

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIRETO
CURSO DE BACHARELADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

Marco André Rocha Germanò

**EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA:
UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME
SUCESSÓRIO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

**Porto Alegre
2017**

Marco André Rocha Germanò

**EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA:
UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME
SUCESSÓRIO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Profa. Dra. Tula Wesendonck

Porto Alegre
2017

Marco André Rocha Germanò

**EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA:
UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME SUCESSÓRIO
DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 9 de janeiro de 2018.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Tula Wesendonck (Orientadora)
Presidente da Comissão

Prof. Diego Oliveira da Silveira
Membro da Comissão

Profa. Dra. Simone Tassinari Cardoso
Membro da Comissão

Porto Alegre
2017

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” da verdade: isto é, os tipos de discursos que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro.

(FOUCAULT, 1996, p.12, grifo no original)

RESUMO

O objetivo desse trabalho é analisar como a evolução histórica do conceito de família e de união estável perpassa a inconstitucionalidade do sistema sucessório introduzido pelo Art. 1.790 do Código Civil de 2002, declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 646.721/RS. Através da análise documental de leis, doutrinas e jurisprudências busca-se traçar as principais linhas da constituição da família e da união estável. Em seguida, a pesquisa examina as características da união estável, abrangendo seus elementos essenciais, formalidades e efeitos sucessórios. Por fim, a partir do voto do Min. Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 646.721/RS, analisa-se especificamente os argumentos que afirmam a inconstitucionalidade do referido Art. 1.790, responsável por estabelecer tratamentos diferenciados entre cônjuges e companheiros. Dentre as conclusões, vê-se que a afetividade, como elemento essencial à caracterização das entidades familiares, demarca uma nova concepção no ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição Federal de 1988, a qual equipara o status de entidade familiar entre união estável e casamento, tendo em vista a efetivação dos Princípios da Igualdade e da Garantia da Dignidade Humana de seus membros.

Palavras-chave: Família, União Estável, Entidades Familiares, Direito Sucessório, Superior Tribunal Federal.

ABSTRACT

The aim of this work is to analyze how the historical evolution of the concept of family and stable union (cohabitation/civil partnership) permeates the unconstitutionality of the succession system introduced by Art. 1790 of the Civil Code of 2002, declared by the Federal Supreme Court (STF) in the judgment of Extraordinary Appeal 646.721/RS. Through the documentary analysis of laws, doctrines and jurisprudences, it seeks to outline the main points of the family constitution and of the stable union. Next, the research examines the characteristics of the stable union, covering its essential elements, formalities and succession effects. Finally, it analyzes, through the vote of Min. Roberto Barroso in Extraordinary Appeal 646.721/RS, the arguments that affirm the unconstitutionality of Art. 1790, responsible for establishing differentiated treatments between spouses and partners. Among the conclusions, it is seen that affectivity, as an essential element to the characterization of family entities, demarcates a new conception in the Brazilian legal system, through the Federal Constitution of 1988, which equates the status of family entities between stable unions and marriages, in view of the implementation of the Principles of Equality and Human Dignity.

Keywords: Family, Stable Union, Family Entities, Family Law, Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	ORGANIZAÇÃO FAMILIAR: HISTÓRIA E CONCEITOS.....	9
2.1	Evolução Histórica.....	9
2.2	Conceitos de Família.....	25
3	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL.....	29
3.1	União Estável no Direito Brasileiro.....	36
4	UNIÃO ESTÁVEL: CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS E REGIME SUCESSÓRIO.....	47
4.1	Regime Sucessório da União Estável: Artigo 1.790 do Código Civil de 2002.....	54
5	ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 646.721/RS.....	63
5.1	Considerações iniciais.....	63
5.2	Resumo do Recurso Especial 646.721/RS.....	65
5.2.1	Síntese do voto do Ministro Marco Aurélio Mello.....	67
5.2.2	Síntese do voto para acórdão do Ministro Roberto Barroso.....	69
5.3	Análise crítica do voto do Ministro Roberto Barroso e da Inconstitucionalidade do Art. 1.790 do Código Civil de 2002.....	74
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
	REFERÊNCIAS.....	89
	APÊNDICE.....	98
	Apêndice I: Direitos Sucessórios do Companheiro	
	ANEXOS.....	101
	Anexo I: Diferenças na Doutrina – Tabela de José Francisco Cahali	
	Anexo II: Diferenças entre os Regimes Sucessórios do Cônjuge (Art. 1.829) e do Companheiro (Art. 1.790), a partir do Código Civil de 2002	

1 INTRODUÇÃO

A família é uma das instituições¹² mais antigas e complexas da humanidade. Sua existência perpassa diferentes épocas, refletindo as sociedades em que esteve inserida. Sua estrutura e função, também, são reflexos das dinâmicas sociais, políticas, econômicas e culturais de cada época.

Por muito tempo, sua legitimidade jurídica - e respectivos direitos e deveres - esteve atrelada às formalidades da celebração do casamento. A família matrimonial foi, historicamente, protegida pelo Estado e reconhecida como fonte legítima da família. Contudo, outras formas de arranjo social coexistem com este modelo familiar, não, necessariamente, recebendo atenção estatal. A união estável, nesse sentido, surge recentemente como fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial com o objetivo de reconhecer, a outras entidades familiares, juridicidade.

O grande marco dessa mudança de paradigma foi a Constituição Federal de 1988 que, ao caracterizar a possibilidade de novos arranjos familiares, possibilitou à união estável ser considerada uma entidade familiar. Essa compreensão legislativa está amparada no reconhecimento do vínculo afetivo entre seus membros como essência jurídica da função da família. Ainda assim, o advento do Código Civil de 2002 trouxe controvérsias ao tema, estabelecendo regimes sucessórios discrepantes entre o casamento e a união estável, através do Art. 1.790.

Esse Artigo gerou debates quanto ao alcance das diferenças passíveis de serem estabelecidas pelo legislador infraconstitucional entre entidades familiares. O tema ensejou diversas arguições de inconstitucionalidade nos Tribunais estaduais brasileiros, tendo sido analisado, derradeiramente, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 646.721/RS, o qual declarou a inconstitucionalidade da desequiparação sucessória entre cônjuge e companheiro.

¹ O Novo Dicionário Aurélio (FERREIRA, 1999) conceitua sociologicamente *instituição* como: "Estrutura decorrente de necessidades sociais básicas, com caráter de relativa permanência, e identificável pelo valor de seus códigos de conduta, alguns deles expressos em leis; instituto estabelecido pela tradição, especialmente as relacionadas com a coisa pública" (p.1119).

² Hodgson (2006, p.13) define instituição como: "Durable systems of established and embedded social rules that structure social interactions, rather than rules as such. In short, institutions are social rule-systems, not simply rules" [Tradução livre: instituições são sistemas, duráveis ao longo tempo, estabelecidas e enraizadas em regras sociais que estruturam as interações sociais, mais do que simples regras. Em suma, instituições são sistemas de regras sociais e não simplesmente meras regras.]

Considerando-se a importância do tema, objetivou-se, nesse trabalho, analisar, historicamente, como a evolução do conceito de família e de união estável perpassa a inconstitucionalidade do sistema sucessório introduzido pelo Art. 1.790 do Código Civil de 2002, declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 646.721/RS.

Para tanto, fez-se uma análise documental das leis, das doutrinas e da jurisprudência a respeito da família, da união estável e do regime sucessório. Fazendo uma analogia a Costa e Nardi (2015), o ponto de partida desta análise foram as afirmações que se apresentam de forma semelhante, recorrentes e associadas nos textos pesquisados.

A motivação para a realização dessa pesquisa é a inequívoca controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência quanto ao tema. Diversos autores já se posicionaram pela inconstitucionalidade do Art. 1.790, do Código Civil de 2002. Ainda assim, a matéria apresenta questões a serem assentadas pelo ordenamento jurídico, sobretudo em função das mudanças sofridas pelo conceito de família na contemporaneidade. Nesse sentido, o voto para acórdão do Min. Roberto Barroso, no julgamento do RE 646.721/RS, salienta a importância de considerar o aspecto histórico na fundamentação da sua decisão.

Assim, no Capítulo 2, são apresentadas as principais narrativas da evolução do conceito de família, buscando identificar a origem histórica do fato social, para melhor compreender suas construções jurídicas. Afinal, o direito como fruto da sociedade, depende de uma análise histórica de seus fatos. Seguindo as palavras de Venosa (2013, p.3), “como uma entidade orgânica, a família deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico, antes de o ser como fenômeno jurídico.”

No Capítulo 3, analisa-se especificamente a evolução histórica das uniões não matrimonializadas, até a consagração do instituto da união estável na Constituição Federal de 1988.

O Capítulo 4 trata das características e requisitos desse instituto, analisando-se especificamente o regime sucessório advento do Art. 1.790, do Código Civil de 2002.

Por fim, no Capítulo 4, analisa-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 646.721/RS. A partir dos argumentos trazidos no voto para relatório do Min. Roberto Barroso, busca-se compreender a (in)constitucionalidade do Regime Sucessório.

2 ORGANIZAÇÃO FAMILIAR: HISTÓRIA E CONCEITOS

2.1. Evolução Histórica

Não há como se falar em um modelo familiar estático, tampouco precisar a origem exata da família (ENGELS, 1984). Sua existência, segundo Hill (2012), está ligada, intrinsecamente, à forma como determinada sociedade se organiza. Seu formato vem se transformando ao longo do tempo, tendo sua função essencial historicamente interpretada a partir das necessidades de cada momento e época.

Como primórdio, Hill (2012) identifica a união de pessoas como uma estratégia de associação com vistas à sobrevivência econômica básica (HILL, 2012).

Segundo Harari (2015), o ser humano é um ser social e o seu desenvolvimento completo passa, evolutivamente, pelo desenvolvimento de suas capacidades sociais. Em sua obra, salienta as capacidades sociais e o avantajado cérebro como diferenciais para a evolução da espécie. Afirma, também, que a capacidade de organização em grupos sociais foi um dos fatores que favoreceram os seres humanos, pois “é necessária uma tribo para criar um ser humano. A evolução, assim, favoreceu aqueles capazes de formar fortes laços sociais” (p. 18).

Autores, como Engels (1984), identificam que, em vista dos meios produtivos na antiguidade, todos os membros de uma comunidade produziam a sua própria comida através da caça e da coleta. Inexistia um senso nuclear de família e os membros encontravam-se segmentados à época - homens caçavam, mulheres colhiam e cuidavam do lar. A prática primitiva era o acasalamento entre membros de um mesmo grupo. Essas relações formaram o período chamado na doutrina de *família consanguínea*. (ENGELS, 1984; FREUD, 2013). À época, a organização entre os membros não estava institucionalizada, não existindo o instituto do matrimônio (GOULART, 2002). As relações familiares eram dispersas, de modo que homens praticavam a poligamia e as mulheres a poliandria³, resultando em filhos com laços sanguíneos pouco claros (ENGELS, 1984). Assim, fundadas em relações de parentesco frágeis, as primeiras sociedades humanas organizadas começam a emergir (CUNHA, 2009).

³ O Novo Dicionário Aurélio (FERREIRA, 1999) conceitua *poliandria* como: "União conjugal com mais de um homem, simultaneamente. Regra ou ideal de casamento, ou costume socialmente institucionalizado, segundo o qual dois ou mais homens podem casar-se com a mesma mulher" (p. 1595).

Posteriormente, relações fora do grupo familiar passam a surgir. De relações consanguíneas, a sociedade passará a apresentar relações exogâmicas - cruzamento de indivíduos não aparentados ou com grau de parentesco distante (KOLLER, 2005), pois funcionalmente a relação entre diferentes grupos gerava maiores chances de sobrevivência:

O valor funcional da exogamia seria o de manter a sobrevivência dos grupos. As trocas estabelecidas entre os diferentes grupos através dos casamentos manteriam a coesão dos agrupamentos, evitando o fracionamento e o isolamento dos mesmos em pequenas unidades de famílias consanguíneas. As alianças formadas entre os grupos pelos casamentos fortaleciam redes de parentesco, asseguravam a paz entre diferentes grupos, garantiam a reprodução e a multiplicação da força de trabalho necessárias à sobrevivência. (KOLLER, 2005, p. 23)

Qualquer que tenha sido a forma primitiva de sociedade, patriarcal ou matriarcal⁴, é inegável que a medida que o ser humano se organizou em volta destes laços sociais, conseguiu unir forças para o alcance de objetivos comuns (ENGELS, 1984). A importância desse fato, segundo Engels, estará em demonstrar como o desenvolvimento da família, juntamente com o grau de desenvolvimento do trabalho, irá diretamente influenciar a ordem social em que vivem os seres humanos.

Na sequência, o desenvolvimento de redes sociais e o surgimento de economias agrárias possibilitaram um crescimento populacional, um excedente produtivo e uma especialização laboral, fatores que impulsionaram mudanças nos processos de organização social e, conseqüentemente, familiar.

O desenvolvimento da agricultura - e a posterior ideia de propriedade privada - marcará o advento da civilização (HILL, 2012).

Morgan (apud ENGELS, 1984) - um dos expoentes dos estudos sobre a família em sua obra *A Sociedade Antiga* (1871) -, complementa: “a família (...) é o elemento ativo, nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui (...)” (p. 30). Nas palavras de Serejo (2004), a família será um organismo político, pertencente ao Direito Privado, porém com aspectos *sui generis* que a aproxima do direito público. Cícero, advogado e cônsul romano no Séc. 1 AC, já a defendia como

⁴ HILL (2012, p. 6) alerta para o fato de sociedades matriarcais: “Less nomadic hunting and gathering societies were sometimes matrilineal and allowed polyandry as a marital rule: Women could take several husbands, and the children retained the clan name of their mothers. Polyandrous marriage and matrilineal families were found in Hawaii and native populations in Americas, Southeast Asia, and West Africa”. [Tradução Livre: Sociedades menos caçadoras e coletoras eram, às vezes, matrilineais e permitiam a poliândria como uma regra conjugal. Mulheres poderiam ter diversos maridos, e as crianças seguiam os nomes do clã materno. Casamentos poliândricos e famílias matrilineais foram achadas no Havaí e em populações originárias das Américas, Sudeste da Ásia e Oeste Africano.]

seminarium rei publicae (origem da república), afirmando que “onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral” (MONTEIRO; SILVA, 2009, p. 1).

