva e flexível que a atual. Também foge à mira desta investigação monográfica as características das entidades familiares não caracterizadas pela conjugalidade, como a anaparental, a monoparental, a unipessoal.

A Constituição Federal, no art. 226, *caput*, promete proteção especial à família, e nos seus parágrafos, reconhece, como já mencionado, tanto o casamento como a união estável como conjugalidades aptas à formação de uma família. "Nem o interesse demonstrado pela Constituição em transformar a união estável em casamento sinaliza preferência pelo vínculo matrimonializado. Ambos os institutos são fontes geradoras de família, de igual natureza e valor jurídico." (DIAS, 2014, p. 110)

A indicação constitucional em favor da facilitação da união estável em casamento não indica uma inferioridade daquela em favor deste. O pensamento de Giselda Hironaka expresso por Maria Berenice Dias é esclarecedor: "a Constituição não foi suficientemente corajosa paradeixar de recomendar a mais inútil de todas as inutilidades" (DIAS, 2014, p. 110). Em outras palavras, a recomendação pela facilitação da conversão da união estável em casamento tem o condão de apenas evitar a obstaculização, e não de prescrever uma preferência por este.

Em 2002, Álvaro Villaça Azevedo já previa a tendência "à criação de uma figura geral de família natural ou de fato" (AZEVEDO, 2002, p. 236), observada na exigência sistemática da regulamentação das relações surgidas

em forma distinta daquela legalmente prevista, e conseqüentemente nas soluções aplicadas aos problemas decorrentes dessas relações, o que implicaria na aparente equiparação das situações de fato.

Como decorrência desse assemelhamento entre as relações de fato e de direito, Azevedo tenta responder a pergunta de Alberto Trabucchi: "Se o concubinato se manifesta igual ao casamento, por que, então, se deve desposar?" (AZEVEDO, 2002, p. 236). Azevedo justifica a escolha na liberdade dos concubinos em separar-se independente de atuação judiciária. O raciocínio é de 2002, muito anterior à Emenda Constitucional nº 66/2004, que repagina a noção de casamento no Direito Brasileiro, e facilitou o divórcio, tornando-o significativamente simples, quando amigável.

Extinta, então, aquela diferença ontológica encontrada por Azevedo, a distinção passa a ser ainda mais nebulosa. Ainda dentro daquele contexto, anterior à emenda mencionada, Azevedo reconhecia que a distância entre a família "legítima" e a natural – o uso da expressão "família legítima" ainda era aceitável, há apenas 12 anos – restava diminuída. Conclui o autor este raciocínio: "o que se deve é fortalecer a família, não importando de que natureza ela seja" (AZEVEDO, 2002, p. 238)

Na ordem jurídica vigente, "ninguém duvida que há quase uma simetria entre casamento e união estável. Ambas são estruturas de convívio que têm origem no elo afetivo. A divergência diz só com o modo de constituição." (DIAS, 2011, p. 171). O casamento se constitui com a celebração do do matrimônio, e a união estável não tem termo inicial bem determinado, como está explicado acima, no tópico que fala da "família informal".

Pereira descreve o casamento como um contrato *sui generis*, com efeitos pessoais e patrimoniais, com raízes no Direito Canônico (PEREIRA, 2012, p. 59). Ainda de acordo com Pereira (2012, p. 76), os esforços movidos no sentido de se atribuírem efeitos jurídicos à união estável, são no sentido de equipará-la ao casamento oficial.

Patrimonialmente, não há grande diferença entre casamento civil e união estável. Pereira identifica o cerne da diferença nos efeitos pessoais, e sugere que a liberdade de rompimento da relação seja o principal

determinante. “A união estável pode ser dissolvida livremente, sem qualquer justificação e independentemente de processo judicial” (PEREIRA, 2012, p. 77). Essa liberdade não significa que a separação seja mais fácil. Ao contrário, as questões afetivas e patrimonialistas se misturam, as partes usam essas discussões como vingança pessoal, e a discussão se torna bem mais traumática que nos casos em que há regras definidas por um casamento civil.

Não é mais fácil de se separar quando se trata de uma união informal, apesar da sensação existente entre as partes quando optam pelo não casamento. O divórcio se tornou simples e rápido, sem necessidade de processo judicial, quando amigável; e quando não amigável, o processo judicial (que não deixaria de existir se fosse o caso de uma união estável, dada a litigiosidade da separação) seria mais rápido e fácil se as regras e a data de início fossem bem definidas.

Seria este, um indicativo de que as pessoas não querem o estado se metendo nos seus assuntos particulares? Um simples pedido por privacidade. Se surgir um conflito, que as partes abram suas vidas e se exponham ao estado–juiz. Mas até que isso aconteça, o sujeito que faz parte de uma família reivindica essa privacidade.

Seja pelo interesse numa hipotética (e irreal) facilidade de dissolução, pelo desejo pela privacidade, ou o desinteresse na publicidade formal, “a opção por um ou outro tipo de relacionamento conjugal, matriculado ou não no registro civil, é algo muito mais profundo do que podemos imaginar” (PEREIRA, 2012, p. 78). Pereira sugere que o indivíduo pressupõe que ficará menos “amarrado”, o que está ligado à questão da responsabilidade. A escolha está ligada a um medo de assumirem publicamente um compromisso, de serem cobrados, na esfera moral, em caso de uma futura separação.

Pereira (2012, p. 79–81) indica, ainda, a questão da presunção da paternidade, que é uma realidade no casamento, e não se configura na união estável. A união estável configura uma prova da paternidade, mas não faz presumi-la por si só como é o caso do casamento. Mesmo no casamento, a presunção de paternidade precisa ser vista com olhos cautelosos, vez que no mundo da vida a fidelidade conjugal não é necessariamente uma regra.

Sequer o uso do apelido de família seria motivo determinante para se optar pelo casamento caso o conjuge queira adotá-lo, vez que a redação dada em 2009 ao § 2º do art. 57 da Lei de Registros Públicos permite o uso do patronímico de companheiro em união estável, e no casamento não se faz mais obrigatória a adoção do nome do conjuge.

É útil a este estudo o quadro comparativo formulado por Pereira (2012, p. 58) que opõe casamento e união estável:

	CASAMENTO	UNIÃO ESTÁVEL
CONTRATO	Solene, formal e natureza pública.	Pode ser expresso ou tácito.
ESTADO CIVIL	Casado.	Não cria estado civil.
DIREITO REAL DE HABITAÇÃO	CC/2002: 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.	Lei n. 9.278/96: 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
HERDEIRO NECESSÁRIO	CC/2002: Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.	O companheiro não é herdeiro necessário.

O companheiro não é herdeiro necessário, enquanto o cônjuge o é. O contrato da união estável é mais flexível, enquanto o do casamento é solene,

e o casamento altera estado civil, enquanto na união estável não há alteração. Eis as diferenças entre união estável e casamento. Se alguém entrar numa casa em que habita uma família, e conviver com ela durante tempo necessário para conhecer intimamente todos os habitantes daquela família, sem que isso seja expressamente mencionado, ninguém saberá diferenciar. Em ambos os casos se terá uma família. A diferença: um gera a condição de herdeiro necessário, o outro não.

Tendo em vista a ascensão do *neoconstitucionalismo* como paradigma do direito, se tornou impossível discutir seriamente qualquer problema jurídico sem uma análise principiológica constitucional. Para a análise da sucessão de cônjuge e de companheiro, conforme o caso, não é diferente: se faz imprescindível um estudo do Direito Sucessório à luz da Constituição. A compreensão destes aspectos constitucionais são o caminho para o entendimento do julgamento da constitucionalidade dos dispositivos que são objeto do presente estudo.

3. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Na matemática, dá-se o nome de “sucessor” ao número que segue ao antecessor. O Direito Romano já se referia à modificação do direito subjetivo na qual uma pessoa substitui outra em uma relação jurídica como *sucessão*, que poderia ser *inter vivos* ou *mortis causa* (ALVES, 2007, p.701). O sentido que interessa ao Direito Sucessório não se distingue muito deste: “Suceder uma pessoa significa vir depois dela, tomar seu lugar, recolhendo todo ou parte dos direito que lhe pertencem.” (RIZZARDO, 2013 p. 1).

Embora se faça referência à sucessão *inter vivos* no Direito Civil contemporâneo, quando o assunto é Direito das Sucessões, não faz sentido falar em sucessão de vivos – como havia no Direito Romano, quando um *pater familias* era adotado por outro (*adrogatio*), este recebia, com restrições, o patrimônio do adotado na qualidade de sucessor universal, entre outros casos (ALVES, 2007, p.702) –; interessa, sim, a sucessão ocorrida *causa mortis*, pela qual os herdeiros irão suceder o *de cuius* em seu patrimônio, direitos e obrigações.

A abertura da sucessão ocorre no momento da morte, cuja comprovação se tem por presumivelmente verdadeira, regra geral, a partir do registro de óbito¹⁸. A indicação do momento e da forma da morte são questionamentos que extrapolam as atribuições da ciência jurídica: cabe aos profissionais da saúde darem esta indicação. O interesse do direito sucessório no dia e hora do óbito decorre do chamado *droit de saisine*, princípio que implica na abertura da sucessão como consequência automática à morte. (DIAS, 2011, p. 99–102)

A leitura histórica da sucessão transita entre referências ao direito romano e ao direito germânico, mas sempre à sombra do Direito de Família. De um lado e de outro, ora tendo o testamento no centro de gravidade (direito romano), ora ignorando quase que totalmente a ideia de testamento, a

¹⁸ Há a excepcionalidade da morte presumida, com ou sem ausência, conforme os arts 7º, 22 e seguintes do Código Civil.

sucessão evolui a partir de uma noção de que a propriedade é pertencente à família e a sucessão vai indicar a continuidade dessa unidade de culto, bens, relações jurídicas, direitos, obrigações. (GOMES, 2007, p. 3–4)

"Primeiramente, havia uma comunhão familiar, ou seja, os bens ficavam com o grupo familiar, já que persistia a comunidade agrária, sendo as terras de propriedade coletiva da *gens*. Isso numa fase anterior, o que também se verificou em outros povos" (RIZZARDO, 2013, p. 3)

No Direito Romano, os *fili familias* não podiam ter patrimônio, embora o *pater familias* pudesse lhes dar o domínio de determinados bens. O patrimônio ficava na família, administrado pelo seu chefe (ALVES, 2007, p. 705). O conceito de família evoluiu com os séculos, e hoje se entende por família o que o Direito Romano chamava de "família natural" – conceito menor do que a família *proprio iure*, chefiada pelo *pater familias*.