Importante observar que os indivíduos, à época antiga, não se reuniam em função de um laço afetivo (ARIÈS, 1981; HILL, 2012). Isso não significa que não existiam motivos ou interesses suficientes para a união entre pessoas através do casamento, porém não se via determinado espaço como fonte de trocas afetivas (PRADO, 1981). A noção de afeto e o *sentimento de família*, segundo Ariès (1981), não iriam surgir até a Baixa Idade Média. As pessoas se uniam em função do instinto de sobrevivência e não de sentimento ou de amor, conforme este autor pontua:

[A família] tinha por missão - sentida por todos - a conservação dos bens, a prática comum de um ofício a ajuda mútua quotidiana num mundo em que um homem, e mais ainda uma mulher isolados não podiam sobreviver, e ainda, nos casos de crise, a proteção da honra e das vidas. Ela não tinha função afetiva. Isso não quer dizer que o amor estivesse sempre ausente: ao contrário, ele é muitas vezes reconhecível, em alguns casos desde o noivado, mais geralmente depois do casamento, criado e alimentado pela vida em comum, como na família do Duque de Saint-Simon. Mas (e é isso o que importa), o sentimento entre os cônjuges, entre os pais e os filhos, não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor. (ARIÈS, 1981, p. 10-11)

Segundo Prado (1981), todas as sociedades, ao longo da história, teriam convivido com alguma forma de instituição familiar, uma organização perpassada pelas relações de parentesco. É interessante notar que a medida que a família se complexifica, a sua existência passará, necessariamente, pela institucionalização de suas relações (KOLLER, 2005). A vida aos pares, por diferentes motivos, pode ser considerada um fato natural (DIAS, 2016), mas a família não deve ser vista como algo biológico (HILL, 2012; BERGER & LUCKMANN, 2014; DIAS, 2016; NADER, 2016), mas como produto de diferentes formas históricas de organização social entre indivíduos que foram, gradativamente, formando e moldando a organização familiar. Nesse sentido, Lévi-Strauss (1982) afirma que a vida doméstica assumirá formas específicas, de acordo com o contexto social, em cada sociedade e em cada época histórica, evidenciado que a família não é uma instituição natural, mas sim algo socialmente construído de acordo com normas culturais.

Assim, movidos pela imperiosa necessidade de sobrevivência, ou por impulsos sexuais e afetivos (FREUD, 2013), os seres humanos foram obrigados a inventar diferentes modos de relação entre si e com a natureza (ENGELS, 1984; BERGER & LUCKMANN, 2004). Nesse sentido, “toda atividade humana está sujeita ao hábito. Qualquer ação frequentemente repetida

torna-se moldada em um padrão, que pode em seguida ser reproduzido com economia de esforço e que, *ipso facto*, é apreendido pelo executante *como* tal padrão (BERGER & LUCKMANN, 2004, p. 77). Bourdieu denomina tal dinâmica de *habitus*⁵ (1983). Na medida em que se organizaram, os humanos criaram estratégias culturais de convivência e hábitos para superar as dificuldades impostas pelo meio que culminaram no estabelecimento do instituto da família, gerando reflexos pessoais, patrimoniais e jurídicos sob seus membros.

Ainda segundo Ariès (1981), se a Antiguidade está caracterizada por vínculos consanguíneos (*família consanguínea*), com a evolução e complexificação das relações, as primeiras organizações sociais começam a reunir-se em volta da liderança de um único ancestral sanguíneo comum. Este, conhecido como “patriarca”, simbolizava a entidade social que reunia, sob sua proteção, descendentes que compartilhavam identidade, parentescos e patrimônio. Essas primeiras entidades familiares, unidas por laços sanguíneos de parentesco, receberam o nome de *clãs*.

Em termos patrimoniais, Beviláqua (2000) pontua que estes povos primitivos não praticavam um sistema sucessório no sentido moderno da expressão, tendo em vista que viviam em grupos comunitários, onde a propriedade era compartilhada. No entanto, com o surgimento dos *clãs*, as primeiras manifestações de um direito hereditário passaram a ser observadas na sucessão, patrimonial e hierárquica, do patriarca. Quando da morte de um, o novo chefe⁶ sucedia em direitos e deveres de comandante - principalmente na função político-administrativa do *clã* - e na administração geral do patrimônio comum:

O novo chefe substitui o primeiro em todos os seus direitos e deveres, é o continuador de suas funções político-administrativas. Porém, tal sucessão não depende da morte do primeiro chefe, pois ele será substituído no momento em que não dispuser mais da confiança dos seus. Também não configura essa sucessão um direito individual, apenas confere a faculdade de administrar os bens comuns, o direito de dirigir os combatentes e o dever de prover à subsistência dos consócios. (p. 108)

Com o crescimento territorial e populacional desses *clãs*, estes começaram a se unir, formando as primeiras tribos, comunidades sociais compostas pela união de grupos de descendentes (CUNHA, 2009). O casamento era norma, sendo regulada pelos princípios

⁵ *Habitus*, para Bourdieu (1983, p. 65), é compreendido como: “(...) um sistema de disposições duráveis e transponíveis que, integrando todas as experiências passadas, funciona a cada momento como uma matriz de percepções, de apreciações e de ações – e torna possível a realização de tarefas infinitamente diferenciadas, graças às transferências analógicas de esquemas”.

⁶ Segundo Coulanges (2004), a hereditariedade nas sociedades ocidentais primitivas já remontam obedecer a linhagem masculina, nunca a feminina, a qual era obrigada a renunciar ao culto da sua família e assumir a do seu marido.

costumeiros de cada tribo, porém sempre convivendo com diferentes formas de comunhão. A união de casais, fora dos preceitos que regulamentavam o matrimônio, era um fato social, que existia à margem das regras⁷ (XAVIER, 2015; MARQUES, 2000).

Cabe salientar que o casamento, como contrato solene, passa se estabelecer como instrumento gerador de direitos e deveres entre o casal, notadamente pela maior facilidade de prova, o que possuía significativa importância em épocas de poucas ou fracas instituições.

A união não matrimonial se caracterizava pela informalidade, enquanto que o casamento pressupunha uma declaração convergente de vontades livres manifestadas à comunidade, facilmente demonstrada e provada por ritos e testemunhos (diferentemente dos fatos sociais e uniões alheios a esse instituto).

Desde a Antiguidade, as uniões entre pessoas se apresentaram entre aquelas formalizadas pelo casamento, as não celebradas pelo matrimônio e as sem objetivo de constituir família.

Na Grécia, Coulanges (2006) ensina que havia um modelo familiar próprio que girava em torno do culto a ancestrais comuns e assentada no casamento. Sob a tutela de um chefe único, o instituto da família impulsionou a criação de leis que proibiam o celibato e relações não formalmente constituídas, com o objetivo de fomentar a família nos moldes institucionais. Os gregos recebiam incentivos para o casamento, exemplo disso era o fato de filhos ilegítimos- aqueles havidos fora do casamento - não poderiam herdar, nem dar continuidade ao culto e, conseqüentemente, a família.

É com o Direito Romano, por sua vez, que houve um grande salto na evolução substancial da história da família (GONÇALVES, 2012b).

A família torna-se juridicamente reconhecida como instituição. Nessa esteira, Koller (2005) explica que “os papéis sociais, institucionalizados segundo divisões binárias e hierárquicas que naturalizaram a superioridade masculina, consolidam na Roma Antiga a instituição da família” (p.26). O modelo de organização patriarcal toma novos delineamentos, de modo que as práticas costumeiras originam uma cultura institucional. Normas severas centralizam o poder na posição do *pater*, posição restrita aos Patrícios, cidadãos da aristocracia romana (VENOSA, 2013; SAMPAIO & VENTURINI, 2007).

⁷ Marques (2000) afirma sobre o tema: "Dinâmico como é o comportamento do homem, além da convivência regulada pelos princípios que resguardavam a instituição da família, modalidades outras de união sempre houve, mas que nem sempre refletiram a expectativa social. É o caso da relação familiar concubinária." (p. 173)

Onema (apud SAMPAIO & VENTURINI, 2007), sobre o poder do homem patrício, explica:

(...) na Roma antiga os pais tinham total poder de decisão sobre o que lhe era de sua propriedade, aos proprietários de terras, os patrícios, obtinham o direito de dizer o destino das mulheres e das crianças, que eram consideradas objetos de sua propriedade, assim como os animais e as plantações. (p. 2)

O próprio vocábulo família, segundo Engels (1984), surge na Antiga Roma, originada da expressão latina *famulus*. A origem denotaria a ideologia patriarcal e androcêntrica da sociedade à época, isto porque “*famulus* quer dizer escravo doméstico, e *família*, o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem” (p. 91). Inicialmente, utilizada apenas para os escravos, o termo passou a representar o grupo social que o *pater familias* detinha sob o seu poder: a mulher, os descendentes e um certo número de escravos, com direito de vida e de morte sobre ele. Miranda (2001), nesse sentido:

A palavra "família" também se usava em relação às coisas, para designar o conjunto do patrimônio, ou a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor. (...) A família compreendia, portanto, o *pater familias*, que era o chefe, os descendentes ou não, submetidos ao pátrio poder, e a mulher *in manu*, que se considerava em condição análoga à de uma filha: *loco filiae*. O *pater familias* e as pessoas sob seu poder eram unidos entre si pelo parentesco civil (*agnatio*). (p. 57-58)

A figura masculina e patriarcal⁸ constituía-se como o centro da vida social e familiar, tendo uma função de poder tripartida: chefe político, sacerdote e juiz (KOLLER, 2005)⁹.

Esses grupos familiares romanos - sob o comando do patriarca - organizavam-se, por sua vez, em uma entidade maior denominada *gens* (COULANGES, 2006). Esse termo representava a identidade de um determinado conjunto de famílias, em que seus membros estavam ligados pela ancestralidade comum ou por feitos militares de seus antepassados. A organização também estava, conseqüentemente, restrita à aristocracia romana, de modo que: "A *gens* (...) formava um corpo, cuja constituição era puramente aristocrática; é graças à sua organização interior que os Patrícios de Roma e os eupátridas de Atenas perpetuaram por muito tempo seus privilégios" (COULANGES, 2006, p. 151).

⁸ Sobre essa visão patriarcal da família, Miranda (2001) ensina: "Na família romana, o filho é estranho à família de origem da mãe. Da própria mãe ele só é parente porque ela se acha sob o poder do pai. A mulher é *loco filiae*. Em relação ao pai do marido, *loco neptis*. A possibilidade de casamentos sem *manus* já constitui evolução. O marido tem o poder de vida e de morte, de emancipação e de repúdio" (p. 58-59).

⁹ Povos bárbaros (ostrogodos, visigodos, francos, entre outros) possuíam uma organização familiar similar à romana, com uma figura paterna centralizadora - *mundus* -, porém com outras características, como a imediata independência dos filhos através da maioridade e não do casamento (XAVIER, 2015).

Gonçalves (2012b) entende que o período romano foi igualmente importante pelas mudanças em matéria de Direito Sucessório.

A Lei das XII Tábuas, outro marco no tema, inovou ao garantir o direito do *pater familias* dispor, através de instrumento próprio - o que ao remonta ao testamento moderno - seus bens, como fosse a sua vontade, para depois da morte.

No caso do falecimento sem testamento, a sucessão obedeceria uma ordem: primeiro parentes próximos - filhos, netos e a esposa - (*heredi sui necessarii*); posteriormente, os parentes colaterais próximos de descendência paterna - irmão consanguíneo, o sobrinho, o tio - (*agnatus proximus*); e, por fim, na ausência destes, seriam chamados à sucessão os *gentiles*, membros da *gens* - que era o grupo familiar em *lato sensu* (GONÇALVES, 2012b).

Na Antiga Roma, a família passou a ser institucionalizada, enquanto que o matrimônio permanecia um assunto particular sujeito às regras do *pater*. Se, na Antiguidade, o ato não era formal, nem solene, em Roma, “os ritos eram particularizados para cada família, em vista da vontade do sacerdote, o *pater familias*” (PINHO, 2002, p. 274). Afinal, conforme pontua Foucault sobre o matrimônio em Roma e na Grécia (1985):

O casamento, ato privado, dizia respeito à família, à sua autoridade, às regras que ela praticava e reconhecia como suas, não exigia a intervenção dos poderes públicos nem na Grécia, nem em Roma. Ela era, na Grécia, uma prática “destinada a assegurar a permanência do *oikos*”, cujos atos fundamentais e vitais marcavam, um, a transferência para o marido da tutela exercida até então pelo pai e, o outro, a entrega efetiva da esposa ao seu cônjuge. Ele constituía, portanto, uma transação privada, um negócio realizado entre dois chefes de família, um real, o pai da moça, outro virtual, o futuro marido. (p. 79)

Quanto a uniões entre pessoas, o Direito Romano disciplinava o tema por meio de diferentes diplomas legais, refletindo a sua organização hierarquizada: i) o *jus civilis* - para os patrícios romanos - (*justae nuptiae cum ou sine manu*); ii) o *sine connubio* - para os peregrinos; iii) um *direito* para união do escravos; e iv) um *direito* que tratava dos concubinos unidos à revelia do chamado *consensus nuptialis* - ato de consentimento que era necessário para legitimar a união frente à lei Romana.. Essa última consistia na união entre homem e mulher que não possuíssem qualquer vínculo, formando uma sociedade de fato como se casados fossem, uma espécie de concubinato (MARQUES, 2000).

A Alta Idade Média tornou-se cenário de novas e relevantes mudanças.

Ariès (1981) propõe um percurso histórico com o objetivo de explicar a constituição da organização familiar contemporânea, predominantemente nuclear e burguesa. Conforme

este autor, na família feudal, o vínculo entre pessoas da mesma descendência reuniu-se em duas organizações diferentes: a *família*, constituída através do casamento, e a *frèreche*, formada pela linhagem geracional. Essa, e não a *família*, encontrava-se no centro da vida social. O mesmo autor afirma que, durante esta época, não se verá uma vida familiar privada, visto que, até o século XVII, a família era vivida de forma mais coletiva. Quanto a estas duas instituições, ensina que:

A ideia essencial dos historiadores do direito e da sociedade é que os laços de sangue não constituíam [à época] um único grupo, e sim dois, distintos embora concêntricos: a *família* (ou *mesnie*), que pode ser comparada à nossa família conjugal moderna, e a linhagem, que estendia sua solidariedade a todos os descendentes de um mesmo ancestral. (p. 211)

A *frèreche*, balizada no sentimento de linhagem, agrupava indivíduos de gerações diferentes - raramente após a segunda geração do *pai* - que compartilhavam o mesmo ancestral sanguíneo (ARIÈS, 1981). Assim, as duas instituições conviviam: i) a *família* - comparada ao relacionamento conjugal moderno; e ii) a *frèreche*, que seria uma “*família* do tipo extensa ou abrangente, ou seja, incluía outros parentes, amigos e vassalos” (KOLLER, 2005, p. 26).

Koller (2005), sobre esse tipo de organização familiar feudal, explica:

(...) na família feudal da Idade Média era a linhagem, e não o casamento, que estava no centro da vida familiar. A mulher era considerada como pertencente à linhagem do marido e quando este morria ela era excluída da linhagem. (...) [A família] mantinha laços comunitários de dependência com a aldeia, a qual regulava a vida cotidiana através dos costumes e da tradição. (...) A mãe camponesa dividia a criação dos filhos com outras mulheres da comunidade, não estando tão isoladas quanto na família burguesa. Além disso, na medida em que as mulheres precisavam trabalhar, as crianças não eram o centro da vida familiar, nem o papel materno idealizado como viria a ser mais adiante. (p. 26)

Apesar da coexistência de *família* e *frèreche*, Espinas, citado por Engels (1984), apresenta uma contraposição entre essas duas organizações, uma mais abrangente e outra mais concêntrica. Afirma que, historicamente, o progresso de uma significou o enfraquecimento da outra, de tal forma que “a horda [compreendida como coletivo] e a *família*, nos animais superiores, não são complementos recíprocos e sim fenômenos antagônicos. (...) Onde a *família* está intimamente unida, não vemos formarem-se hordas, salvo raras exceções.” (p. 34).

Esse pensamento é compartilhado por Ariès (1981), de modo que estreitamento/relaxamento dos laços da *família* e da *frèreche* estaria relacionado-às interações

sociais do período. Em épocas em que indivíduo se via satisfeito em suas demandas quanto à segurança, propriedade e comunidade, os laços familiares eram vistos de maneira secundária, não existindo a necessidade de um grupo tão íntimo e nuclear.

Ainda, segundo Duby (apud ARIÈS, 1981), o Estado sempre aparecia como um importante sujeito desse processo. Exemplifica-se que, na Baixa Idade Média, o velho e fraco Estado tinha seus laços “bastante vigorosos para permitir ao homem livre viver uma vida independente e preferir, se assim o desejasse, a companhia de seus vizinhos e amigos a de seus parentes” (p. 211). O indivíduo era acolhido e protegido pela solidariedade da sua própria linhagem, cultivando-se um sentimento de honra pelo pertencimento a esta família mais abrangente (ARIÈS, 1981).

À medida que o indivíduo se viu frente ao enfraquecimento de instituições que lhe acolhiam - por exemplo, diferentes estruturas medievais que faliram - , a *família* funcionou como um refúgio para proteger seus membros dos perigos econômicos e sociais. Duby (apud ARIÈS, 1981) conclui:

Na realidade, a família é o primeiro refúgio em que o indivíduo ameaçado se protege durante os períodos de enfraquecimento do Estado. Mas assim que as instituições políticas lhe oferecem garantias suficientes, ele se esquivava da opressão da família e os laços de sangue se afrouxam. A história da linhagem é uma sucessão de contrações e distensões, cujo ritmo sofre as modificações da ordem política. (p. 213)

Conforme Engels (1984), talvez Duby seja o primeiro historiador a colocar essa relação em outros termos. Compreendeu que a família e a linhagem foram duas formas de organização social que se tencionaram ao longo da história, tempos se contraindo, outros se expandindo.

A consequência desses movimentos serviu, em muito, para a constituição da família moderna.

A partir do século XIV, processos importantes marcam uma separação definitiva entre família e linhagem (ARIÈS, 1981), tais como: i) o enfraquecimento da figura da mulher, tornando-se, praticamente, uma incapaz, de modo que seus atos deveriam ser autorizados pelo marido ou pela justiça; ii) uma nova - porém que remonta à Antiga Roma - consolidação da autoridade patriarcal, por meio da qual mulher e filho estariam submetidos mais estritamente ao marido; e c) a retomada do antigo direito à primogenitura¹⁰ - em contraposição à

¹⁰ A prática costumeira do filho primogênito suceder o pai em todo o patrimônio existiu desde a Antiguidade, atravessando os séculos e permeando diferentes sociedades, até a Revolução Francesa. Esta prática funcionou como uma estratégia de proteção patrimonial, dando ao patriarca da família, o direito e o dever de conservar os

solidariedade da linhagem -, onde o pater e, posteriormente, o filho primogênito administrariam todo o patrimônio da família.

Durante o Séc. XIII, também, a instituição do *droit de saisine*¹¹¹² terá gênese na França. O princípio autoriza que o herdeiro vocacionado, legítimo ou testamentário, assumira a posse dos bens do de *cujus*, independente de qualquer ato, ingressando em sua posse de maneira imediata e direta. Este princípio, como grande parte do Direito Civil Francês, influenciará e fará parte do Direito Civil Brasileiro (GONÇALVES, 2012b).

Assim, com o passar do tempo, a *família* ganha maior valor e visibilidade na sociedade, produzindo sentidos e novos sujeitos (FOUCAULT, 1985). Começa a tomar contornos nucleares, mais íntimos e burgueses, tornando-se “(...) a célula social, a base dos Estados” (ARIÈS, 1981, p. 214).

É nessa época que, segundo Ariès (1981), começa a surgir uma iconografia que simboliza um *sentimento de família*. Dentro de sua obra, o historiador identifica obras que refletem a organização social da época, notadamente em paróquias europeias e em imagens dos calendários anuais (muito populares durante a Idade Média). O homem, que antes era pintado isolado, em diferentes paisagens (costumeiramente simbolizando as estações do ano), começa a aparecer ao lado de outras figuras: a sua companheira mulher, crianças representando filhos e a mesa do jantar sintetizada na *Sagrada Família* (p. 220). Nesse processo de identificação, explica que as imagens nos permitem “acompanhar a ascensão de um sentimento novo: o sentimento da família. (...) O sentimento era novo, mas não a família” (p. 218).

Tavares (1985) indica que, provavelmente, a maior influência ao conceito de família ocorrerá na sua interação com o Direito Canônico. Confluyente a esses processos e resultado

bens comuns. Ariès (1981), sobre o assunto afirma: "Tudo indica que esse costume se difundiu no século XIII, para evitar o perigoso esfacelamento de um patrimônio cuja unidade não estava mais protegida pelas práticas de propriedade conjunta e solidariedade da linhagem, mas, ao contrário, era ameaçada por uma maior mobilidade da riqueza. O privilégio do filho, beneficiado por sua primogenitura ou pela escolha dos pais, foi a base da sociedade familiar do fim da Idade Média até o século XVII, mas não mais durante o século XVIII" (p. 234).

¹¹ O Princípio da Saisine é uma ficção jurídica, que autoriza a transferência possessória de bens do *de cujus* pelo herdeiro vocacionado, legítimo ou testamentário. Este, independentemente de qualquer ato, ingressará na posse dos bens que constituem a herança do antecessor falecido, de forma imediata e direta, ainda que desconheça a morte do antigo titular (SILVA, 2012).

¹² O Superior Tribunal de Justiça apresenta o Princípio da Saisine como o: “(...) corolário da premissa de que inexistente direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmite - se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros. Ressalte-se, contudo, que os herdeiros, neste primeiro momento, imiscuir-se-ão apenas na posse indireta dos bens transmitidos. A posse direta ficará a cargo de quem detém a posse de fato dos bens deixados pelo de cujus ou do inventariante, a depender da existência ou não de inventário aberto (BRASIL, 2011).

do crescente poder da Igreja Apostólica Romana, a sacralização marcou profundamente o Direito de Família e a concepção geral quanto ao casamento.

Até então - resguardadas as particularidades sociais dos períodos e espaços históricos - o matrimônio havia sido basicamente tratado como um contrato. Inexistia um caráter sacro ao fato social (ARIÈS, 1981). Determinadas religiões desenvolveram mais suas teses através da simbologia matrimonial, outras - como a Católica - por muito tempo relegaram a celebração à *aldeia* (KOLLER, 2005; ARIÈS, 1981). A absorção teológica do fato perpassou pela Igreja ao assumir o protagonismo do ato de celebração - determinando os seus critérios de validade - e estabelecendo limites à sexualidade dos indivíduos em comunidade. Até então, o sacerdote católico, representante da igreja na comunidade, não interferia na celebração do matrimônio, visto a sua inerente vinculação ao sexo (COSTA, 2002; VENOSA, 2013).

Nesse sentido, Ariès (1981) explica:

A cerimônia [matrimonial], a julgar por suas representações esculpidas, não se realizava no interior da igreja, e sim na entrada, diante do pórtico. Qualquer que fosse o ponto de vista teológico, a maioria dos padres, considerando suas ovelhas, devia partilhar a opinião do cura de Chaucer, para quem o casamento era uma questão de último caso, uma concessão à fraqueza da carne. (p. 214-215)

O casamento e a sua cerimônia eram, historicamente, realizados pelo pai da noiva. A substituição pelo sacerdote católico serviu para aproximar a liturgia clerical à vida leiga, por meio de um novo cerimonial imposto para resguardar a moral e normalizar a questão da sua sexualidade. Segundo Pimentel (2005),

O contrato matrimonial que existia antes da instituição do casamento como sacramento era realizado com rituais próprios, no qual o pai da noiva era quem normalmente presidia todos os procedimentos considerados necessários à aceitação da relação conjugal que passaria a existir. (s/p)

A nova liturgia clerical, em que o sacerdote substitui o pai da noiva, elevou a Igreja a uma posição de regente dessas relações. O autor afirma que “(...) a partir daí, as uniões realizadas sem a participação da Igreja não têm validade e as pessoas que a contraem passam a viver “em fama de casados” sem o serem, o que os desclassifica e submete ao julgamento de toda a comunidade.” (s/p) Inicia-se uma demarcação entre as uniões matrimoniais e aquelas realizadas foram dos critérios estabelecidos.

Com o Direito Canônico, casamento foi alçado a uma entidade de cunho físico e espiritual; indissolúvel, onde só a morte poria termo ao matrimônio (DIAS, 2016). A causa exata do porquê desse processo é complexa. Sem dúvidas, a sacralização da união conjugal - o

que atravessou a sacralização de deveres civis e da vida sem vocação religiosa -, junto à promoção religiosa do *leigo* e ao crescente progresso do sentimento de família, possibilitaram à Igreja penetrar na devoção comum da população em geral (ARIÈS, 1981).

Por outro lado, alguns autores, como Coulanges (2006), qualificam esse emaranhamento entre Igreja e família como consequência do desenvolvimento da religião no seio da união conjugal. Estaria, assim, invertida a lógica. Teriam as teses do Cristianismo impulsionado a sacralidade matrimonial ou a religiosidade teria unido ainda mais a família?

Coulanges (2006) defende que foi a religião o elemento que uniu a família antiga. Na sua visão, as famílias começaram a se solidificar na medida que cultuavam seus ancestrais e deuses:

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural. (p. 58)

Objetivamente, o Concílio de Trento, de 1553, irá marcar a história quanto à evolução do sentido da família. Proposto com o objetivo de definir formas de enfrentamento dos efeitos da reforma protestante, mudou a relação da Igreja com o matrimônio, uniformizando as normas, padrões e procedimentos para a celebração do casamento (TAVARES, 1985; PIMENTEL, 2005). As inúmeras formalidades circunscreveram a cerimônia, estabelecendo as obrigatoriedades para o reconhecimento do matrimônio e, conseqüentemente, à entidade familiar (MARQUES, 2000).

Azevedo (1995, p. 133) sobre o assunto, afirma:

Com o concílio de Trento, em 1563, restou proibido o casamento presumido, determinando-se a obrigatoriedade de celebração formal do matrimônio, na presença de pároco, de duas testemunhas, em cerimônia pública. Essas celebrações passaram, então, a ser assentadas em registros paroquiais. Desse modo, condenou-se o concubinato. Foram estabelecidas penalidades severas contra os concubinos que, sendo três vezes advertidos, não terminassem seu relacionamento, podendo ser excomungados, a, até, qualificados de hereges.

O casamento tornou-se subordinado à autoridade eclesiástica, a qual estaria implicada em zelar pelos impedimentos oficiais, regular as dispensas nos casos cabíveis; proibir a coabitação de noivos; assegurar a bênção do pároco como requisito *sine qua non* para o matrimônio; e garantir a publicidade da cerimônia com a exigência de duas testemunhas (PIMENTEL, 2005).