A evolução histórica do Direito Sucessório interessa a partir do Direito Romano, na qual a sucessão se constrói em torno da família. Se, no Direito Romano, um *pater familias* morre *ab intestato*, "a sucessão se devolvia, seguidamente, a três classes de herdeiros:" *Sui; agnati e gentiles*. Os primeiros, dizem respeito aos "filhos sob o pátrio poder, a mulher *in manu, quia filiae loco est* e outros parentes sujeitos ao *de cujus*"¹⁹ (GOMES, 2007, p. 3). Os *agnati* são as pessoas também sob o pátrio poder ou que se sujeitariam a ele se o *pater familias* estivesse vivo. Por fim, na falta dos *sui* e *agnati*, os *gentiles*, ou seja, os membros da mesma *gens*. Sempre em torno da família, no grau de parentesco mais próximo possível.

Como já foi mencionado, e tornará a ser pontuado mais adiante, a família informal tem tratamento distinto no Direito Sucessório brasileiro vigente. Na atual ordem constitucional, esta distinção é um contrassenso, facilmente observado após a análise que este trabalho faz sobre as famílias em sua concepção plural.

¹⁹ A mulher "*in manu, quia filiae loco est*" é aquela que está na condição de filha.

3.1. Evolução hermenêutica recente: efetividade constitucional

Luiz Roberto Barroso²⁰ faz uma leitura proveitosa ao estudo da evolução recente da hermenêutica constitucional. Lê-se da retrospectiva de Barroso que a gravidade com que se trata o descumprimento de um preceito constitucional no Brasil é coisa recente. No mundo romano-germânico como um todo, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais é novidade. Ao movimento que promoveu essa mudança chamou-se "Doutrina Brasileira da Efetividade" (MARTINS, MENDES e NASCIMENTO (orgs.), 2012, p. 39).

"A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa." (MARTINS, MENDES e NASCIMENTO (orgs.), 2012, p.39)

Consequência da doutrina da efetividade, foram as três mudanças de paradigmas sofridas pelo Direito Constitucional:

No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. (MARTINS, MENDES e NASCIMENTO (orgs.), 2012, p. 40)

Passou-se a falar em um *neoconstitucionalismo*, ou novo Direito Constitucional, sob o marco histórico do processo de redemocratização²¹ a partir da Constituição de 1988; sob o marco filosófico do pós-positivismo, que

²⁰ No Tratado de Direito Constitucional coordenado pelos ministros Ives Gandra, Gilmar Mendes e pelo advogado Carlos Valder do Nascimento,

²¹ Barroso contextualiza o neoconstitucionalismo, de maneira mais ampla, além da redemocratização brasileira, no constitucionalismo do pós-guerra, na Europa Continental, porém ao presente estudo interessa o âmbito brasileiro deste processo.

buscou um ponto intermediário entre o amoral e extritamente legalista positivismo e o abstrato jusnaturalismo ²² e sob o marco teórico, o já mencionado reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão jurisdicional constitucional, com a criação de cortes especializadas e na transformação havida no âmbito da hermenêutica constitucional, que permitiu a efetivação daquela força normativa por meio destas cortes especializadas.

A efetividade da constituição se manifesta na maior influência que ela passa a fazer sobre todas as formas de aplicação do Direito, não mais por uma via abstrata e indireta, na forma de uma influência suave exercida sobre o legislador quando este formula a norma que se está aplicando, mas na forma dos efeitos constitucionais diretos sobre a matéria que se está aplicando. Nas palavras de Luiz Roberto Barroso,

qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais (MARTINS, MENDES e NASCIMENTO (orgs.), 2012, p. 42)

O conteúdo normativo da Constituição se manifesta diretamente no ordenamento jurídico, gerando direitos e obrigações. São exemplos de manifestações diretas da Constituição no Direito Civil, a igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, reconhecimento de novas entidades familiares, temas que interessam ao foco do presente trabalho. Como consequência do impacto revolucionário do princípio da dignidade humana, teve lugar "uma *despatrimonialização* e uma *repersonalização* do direito civil, (...) bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da

²² "Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração" (MARTINS, MENDES e NASCIMENTO, 2012, p. 41)

personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica" (MARTINS, MENDES e NASCIMENTO, 2012, p. 43)

Todo aquele movimento do centro de gravidade do Direito de Família e das Sucessões do aspecto patrimonial em direção ao aspecto pessoal, com ênfase no afeto e na busca da felicidade, é parte desse processo de constitucionalização dos direitos, com o protagonismo do princípio da dignidade humana.

No mesmo tratado em que Luis Roberto Barroso brinda o estudioso do direito com o artigo introdutório²³ – mas não menos profundo – à Constituição de 1988, o artigo do professor Inocêncio Mártires Coelho explica oportunamente a aplicabilidade prática dos princípios constitucionais.

Coelho parte da correlação ontológico–gnosiológica de Miguel Reale para desenvolver seu raciocínio acerca da Hermenêutica Constitucional. A correlação mencionada diz respeito a alteridade existente, no mundo físico, entre a realidade dada e a cognição dessa realidade dada pelo cientista. Essa alteridade não existe no que Coelho chama de *ciências do espírito*, o que inclui o Direito. Nas ciências jurídicas, a apropriação da norma pelo jurista faz parte da própria formação e materialização dessa norma. Em outras palavras, o intérprete dá sentido à norma. O *ser* (fático, ontológico) deriva da compreensão do *dever-ser* (cognitivo, deontológico). Coelho usa as palavras de Radbruch que explicam de maneira inequívoca este ponto: “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um *pensar de novo* aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar ate ao fim* aquilo que já começou a ser pensado por um outro” (RADBRUCH *apud* MARTINS, MENDES e NASCIMENTO, 2012, p. 211).

A missão do jurista não é, portanto, a de *aplicar* o direito, ou remover uma barreira *cronológica* entre o legislador e o jurisdicionado. O intérprete–aplicador do direito tem uma barreira *material* a superar, entre o caráter abstrato da norma e o caráter concreto do problema jurídico a se resolver com

²³ "Introdutório" porque assim se identifica: "Constituição Brasileira de 1988: uma introdução". Evidentemente, um tema tão abrangente quanto o Direito Constitucional, não poderia ter uma introdução muito simples.

a interpretação–aplicação dessa norma (MARTINS, MENDES e NASCIMENTO, 2012, p. 211). Não se trata de uma *aplicação* do direito, mas de uma construção conjunta da norma, com os preceitos delineados abstratamente pelo legislador.

Nessa esteira, cabe dizer que a interpretação jurídica evoluiu das premissas tradicionais²⁴ para as premissas que indicam que a norma só fará surgir a resposta constitucionalmente adequada quando observada à luz do problema; e que ao juiz não cabe somente a revelação da norma a partir de um conhecimento técnico, mas o papel de co–construtor do direito – ao lado do legislador. (BARROSO, 2004, p. 35–36)

É como parte desse processo de remodelagem da interpretação jurídica que os preceitos constitucionais ganham força normativa. “O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós–positivismo” (BARROSO, 2004, p.36). Ocorre a constitucionalização do direito, que deixa de ter no Código Civil o seu mais expoente diploma normativo²⁵, para girar em torno da Constituição Federal, e ter interpretada toda a legislação infraconstitucional.

A efetividade plena dos princípios constitucionais é uma realidade, sob o novo paradigma constitucional. Seja pela aplicação direta de um princípio, ainda que de conteúdo programático, eficácia limitada ou contida; seja pelo efeito do controle difuso de constitucionalidade no curso do processo de interpretação autêntica da norma, por qualquer magistrado ou tribunal.

Esse escoamento dos princípios constitucionais por todo o direito é observado de maneira particularmente evidente no Direito Civil. Barroso ilustra

²⁴ Premissas que atribuem à norma, o papel de oferecer soluções jurídicas abstratamente, e ao juiz, o de identificar essas soluções no ordenamento jurídico

²⁵ Uma situação peculiar em relação à centralidade do Código Civil vivenciada até há poucas décadas, que ainda se reflete nos dias de hoje, se manifesta nas discussões em torno da questão do aborto. Muitos defensores da criminalização do aborto argumentam em torno do art 2º do Código Civil - "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" -, dizendo que como a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, o aborto precisa ser criminalizado se cometido desde este momento.

esse processo com a frase de Paulo Bonavides²⁶: “Ontem os códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”. O deslocamento do centro do Direito Civil dos Códigos para a Constituição se manifesta com “o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade” (BARROSO, 2004, p. 51).

Além da já mencionada (MARTINS, MENDES e NASCIMENTO, 2012, p. 43) despatrimonialização e repersonalização do direito civil, decorrente da influência do princípio da dignidade humana, Barroso destaca o desenvolvimento doutrinário da *aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*, que divide duas correntes predominantes:

a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;

b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade de um lado, e o direito fundamental em jogo do outro lado. (BARROSO, 2004, p. 52)

É no sentido da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais que Barroso se alinha, indicando uma predominância doutrinária desta inclinação. “O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista” (BARROSO, 2004, p. 53), e é incontestável a presença inderrogável dos princípios constitucionais com eficácia imediata e plena na aplicação direta do Direito Civil.

Em coro com o raciocínio de Barroso, André Ramos Tavares é taxativo:

Tomando o Texto Constitucional a uma interpretação literal, não se admitiria, em se tratando de direitos e garantias

²⁶ Complementada por Eros Roberto Grau quando do recebimento por ambos, o primeiro em 1998, o segundo em 2003, da Medalha Teixeira de Freitas do IAB (BARROSO, 2004, p.51)

fundamentais, normas não autoexecutáveis, todas auferindo, diretamente dessa norma, a possibilidade de incidência imediata e, assim, exigíveis perante o Poder Público. (MARTINS, MENDES e NASCIMENTO, 2012, p. 476)

Tomando de empréstimo as palavras de Celso Ribeiro Bastos, Tavares reafirma a

aplicação imediata de todos os direitos e garantias fundamentais, desde que não obstados por uma expressa referência da lei a uma legislação integradora, nem por um vazio semântico tamanho que torne o preceito absolutamente independente de uma integração normativa. (BASTOS *apud* MARTINS, MENDES e NASCIMENTO, 2012, p. 477)

Consequentemente, se torna imprescindível o estudo cuidadoso dos princípios e direitos fundamentais relacionados com o Direito de Família e Sucessões, se o objetivo é fazer uma análise constitucional de um problema afeto ao ramo mencionado.

Se o neoconstitucionalismo se irradia a todos os ramos do Direito, faz com que todos os ramos sejam fundidos ao Direito Constitucional. Mas o caráter principiológico dos outros ramos é resultado da manifestação do Direito Constitucional. Se é que dá para se falar em "outros" ramos, e não em ramos do próprio Direito Constitucional, sendo todos partes dele.