Nesse sentido, interessante observar o que o atual Código de Direito Canônico¹³ - conjunto ordenado das normas jurídicas do direito que regulam a organização da Igreja Católica Romana - define sobre o casamento:

Cân. 1055 — § 1. O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os batizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento

Cân. 1056 — As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade, as quais, em razão do sacramento, adquirem particular firmeza no matrimônio cristão.

Cân. 1057 — Origina o matrimônio o consentimento entre pessoas hábeis por direito, legitimamente manifestado, o qual não pode ser suprido por nenhum poder humano¹⁴

Cân. 1058 — Podem contrair matrimônio todos aqueles que não estejam proibidos pelo direito.

Cân. 1059 — O matrimônio dos católicos, posto que só uma das partes seja católica, rege-se não só pelo direito divino mas também pelo direito canônico, salva a competência do poder civil sobre os efeitos meramente civis do mesmo matrimônio. (VATICANO, 1983)¹⁵

O Código de Direito Canônico ainda estabeleceria a monogamia, os impedimentos matrimoniais, as invalidades do ato conjugal, a incapacidade para as núpcias em razão da idade, os critérios de validade e os requisitos de solenidade, entre outros (ALMEIDA, 2013).

As inovações permitiram que a Igreja estendesse seu campo de influência aos novos projetos colonizadores da Europa Católica. A tônica dada à melhor formação do clero, à implantação do casamento e à repressão das relações consideradas como ilícitas, permitiram a normatização do comportamento dos fiéis, estabelecendo o casamento como a solução proposta ao desregramento moral.

É importante compreender que, à época, relatos dão conta da existência de populações europeias completamente ignorantes à doutrina cristã (PIMENTEL, 2005), de modo que o casamento era tido como uma efetiva estratégia de expansão da Igreja Católica.

¹³ Tavares (1985) ensina: O Direito da Igreja Católica, conhecido como Direito Canônico, está contido nos decretos compilados pelo canonista e teólogo Graciano (“Concordia discordantium Canonum”), nos “*Decretali*” de Gregório IX, no “*Liber Sextus*” de Bonifácio VII e no *Liber Septimus Decretalium* de João XXII. Toda essa legislação foi enfeixada numa única compilação denominada de “*Corpus Iuris Canonici*”, pelo Concílio de Basiléia (1431-1443).

¹⁴ Proclama a sua unidade e indissolubilidade.

¹⁵ Atualmente, a Igreja Católica tem um posicionamento mais flexível acerca do concubinato, haja vista o disposto no Cânone 1.395, § 1º, do Código Canônico, que estabelece níveis de graduação das penalidades a serem impostas ao clérigo concubinário. Vai de advertências até a exoneração da condição de clérigo, e não mais excomunhão nem qualificação de herege (MARQUES, 2000).

Ao sacralizar o pacto matrimonial, a Igreja tornou-o a legítima fonte da entidade familiar. O Direito Canônico passou a ter especial influência nas raízes históricas e culturais do Direito Civil Ocidental (TAVARES, 1985). O Direito Pátrio, especificamente em matéria de sucessões - inspirado no sistema legado pelo Direito Canônico, pelo antigo Direito Germânico e pelo Direito Romano – viria a condenar as uniões livres (TAVARES, 1985). Nesse sentido.

A Igreja Católica insurgiu-se veementemente contra o concubinato. Santo Agostinho e Santo Ambrósio combateram a união livre, sem casamento. Por fim, o Concílio de Trento Condenou o concubinato, de maneira absoluta, sem exceção alguma. O Código de Direito Canônico chegou até a dispor a respeito de sanções particulares contra os concubinos (Cânones 1.078, 2.357, 2. E 2.358). (p. 51)

O modelo familiar ideal seria aquele formado por um homem e uma mulher, casados segundo as formalidades religiosas. Esse modelo, fonte de uma visão canônica do fato, influenciaria o Direito Civil nos séculos posteriores (TAVARES, 1985).

Nos séculos XIX e XX, as mudanças na análise da evolução do conceito de família persistem. Marco importante no tema foi a Revolução Francesa e sua busca pela igualdade entre homens e mulheres, uma vez que estas ainda eram consideradas incapazes (LOUZADA, 2003). O Código Civil de Napoleão, chamado de *Code Napoléon*, de 1804, inovou ao admitir o divórcio entre casais, apesar de o poder patriarcal, mais uma vez, ter sido demarcado, mantendo a esposa sob o arbítrio do marido. Esse Código, ademais, acabara com os resquícios do direito ao primogênito de suceder todo o patrimônio do pai, porém estabelecerá uma diferenciação jurídica quanto aos filhos, sendo considerados legítimos aqueles nascidos dentro do casamento e ilegítimos os nascidos fora:

O divórcio é admitido, sendo sempre o adultério feminino considerado como uma de suas causas, sendo aceito somente o masculino se o marido levar a concubina para dentro da residência. Também há diferenciação quanto aos filhos, sendo considerados filhos legítimos e ilegítimos, esses últimos nascidos fora do casamento. Sua legitimação só poderia ocorrer com o casamento dos pais. Caso o pai já fosse casado, poderia reconhecê-lo, mas este não teria os mesmos direitos do filho legítimo. (LOUZADA, 2003, s/p)

Quanto à Revolução Russa de 1917, no bojo do rompimento com o poder monárquico e com a Igreja, Antokolskaia (2013) afirma que os revolucionários promulgaram, imediatamente após tomarem o poder, leis que consagraram, além do casamento civil, o divórcio, a igualdade da mulher, a proibição da distinção entre filhos e a ação de investigação de paternidade.

A partir da segunda metade do século XX, com o final da Segunda Grande Guerra, inúmeras transformações espalharam-se pelo mundo ocidental, culminando com a adoção, em vários países, de leis aprovando o divórcio e o tratamento igualitário entre os filhos (independentemente de sua origem).

Com essas transformações, o fenômeno da despatrimonialização do Direito de Família ganha destaque, de modo que esse ramo do Direito passa a ser pautado muito mais pelos conceitos de afeto e solidariedade e pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A passagem para a família contemporânea estará intimamente relacionada às estes sentimentos e às mudanças sociais capitalistas (OLIVEIRA, 2009). Oliveira explica:

(...) é possível verificar que as transformações ocorridas com o início da industrialização, o advento da urbanização, a abolição da escravatura e a organização da população provocam alterações nas feições familiares e sociais. A expansão da economia acelerou o processo de retirada da produção de casa para o mercado, e a pressão pelo consumo de bens e serviços, características inerentes ao capitalismo, anteriormente produzidos no espaço doméstico, passa a apertar os orçamentos familiares, e o trabalho assalariado passa a ser um instrumento também utilizado pelas mulheres. (p. 65)

A entrada da mulher no mercado de trabalho tem especial relevância para a contemporaneidade. A subsistência familiar não passará mais apenas pelo homem, o que modificará as dinâmicas do núcleo familiar. Ainda, a vida urbana em espaços pequenos, dará à família traços nucleares restritos ao casal e a prole (DIAS, 2010). A globalização, os meios de comunicação, a rapidez da troca de informações, impulsionaram em pouco mais de um século uma modalidade de família bastante distante das civilizações passadas. A célula básica da família, formada por pais e filhos, não irá se alterar, porém a sua composição, papéis e finalidades serão diferentes das formas antigas (VENOSA, 2013).

A família, nos tempos atuais, remontará não só a laços consanguíneos, mas também ao amor e a solidariedade mútua (CARELLI, 2008). Surgirá a “concepção da família formada pelos laços afetivos de carinho, de amor”, valorizando cada vez mais a noção de afeto (DIAS, 2016, p. 22).

A família contemporânea, para tanto, não terá um único modelo, mas novos formatos.

As famílias qualificadas, segundo sua origem, como matrimoniais¹⁶, extramatrimoniais¹⁷, monoparentais¹⁸, anaparentais¹⁹²⁰, mosaicas²¹, eudemonistas²², paralelas²³, e homoafetivas²⁴²⁵²⁶, irão coexistir na sociedade (CARELLI, 2008).

Conclui Maluf (2010), quanto à família na contemporaneidade:

Chega, assim, a família, à era contemporânea, onde, através da mudança dos costumes, seus valores se modificam, passando a sua gênese a estar mais fincada no afeto e na valorização da dignidade da pessoa humana, observadas as peculiaridades que envolvem o ser individualmente considerado. (...) Em relação às características intrínsecas das diversas modalidades de família, que vêm se descortinando, podemos entender que convivem simultaneamente a família casamentária, a família formada na união estável, a família concubinária, a família monoparental, a família

¹⁶ O núcleo familiar e as relações de parentesco decorrem do vínculo matrimonial existente entre os ascendentes, não havendo distinção entre o casamento civil ou o religioso com efeitos civis, pairando, no entanto, a figura das presunções legais de paternidade e maternidade sobre os filhos decorrentes do matrimônio (TARTUCE, 2016).

¹⁷ O conceito de família se estabelece a partir da união estável entre os ascendentes ou outras formas de relacionamento, sendo que o vínculo de Filiação decorre do instituto do reconhecimento (TARTUCE, 2016).

¹⁸ Consiste na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (TARTUCE, 2016).

¹⁹ Segundo Barros (2013), consiste no núcleo familiar em que não está presente a figura dos pais. É o caso, por exemplo, da família constituída por duas irmãs solteiras, que se unem e convivem entre si baseadas no afeto familiar, ainda que sem a presença de seus pais.

²⁰ Em julgado de 11.04.1995, no REsp 57.606/MG, Rel. Min. Fontes de Alencar, 4ª Turma, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que poderia ser qualificado como bem de família o imóvel em que residiam duas irmãs solteiras, uma vez que estas constituíam um núcleo familiar próprio. Maluf explicita esta situação afirmando que se inseriria, igualmente, no conceito de família anaparental, aquela formada por uma só pessoa tendo em vista a proteção do bem de família, e a consequente aplicação da Lei n.º 8009/90 e da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (MALUF, 2010).

²¹ Consiste na entidade familiar que surge com a ruptura de anteriores vínculos familiares e a consequente formação de novos vínculos, que incluem os filhos oriundos das relações anteriores, e também aqueles que o casal venha a ter em comum. Caracteriza-se, principalmente, pela existência de múltiplos vínculos, ambiguidade de compromisso e pela interdependência (TARTUCE, 2016).

²² Trata-se da entidade familiar cuja formação decorre do afeto, de modo a produzir a felicidade nos seus componentes. Segundo Dias, a família eudemonista objetiva a felicidade individual “vivendo um processo de emancipação de seus membros” (DIAS, 2016, p. 53-54).

²³ É aquela que se forma a despeito do princípio da monogamia vigente em determinados países (dentre eles, o próprio Brasil), de modo que um dos integrantes participa como cônjuge de mais de uma unidade familiar. Durante muito tempo, sua existência foi negada. No entanto, tem sido reconhecida a proteção da família paralela pela jurisprudência brasileira para fins de concessão de benefícios patrimoniais, notadamente previdenciários, de modo que o patrimônio acrescido na vigência do duplo vínculo é dividido proporcionalmente entre o cônjuge e o companheiro daquele que manteve a duplicidade de relações familiares (TARTUCE, 2016).

²⁴ O termo homoafetividade foi cunhado pela jurista Maria Berenice Dias, em torno do argumento que não é possível falar em homossexualidade sem falar em afeto e as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade (NARDI; COSTA, 2015).

²⁵ É aquela constituída por pessoas do mesmo sexo, quer através do casamento ou do estabelecimento de união estável, tendo sido reconhecida como unidade familiar, no ordenamento jurídico pátrio, a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2011, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277/DF (TARTUCE, 2016).

²⁶ A Resolução n.º 175, do Conselho Nacional de Justiça, disciplinou o casamento e a conversão da união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, vedando a recusa, pelas autoridades competentes, à sua habilitação e celebração, assim como à conversão de união estável em casamento.

homossexual e a família formada nos estados intersexuais, que embora representem um campo farto de discussões no direito brasileiro, no plano internacional, fincam-se cada vez mais em garantias. (p. 36-39)

Assim, a partir da introdução de novos costumes e valores, a internacionalização dos direitos humanos, a globalização, o respeito do ser humano com vistas a sua dignidade e os direitos inerentes à sua personalidade, o conceito de família sofreu inúmeras influências para além do modelo tradicional decorrente do casamento, de modo que houve o reconhecimento novas modalidades de família, respeitando-se as diferenças que compõem cada ser humano.

2.2. Conceitos de Família

Sem dúvidas, tentar conceituar a família deve ser tomado como um desafio pontual e temporal. Uma única definição que consiga apanhar todas as suas facetas é um difícil desafio. Segundo Venosa (2013), a compreensão e a extensão do conceito de família será daqueles que mais se alteram no curso dos tempos. Afinal, como vimos, a família certamente é uma das instituições mais antigas de que se tem notícia nas sociedades humanas. Neste subcapítulo, abordasse a conceituação feita por alguns autores clássicos e modernos.

Sua importância é unânime, afirmada por muitos, alguns a classificando como célula *mater* da sociedade (MALUF, 2010).

Rodrigues (2007) apresenta o seu conceito de família:

O vocábulo "família" é usado em vários sentidos. Num conceito mais amplo poder-se-ia definir família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculos de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum; o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos. Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a família como abrangendo os consanguíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até o quarto grau. Num sentido ainda mais restrito, constitui família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole. (p. 4)

Miranda (2001), salientando a sua multiplicidade de sentidos, afirma:

Ora [a família] significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos; ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outra. (p. 59)

Gonçalves (2012a), por outro lado, dispõe que:

(...) a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. (p. 21)

Gonçalves (2012a) e Miranda (2001) entendem que a legislação pátria não apresentou um conceito unitário da família, deixando para a Doutrina o árduo trabalho de identificação e demarcação. Esse entendimento é compartilhado também por Nader (2006). Nesse sentido, segundo Gonçalves (2012a) pondera que:

A constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e sua extensão variam, conforme o ramo. (p. 21)

Nader (2016), por sua vez, define família como:

(...) uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum. (p. 40)

Já numa visão histórica, Hironaka (2001) a define como:

(...) uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade. (p. 16)

Xavier (2014), por outro lado, salienta a coesão de grupo, afirmando que “a família pode ser entendida como um grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade” (p. 11).

Dantas (1991), no mesmo sentido, diz que: “a família é um grupo social que os sociólogos estudam sempre que discorrem sobre o Estado, a tribo, o clã, a pátria enfim todos esses aglomerados humanos nos quais se descobre um laço coesivo de relativa permanência” (p. 3).

Autores mais tradicionais, como Gomes (1999), “a definem [como] o grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, oriunda do casamento válido, disciplinado pela lei civil” (p. 22).

Porreca (2004), ainda, faz uma reflexão econômica a respeito da família:

(...) a família, enquanto unidade de reprodução social e biológica, constitui-se também como unidade de cooperação econômica e de consumo coletivo de bens materiais e simbólicos. As possibilidades de consumo estão relacionadas à heterogeneidade dos atributos sociais de seus integrantes, como idade, grau de escolaridade, ocupação, forma de inserção no mercado de trabalho, e repertório cultural, que, conjuntamente, conferem a cada um deles possibilidades diferenciadas de auferirem determinado rendimento. (p. 13)

Dias (2016) salienta a importância da família enquanto núcleo da sociedade, reconhecendo o vínculo público e privado do organismo familiar, conceitua:

A família é cantada e decantada como a base da sociedade e, por essa razão, recebe especial proteção do Estado (CF 226). A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece (XVI 3): A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases. A família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social. O direito das famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais está sujeito a críticas de toda sorte. (p. 23)

Do ponto de vista antropológico, Murdock (apud GEORGAS, 2003) apresenta um conceito mutante de família que reflete a sociedade na qual está inserida:

(...) family is a social group characterized by common residence, economic cooperation and reproduction. It includes adults of both sexes, at least two of who maintain a socially approved sexual relationship.^[27] (p.4)

Ainda sobre um viés antropológico, Oliveira (2003) a define como:

(...) o ponto de convergência natural dos seres humanos. Por ela [família] se reúnem o homem e a mulher, movidos por atração física e laços de afetividade. Frutifica-se o amor com o nascimento dos filhos. Não importam as mudanças da ciência, no comércio e na indústria humana, a família continua sendo o refúgio certo para onde correm as pessoas na busca de proteção, segurança, realização pessoal e integração no meio social. (p. 24)

Costa e Nardi (2015) conceituam família de forma mais abrangente, "afastando-se do modelo baseado apenas em parentesco, coabitação ou afetividade", entendendo-a como um "sistema operado através de padrões transacionais, isto é, de regras oriundas das interações repetidas entre os indivíduos" (p. 141).

²⁷ Tradução livre: "(...) família é um grupo social caracterizado pela residência comum, cooperação econômica e reprodução. Inclui adultos de ambos os sexos, no mínimo dois, que mantém uma relação sexual socialmente aprovada".

Como visto, uma conceituação unívoca da família não só é árdua como reduziria a sua pluralidade de sentidos no mundo contemporâneo. Ainda assim, nota-se que a evolução desta influenciará a constituição e percepção jurídica sobre a união estável, objeto do próximo do capítulo.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL

Como visto no capítulo anterior, o conceito de família e seus modelos vieram se transformando ao longo do tempo, produto e substrato das relações sociais, econômicas e culturais de cada sociedade. Nesse capítulo, especificamente, será trabalhada a evolução das uniões não matrimonializadas até o advento da União Estável com a consagração do instituto na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O Direito, historicamente, tratou, de maneira esparsa, as uniões livres, também chamadas de *concubinato*²⁸, deixando-as à margem do conceito jurídico de família. Apesar de privilegiar o matrimônio, relações conjugais das mais diferentes formas sempre existiram, pelos mais diferentes motivos e razões (GONÇALVES, 2012b; NADER, 2016; DIAS, 2016).

Em diferentes épocas, o casamento chegou a estar restrito a determinadas classes ou raças. Ter terras, explica Xavier (2015), durante os séculos XVIII e XIX, em muitos países, como Áustria, Islândia, Irlanda e Portugal, era requisito para o matrimônio²⁹. Esse costume impunha aos que não tivessem propriedades as uniões não matrimoniais. A indissolubilidade do casamento, até poucas décadas, também impedia que fosse legítimo buscar refazer a vida, construindo uma nova família.

Especificamente quanto ao Brasil Colônia, o casamento representava uma solução pouco viável para a vida da maioria da população brasileira, tanto por questões econômicas, quanto sociais, além das burocracias eclesiásticas:

Essas circunstâncias eram agravadas pela burocracia eclesiástica, pois, além da dificuldade em obter certidões de nascimento em outras freguesias (decorrentes da incúria de alguns religiosos em manter registros adequados e da distância e dificuldade de locomoção) e das cobranças extorsivas para a dispensa de impedimentos canônicos, a própria celebração do casamento era dispendiosa e fora das possibilidades de boa parte da população, em razão das provisões exigidas pelos clérigos, que consistiam formalmente em valores necessários para a investigação do passado dos nubentes, a de evitar o casamento com impedimentos, mas que, em verdade, representavam [o] pró-labore dos religiosos. (XAVIER, 2015, p. 41)

²⁸ O termo *concubinato* irá, historicamente, fazer referência às relações não matrimoniais. Após a Constituição de 1988, juridicamente o concubinato puro será reconhecido como União Estável, deixando o termo a ser utilizado para àquelas relações caracterizadas pela infidelidade (RODRIGUES, 2007).

²⁹ Curiosamente, outros países, como a Inglaterra, não levavam em consideração este requisito. Em razão da tradição consuetudinária, o casamento de fato era presumido pela convivência e reconhecimento da sociedade local, tendo os mesmos efeitos (THERBORN apud XAVIER, 2015).

Pimentel (2005) também argumenta, nesse sentido, indicando o quanto era dispendioso e difícil realizar o matrimônio no Brasil Colônia. O alto custo de vida, decorrente da economia rudimentar baseada na agricultura, impossibilitava uma produtividade suficiente para o sustento geral da família. Somado a isso, as dificuldades de transporte, faziam que com distâncias longas fossem verdadeiros óbices para a celebração do matrimônio religioso. O casamento representava, comumente, uma relação homogênea, segmentada por classes. Nesse sentido, o autor afirma:

Era também um empecilho a concepção social baseada em estamentos, que não admitia relacionamentos heterogêneos, ou seja, de pessoas de condição, etnia e idade muito diferentes. O casamento almejado deveria ser realizado “entre iguais”, e boa parte da documentação sobre o casamento e as relações ilícitas refletem esse princípio da “igualdade”. (p. 56, grifos no original)

Carbonier (apud XAVIER, 2015), demonstrando essa variedade, elenca sete tipos de *uniões livres* na sociedade moderna:

a) união livre ideológica, de feitura anarquista ou esquerdista, oriunda da concepção de que tanto o casamento civil como o religioso representam intromissão indevida da autoridade na esfera sagrada do indivíduo; b) união livre devida à pobreza dos participantes, pertencentes ao subproletariado; c) união livre de facilidade (por permitir ruptura mais rápida do que o divórcio); d) união livre de aristocracia, devida à desigualdade de posição social ou de educação; e) união livre pré-nupcial, como experiência de jovens, que a regularizarão ao aproximar-se o primeiro filho; f) união livre por razões familiares (oposição de parentes, temerosos de serem diminuídos, por um recasamento, os direitos dos filhos do leito anterior); g) concubinato rural, de causas complexas. (p. 39)³⁰

Assim, as uniões livres representavam diferentes situações que tornavam a união de pessoas sem casamento um fato social comum, tolerado pela comunidade (NADER, 2016; GONZÁLEZ & LOPES, 2010). Coltro (1999) chega a defender que o concubinato é consequência da distorção finalística do matrimônio (econômicas, políticas e sociais), que era utilizado com objetivos outros que não a união entre duas pessoas que se amavam.

Quanto à utilização da expressão *concubinato* como sinônimo de *união livre*^{31,32}, ao que parece, a doutrina tratou até o advento da União Estável na Constituição de 1988, ambos como sinônimos. Como nos ensina Errazuriz (apud GONÇALVES, 2012a):

³⁰ Coltro (1999) acrescenta outras ideias a Carbonier: por opção subjetiva de vida; consequência da situação social e condições econômicas—circunstâncias psicológicas de ordem familiar; necessidade de passar pela experiência do casamento; necessidade de mudar a sociedade; modelo familiar em que a desarmonia entre os pais acaba por conduzir os filhos à união de fato; hesitação em assumir casamento formal, após decepção anterior etc.

³¹ Com a inovação União Estável inserido na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça (REsp 196-RS), a expressão “concubinato” passou a ser utilizada para designar o

A expressão concubinato, que em linguagem corrente é sinônima de união livre, à margem da lei e da moral, tem no campo jurídico mais amplo conteúdo. Para os efeitos legais, não apenas são concubinos os que mantêm vida marital sem serem casados, senão também os que contraíram matrimônio não reconhecido legalmente, por mais respeitável que seja perante a consciência dos contraentes, como sucede com o casamento religioso; os que celebrarem validamente no estrangeiro um matrimônio não reconhecido pelas leis pátrias; e ainda os que vivem sob um casamento posteriormente declarado nulo e que não reunia as condições para ser putativo. Os problemas do concubinato incidem, por conseguinte, em inúmeras situações, o que contribui para revesti-los da máxima importância. (p. 519)

Azevedo (1995) e Gonçalves (2012a) ensinam que o Direito irá observar o *concubinato* através de duas espécies: puro e impuro. A primeira delas, o *concubinato puro*, é formado pela união duradora entre duas pessoas sem impedimento ao matrimônio. Historicamente, recebeu alguma proteção do Estado e constitui o que se chama de família de fato; a segunda espécie, o *concubinato impuro*, é constituída por uma relação caracterizada pelo adultério infiel (quando um dos partícipes mantém matrimônio) ou desleal (quando da existência de outra união de fato). Esta, por outro lado, não gozou de nenhuma proteção do Estado, sendo vista com repúdio moral.

Xavier (2015) nos explica que as sociedades antigas trataram o tema com suas particularidades. O matrimônio, desde a Antiguidade, será a instituição onde casais se uniram com maior representatividade social. No entanto, a marginalização às relações não-matrimoniais é recente.

Na Antiguidade, estão presentes relatos bíblicos³³ onde homens praticavam extensa poligamia, incluindo esposas e concubinas, *e.g.*. Na Grécia e Roma Antiga, o casamento tinha restrições entre classes sociais e as uniões estáveis livres eram ignoradas pelo Direito, sendo tratadas apenas de maneira indireta. O concubinato puro era permitido desde que não colocasse em risco a integridade legal e religiosa da família.

Entre os povos bárbaros, os gauleses coabitavam com várias mulheres e os celtas destinavam à concubina a mesma consideração da esposa. Os germanos prestigiavam o casamento entre pessoas de mesma classe, repudiando o que se entende atualmente por concubinato impuro. Ainda segundo Xavier (2015), o próprio Cristianismo, nos primórdios da

relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas infiéis - o chamado "concubinato impuro" - e a expressão "companheiro" para uniões estáveis *more uxorio* - antigamente chamando "concubinato puro" (CAMPOS, 2003).

³² O entendimento é de que "a união estável é o nome que o constituinte [de 1988] deu ao concubinato, e não vemos diferença de conteúdo entre as duas expressões" (RODRIGUES, 2007, p. 272).

³³ Salomão a quem se atribui 700 mulheres e 300 concubinas em Livro do Reis, 11:3; outros exemplos: Gênesis, 16:3; Gênesis, 4:11.

Igreja Católica, tolerava relações estáveis informais e não adúlteras, tanto é que, no Concílio de Toledo (397- 400), foi editado o *Cânon XVII*, que proibia a manutenção simultânea de esposa e concubina, mas admitia as duas, desde que não concomitantemente:

Cânon XVII. Que sea privado de la comunión aquel que teniendo ya esposa tuviere también una concubina. (...) Por lo demás, aquel que no tiene esposa y tiene en lugar de esposa una concubina, no sea apartado de la comunión. Confórtese solamente con la unión de una mujer, sea esposa o concubina, como mejor le pluguiere, y el que viviere de otra manera sea expulsado hasta que se arrepienta y regrese mediante la penitencia. (GONZÁLEZ; FLOREZ, 2010, p. 343)

Xavier (2015) e Carvalho Neto (2005), ainda sobre o tema, afirmam que o combate às uniões informais só ocorre depois que a Igreja Católica passou a opor-se às relações sexuais fora do casamento. González e Flores (2010) entendem de maneira parecida e analisam que, até final do Séc. XIV, o tema da sexualidade teria aparecido pouco dentro da Igreja Católica. Visto como algo, em geral, pecaminoso, a denotação negativa das relações sexuais teria sido resguardada apenas da sua inerente função procriativa³⁴. O matrimônio representará a instituição original com essa finalidade. Apesar disso, a Igreja reconhecerá, até essa época, “*con contradicciones, con problemas de definición, con avances y retrocesos, una realidad afectivo-sexual, a prior adúltera, el concubinato*”³⁵ (GONZÁLEZ e FLORES, 2010, p. 343). Isso será resultado do fato de o concubinato ser tratado, por muito tempo, como uma saída natural para aquelas pessoas proibidas, pela lei ou economia, de celebrar matrimônio. Além disso, essa equiparação na percepção católica, à época, entre matrimônio e uniões livres, será resultado de uma oposição, antes de mais nada, ao ato sexual:

La equiparación doctrinal entre matrimonio y concubinato es clara y en su base se encuentra la relegación de los aspectos sexuales a un lejano segundo plano que permite establecer la distinción entre el concubinato, de un lado, y la fornicación o el adulterio, de otro; mientras que en el primer caso prima la consideración de sus aspectos afectivos - la unión de la pareja -, en el segundo pervive su definición pecaminosa. (BRUNDAGE apud GONZÁLEZ e FLORES, 2010, p. 344)³⁶

³⁴ Santo Agostinho chega a afirmar no começo do Séc. V sobre o tema: “La relación sexual en el seno del matrimonio con fines procreativos no es pecaminosa. Cuando tiene lugar con el fin de satisfacer el deseo sexual, pero siempre con el propio cónyuge, porque existe la fidelidad conyugal, es un pecado venial. Sin embargo, el adulterio o la fornicación es un pecado mortal. Por esta razón, la abstinencia de toda unión sexual es mejor que la relación sexual matrimonial realizada con fines procreativos” (McCarthy apud González & Flores, 2010, p. 343).