3.1.1. Princípios aplicáveis ao Direito de Família e Sucessões tangentes à presente investigação

O Direito de Família foi profundamente afetado pelo processo de constitucionalização do direito e, como qualquer ramo do direito, requer a verificação de sua constitucionalidade quando de sua aplicação—interpretação. As consequências sentidas por este ramo, porém, são mais sensíveis do que no Direito em geral, em especial por efeito do conteúdo discriminatório do direito anterior em relação às formas de família menos ortodoxas.

Princípios como o da isonomia dos filhos, o pluralismo de modelos familiares e dignidade da pessoa humana repaginaram o Direito de Família, o

que resultou na funcionalização da família à realização da personalidade de seus membros, na despatrimonialização das relações parentais e na desvinculação entre proteção dos filhos e a relação dos genitores²⁷ (GAMA, 2008, p. 115).

Convém destacar, neste espaço, alguns princípios de relevante importância ao Direito de Família e Sucessões, especialmente para a resolução do problema ora investigado.

3.1.1.1. *Princípio da dignidade da pessoa humana*

O Direito de Família, despatrimonializado e repersonalizado, como as páginas anteriores o apresentam, só se manterá consonante com a dignidade e com os Direitos Humanos, se as relações interprivadas caracterizadas pelo laço social, pela relação familiar, pela conjugalidade, pela afetividade, não estiverem à margem. A exclusão da mulher do princípio da igualdade, posta em condição inferior ao homem; a vedação ao uso do patronímio paterno por filhos extramatrimoniais se o pai fosse casado; a ignorância do direito às famílias constituídas por via diversa do casamento são exemplos claros de violação da dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2006, p. 100).

O valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas (que podem receber preço) é a dignidade; e considerar o homem um ser que não pode ser tratado ou avaliado como coisa implica conceber uma denominação mais específica ao próprio homem: pessoa. (PEREIRA, 2006, p. 96)

Consagrado no art. 1º, III e reproduzido no §7º do art. 226, que trata do planejamento familiar, ambos dispositivos da Constituição federal, o princípio da dignidade da pessoa humana é normalmente referenciado quando

²⁷ Guilherme Calmon Nogueira da Gama extrai essa lição de Gustavo Tepedino, e convém a colagem das palavras nas quais se fazem entender os autores: “o conceito de unidade familiar não mais se confunde com a unidade matrimonial, sendo esta instrumento para a tutela da pessoa humana” (GAMA, 2008, p. 115)

se trata de direitos fundamentais²⁸. “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico” (GAMA, 2008, p. 70). Consequência dele é a proteção ao direito do casal de conduzir o planejamento familiar, e a proteção à família.

Da dignidade humana, irradiam outros princípios como a liberdade, a autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade, solidariedade (PEREIRA, 2006, p. 94)

3.1.1.2. *Princípio da igualdade material*

Já explorado em tópicos anteriores, o tema da igualdade material pode ser objeto de prolongadas reflexões. No âmbito do Direito de Família, o princípio se manifesta na forma da igualdade entre homem e mulher (§5º do art. 226 da CF) e da igualdade entre os filhos independentemente da natureza do relacionamento dos pais (§6º do art. 227 da CF).

Pereira (2006, p. 146) apresenta o princípio como contido no que chama de "princípio da igualdade e o respeito às diferenças", não mencionado em separado por Gama. De qualquer forma, a igualdade, seja no âmbito interno da unidade familiar – igualdade entre homem e mulher, substituição da ideia de *pátrio poder* pela de *poder familiar*, prescrição de que o planejamento familiar é de livre decisão do *casal* –, seja no âmbito externo, em relação à sociedade – a superação do cenário em que "a legitimidade da família constituía instituto demarcador das fronteiras entre o lícito e o ilícito no campo das relações familiares e definia a titularidade (ou não) de situações jurídicas ativas" (GAMA, 2008, p. 73), em favor de uma nova realidade, mais plural e inclusiva.

²⁸ A lição de Rodrigo da Cunha Pereira é inafastável: “a dignidade da pessoa humana normalmente é tutelada, especialmente quando se encontra vinculada aos direitos fundamentais, por meio de duas funções distintas: (a) a de proteção à pessoa humana, no sentido de defendê-la de qualquer ato degradante ou de cunho desumano, contra o Estado e a comunidade em geral; (b) a de promoção da participação ativa da pessoa humana nos destinos da própria existência e da vida comunitária, em condições existenciais consideradas mínimas para tal convivência.” (GAMA, 2008, p. 69)

3.1.1.3. *Princípio da afetividade*

O papel central ocupado pela afetividade na família contemporânea, e a apropriação desse afeto pelo Direito já foi explorado oportunamente no seu aspecto ontológico. Convém dar a ênfase merecida ao aspecto jurídico da afetividade enquanto princípio norteador do Direito de Família.

A despatrimonialização e repersonalização do Direito de Família²⁹ alçou a dignidade da pessoa humana a um papel de destaque, em detrimento do patrimônio. "Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o *locus* onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização" (PEREIRA, 2006, p. 182).

O princípio da afetividade é visto por Gama (2008, p. 82) como um princípio constitucional implícito, que pode ser "extraído da interpretação sistemática e teleológica dos arts. 226, §§ 3º e 6º, 227 *caput* e §1º, ambos da Constituição Federal".

É exemplo de reflexo do princípio da afetividade a admissão do divórcio, despido do papel atribuído à culpa, existente até há bem pouco tempo; o que expressa o fato de que, com o fim do afeto, é injustificada a continuidade de qualquer relação. Mais diretamente afetado pelo princípio da afetividade é o caso da cessação da convivência entre companheiros que, "por si só, enseja a consideração da desvinculação dos companheiros com a extinção da então existente união estável fundada no companheirismo" (GAMA, 2008, p. 83).

²⁹ Como consequência da constitucionalização dos direitos, e do mesmo processo ocorrido no Direito Civil como um todo

3.1.1.4. *Princípio do pluralismo das entidades familiares*

Assim como o princípio da afetividade, este já foi bastante explorado também nas páginas anteriores, com ênfase maior no universo fático da realidade familiar no Brasil, desta vez, com uma abordagem mais predominantemente jurídica que no anterior. Convém, aqui, apresentar o caráter principiológico desse pluralismo.

Relacionados ao pluralismo das formas de família, estão os princípios da tutela especial à família, do pluralismo democrático, e da liberdade e solidarismo, descritos separadamente por Gama³⁰, mas que conjuntamente culminam na coroação da diversidade de formas de família.

Quanto à tutela especial da família, Gama (2008, p. 71) enfatiza na primeira oportunidade que a tutela independe da espécie, da forma de constituição ou da manutenção de vínculos jurídicos. A pluralidade de entidades familiares é uma premissa para a compreensão da tutela especial da família. Cabe ao Estado, nas palavras de Gama, "promover medidas positivas de modo a proporcionar a tutela especial de todas as famílias" (GAMA, 2008, p. 72)

Não menos visceral é a conexão do "princípio do pluralismo democrático no âmbito dos organismos familiares (art. 1º, inciso V, da Constituição Federal), que se associa à liberdade de escolha do modelo e da espécie de família" (GAMA, 2008, p. 72) com a pluralidade familiar.

Pereira (2006, p. 166) importa as palavras de Lôbo acerca da pretensão de alguns doutrinadores em entender como *numerus clausus* o rol prescrito pelos parágrafos do art. 226 da Constituição, e depreende que "*a exclusão não está na Constituição, mas na interpretação*". Os modelos de família indicados pela Constituição não são *numerus clausus*, nem poderiam ser, visto que são inúmeras as formas de família que se podem constituir.

³⁰ Se fez conveniente agrupar estes princípios neste estudo, vez que têm consequências semelhantes e são intimamente relacionados. Não é, este trabalho, também, voltado a um estudo pormenorizado dos princípios constitucionais, logo qualquer detalhamento maior do que este configuraria uma fuga temática imprópria ao presente espaço.

Com efeito, a Constituição indica que a família tem especial proteção do Estado, que o casamento é civil, e são reconhecidas legitimamente as famílias constituídas por união estável, bem como as unidades familiares compostas por um dos pais e sua prole. Outras formas de entidades familiares³¹ podem ser protegidas pelo Direito assim como estas, visto o caráter plural da família a ser protegida com tutela especial pelo Estado.

3.2. Caráter discriminatório e inconstitucional dos incisos III e IV do art. 1790 do CC02

Com a morte de um dos cônjuges, o cônjuge sobrevivente ocupa posição privilegiada na sucessão. Não poderia ser diferente, ao se examinar o sentido afetivo da família contemporânea, porém, nem sempre foi assim.

O Direito Sucessório distingue a *sucessão legal* (ou legítima) da *sucessão testamentária*. A primeira decorre da lei, e a segunda da última disposição de vontade do falecido (GOMES, 2007, p. 39). A existência de testamento não exclui da sucessão os efeitos da sucessão legítima, como explica a lição de Rizzardo: “unicamente a metade de sua meação poderá testar a pessoa, se existirem herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes e o cônjuge, como decorre do art. 1.789” do Código Civil ³² (RIZZARDO, 2014, p. 142).

Convém distinguir, alguns conceitos, antes de se explicar as regras atualmente aplicadas no direito brasileiro à sucessão do cônjuge, do companheiro, as diferenças entre as regras vigentes em cada caso e por fim se

³¹ Com o alargamento do conceito de união estável ocorrido em torno da discussão acerca da união homoafetiva, não é absurda a pergunta: será que as outras formas de entidades familiares já não estão incluídas no conceito (alargado) de união estável? A abrangência da ideia de "outras formas de entidades familiares" de que os doutrinadores falam estaria se dirigindo às famílias poliafetivas? Paralelas? Que formatos de organização familiar não cobertas pelos guarda-chuvas descritos pela Constituição seriam objeto para outro inteiro estudo.

³² “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”

fazer a análise constitucional dessa diferenciação. Orlando Gomes³³ (2007, p. 40) descreve as *classes de sucessíveis*, que compreendem os descendentes, ascendentes, cônjuge e os colaterais. Na versão original da obra, constava ainda o Estado entre as classes, o que deixou de ser uma realidade com o Código Civil de 2002, uma vez que o Estado deixou de receber os bens na qualidade de herdeiro.

Distingue-se, também, o herdeiro legítimo do herdeiro necessário. *Herdeiros legítimos* são os que Orlando Gomes (2007, p. 40) descreve como os que são indicados na lei como sucessores “nos casos de *sucessão legal*, a quem se transmite a totalidade ou a *quota-parte* da herança”. Distinguem-se do sucessor testamentário, que são chamados à partilha por disposição de ato de última vontade do falecido. *Herdeiros necessários* são um grupo contido no conjunto mais amplo dos herdeiros legítimos, posto que também são previstos em lei, mas contam com a condição especial de terem reservada uma quota do acervo patrimonial da qual não pode dispor o falecido em testamento. A já mencionada lição de Rizzardo (2014, p. 142) prescreve que somente de metade de seu acervo pode dispor o testador, quando há herdeiros necessários, posto que a outra metade pertence aos herdeiros necessários de pleno direito. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, nesta ordem, resguardado o direito a concorrência sucessória do cônjuge, objeto central desta pesquisa.

Só faz sentido falar em sucessão em relação à composição patrimonial que, de direito, pertencia ao *de cuius*. Não cabe confundir meação³⁴ com herança, muito embora sejam recebidos pela mesma pessoa, oriundos do mesmo conjunto patrimonial. A distinção é importante, uma vez que sobre a fração do patrimônio correspondente à meação não incidirá o imposto de

³³ O texto de Orlando Gomes descreve três categorias: ordens, classes e graus. As primeiras são três: parentes, cônjuges e o Estado; as últimas dizem respeito à distância do parentesco - pai, mãe e filho são primeiro grau, neto e avô segundo grau em linha reta, irmão segundo grau em linha colateral e assim por diante. Interessa a esta investigação somente o conceito de classe, que é o que será explorado.

³⁴ A descrição de como vai funcionar o cálculo da meação de acordo com o regime de bens extrapola o objetivo deste trabalho. Será explorada a análise apenas do patrimônio do *de cuius*, já descontada a meação.

transmissão *causa mortis* (DIAS, 2013b, p. 55). Convém, portanto, distinguir meação de herança, e herança de legítima. A herança é o acervo patrimonial correspondente à meação do falecido³⁵, incluídos ou não os bens particulares conforme o caso, e metade deste é a legítima, sobre a qual não poderá dispor por testamento ou doação, sob pena de nulidade, e os herdeiros necessários terão o direito de reduzir o montante doado ou testado para que este não ultrapasse a parte disponível (RIZZARDO, 2014, p. 142).

O chamamento de uma classe exclui as subsequentes. Assim, havendo descendentes, excluídos estão os ascendentes; inexistindo descendentes, são chamados à legítima os ascendentes; e assim sucessivamente. São chamados os que constam em segundo lugar unicamente se faltar a anterior (RIZZARDO, 2014, p. 166). Excessão à regra é o cônjuge, que acompanha as duas primeiras classes em concorrência, e ocupa o terceiro lugar, recebendo a totalidade da herança na ausência das duas primeiras classes.

Um dos importantes avanços realizados pelo Código Civil de 2002 foi a alçada do cônjuge à condição de herdeiro necessário. No Código Civil de 1916, o cônjuge não somente estava afastado da concorrência, como era apenas herdeiro legítimo, podendo ser afastado da sucessão por mera disposição testamentária. (DIAS, 2013b, p. 54).

Depois de descontada a meação, quando cabível, é que se passará a discutir o destino do acervo patrimonial do falecido. No Direito Sucessório Brasileiro, o cônjuge ocupa a terceira posição na ordem de vocação hereditária, como indica o art. 1.829 do Código Civil, e concorre com descendentes e ascendentes, os ocupantes das duas primeiras posições.

³⁵ O patrimônio sobre o qual ocorrerá a concorrência é controverso. O cônjuge sobrevivente irá participar da sucessão somente sobre a meação da herança quando se tratar de regime comunitário. Em circunstâncias diversas, há opiniões divergentes. Entretanto, é pequena a relevância da definição de qual patrimônio importará, uma vez que o principal objeto desta pesquisa é a subclassificação do companheiro sobrevivente na sucessão, e a concorrência com os colaterais em até quarto grau, o que não ocorre com o cônjuge.

A concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes depende do regime de bens adotado³⁶ (art. 1.829 do Código Civil). A regra é a concorrência. Excepcionalmente, nos casos de comunhão universal de bens, a comunhão parcial de bens no caso em que inexistam bens particulares do *de cuius* e da separação obrigatória (art. 1.641 do Código Civil), a lei afasta a concorrência. Na explicação de Maria Berenice Dias (2013b, p. 168), a pergunta é pertinente, por que “o despropósito de contrabandear para o direito sucessório o regime de bens”, se há a possibilidade de mudança de regime de bens já planejada em pacto antenupcial, ou se é possível mudar o regime de bens no curso de um casamento? No segundo caso, Dias resolve o problema indicando o uso do regime vigente na ocasião da abertura da sucessão, mas no primeiro, o problema parece não ser tão simples de resolver.

Na comunhão universal de bens, todo o acervo patrimonial do casal é dividido na meação. “Até se consegue vislumbrar a intenção do legislador: a meação garante que o viúvo não fique ao desamparo, e deferir-lhe mais o direito de concorrência seria beneficiamento excessivo” (DIAS, 2013b, p. 168). De um conjunto patrimonial do qual o cônjuge tomou parte na forma de meação, enquanto parte de um casamento em comunhão universal de bens, seria excessivo dar-lhe direito a sucessão sobre a outra metade.

Na comunhão parcial de bens, o legislador, textualmente, afastou da sucessão o cônjuge quando o falecido não tivesse bens particulares. Conforme a leitura que Maria Berenice Dias faz desta exceção, “se a intenção foi excluir o direito de concorrência quando o sobrevivente recebe meação, a exceção deveria levar em conta a existência ou não de bens comuns e não a existência ou não de bens particulares” (DIAS, 2013b, p. 170).

A tendência doutrinária, embora hajam controvérsias, é a de que o cônjuge sobrevivente participasse da sucessão somente sobre os bens particulares do falecido, e não sobre a meação do falecido (DIAS, 2013b, p. 170). Maria Berenice dias vê como injustificado, este entendimento, uma vez

³⁶ É o caso de perguntar se é justo que sejam excluídos da sucessão os cônjuges em função do regime de bens escolhido. Evidentemente, essa pergunta abre as portas de uma reflexão que poderia ser objeto de outro trabalho que não este.

que prejudicaria os descendentes que não são filhos comuns do *de cuius* com o cônjuge sobrevivente – hipótese em que o patrimônio herdado pelo cônjuge nunca retornará aos filhos, dado que não são herdeiros do cônjuge sobrevivente. Sugere Dias que, sendo o falecido casado em comunhão parcial de bens, havendo bens particulares, a sucessão ocorre sobre os bens comuns restantes depois de separada a meação (DIAS, 2013b, 171).

Na participação final nos aquestos, o tratamento é exatamente o mesmo da comunhão parcial de bens, exceto por um ponto, quando não há bens particulares, o cônjuge não é afastado da concorrência na sucessão sobre a meação do falecido. Como a regra é a concorrência, e a lei não exclui este regime, incluído está.³⁷

O raciocínio do qual resulta a conclusão de que ao cônjuge sobrevivente só cabe concorrer com os descendentes na sucessão em relação aos bens comuns, isto é, a meação do falecido, não permite que se entenda aceitável sua participação dos bens particulares do finado. Ora, se isso fosse possível, seria também possível a insana consequência em que o filho deixa de herdar uma parcela do patrimônio do pai, e depois, com a morte da madrasta, esse patrimônio passa a pertencer à mãe da madrasta, ou a um filho da madrasta em um relacionamento com outra pessoa que não seu pai, ou ainda o próprio recolhimento pelo Estado como herança jacente.

Não cabe, nesse sistema, que o cônjuge sob o regime de separação de bens concorra com os descendentes na sucessão, uma vez que a totalidade do patrimônio analisado é parte do patrimônio pessoal do falecido. Conforme o conteúdo do julgado usado como parâmetro tanto por Rizzardo (2014, p. 173) quanto por Dias (2013b, p. 169), trazido à colação por Rizzardo "não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à

³⁷ A distinção entre o cônjuge, independente do regime de bens, e o companheiro - que também pode definir regime de bens em pacto de convivência - é uma injustiça mais brilhosa do que as injustiças existentes entre diferentes regimes de bens. Este trabalho poderia ter tratado de alguma dessas injustiças se não fossem, elas, ofuscadas pelo que se preferiu trabalhar. A injustificada distinção entre a participação final nos aquestos e a comunhão parcial de bens, bem como a confusa exclusão do cônjuge em comunhão universal de bens e daquele em separação de bens, são apontados como consequência da inadequada referência do legislador ao regime de bens como critério para a concorrência sucessória (DIAS, 2013b, p. 171).

meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte"³⁸. O julgado menciona a boa-fé objetiva, no sentido de que não se pode esquivar da manifestação livre e lícita de vontade para se "arvorar em direito do qual solenemente declinou".

A inteligência da doutrina predominante se traduz no sentido de afastar da concorrência com os descendentes o cônjuge em separação convencional de bens, mesmo a lei não indicando essa exceção.

Convém fazer menção a uma incongruência do entendimento vencedor: se o regime de bens for o de comunhão universal, não há que se falar em concorrência com descendentes; se for o de comunhão parcial, sem bens particulares do autor da herança, também não; se antes de morrer, o autor da herança receber uma doação de um bem insignificante em relação ao total da composição patrimonial, o cônjuge sobrevivente passa de uma hora pra outra a ser herdeiro.

Ainda em sustentação ao afastamento do cônjuge sob o regime da separação convencional de bens da concorrência sucessória com os descendentes, a argumentação ecoada pela doutrina é que caracteriza a separação convencional e a separação legal como espécies, das quais a separação obrigatória é gênero, excluídas, todas elas, da concorrência sucessória com o descendente.

Decidido, depois de toda essa análise, se o cônjuge fará jus ou não à concorrência, cabe decidir em que proporção participará da sucessão. Se *todos* os sucessores forem *filhos exclusivos* da viúva, é garantida a quota de 25% no mínimo. Assim, se o casal tinha 5 filhos, todos do falecido com a viúva, a viúva terá 25% da herança, e os filhos dividirão em 5 quotas iguais os 75% restantes, resultando 15% para cada filho. Se o casal tinha somente um filho, cada um herdará metade do patrimônio sucessível.

³⁸ REsp. nº 992.749/MS, da 3ª Turma, j. em 1º.12.2009, rel.^a Ministra Nancy Andrighi, DJe de 05.02.2010, em RSTJ, vol. 217, p. 820. O conteúdo do julgado foi extraído de Rizzardo, 2014, p. 173-174

No caso de todos os filhos serem exclusivos do autor da herança, o cônjuge sobrevivente participará da sucessão com uma quota idêntica à dos filhos, independente do número de filhos.