³⁵ Tradução livre: “com contradições, com problemas de definição, com avanços e retrocessos, uma realidade afetivo-sexual, a priori um adúltero, o concubinato”.

³⁶ Tradução livre: “A equiparação doutrinária entre o casamento e o concubinato é clara e, na sua base, se encontra o rebaixamento dos aspectos sexuais a um distante segundo plano que permite estabelecer a distinção entre o concubinato, por um lado, e a fornicação ou o adultério, de outro; enquanto que no primeiro caso prevalece a consideração de seus aspectos afetivos - a união do casal -, no segundo, sobressai a sua definição pecaminosa”.

Para González e Flores (2010) essa concepção começa a mudar a partir do Séc. IX, com a Doutrina de Hincmaro, Arcebispo de Rems, que irá assentar as bases eclesíásticas que definirão o matrimônio religioso moderno: “consentimiento mutuo, publicidad y, de modo novedoso, la consumación, llevando así, al primer término de la relación conyugal, su aspecto sexual. Matrimonio y concubinato inician entonces su camino de separación (...)” (p. 344)³⁷.

Quanto à aparente controvérsia entre os limites impostos à sexualidade e o novo requisito sexual para a consumação do casamento, Pimentel (2005) explica:

Aceito o casamento, restava aos teólogos vigiar e ordenar o leito conjugal. Construíram para isso um sistema baseado na função procriadora do ato sexual, que impunha a relação carnal como algo obrigatório no casamento, sem a qual ele não teria sentido nem validade; que condenava todo e qualquer ardor na relação entre os cônjuges, quase sempre entendido como excesso, às vezes como prática antinatural, e que classificava minuciosamente os atos permitidos ou proibidos. (...) o casamento como remédio contra a concupiscência, como instrumento de disciplinarização do corpo, pois o ideal de castidade que deveria ser buscado por todos só era alcançado por alguns, restando aos demais apenas uma saída honrosa. (...) O controle da sexualidade feito pela Igreja transformava em crime as relações sexuais que não se inserissem nos preceitos cristãos e que não se voltassem para a procriação. O casamento, considerado disciplina dos instintos sexuais, sofria também uma série de restrições e regulamentações impostas gradualmente pela Igreja. (p. 26-28)

Esse processo culmina com o Concílio de Trento³⁸ que irá condenar definitivamente qualquer relação sexual fora do casamento. Xavier (2015), sobre esse assunto, cita as graves penas contra o concubinato, puro e impuro, introduzidas na “Seção XXIV do Concílio de Trento, de 11 de novembro de 1563”:

(...) grave pecado é aquele que os solteiros tenham concubinas, porém é muito mais grave aquele cometido em notável desprezo deste grande sacramento do Matrimônio, pelos casados vivam também neste estado de condenação e, se atrevam a manter e conservar as concubinas, muitas vezes em sua própria casa, e juntamente com sua própria mulher. Este Santo Concílio para concorrer com remédios oportunos a tão grave mal, estabelece que se fulmine com excomunhão contra semelhantes pecadores, tanto casados como solteiros, de qualquer estado, dignidade ou condição que sejam, sempre depois de advertidos pelo Ordinário por três vezes sobre esta culpa e não se desfizerem das concubinas, e não se apartarem de sua comunicação, sem que possam ser absolvidos da excomunhão até que efetivamente

³⁷ Tradução livre: “consentimiento mútuo, publicidade e, de uma forma inovadora, a consumação, levando, portanto, ao primeiro termo da relação conjugal, seu aspecto sexual. Matrimônio e concubinato começam então seu caminho de separação (...)”.

³⁸ O Concílio de Trento também foi um momento de grande relevância pra o final da Idade Média, especialmente depois da Reforma. À época, existia um conflito entre tribunais civis e religiosos quanto aos aspectos patrimoniais e pessoais do Direito de família. Como reação, a Igreja, através do Concílio, reafirmou de forma veemente a competência exclusiva da Igreja e das suas autoridades eclesíásticas acerca de todas as questões que envolviam o matrimônio, a celebração e a declaração de nulidade. Ainda, o sacerdote era considerado testemunha necessária, com a obrigação de manter registro de casamento, documento este pelo qual se fazia a prova do casamento. A influência do Concílio será sentido de maneiras diferentes ao redor dos países. Portugal, com grande vinculação ao catolicismo dará máxima importância para a evolução do seu Direito de Família. Já outros países, como a França, não viram uma influência expressa sem seu ordenamento (ALMEIDA, 2013).

obedeçam à correção que lhes tenha sido dada. E se, depreciando as censuras permanecerem um ano em concubinato, proceda o Ordinário contra eles severamente, segundo a qualidade de seu delito. As mulheres, casadas ou solteiras, que vivam publicamente com adúlteros, se admoestadas por três vezes não obedecerem, serão castigadas por ofício dos Ordinários dos lugares ou da diocese, se assim parecer conveniente aos Ordinários, invocando, se for necessário, o braço secular da lei, ficando em todo seu vigor todas as demais penas impostas aos adúlteros. (p. 35)

Conclui a autora que “embora [o concubinato] não produzisse efeitos no direito clássico, (...) passou a ser execrado no direito pós-clássico que, por influência do cristianismo, combatia-o em favor da família legítima (formada pelo casamento)” (XAVIER, 2015, p. 32). Não se combaterá meramente o adultério, mas aquelas relações informais não celebradas pelo matrimônio religioso.

Ainda assim, apesar de toda a estrutura legal e moral para o casamento figurar como opção obrigatória para aqueles que quisessem casar (e cumprissem os requisitos legais) ou usufruir da sua sexualidade sem cair em pecado, as relações consideradas “ilícitas” continuaram existindo durante a história (PIMENTEL, 2005).

Xavier (2015) enumera os motivos de ordem econômica e social que considera matriz das uniões livres na histórica recente:

a) a secularização da sociedade, com o gradual afastamento social dos costumes e moral cristã; b) a proletarização massiva, em decorrência da revolução industrial, onde grande parte da população mundial se mudou de maneira precária para cidades, sem perspectiva de herdar e sem propriedade, levando-os a ingressar apenas em uniões informais; c) os resquícios coloniais de sociedades escravagistas que proibiram o casamento entre escravos ou não viam com bons olhos uniões interracialis; d) o crescente empobrecimento da população da América Latina, decorrente das guerras de independência e os problemas sócio-econômicos que, combinado a outros fatores, marginalizou parte da população. (p. 37-38)

Nader (2016) inclui a estes motivos a descoberta de métodos contraceptivos que favoreceram as experiências sexuais fora do casamento e a impossibilidade do divórcio até a sua instituição com a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (BRASIL, 1977). Azevedo (1995) vê a vida agitada em centros urbanos como fonte de maiores conflitos conjugais, promovendo uma maior instabilidade nos relacionamentos. Dias (2012) acrescenta ao cenário atual o aumento da tolerância com os relacionamentos informais (o que chama de *famílias plurais*) que ampliaram o fenômeno da união estável e impulsionaram um movimento jurídico-social para a sua aceitação como fonte legítima de entidade familiar. Todos esses fatores contribuíram para a conservação contemporânea e a manutenção das uniões livres não matrimoniais como fato costumeiro, espaço de relacionamento sexual e afetivo.

Recentemente, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em relatório denominado "Censo Demográfico 2010: nupcialidade, fecundidade e migração", demonstra que um terço da população brasileira vive em uniões consensuais não matrimonializadas, com ou sem contrato de convivência. De acordo com os dados divulgados, comparado ao Censo de 2000, reduziram-se os percentuais de pessoas que viviam unidas através do casamento civil e religioso (de 49,4% para 42,9%) e daquelas unidas apenas no religioso (de 4,4% para 3,4%). Ainda, o percentual de casados apenas no civil também diminuiu, mas ligeiramente, passando de 17,5% em 2000 para 17,2% em 2010 (IBGE, 2010).

Em relação às uniões consensuais, foi registrado um aumento em todos os estados, com destaque para as regiões Norte e Nordeste. O percentual de pessoas que vivem em união consensual no Amapá, por exemplo, atingiu 63,5%, o maior do Brasil. Em seguida, estão Roraima (57%) e Pará (55,6%).

Para o IBGE, o aumento deste tipo de união pode estar relacionado aos elevados custos das celebrações tradicionais de casamento. Um indício desse fator pode ser visto quando o parâmetro de análise foi o rendimento. A união consensual é a mais representativa entre as pessoas com renda per capita até meio salário mínimo (48,9%). Nas demais faixas de rendimento, esse tipo de união fica na segunda posição, atrás do casamento civil e religioso.

O estudo do IBGE (2010) aponta ainda que a união consensual é o tipo de casamento mais escolhido entre pessoas até 39 anos. Após 40 anos, a união civil e religiosa é mais frequente. O levantamento mostra também que o estado conjugal é influenciado por convicções religiosas. A união consensual é mais frequente entre pessoas que se declaram como sem religião (59,9%). Entre católicos (37,5%) e evangélicos (26,5%) o número de pessoas que optam por esse tipo de relação estável também é alto, mas perde para o modelo tradicional do casamento civil e religioso: 44,7% e 46%, respectivamente.

Importante ressaltar que, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução nº 175, a qual determina a todos os Cartórios de Títulos e Documentos no território brasileiro a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Em relação a 2013, as uniões civis entre cônjuges do mesmo sexo aumentaram 51,7% (IBGE, 2015).

3.1 União Estável no Direito Brasileiro

Historicamente, o ordenamento jurídico brasileiro foi construído a partir de sua herança portuguesa. Esse, por sua vez, foi permeado, por muito tempo, pelas diretrizes do Direito Canônico e do Direito Romano em Direito de Família (CARVALHO NETO, 2005; SIMÕES, 2007; ANDRÉ, 2014). Esta configuração alcançará o Brasil com as Ordenações do Reino de Portugal, especialmente as Ordenações Filipinas, de 1603 (AZEVEDO, 1995). Junto às regras canônicas, estabelecidas pelo Concílio de Trento e pelas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia³⁹, as Ordenações funcionarão como o primeiro arcabouço legal sobre o matrimônio, à época admitido apenas na modalidade religiosa (ESPINOSA, 2014).

Quanto ao concubinato, em ambas as formas, as Ordenações traziam regras que explicitam a sociedade colonial altamente estratificada da época, onde a Igreja detinha grande poder (XAVIER, 2015). Pouco falavam, além de condenar o relacionamento adúltero, porém estabelecendo penas diversas dependendo da classe e do sexo do infiel. No caso do homem, tratava-se de crime contra honra, passível de morte da mulher adúltera e do amante, porém, no caso inverso, as Ordenações não o viam como uma “deshonra”, estabelecendo diversas ressalvas quanto às punições dependendo da classe social do marido, como penas pecuniárias (PIMENTEL, 2005). Este autor salienta, sobre o tema:

É interessante notar que as multas pagas pelo homem infiel e sua amante não o são à mulher traída. [A traição da mulher é] uma ofensa ao Estado e à religião, pois a honra da mulher é de outra natureza, de acordo com as distinções de gênero que vigoravam à época. Afinal, teria ela uma honra a ser defendida? O homem é ofendido em sua posse, a mulher, em caso de adultério. Mas, o homem adúltero apenas ofende as leis. O adultério cometido contra o homem, portanto, consiste em crime gravíssimo, cabendo como punição a morte; o impetrado contra a mulher deve ser castigado com degredo e penas pecuniárias. (p. 44)

Nestes diplomas legais, é curioso, também, notar as determinações quanto ao concubinato com escravas. Algumas referências nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia colocavam as escravas e o uso sexual delas como bens pessoais do senhorio (PIMENTEL, 2005).

Esses primeiros institutos, em território pátrio, apresentam uma visão elitista e androcêntrica, mantendo somente o casamento religioso, herança canônica, como fonte da

³⁹ As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia serviram como principal legislação eclesiástica no Brasil Colonial. A obra teve origem em um sínodo de 1707 e é considerado um dos mais importantes documentos de cunho religioso dos tempos coloniais (CASIMIRO, 2006).

família. É importante compreender que o casamento, em certa medida, acabou funcionando como um instrumento de poder e elitização da sociedade.

Pimentel (2005) analisa que o casamento funcionará como um mecanismo de controle social, “um instrumento de acomodação da população e de multiplicação do esforço produtivo” (p. 28). Aos indivíduos com *estado de casado* seria reconhecido uma melhor posição social. Campos (2003) concorda, afirmando que, desde os tempos do Brasil Colônia, o casamento funcionará “como um dos meios mais importantes de conservação e acesso a ranks superiores, numa sociedade em que a mobilidade vertical era necessariamente limitada” (p. 20).

Após a independência, a Carta Política de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, não fazia referência a qualquer estrutura familiar⁴⁰ (MALUF, 2010). Ainda assim, o Art. 5º determinava a Igreja Católica Apostólica Romana como a religião do Estado, mantendo a tradição portuguesa, fundada na união religiosa entre homem e mulher.

Somente após a proclamação da República, o casamento civil, de gratuita celebração, será regulamentado, por intermédio do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, de autoria de Coelho Rodrigues⁴¹ (CARVALHO NETO, 2005). A partir de tal data, apenas os casamentos celebrados conforme a legislação serão considerados válidos. Situação que foi ratificada, segundo Azevedo (1995), pela Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, ao estabelecer, em seu Art. 72, §4º, que “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (BRASIL, 1981). Desta forma, este será o único ato capaz de constituir a família legítima. Ainda sim, o casamento só será exaustivamente regulamentado com a promulgação do Código Civil de 1916.

Em termos sucessórios, durante todo o século XIX, o Brasil, ainda sob a vigência das Ordenações Filipinas - apesar de revogadas em Portugal em 1867, estarão vigentes no Brasil até 1916 -, privilegia uma ordem de vocação hereditária que coloca o cônjuge em posição prejudicada: 1º) descendentes; 2º) ascendentes; 3º) colaterais até o 10º grau; 4º) cônjuge; 5º) fisco (CARVALHO NETO, 2005).

⁴⁰ A única menção reportava à Família Real e sua Dotação, no Capítulo III da Carta.

⁴¹ É interessante notar que este Decreto, dentro das comunidades mais religiosas, não tinha legitimidade, visto que acreditavam ser possível o casamento apenas perante a autoridade religiosa. Isso contribuiu, num primeiro momento, para a manutenção de uniões informais no Brasil (XAVIER, 2015).

Esta situação muda, segundo Marques (2000) e Carvalho Neto (2005), com a edição da Lei nº. 1.839, de 31 de dezembro de 1907, também conhecida como *Lei Feliciano Pena*⁴², que inovou a ordem hereditária. O cônjuge, em posição preferencial (3ª classe), foi antecedido aos herdeiros colaterais (passou à 4ª classe).

Em 1916, entrou em vigor o primeiro Código Civil brasileiro que irá apenas reconhecer juridicidade à união matrimonial (NADER, 2016). O Código tratará as uniões não matrimoniais de maneira limitada, ou como sinônimo de relação adúlterina, ou permitindo o reconhecimento de filhos em relações não matrimoniais apenas quando ausentes quaisquer outros impedimentos dirimente absolutos ao casamento dos pais (XAVIER, 2015).

Tavares (1985), sobre a posição do legislador brasileiro no Código Civil de 1916, argumenta:

O legislador brasileiro de 1916, baseado em razões de moralidade familiar, não se mostrou imune à influência do Direito Canônico, jamais condescendendo com o concubinato. Essa influência apresenta-se bem nítida na proibição de doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (artigo 1.177), da nulidade da instituição da concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida (artigo 1.474), na incapacidade testamentária passiva da concubina (artigo 1.719 inciso III, combinado com o artigo 1.720) e na proibição de reconhecimento de filhos adúlterinos (artigo 358). (p. 51)

Nader (2016), sobre o tema, reitera que o Código Civil de 1916 foi elaborado sob um quadro histórico dominado pelo sentimento religioso:

(...) situava o matrimônio como sacramento. Para a moral social, família era sinônimo de casamento. Natural que o Código, refletindo o pensamento predominante, centralizasse os institutos de Direito de Família na figura do casamento. Este (...) era a espinha dorsal e constituía verdadeiro dogma. Dentro desta perspectiva, as construções jurídicas visavam a fortalecer o instituto do casamento, não contemplando as uniões extramatrimoniais. Estas eram absolutamente marginalizadas. Admiti-las seria relativizar a importância do casamento, dando aberturas para a sedimentação de fórmulas alternativas de vida em comum. O plano inferior a que ficavam relegados os filhos adúlterinos era um desdobramento da discriminação. (p. 777)

⁴² Lei nº. 1.839, de 31 de dezembro de 1907: “Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao conjugue sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas; Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente succesivel só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legitima daquelles, observada a ordem legal; Art. 3º O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras especies os bens que constituirem a legitima, prescreva-lhes a incommunicabilidade, attribua á mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporaria ou vitalicia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentaria e, na falta desta, a transferencia dos bens aos herdeiros legitimos, desembaraçados de qualquer onus” (BRASIL, 1907).

Para Dias (2016), o Código Civil de 1916 irá reproduzir na lei o perfil da família “matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual” (p. 208). O Estado irá reconhecer apenas aquelas formas de convivência que tinham o selo de oficialidade e, para a chancela estatal, inúmeras eram as formalidades.

A Constituição de 1934 irá dispor em relação ao casamento, de maneira similar, afirmando que “Art. 144: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado” (BRASIL, 1934). As Constituições de 1934, 1937⁴³, 1946 e 1967 contêm disposições similares respectivamente em seus artigos 144⁴⁴, 124⁴⁵, 163⁴⁶ e 167⁴⁷.

Dias (2016), sobre a codificação do tema, afirma que a ideia de família se centrará, juridicamente, na figura do homem como chefe da sociedade conjugal. Funcionalmente, a família será pensada com a finalidade essencial de conservação do patrimônio e de proliferação da força de trabalho através dos filhos.

A autora explica que a filiação, à época, estará condicionada ao estado civil dos pais, só sendo reconhecida legítima a prole nascida dentro do casamento. Estariam vedados quaisquer direitos às relações nominadas de adulterinas ou concubinárias, independente de suas características distintivas. Os filhos, havidos de relações extramatrimoniais, não receberam acolhida da legislação até metade do Séc. XX. Conclui que o legislador não só deixa de regular as relações extramatrimoniais, como nega com veemência as consequências jurídicas a vínculos afetivos que existiam fora do casamento, alijando qualquer direito à concubina ou filhos fora da estrutura matrimonial. “Em nome da moral e dos bons costumes, a história do direito das famílias é uma história de exclusões”⁴⁸ (p. 71).

⁴³ A Constituição de 1937, período do Estado Novo, trará a primeira menção à igualdade entre filhos naturais e legítimos, no seu Art. 126 (“Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos”), apesar de não disciplinar a matéria (MALUF, 2010).

⁴⁴ Art 144: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado (BRASIL, 1934).

⁴⁵ Art 124: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos (BRASIL, 1937).

⁴⁶ Art 163: A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado (BRASIL, 1946).

⁴⁷ Art 167: A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos (BRASIL, 1967).

⁴⁸ Socialmente, segundo Dias (2016, p. 210), filhos ilegítimos serão alvo de diversas denominações de conteúdo pejorativo e discriminatório. “Assim, filhos ilegítimos, naturais, espúrios, bastardos, nenhum direito possuíam, sendo condenados à invisibilidade”, lhe sendo negados pleitear qualquer reconhecimento.

Os códigos brasileiros, portanto, apesar de não proibirem as uniões livres, deixaram evidente a preferência pela família constituída pelo casamento, em detrimento da família de fato, constituída pela união de pessoas, através de restrições ou omissões a esse modo de convivência (GONÇALVES, 2012b).

Com o gradual afastamento entre Estado e Igreja, combinados com as rápidas mudanças sociais contemporâneas, a sociedade começou a fomentar estruturas mais tolerantes, menos engessadas que a união conjugal nestes termos (DIAS, 2016).

A legislação também evoluiu. Exemplos desses avanços foram a Lei nº. 883, de 21 de outubro de 1949, dispondo sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, e a Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, que concedeu à esposa capacidade plena para exercer os atos da vida civil sem anuência do marido, confrontando a ordem androcêntrica que vigorou desde a colônia portuguesa. Quanto à Lei nº. 883/49, foi a primeira vez que o ordenamento jurídico brasileiro concede tanto ao cônjuge, desde que dissolvida a união conjugal, quanto aos filhos, o direito de propor ação para o reconhecimento da filiação. O filho ilegítimo também poderia ser reconhecido através de testamento cerrado (CARVALHO NETO, 2005).

Outro fato que irá impulsionar mudanças na legislação será o surgimento das então famílias formadas pelos egressos de relacionamentos anteriores que, devido à indissolubilidade do casamento, não poderiam formar novos vínculos afetivos formalmente reconhecidos pelo Estado (NADER, 2016; GONÇALVES, 2012b). As pessoas casadas que rompessem a relação, o faziam pelo desquite⁴⁹, ato que não dissolvia o vínculo matrimonial, deixando os cônjuges numa situação *sui generis* (DIAS, 2016).

Quando do rompimento destas novas uniões, os indivíduos recorriam ao judiciário em busca do que entendiam ser seus direitos patrimoniais. O judiciário viu-se confrontado a lidar com uma família de fato sem determinações legais (DIAS, 2016). O esforço de criação da União Estável será doutrinário e jurisprudencial (TARTUCE, 2016).

Uma das primeiras consequências desta matéria foi a Súmula 380, pelo Supremo Tribunal Federal que, em sessão plenária de 3 de abril de 1964, reconheceu a possibilidade de partilha entre companheiros quanto ao patrimônio adquirido pelo esforço comum:

⁴⁹ O termo desquite foi substituído por Separação Judicial pela Lei 6.515/1977 (Lei do divórcio). Desquite era uma forma de separação do casal e de seus bens materiais, sem romper o vínculo conjugal, o que impedia novos casamentos.

“Comprovada a existência de sociedade de fato⁵⁰ entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

É importante salientar que a Súmula não buscou institucionalizar ou assimilá-las às uniões matrimoniais, porém simplesmente atribuir efeitos obrigacionais às partes, dando uma aparência de negócio (NADER, 2016). Quando ausente patrimônio a ser partilhado ou na ausência de prova de esforço comum, a jurisprudência reconhecia a união como uma relação de trabalho, concedendo à mulher uma indenização por serviços domésticos prestados (DIAS, 2016).

A interpretação da expressão “esforço comum” merece destaque. Gonçalves (2012a) elenca duas correntes na jurisprudência: (1) entendia que a concubina só teria direito à participação no patrimônio se concorresse com seu esforço no trabalho, lado a lado ao companheiro, na atividade lucrativa; (2) mais liberal e favorável à concubina, entendia que a distinção estaria na diferença entre a mera concubina (concubinato impuro) e a companheira com convivência *more uxorio*, mesmo sem ter concorrido no trabalho do esposo.

A segunda interpretação foi uniformizada, quase duas décadas depois, pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 196/RS, de 8 de agosto de 1989, após a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o precedente na Corte Superior e diferenciou a simples concubina da companheira (GONÇALVES, 2012a). As restrições existentes no Código Civil passaram a ser aplicadas apenas aos casos de concubinato adúltero ou impuro (GONÇALVES, 2012a). Segundo as palavras do relator, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no acórdão:

Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõem-se construção jurisprudencial a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com suporte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira afastando a sua incapacidade para receber legado em disposição de última vontade, em exegese restritiva do Art. 1.719, III, Código Civil. (BRASIL, 1989)

Um pouco tempo antes, a crescente e contínua flexibilização das relações interpessoais culminará na Emenda n.º. 9 de 1977⁵¹, popularmente chamada Lei do Divórcio, representando

⁵⁰ O primeiro movimento da jurisprudência em dar juridicidade às uniões conjugais não matrimonializadas será reconhecer a aparência de negócio que une o homem e a mulher não casados em uma união. Através do vínculo e da intenção de associar-se, será notado pela jurisprudência, a presença da *affecto societatis*, estabelecendo uma sociedade de fato para a compreensão da época (RIZZARDO, 2011).

⁵¹ Art. 1º O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 175: (...) § 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos; Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da

o fim do princípio constitucional da indissolubilidade do casamento (NADER, 2016). A emenda, nas palavras de Rodrigues (2007), “embora tardia, representou um grande progresso e veio remediar uma situação de fato de inegável existência e considerável importância” (p. 203).

O termo *desquite*, utilizado da separação de duas pessoas casadas impedidas de contrair novo matrimônio, passou a se chamar separação judicial. Finalmente, as pessoas poderiam deixar de permanecer casadas e constituir novos vínculos reconhecidos pelo Estado (CARVALHO NETO, 2005).

Analisando historicamente a evolução legislativa brasileira, Leite (1993), elenca cinco princípios que vigoraram no Direito de Família brasileiro até a Constituição de 1988:

- a. o da qualificação como legítima da família constituída segundo os parâmetros estabelecidos na legislação civil;
- b. o da categorização dos filhos, com diversidades de estatutos;
- c. o da diferença de estatutos entre o homem e a mulher na sociedade conjugal;
- d. o da indissolubilidade do vínculo matrimonial;
- e. e o da proscrição do concubinato. (p. 96)

A Constituição Federal de 1988 irá inovar o cenário, dando nova feição ao anteriormente chamado concubinato puro que passou a ser incluído dentro do conceito de entidade familiar, não mais constituindo uma simples sociedade de fato, mas uma União Estável⁵² (AZEVEDO, 1995; PARIZATTO, 2002; CARVALHO NETO, 2005). Tratou-se de uma revolução legislativa que modificou o panorama da família, mais abrangente, em antagônica posição ao Direito de Família do Século XX (MALUF, 2010).

Para efeitos de proteção estatal, a Constituição Federal irá determinar no Art. 226, §3, o reconhecimento à União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (NADER, 2016). Segundo a sua exegese:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

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

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

Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda (BRASIL, 1977).

⁵² A expressão *união estável* foi cunhada pela Constituição Federal com o objetivo de afastar quaisquer prejuízos inerentes à associação que se fazia entre o vocábulo concubinato e relações adúlteras (XAVIER, 2015; NADER, 2016).

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

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

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

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

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

A determinação da legislação resulta de uma necessidade social para que o Estado conseguisse atender às diferentes demandas e garantias nas relações familiares extramatrimoniais. Assim, serão reconhecidas como entidades familiares a família formada pela união estável e a família monoparental (Art. 226, §7º) (MARQUES, 2000). As relações homoafetivas, por exemplo, só receberam a tutela estatal após as decisões na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, com a posterior Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (DIAS, 2016).