Maria Berenice Dias (2013b, p. 175–177) suscita uma polêmica em torno de uma suposta má formulação do texto normativo em torno da filiação híbrida. A polêmica é natimorta, uma vez que a sucessão em quota idêntica à dos filhos é uma regra, e para o caso de todos os filhos serem comuns, manifesta-se a exceção: a mãe tem garantida a quota mínima de 25%. Não há que se falar em artifícios aritméticos que posicionem a mãe em situação intermediária entre um caso e outro

Em relação à concorrência com ascendentes, a solução é bem mais simples. Não havendo descendentes, é chamada a próxima classe à sucessão, isto é, os ascendentes. O cônjuge sobrevivente concorrer com os pais do *de cuius*, o acervo sucessório será dividido em partes iguais entre o cônjuge e ambos os pais (três partes iguais) ou entre o cônjuge e o pai ou a mãe que for sobrevivente, se um deles for falecido. Ausentes os pais, herdam os avós, de modo, metade do acervo patrimonial caberá ao cônjuge, e outra metade será destinada aos avós, dividida em duas partes: uma se destinará aos avós paternos ou ao sobrevivente se um for pré-morto, e outra aos avós maternos ou ao sobrevivente se um for pré-morto. Se ambos avós de um mesmo lado forem pré-mortos, a metade da herança destinada aos avós irá inteiramente para os avós sobreviventes. (Art. 1.837 CC/02) (DIAS, 2013b, p. 182)

O companheiro não deixa de ser alcançado pelo direito de concorrência sucessória, mas o legislador não menciona regime de bens – ainda que seja possível sua fixação em pacto de convivência – ao regular a sucessão de companheiro.

As fragilidades constitucionais presentes no artigo 1790 do Código Civil não se limitam ao que se busca questionar neste trabalho, mas o artigo é objeto de críticas doutrinárias. Maria Berenice Dias (2013b, p. 183) não menciona o artigo e seus incisos sem chamar a atenção para a

absoluta falta de coerência do texto legal. Apesar de o *caput* do artigo revelar a intenção de limitar o direito do companheiro

aos bens que ajudou a amealhar, todas as referências feitas no incisos à **herança**, pois esta é que serve de base para calcular a quota dos descendentes e ascendentes: a meação do falecido, os seus bens particulares, as doações e os direitos sucessórios que recebeu (DIAS, 2013b, 184)

A falta de técnica legislativa dos diplomas legais não impede os problemas do mundo real de continuarem a acontecerem, e a doutrina tratou de resolver essas incongruências como pode, com vistas a manter a unidade sistemática do Direito Sucessório. O resultado é falho, e contém algumas injustiças. Uma delas é a que este trabalho pretende combater.

À incongruência entre o *caput*, que expressamente diz que "a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável", e os incisos que atribuem ao companheiro ou à companheira quota calculada em função das quotas dos filhos, que por sua vez são calculadas sobre toda a herança, a solução é simples. Todas as contas e comparações dizem respeito à meação do autor da herança; sobre os bens particulares e recebidos por doação ou sucessão, está excluído o companheiro sobrevivente.

Assim, se quando começaram a união estável, o companheiro que virá a ser o autor da herança tinha um patrimônio de R\$50.000,00, no curso da vida em comum amealharam um patrimônio de R\$100.000,00 e o companheiro que virá a falecer recebe em herança mais R\$50.000,00, considerando que tenham tido 4 filhos em comum e não hajam filhos exclusivos do autor da herança, a companheira sobrevivente terá direito à sua meação, que não interessa ao Direito Sucessório, calculada sobre os R\$100.000,00 que amealharam durante a vida em comum, e concorrerá com seus filhos na sucessão dos R\$50.000,00 correspondentes à meação do falecido com uma quota igual à dos filhos – isto é, dividido em 5 quotas iguais.

Neste cenário, a companheira, além da meação, que não é herança, de R\$50.000,00, fará jus a R\$10.000,00 sobre a meação do companheiro; cada filho, além dos R\$10.000,00 sobre a meação do companheiro, terá 1/4 dos R\$100.000,00 correspondentes à soma do patrimônio particular do pai

somado ao valor recebido a título gratuito no decorrer da vida comum dos pais, isto é, R\$25.000,00.

No fim, descontada a meação de R\$50.000,00 da companheira, serão destinados mais R\$10.000,00 para a companheira, totalizando R\$60.000,00, e R\$35.000,00 para cada filho.

Os incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil regulam a sucessão do companheiro em concorrência com os filhos. Esta é a primeira diferença de tratamento entre cônjuge e companheiro que será retomada mais adiante. Respectivamente, se extrai dos incisos:

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;

Se tiver filhos comuns, o tratamento será idêntico ao tratamento que o cônjuge tem quando os descendentes são exclusivamente do autor da herança; e quando os descendentes são exclusivos do autor da herança, a quota do companheiro é a metade da que cabe aos filhos ou que lhe caberia se fossem casados³⁹.

O problema da filiação híbrida apresentado por Maria Berenice Dias ocorre, desta vez sim, justificadamente, em relação ao companheiro, parte da doutrina foge das operações matemáticas propondo o tratamento do caso da filiação híbrida como se fossem todos os filhos comuns, outra parte sugere o tratamento do mesmo caso como se fossem todos exclusivos, e em ambos os casos há injustiça, ora em desfavor dos filhos, ora em desfavor da companheira. Dias (2013b, p. 186) recomenda o uso das fórmulas propostas por Gabriele Tusa (*Fórmula Tusa*), que resultam em um quinhão mais próximo de quota idêntica às dos filhos quanto maior o número de filhos comuns, e tão mais próxima de metade da quota destinada aos filhos quanto menos numerosos forem os filhos comuns⁴⁰.

³⁹ Refere-se, aqui, à quota fracionária, uma vez que mudando as quotas, o valor absoluto em reais correspondente a cada uma delas também mudaria.

⁴⁰ O método consiste nas seguintes operações: $x = (nc + s) / 2s$, para calcular o a fração da herança a ser recebida pelo companheiro sobrevivente em relação a cada filho; $f = h$

A concorrência com ascendentes é regulada junto com os "outros parentes sucessíveis", e diz a lei que, nestes casos, "um terço da herança" caberá ao companheiro sobrevivente. Neste caso, explicitamente não se trata de restrição à meação do *de cuius*, mas de sucessão em relação a toda a herança, incluídos os bens adquiridos a título gratuito e particulares (DIAS, 2013b, p. 190).

Se estiver concorrendo com os pais, ambos vivos, do falecido, excepcionalmente, o resultado acaba por ser o mesmo do que ocorre com o cônjuge. Aqui, o companheiro recebe um terço da herança, dividindo-se os outros dois terços em duas partes iguais entre os pais do finado, que serão de um terço cada. No caso do cônjuge, é dividida a herança em três partes iguais, uma vez que os três estão em igualdade de condições, que por acaso são iguais às partes nas quais seria dividida a herança no caso de união estável: um terço. A semelhança para por aí. Em qualquer outro caso, o companheiro sobrevivente continua a receber um terço da herança, independente de quais parentes sucessíveis ainda existam, até os colaterais em quarto grau⁴¹.

Somente quando inexistentes parentes sucessíveis até o quarto grau, é que o companheiro herdará a totalidade da herança, em quarto lugar na ordem sucessória, ainda que preserve a condição de herdeiro necessário (DIAS, 2013b, p. 137 e 183–184).

$f = \frac{e}{s + x}$ para se descobrir o valor a ser recebido por cada filho; e $e = f \cdot x$ para se descobrir que fração do total da herança será recebida pelo companheiro. h corresponde ao valor da herança; na , ao número de filhos exclusivamente do autor da herança; nc , ao número de filhos comuns; s , ao número total de filhos ($na + nc$), x à proporção a ser recebida pelo companheiro em relação a cada filho (s) - se for igual a 1, então todos os filhos são comuns ($nc=s$ e $na=0$), se for igual a 0,5, então todos os filhos são exclusivos, ($nc=0$ e $na=s$) -; f , ao valor a ser recebido por cada filho e e ao valor a ser recebido pelo companheiro (DIAS, 2013b, p. 175-177). O método é perfeito porque se for aplicado a exemplos que não se tratem de filiação híbrida, isto é, em que todos os filhos sejam somente do autor da herança ou que todos os filhos sejam comuns, o resultado será aquele que se depreende da aplicação direta da lei, ou seja, a quota igual à de 1 filho para a mãe se todos os filhos são comuns; ou metade da quota que os filhos receberão, se todos são exclusivos do autor da herança. Maria Berenice dias sugere o uso desta fórmula para a filiação híbrida quando a concorrência for com os filhos e cônjuge do autor da herança, isto é, quando eram casados o concorrente e o falecido. Tal raciocínio não tem cabimento, como já explicado oportunamente.

⁴¹ São, estes, os primos, os tios-avôs e os sobrinhos-netos.

Para simplificar a compreensão das diferenças pontuais entre cônjuge e companheiro, o quadro⁴² a seguir compara o tratamento sucessório em algumas circunstâncias abstratas:

	CASAMENTO	UNIÃO ESTÁVEL
Ordem de vocação hereditária.	3º lugar.	4º lugar.
Em concorrência com filhos comuns.	Sobre a meação do <i>de cuius</i> ou da totalidade do acervo, conforme o regime de bens, herda como se filho fosse, com quinhão não inferior a 25% . Isto é, se forem mais de 3 filhos, o cônjuge recebe 25% independente do número de filhos.	Sobre a meação do <i>de cuius</i> , herda como se filho fosse, sem o limitador de 25%.
Em concorrência com filhos exclusivos do <i>de cuius</i> .	Sobre a meação do <i>de cuius</i> ou da totalidade do acervo conforme o regime de bens, herda como se filho fosse, sem o limitador de 25%.	Sobre a meação do <i>de cuius</i> , herda metade da quota que herdaria se filho fosse, também sem o limitador de 25%.
Em concorrência com filhos, parte comuns, parte exclusivos do <i>de cuius</i> .	Sobre a meação do <i>de cuius</i> ou da totalidade do acervo conforme o regime de bens, herda como se filho fosse, sem o limitador de 25%.	Fórmula Tusa – quanto maior a proporção de filhos comuns, mais próximo de uma quota como se filho fosse; e quanto maior a proporção de filhos exclusivos do falecido, mais próximo de meia quota como se filho fosse.
Em concorrência com os pais do falecido.	Divide a herança em partes iguais: um terço se ambos os sogros estiverem vivos, metade se apenas um.	Herda um terço, independente se concorrer com um ou ambos os sogros.
Em concorrência com os avós.	Herda metade, divide-se a outra metade entre os avós conforme o caso.	Herda um terço.
Em concorrência com os colaterais até o quarto grau.	Não concorre, herda tudo.	Herda um terço.

Não é o objetivo desta análise equiparar os diferentes. Depois de tantas reflexões relacionadas à igualdade material, e ao respeito à diferença,

⁴² Quando o quadro indica uma classe, presumem-se inexistentes as classes à frente da indicada e afastadas as classes que existirem atrás dela na ordem de vocação hereditária.

seria no mínimo incoerente. Há diferenças que são inevitáveis, como por exemplo, a chamada outorga uxória, existente no regime jurídico da comunhão parcial de bens, não é exigida no quadro da união estável, muito embora os efeitos patrimoniais desta sejam os mesmos daquela – exceto, o que se contesta neste trabalho, no campo sucessório. Casamento e união estável são diferentes. As diferenças encontradas no campo sucessório, porém, são injustificadas, e extrapolam o pedido por privacidade daqueles que não querem o Estado interferindo na legitimação ou não da relação de afeto em que se constitui a relação.

Cônjuges e companheiros têm seus direitos sucessórios regulados por critérios distintos, recebem parcelas diferenciadas, de maneira totalmente desconectada da realidade, o que Maria Berenice Dias (2013b, p. 149) chama de "um verdadeiro desastre eivado de inconstitucionalidade".

Essa distinção, descrita acima, vem sendo questionado pela doutrina por violar essa igualdade assegurada às entidades familiares, já explicada em espaço oportuno neste mesmo trabalho, e consagrada pela Constituição Federal no art. 226, §3º.

Conforme Paulo Lôbo, não há razão constitucional, lógica ou ética, em relação aos direitos sucessórios das pessoas, que tiveram a liberdade de escolha assegurada pela Constituição e não podem sofrer restrições de seus direitos em razão desta escolha. Não há fundamento constitucional para a desigualdade de direito entre dois casais, com famílias constituídas e filhos, pelo fato de um ter escolhido o casamento e outro a união estável.

As distinções são atentatórias ao princípio da tutela especial à família, independente da forma de sua constituição, ao princípio do pluralismo das entidades familiares e ao princípio da igualdade material, todos relacionados com o princípio da afetividade, enquanto elemento constitutivo da relação familiar, e com o fundamento da república no princípio da dignidade da pessoa humana do qual derivam boa parte dos direitos e garantias fundamentais positivados na Constituição Federal.

É imperioso rever a constitucionalidade destas previsões normativas, como alguns tribunais já fizeram, e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina está prestes a fazer por meio do incidente de Arguição de Inconstitucionalidade relacionado com o processo de número 2008.064395–2/0001.00, de relatoria do Desembargador João Henrique Blasi.

3.3. Posicionamento do TJSC quanto ao tema

Como consequência do neoconstitucionalismo e da constitucionalização dos direitos, o sistema de controle de constitucionalidade precisou tomar uma forma mais robusta e o papel do Poder Judiciário neste plano se tornou mais intenso⁴³. "As causas desse florescimento da jurisdição constitucional foram mesmos estes: o renascimento do constitucionalismo após a segunda guerra, a redescoberta da ideia de constituição e a necessidade de protegê-la" (MARTINS, MENDES e NASCIMENTO, 2012, p. 438)

O sistema de controle concentrado de constitucionalidade, sob a competência exclusiva do STF, realiza um controle abstrato, seja na forma do Recurso Extraordinário contra decisões em última ou única instância que contrarie dispositivo da Constituição, declare inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou julgue válida lei local contestada em face de lei federal; seja na forma de ações autônomas⁴⁴ que apresentem controvérsia constitucional (MARTINS, MENDES e NASCIMENTO, p. 350–356).

Por outro caminho, há o controle difuso de constitucionalidade, descrito por Zeno Veloso (2003, p. 40) como "um controle concreto, no curso de uma ação, por via incidental (*incidenter tantum*)". A inconstitucionalidade não trata da demanda principal, mas de questão prejudicial, da qual depende a aplicação da lei ou ato normativo ao caso concreto. (VELOSO, 2003, p. 41).

⁴³ Mudança de paradigma do Direito Constitucional pelo plano institucional, como mencionado no início deste capítulo.

⁴⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A ideia do controle difuso de constitucionalidade nasceu do caso *Marbury vs. Madison*, no qual o *chief of justice* John Marshall concluiu em um raciocínio lógico–jurídico que, se a constituição exige processo especial para ser alterada, uma norma produzida por procedimento legislativo ordinário é incapaz de contrariar a Constituição e, portanto, nula (MARTINS, MENDES e NASCIMENTO, 2012, p. 445). Ao mesmo tempo em que o constitucionalismo americano criou o precedente do controle judicial, com o incidente dos *juízes da meia noite*, cuidou de impor limites rigorosos ao seu exercício, de modo que só se voltou a declarar a inconstitucionalidade de uma lei editada pelo congresso, no polêmico caso *Dred Scott vs. Stanford*⁴⁵, 50 anos depois (BARROSO, 2009, p. 183–184).

Resultado dessa sequência de julgados foi a atribuição do poder de controlar a constitucionalidade de atos do Legislativo e do Executivo ao Judiciário por meio do *judicial review*, isto é, a permissão conferida a qualquer juiz ou tribunal de fiscalizar a constitucionalidade, ou o que chamamos de sistema difuso de controle de constitucionalidade.

É por meio desse sistema de controle difuso de constitucionalidade que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina está prestes a julgar a Arguição de Inconstitucionalidade em Agravo de Instrumento que resolverá a questão que se apresenta como objeto de pesquisa neste trabalho.

Quando da finalização deste trabalho, ainda não havia sido encerrado o julgamento do incidente. Nas sessões de julgamento anteriores, foi proferido o voto do Desembargador Relator João Henrique Blasi, optando pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do código civil, e o Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa votou contra o Relator. A próxima sessão de julgamento está marcada para o dia 3 de dezembro de 2014, depois da finalização da versão para apresentação deste

⁴⁵ No caso mencionado, a Suprema Corte americana decidiu ser inconstitucional qualquer lei, estadual ou federal, que atribuísse aos negros direitos civis, uma vez que estes eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. A decisão fez parte do estopim para a guerra civil, na qual a Suprema Corte se alinhou com a defesa da escravidão (BARROSO, 2009, p. 183-184), o que resultou na consolidação do papel da Suprema Corte como guardiã da Constituição, apesar de causador de uma mancha na autoridade moral e política do órgão que levou anos para ser apagada.

trabalho monográfico. A versão final contará com a posição fixada no julgamento.

De acordo com o que se pode depreender das seções de julgamento ocorridas, o entendimento do Relator se baseia na mesma lógica constitucional que foi utilizada nos capítulos anteriores.

Independente de o artigo 226, §3º, se apresentar como *numerus clausus* ou não (o Relator nem menciona esse questionamento), a previsão constitucional é inclusiva, e promete proteção especial à família, sem distingui-la por seu meio de constituição. Nas palavras do Relator, a facilitação “prevista para convolar-se a união estável em casamento não implica um *minus* da primeira em comparação com o segundo, nem que seja aquela um rito de passagem ou um degrau inferior em relação a este”, mas pretende fornecer um instrumento para dar mais segurança jurídica aos próprios companheiros por meio das formalidades cartoriais que dizem respeito ao casamento.

A enunciação igualitária contida no *caput* do art. 226 da Constituição Federal de que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” é o que deve ser reverenciado, em detrimento de entendimentos em contrário. Com isso, o Relator está exercendo na prática o *judicial review*, isto é, o controle concreto de constitucionalidade, e submetendo o entendimento da norma infraconstitucional aos cânones constitucionais.

O Relator adotou como razão decisória a análise histórico-jurídica construída pelo Ministro Luiz Felipe Salomão, no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso Especial n. 1.135.345/PB, no qual foi voto vencido. Os raciocínios desenvolvidos no AI mencionado serão retomados mais adiante.

O Desembargador Blasi invocou, do voto do Ministro Salomão, o raciocínio que, depois de descrever o regramento sucessório do companheiro, que na ausência de descendentes e ascendentes, recebe um terço da herança, cabendo os outros dois terços aos outros parentes sucessíveis até os colaterais em quarto grau, explica que, “em frontal diferença de tratamento com a regra para a união estável, na ausência de descendentes e ascendentes, o cônjuge recebe a totalidade da herança, inclusive os bens particulares”.

Visto o desenvolvimento da família brasileira desde os tempos de império, o Ministro chega à inevitável conclusão de que, em 1988, uma nova fase do Direito de Família é inaugurada,

“baseada na adoção de um explícito polimorfismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles “especial proteção do Estado, antes conferida unicamente àquela edificada a partir do casamento”

É inequívoco, na colagem do voto do Ministro feita pelo Relator da Arguição estudada, o entendimento mais lúcido da norma constitucional, no sentido de reconhecer que a Constituição superou a antiga fórmula inexoravelmente baseada no casamento, e estabeleceu o caráter plúrimo da constituição familiar sem reservas, ressalvas ou poréns quanto a sua forma de constituição.

O Ministro Salomão recorre à decisão do Ministro Ayres Brito na ADPF n. 132/RJ, na qual constam as irresumíveis palavras:

"A expressão 'entidade familiar' não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura de sub-família, família de segunda classe ou família 'mais ou menos' (...). **Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se preferir, uma nova 'entidade familiar' [...]**" (ADPF n. 132/RJ).

A distinção ontológica entre a união estável e o casamento é um destaque do Ministro Salomão do qual não se pode olvidar. São institutos diversos, uma vez que o casamento tem data de início e de fim muito bem delimitadas, e a união estável tem marcos inicial e final de difícil comprovação. É por esse motivo, no entender do Ministro, que a Constituição estimula a conversão de união estável em casamento: para fornecer essa segurança jurídica às partes e facilitar a resolução de avenças que possam vir a surgir – e não para tornar a relação mais legítima, mais valiosa ou para ela passar a ser

digna da especial proteção do Estado: já é legítima, valiosa, digna de proteção desde a sua constituição, desde que passou a ser esse núcleo doméstico, base da sociedade. Não se convertem as entidades familiares, mas as relações jurídicas que as constituem, e é bem nestas relações jurídicas que o Ministro Salomão identifica a real diferença entre a união estável e o casamento.

O Ministro chama a atenção para a dupla concepção do casamento: por um lado, é um ato jurídico solene; por outro é uma entidade familiar. Enquanto ato jurídico solene, é essencialmente diferente da união estável, e não se confundem os institutos; enquanto entidade familiar, em nada se diferencia da união estável, e é injustificado qualquer tratamento diferenciado. Somente será aceitável, portanto, *discrímen* voltado para o aspecto formal, posto que destes efeitos cartorários é que a união estável é carecedora. Exemplo de *discrímen* justificado é a exigibilidade para um e dispensa para outro da outorga uxória para a realização de alguns negócios jurídicos.

"No caso da união estável, como assinalado, não são constitucionalmente aceitáveis fatores de *discrímen*, comparativamente ao casamento, calçados nas relações familiares de cada um dos institutos", como é o caso da discriminação contestada.

Acabou, o Ministro Salomão, vencido no STJ, mas seu voto foi fundamentado com precisão lógica e jurídica tais que foi seguido sem emendas pelo Relator da arguição de igual conteúdo no TJSC. A decisão final do Desembargador Relator da Arguição de Inconstitucionalidade foi pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil.

No Agravo de Instrumento e Recurso Especial que o Desembargador João Henrique Blasi usou como fundamento para sua decisão, divergiu, o Ministro Cesar Asfor Rocha, do voto do Relator Ministro Salomão, em relação ao conhecimento da matéria pelo STJ⁴⁶, e alternativamente quanto à

⁴⁶ Com o mesmo fundamento usado pelo mesmo ministro em voto no REsp 215.881/PR: "02. Anoto, de início, já asentado pelo Supremo Tribunal Federal no AGRAG nº145.89-7/RJ, sob a relatoria do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, que, no sistema

constitucionalidade dos incisos atacados. Foi seguido, o Ministro Cesar Rocha, pelos ministros Teori Albino Zavascki, Felix Fischer e Castro Meira. O Ministro Sidnei Beneti acompanhou o Relator.

Os ministros Zavascki, Fischer e Meira não adicionaram novos argumentos à preliminar de Rocha, que se sustentou na tese de que, se a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, então são união estável e casamento diferentes. De acordo com a linha de raciocínio desenvolvida pelo divergente, a norma do §3º do art. 226 da Constituição "não alcançaria os efeitos patrimoniais, inclusive sucessórios, dos regimes de casamento e da união estável, os quais devem ser e são regulados por norma infraconstitucional, observada a livre vontade do casal" (Voto do Ministro Rocha no AI no REsp 1135354/PB, p. 9)⁴⁷.

Argui, o Ministro, que a equiparação de companheiro(a) a cônjuge esvaziaria o instituto da união estável e tiraria o direito do casal de escolher o tipo de união. Defende, ainda que é possível estabelecer distinções entre cônjuges e companheiros, uma vez que o próprio código civil estabelece distinções entre cônjuges e cônjuges, na medida em que diferentes regimes de bens têm diferentes efeitos sucessórios, podendo, por exemplo, concorrer ou não com descendentes.

No próprio voto do relator, pode ser encontrado fundamento lógico bastante para afastar a hipótese do Ministro Cesar Rocha. O sentido de casamento é dúplice, no sentido de que com "casamento" se pode fazer referência ao procedimento cartorário que dá nascimento ao instituto, ou à

difuso de controle de constitucionalidade, o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tem competência para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei, mesmo de ofício. Contudo, não poderá fazê-lo, em sede de recurso especial, se for para rever a mesma questão constitucional decidida pelo tribunal inferior. Se o fizer, uma de duas: ou usurpará a competência do Supremo Tribunal Federal (se contra decisão hostilizada pelo recurso especial também tiver sido interposto recurso extraordinário); ou ressuscitará matéria preclusa (se aquela mesma questão constitucional decidida pelo tribunal inferior não tiver sido atacada por recurso extraordinário)." De fato, parece razoável a tese de que o remédio mais adequado é o Recurso Extraordinário, em detrimento ao Recurso Especial, para a discussão de constitucionalidade que já foi apurada em segunda instância. Não é, porém, esta argumentação que interessa a esta investigação.

⁴⁷ Ainda que, textualmente, o artigo 1.725 do Código Civil diga que sim, a união estável sofre os efeitos patrimoniais do Casamento, conforme a regulação da comunhão parcial de bens: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, **aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens**" (grifei)

entidade familiar gerada por este procedimento cartorário⁴⁸. Assim, quando o constituinte recomenda a conversão da união estável em casamento, se refere à formalidade que constitui a entidade familiar, com o objetivo de proporcionar mais segurança jurídica aos nubentes, uma vez que o casamento tem data de início e⁴⁹ data de fim.

Os votos dos ministros que acompanharam a preliminar do Ministro Cesar Rocha foram no sentido de concordar com o afastamento do conhecimento do recurso, com vistas a privilegiar o Recurso Extraordinário, mais adequado ao caso em tela.

CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES.
INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS
III E IV DO ART. 1.790 DO CC/2002. NÃO CONHECIMENTO.
1. O manifesto descabimento do recurso especial – que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição –, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido.
2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.

Não foi mencionado o mérito da constitucionalidade na negativa de conhecimento dos demais ministros, portanto o fato de o Ministro Salomão ter sido voto vencido neste julgado, não indica um posicionamento do STJ pelo reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos atacados.

O que, ao contrário, indica algum indício de inclinação do STJ em relação à constitucionalidade do dispositivo, são os votos do mesmo ministro que relatou o REsp 1135354/PB no AI no REsp 1.291.636/DF, também de sua relatoria, e no 1.318.249/GO, estes, sim, acompanhados por unanimidade pelos demais ministros da quarta turma. Neste julgamento, a quarta turma suscitou incidente de inconstitucionalidade, respectivamente, do *caput* e dos incisos I e II do art. 1.790 do Código Civil.

⁴⁸ No primeiro, trata-se do ato de casar; no segundo, no fruto deste ato.

⁴⁹ Inevitavelmente, seja por divórcio, seja pela morte, exceto nos raros casos de comoriência

Ambos os votos partem do entendimento do Ministro Relator⁵⁰ de que a totalidade do art 1.790 do Código Civil é inconstitucional – não poderia ser diferente, uma vez que todo o artigo regula a sucessão do companheiro, nos termos discriminatórios que toda esta discussão pretende atacar. Do que se pode depreender que a inclinação do STJ tende ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1790.

A jurisprudência de outros tribunais não é pacífica quanto ao tema, o que torna a provável inclinação do TJSC especialmente imprevisível. Do Órgão Especial do TJPR, a decisão é pela declaração da inconstitucionalidade do artigo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACATADA PELO MAGISTRADO DE 1º GRAU - ARTIGO 1790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO QUE VISA O RECONHECIMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA LEGAL - MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL RECONHECENTO A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO SUPRA CITADO - RECURSO DESPROVIDO.

(TJPR – 12ª C.Cível – AI – 536589–9 – Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – Rel.: Costa Barros – Unânime – – J. 30.03.2011)

O Tribunal Pleno do TJRS, embora seja o Ente Federado famoso pelo pioneirismo em decisões mais progressistas, entendeu em Incidente de Inconstitucionalidade de maneira diversa:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790 CAPUT DO CÓDIGO CIVIL. TRATAMENTO DISTINTO PARA DIREITOS SUCESSÓRIOS DE COMPANHEIROS O art. 226, § 3º da Constituição Federal estabelece que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão, numa eloqüente demonstração que o casamento e a união estável não são iguais para todos os efeitos, ou mesmo para os efeitos patrimoniais e sucessórios;

⁵⁰ No voto proferido no REsp 1291636/DF, o Ministro faz remissão ao específico raciocínio do REsp 1318249 que se põe a descrever.

senão era desnecessário converter a união em casamento. Não possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais. O propósito foi proteger e não igualar as duas modalidades. Assim, se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor inconstitucional a opção legislativa de criar regime próprio, como fez o Código Civil. Inexistência de vício de inconstitucionalidade no disposto no art. 1.790 do CC. Incidente de inconstitucionalidade julgado improcedente, por maioria. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70055441331, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 24/02/2014)

Assim, também, decidiu o TJSP:

União estável. Direito sucessório. **Sucessão** do companheiro. **Inconstitucionalidade** do art. 1.790 do CC/02. Disparidade de tratamento entre **união estável** e casamento e ou das distintas entidades familiares. Inocorrência de violação a preceitos e princípios constitucionais. Incidente desprovido. (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0434423–72.2010.8.26.0000, Órgão Especial, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Cauduro Padin, julgado em 14/09/2011)

No mesmo sentido do TJRS e do TJSP, o TJMG:

Incidente de Inconstitucionalidade: Direito de Família – União Estável – Sucessão – Companheiro sobrevivente – Artigo 1.790, inciso III do Código Civil. O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro encontra guarida na própria Constituição Federal, que distinguiu entre as duas situações jurídicas. Não é inconstitucional o artigo 1.790, III, do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com outros parentes sucessíveis, o direito a 1/3 da herança dos bens comuns. (TJMG – Arg Inconstitucionalidade 1.0512.06.032213–2/002, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias, CORTE SUPERIOR, julgamento em 09/11/2011, publicação da súmula em 01/02/2012)

A discussão ocorre em torno do questionamento – relativamente novo e sobre o qual há forte debate doutrinário – se o §3º do art. 226 da CF permite ou não a diferenciação patrimonial entre a união estável e o

casamento. Argumenta-se que as equiparações são pessoais e não patrimoniais. O primeiro efeito do dispositivo que sustenta a equiparação axiológica das plúrimas formas de entidades familiares foi a equiparação do tratamento destinado aos filhos, sejam eles oriundos do tipo de relação que o forem, abolidas expressões como filhos “ilegítimos”, “adulterinos”, e outros termos pejorativos, e equiparados todos os filhos para fins sim patrimoniais e sucessórios. O próprio Código Civil dá alcance patrimonial à equiparação com o conteúdo do seu já mencionado art. 1.725.

As reiteradas decisões de tribunais de diversos Estados contrárias ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo são parte do processo de superação de normas anacrônicas. O Direito tanto atende ao entendimento pela inconstitucionalidade que, não obstante o Ministro Salomão ter sido vencido no STJ por um aspecto formal, sem discussão da constitucionalidade da matéria propriamente dita, as suscitações de incidente de arguição de inconstitucionalidade nos processos supervenientes foram aprovadas por unanimidade, há o entendimento do TJPR alinhado com seu reconhecimento, e no TJSC, o Relator se inclinou neste mesmo sentido, indicando que há forte probabilidade de a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil ser reconhecida não só pelo TJSC, mas pelo STJ.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da sucessão de companheiro ou companheira sobrevivente não está resolvida. As arguições de inconstitucionalidade suscitadas no STJ ainda não foram a julgamento, e o tema ainda não chegou ao STF. Em sede de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, foi firmado o entendimento pela constitucionalidade do artigo nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo, e em Santa Catarina tem a continuidade do julgamento marcado para o dia 03 de dezembro de 2014, e já foi proferido o voto do Relator, pugnando pela declaração de inconstitucionalidade do inciso III do artigo 1790 do Código Civil. O Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa se manifestou contrário ao voto do Relator, e no fechamento da versão para apresentação deste estudo monográfico, o processo se encontrava em vistas com a Desembargadora Sônia Maria Schimitz. O STJ dá indícios de que pode se inclinar pela inconstitucionalidade do artigo.

No âmbito da aplicação–interpretação do ordenamento jurídico observado enquanto sistema, parece ser mais acertado que se aplique, por interpretação extensiva o regramento da sucessão do cônjuge ao companheiro, declarando–se por inconstitucional o regramento destinado ao companheiro. No âmbito da análise crítica do direito, é razoável que se conclua que o regramento da sucessão do cônjuge – aqui compreendido *latu sensu*, ou seja, o par amoroso independente da forma de afirmação dessa condição, desde que rigorosa suficiente para caracterizar a constituição de uma família – mereça ser repensado, no sentido de tornar a sucessão mais clara e previsível.

Não obstante o fato de esse debate apresentar uma certo equacionamento, não prescinde de uma solução legislativa mais sensata à questão da concorrência sucessória. Mesmo dentro das hipóteses do casamento civil, há casos sem resposta que se resolveriam de maneira mais justa se a lei fosse mais precisa.

Sem uma mudança legislativa que resolva esses pontos, apenas a interpretação integrativa da norma é viável, no sentido de se suprimir a inconstitucionalidade da distinção e se aplicar o mesmo regramento às

diversas situações que mereçam isonomia no que toca ao regramento sucessório.

Ainda que as atuais regras fossem atualizadas e se tornassem mais lúcidas, o seu conteúdo também precisa ser repensado. Se em um casal sem filhos que adquiriu uma casa com seu próprio esforço, um dos cônjuges morre, os pais ou até mesmo os avós do falecido se tornam donos de parte da casa da viúva, independente do regime de bens ou de se tratar de uma união estável.

O regramento impresso no Código Civil para a sucessão de cônjuges ou companheiros é confuso. Boa parte das conclusões necessárias para se aplicar uma solução afinal ao caso concreto, são inferências doutrinárias acerca do que provavelmente se quis dizer com aquele conteúdo.

Este trabalho permite entender que há inconstitucionalidade no artigo 1790, como um todo. O inciso III, que está sendo discutido pelo TJSC é só um sintoma de um problema maior: o tratamento discriminatório. A partir da análise do debate doutrinário, no âmbito científico, e do desenvolvimento jurisprudencial, no âmbito jurídico, é possível traçar uma tendência pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo, e consequente aplicação das normas que regulam a sucessão em comunhão parcial de bens, quando não fixado outro regime. A associação não ocorre por mero acaso: a semelhança entre os regimes emana do Código Civil, que em seu art. 1.725 indica que os efeitos patrimoniais – o que por intuição, inclui os sucessórios – da união estável serão os do casamento com comunhão parcial de bens.

Não se trata de igualar o que é essencialmente desigual, como querem crer os que entendem conforme o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Trata-se, sim, de se atribuir efetividade à isonomia, à dignidade humana, à igualdade material, aos princípios constitucionais tomados enquanto um sistema. As diferenças essenciais entre os diferentes formatos familiares continuam existindo – exemplo disso é a já mencionada outorga uxória – onde são legítimas, mas precisam ser afastadas nos pontos em que contrariam o ordenamento jurídico sistematicamente considerado.

É nesse sentido que raciocinam os Magistrados que suscitam as Arguições de Inconstitucionalidade no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, bem como entendem os Tribunais que julgam acertadamente a questão, como é o caso do Paraná.

O julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Órgão Especial do TJSC lançará luzes sobre este problema, mas também não o resolverá. A discussão apenas principia.

Cumprido, o presente trabalho monográfico, o desafio de compreender a construção jurisprudencial pela corte catarinense. O julgamento se finalizará depois do fechamento da presente versão, mas o acervo argumentativo que acompanha a tese da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do código civil, e especificamente de seu inciso III, é o que melhor se coaduna com o entendimento sistêmico do ordenamento jurídico brasileiro. É a essa conclusão que se pode chegar, depois de percorrer as reflexões doutrinárias e jurisprudenciais pelas quais estas páginas transitaram.

A pluralidade de formas de entidades familiares é uma realidade que não é mais possível de se esconder. Do mundo dos fatos, ela se incorporou à Constituição Federal na forma do artigo 226, em especial no seu §3º. Nas palavras que Shakespeare pôs na boca de Lady Macbeth, "what is done cannot be undone" (Shakespeare, 2007, 880)⁵¹, isto é, o que está feito está feito. Não é mais possível fecharmos os olhos e deixarmos de ver o que já está visto. Ao Direito cabe reconhecer o mundo dos fatos e resolver os problemas jurídicos que dele emanam em conformidade com o sistema jurídico. A natureza plural da família contemporânea, observada à luz da Constituição Cidadã, não permite tratamentos discriminatórios da ordem dos que resultam da exegese do artigo 1.790 do Código Civil.

⁵¹ *Macbeth*, ato V, cena I, página 3

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. Direito das Sucessões: volume 1. São Paulo: Brasiliense, 1991.

ALMEIDA, Thiago de. O percurso do amor romântico e do casamento através das eras / Thiago de Almeida. 2008. (disponível na internet em <<http://www.psicopedagogia.com.br/artigos/artigo.asp?entrID=1041>> acesso em 11/11/2014)

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Rio de Janeiro. 2007

ARAÚJO, Maria de Fátima. Amor, casamento e sexualidade: velhas e novas configurações. Psicol. cienc. prof., Brasília , v. 22, n. 2, June 2002 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932002000200009&lng=en&nrm=iso>. access on 11 Nov. 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932002000200009>.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da família de fato. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. O novo Código Civil brasileiro e o problema da igualdade material. Revista Brasileira de Direito Comparado Rio de Janeiro, Não determinada. v.26, jan. 2004, p. 127-141

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no brasil. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul Porto Alegre, PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RS v.60, jul. 2004, p. 27-65

_____. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASEY, James. A história da família. São Paulo: Atica, 1992.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DAL COL, Helder Martinez. A família à luz do concubinato e da união estável. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, Adahyl Lourenço. A concubina e o direito brasileiro. 2. ed., rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1975.

DIAS, Maria Berenice. Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto. *Ajuris* Porto Alegre, Associação dos Juizes do RS v.80, dez. 2000, p. 205–210

_____. Manual de direito das famílias. 4. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Manual de direito das famílias. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Manual de direito das famílias. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

_____. Manual das sucessões. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

_____. Homoafetividade e os direitos LGBT. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

FONSECA, Sofia Raquel Alves da. DO NAMORO AO CASAMENTO: HISTÓRIAS QUE SE CONSTROEM – EXPLORAÇÃO DE SIGNIFICADOS, EXPECTATIVAS, CONFLITO E AMOR. UNIVERSIDADE DO PORTO, FPCEUP, 2011. Disponível em http://sigarra.up.pt/fpceup/pt/pubs_pesquisa.FormView?P_ID=88512. acesso em 16 de outubro de 2014.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. A difícil harmonia entre multiculturalismo e direitos humanos. Revista de Direitos Difusos São Paulo, ADCOAS v.9, out. 2001, p. 1117–1122

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. As idéias viajantes: igualdade formal e igualdade material. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União Brasília, ESMPU v.3, abr. 2002, p. 55–62

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo: uma espécie de família. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08 : família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GENOFRE, Roberto Maurício. Família: uma leitura jurídica. in: A Família Contemporânea em Debate / Maria do Carmo Brant de Carvalho (org.) – São Paulo: EDUC, 1995.

GIDDENS, Anthony. As conseqüências da modernidade /Anthony Giddens; tradução de Raul Fiker. – São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOMES, Orlando. Sucessões. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

_____. Sucessões. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KARAM, Juliano Stella. O direito fundamental à diversidade cultural e a sua vinculação aos poderes públicos. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, v.5, n.18, p. 85–103, abr./jun. 2011.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2011

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Tratado de direito constitucional: volume 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDEIROS, Mauricio de; MANFREDINI, Jurandyr. O casamento: (psiquiatria forense). Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

MONTEIRO, André Maurício. Avanços no estudo da conjugalidade: os casais de dupla carreira. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 21, n. 3, Sept. 2001. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932001000300003&lng=en&nrm=iso>. access on 12 Oct. 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932001000300003>.

NASSIF, Elaine Noronha. A phrónesis aristotélica, a eqüidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União Brasília*, ESMPU v.3, abr. 2002, p. 35–40

OLIVEIRA, Cleide Maria de (2004): Amor e erotismo na Idade Média, in: Inventário: Revista dos estudantes do Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística da UFBA, (disponível em <http://www.inventario.ufba.br/02/02coliveira.htm> > acesso em 11/11/2014)

OMMATI, Ricardo Emílio Veloso Mendes. O dinheiro e o princípio da igualdade: sociedade material x sociedade social. Revista da Oab Brasília, Conselho Federal da OAB v.76, jan. 2003, p. 65–75

PEREIRA, Áurea Pimentel. A Nova Constituição e o Direito de Família / Áurea Pimentel Pereira – 2ª edição – Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1991.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Concubinato e união estável / Rodrigo da Cunha Pereira – 8 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

PURIM, Carla Luiza. A LEI MARIA DA PENHA SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO DA MULHER NO ÂMBITO FAMILIAR. 2009. Monografia (graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

RIBEIRO, Darcy. O Povo Brasileiro: A formação e o sentido do Brasil. 2ª ed. São Paulo – Companhia das letras, 1995.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014

SHAKESPEARE, William. The complete works of William Shakespeare. London: Wordsworth Library Collection, 2007.

SOUSA, Oziel Francisco de. As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material. São Paulo: All Print, 2008.

SZIMANSKI, Heloisa. Teorias e “teorias” de famílias. in: A Família Contemporânea em Debate / Maria do Carmo Brant de Carvalho (org.) – São Paulo: EDUC, 1995.

THERBORN, Göran. Sexo e poder : a família no mundo, 1900–2000. Tradução de Elisabete Dória Bilac. – São Paulo : Contexto, 2006.

VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Org.). Direito & fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.