Ainda sim, o Constituinte eliminou quaisquer resquícios existentes no ordenamento de discriminação contra filhos, não fazendo mais distinção entre aqueles havidos dentro ou fora do casamento, consanguíneos ou adotivos (NADER, 2016).

Extenso debate permeia a interpretação da expressão “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, do §3º do Art. 226, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Parte da doutrina entende que a Constituição não pretendeu igualar a união estável ao casamento. Defendem que, se caberia ao legislador facilitar a conversão, então o casamento continuaria sendo o parâmetro a ser perseguido (NADER, 2016). Outra parte da doutrina dará menos saliência a essa expressão, problematizando até que ponto poderá o legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada o cônjuge e o companheiro - especificamente em matéria sucessória (ANTONINI, 2016). Ao que parece, não existe uma unanimidade na doutrina.

O comando constitucional será disciplinado pelas Leis nº. 8.971, de 29 de dezembro de 1994 (BRASIL, 1994), e 9.278, de 10 de maio de 1996 (BRASIL, 1996). A primeira regulou o direito a alimentos e a sucessão dos companheiros solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos. Estabeleceu a exigência de prova da efetiva união pelo

prazo de cinco anos ou que dela resultassem filhos. A segunda, alterando trechos do texto⁵³, omitiu os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de união ou existência de filhos. Assim, bastaria a comprovação de uma sociedade de fato para a formação do patrimônio em comum (GONÇALVES, 2012b). A lei também firmou a competência para qualquer matéria relativa à união estável da Vara de Família (CARVALHO NETO, 2005).

O Art. 5º da Lei 9.278/96 regulou a meação dos bens adquiridos durante a o tempo de convivência a título oneroso. Considerou estes bens fruto do trabalho e da colaboração em comum, salvo a existência de disposição escrita contrária (GONÇALVES, 2012b). Além disso, ficaram também estabelecidos direitos aos companheiros do usufruto viual e do direito real de habitação⁵⁴. Na falta de descendentes ou ascendentes, ainda, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança. Estavam o cônjuge e o companheiro em condições muito parecidas em termos de direito sucessório (CARVALHO NETO, 2005).

Apesar do explícito avanço quanto à proteção das uniões estáveis, as referidas leis, segundo Gonçalves (2012b) e Xavier (2015), receberam diversas críticas doutrinárias e jurisprudenciais por omissões quanto a matéria e conflitos entre si. Restaram ambas, porém, tacitamente revogadas, em quase sua totalidade (ver ANEXO I), com a inclusão da matéria no Código Civil de 2002.

O Código incorporou e modelou os requisitos da união estável, os seus deveres, o direito a alimentos, os efeitos patrimoniais e sucessórios. O primeiro aspecto a salientar é que as uniões estáveis foram definitivamente incluídas no Direito de Família, em capítulo específico dentro do Livro IV - Do Direito da Família (XAVIER, 2015).

Em termos patrimoniais e de parentesco, o Código Civil tomou uma postura de harmonização da legislação entre companheiros e cônjuges, equiparando ambos de maneira geral, porém em matéria sucessória, tomou uma posição conservadora, estabelecendo

⁵³ Lei nº. 8.971/94: “Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade” (BRASIL, 1994). Lei nº. 9.278, de 10 de maio de 1996: “Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família” (BRASIL, 1996).

⁵⁴ O direito real de habitação trata da garantia em o parceiro continuar residindo no imóvel residencial, que servia de lar para o casal, após a morte do outro componente da sociedade afetiva, independentemente da existência de direito meatório ou sucessório sobre o bem (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

parâmetros diferentes entre casamento e união estável (DIAS, 2016). O tema foi tratado no Art. 1.790⁵⁵, do referido diploma.

Em linhas gerais, ficou a sucessão do companheiro ou companheira limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Tanto a meação, quanto a herança ficam limitados a este período também. Em prejuízo à situação do companheiro, o Código Civil não fez menção ao direito de usufruto vidual ou ao direito real de habitação da legislação pretérita, deixando previsões apenas ao cônjuge (CARVALHO NETO, 2005).

O diploma, como será visto no capítulo seguinte: a) fez distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; b) não beneficiou o companheiro com quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros; c) não incluiu o companheiro entre os herdeiros necessários; e d) limitou ao companheiro só ser chamado para recolher a totalidade da herança na ausência de parentes colaterais (GONÇALVES, 2012b).

Esta ambivalência do legislador em tratamentos diferentes da matéria apresenta-se confusa (XAVIER, 2015; CARVALHO NETO, 2005). Carvalho Neto (2005) observa que, sem dúvidas, não cabe falar em igualdade constitucional entre casamento e união estável. A interpretação da Constituição é clara ao distinguir dois institutos, quando impõe ao legislador facilitar a conversão da união estável em casamento.

No entanto, existe controvérsia quanto à extensão das suas diferenças. Três correntes, segundo o autor, analisam o tema: (a) entende que a Constituição equiparou cônjuge e companheiro em linhas gerais, sendo a distinção sucessória da lei desproporcional e inconstitucional; (b) entende que não houve equiparação constitucional, podendo a lei tanto igualá-los, como tratá-los de maneira diferente, podendo ser injusta, porém não o é inconstitucional; (c) entende que além de não haver equiparação, o companheiro ocupou, historicamente, um segundo plano, não podendo a lei equipará-los.

Nesse sentido, Tartuce (2016) analisa precisamente que União Estável e casamento são duas entidades familiares diferentes, tendo em vista, a partir da leitura do comando

⁵⁵ Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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

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

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

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 2002)

institucional, que categorias iguais não poderiam ser convertidas uma na outra. No entanto, defende que não é possível firmar uma hierarquia entre casamento e união estável, visto que ambas são entidades familiares, por si só suficientes de proteção Constitucional.

Essa situação vem provocando debates nos tribunais estaduais⁵⁶ questionando-se a constitucionalidade do dispositivo do Art. 1.790, do Código Civil de 2002, por afrontar os princípios constitucionais do Art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988 (GONÇALVES, 2012b). As discussões resultaram no questionamento da matéria no Supremo Tribunal Federal que se posicionou sobre o tema no Recurso Extraordinário nº 646.721/RS - o qual será analisado no capítulo seguinte, e no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG.

⁵⁶ *E.g.* Declaração de Constitucionalidade pelo Órgão Especial do TJSP (TJSP, Arg. de Inconstituc. n. 0359133-51.2010.8.26.0000, rel. Cauduro Padin, 14.08.2011); Declaração de constitucionalidade pelo Órgão Especial do TJRS (TJRS, Incidência de Inconstituc. n. 70.055.441.331, Tribunal Pleno, rel. p/ o acórdão Marco Aurélio Heinz, 24.02.2014); Declaração de inconstitucionalidade do inciso III pelo Órgão Especial do TJPR (TJPR, Arg. de Inconstituc. n. 536589, rel. Sérgio Arenhart, 04.12.2009) (ANTONINI, 2016, p. 2053).

4 UNIÃO ESTÁVEL: CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS E REGIME SUCESSÓRIO

A união estável, como instituto jurídico alinhado ao Direito de Família, foi delimitada a partir de situação fática cuja origem remonta ao antigo concubinato na sua forma pura. Tendo como principal característica a informalidade, a Constituição Federal irá inovar a matéria ao chamara esta situação de União Estável (GONÇALVES, 2012b).

Ainda assim, Monteiro (2004) entende que o “conceito generalizado do concubinato [entendido aqui como união estável], também denominado ‘união livre’, tem sido invariavelmente (...), o de vida prolongada, em comum, sob o mesmo teto, com a aparência de casamento” (p.30-31, grifo no original).

Diniz (1990, p. 21), para tanto, ensina-nos que “a união estável é a relação de um casal que vive como marido e mulher⁵⁷ sem o vínculo do matrimônio.” Lourenço Dias (apud XAVIER, 2015, p. 45) traz conceito similar a respeito: “[união estável] é a união livre do homem e da mulher, coabitando-se como cônjuges e na aparência geral de casados, isto é, de marido e mulher”.

Rizzardo (2011) traz uma definição mais completa, estabelecendo o instituto como:

(...) a união entre si do homem e da mulher para a convivência em um mesmo local, no recesso de uma moradia, passando a partilhar das responsabilidades da vida em comum e dos momentos de encontros, um devotando-se ao outro, entregando os corpos para o mútuo prazer ou satisfação. (...) Está diante do que se convencionou denominar união estável, ou união livre, ou estado de casado, ou concubinato, expressões que envolvem a convivência, a participação de esforços, a vida em comum, a recíproca entrega de um para o outro, ou seja, a exclusividade não oficializadas nas relações entre o homem e a mulher. (...) A palavra “união” expressa ligação, convivência, junção, adesão; já o vocábulo “estável” tem o sinônimo de permanente, duradouro, fixo. A expressão corresponde, pois, à ligação permanente do homem com a mulher, desdobrada em dois elementos: a comunhão de vida, envolvendo a comunhão de sentimentos e a comunhão material; e a relação conjugal exclusiva de deveres e direitos inerentes ao casamento. (p. 815, grifo do autor)

No entanto, cabe diferenciar, para uma melhor compreensão do tema, os termos utilizados para as uniões não matrimonializadas: (I) união estável, (II) união livre, (III) concubinato e (IV) sociedade de fato.

⁵⁷ Ainda que, sob forte influência conceitual do instituto precedente e, corroborando com uma visão historicamente discriminatória, a união estável foi, durante muito tempo, calcada a partir do relacionamento heterossexual, sendo que, somente com a recente jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, que houve o necessário avanço da matéria (DIAS, 2001).

A denominação *união estável*, consagrada pelo texto constitucional, representará, segundo Rizzardo (2011), a união de um homem e uma mulher em situação de inexistência de impedimentos para o casamento, apresentando a sociedade com as qualidades de exclusividade, fidelidade, vida em comum, moradia sob o mesmo teto, ostensividade e durabilidade.

Já a expressão *união livre* tem um alcance maior, compreendendo qualquer relacionamento sexual e afetivo de pessoas, sem interessar se estão ou não impedidas de casar. Ou seja, significa o relacionamento extramatrimonial, sem importar quanto à existência de impedimentos para o casamento (RIZZARDO, 2011).

O *concubinato*, a partir do advento da Constituição Federal 1988, dirá respeito apenas às relações adúlteras, ou seja, quando há impedimento para o matrimônio na relação. Esta modalidade encontra-se definida pelo Art. 1.727, do Código Civil de 2002: As relações não eventuais entre homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato (RIZZARDO, 2011).

Por fim, a expressão *sociedade de fato* nasce do reconhecimento do vínculo que une o homem e a mulher em uma união, constituindo o ânimo ou intenção em associar-se, ou a *affecto societatis*. Esta concepção fundamentará os primeiros movimentos da jurisprudência em reconhecer juridicidade às relações não matrimonializadas, que não apresentem impedimentos, tal como já referido na nota de rodapé nº 50, da p.42 desse texto.

Para o estabelecimento da união estável, Tartuce (2016), alinhando-se ao conceito acima, estabelece que os requisitos para a configuração dessa estão dispostos no Art. 1.723 do Código Civil de 2002: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

Tartuce (2016) chama a atenção para as expressões *pública, contínua, duradoura e objetivo de constituição de família*. Como cláusulas abertas e genéricas, afirma existir o que chama de uma cláusula geral na constituição da união estável que demandará aportes jurisprudenciais e doutrinários para sua especificação.

Diniz (1990), por sua vez, indica os seguintes requisitos para o estabelecimento da união estável: 1) continuidade das relações sexuais, aparentando, entre outros aspectos, uma situação de *casados* estável e permanente para fins essenciais à vida social; 2) ausência de matrimônio civil válido entre os parceiros; 3) notoriedade de afeições recíprocas; 4)

honorabilidade e respeito mútuo; 5) fidelidade em comum; 6) coabitação, com ressalva à Súmula 382 do STF.

Gagliano e Pamplona Filho (2011) apresentam igualmente *elementos caracterizadores essenciais e elementos caracterizadores acidentais* da União Estável. Entre os primeiros, estão a *publicidade*, a *continuidade*, a *estabilidade* e o *objetivo de constituição de família*. Como elementos acidentais, destacam o *tempo*, a *prole* e a *coabitação*.

É a confluência destes fatores, explica Nader (2016), que irá transformar a união entre duas pessoas em uma entidade familiar.

A convivência *more uxorio* pressupõe a comunhão de vidas, no sentido material e imaterial. A expressão indica a ideia de que companheiros ou conviventes vivem em situação similar (*more*) à de pessoas casadas (*uxorio*). Deveres de afeto, assistência mútua, atenção e carinho são inerentes à entidade familiar (GONÇALVES, 2012a).

A *affectio maritalis* ou *objetivo de constituir família* é elemento subjetivo essencial para a configuração da união estável. Consiste no ânimo e no firme propósito dos companheiros em constituir uma família. Representa a intenção interna dos parceiros em permanecer em tal união de forma estável, pública e contínua (PARIZATTO, 1995). Estará também fundada na ideia do afeto, no vínculo amoroso nutrido entre os membros de uma mesma família (DIAS, 2016).

Na inexistência desse requisito, a união representará apenas um mero namoro ou noivado, ou seja, uma relação desprovida do objetivo comum em efetivamente constituir uma família (NADER, 2016). Tartuce (2016) explica que a união estável não se confunde com um namoro longo, tido como namoro qualificado. Isso porque, no primeiro caso, a família já existe, enquanto que, no segundo, há um objetivo de família futuro.

Há que se citar, por sua vez, que este elemento encontra dificuldade de prova, visto a sua subjetividade (GONÇALVES, 2012a). Diversamente da relação matrimonial, em que a Certidão de casamento é prova da existência, validade e eficácia do instituto, a união estável existe de imediato a partir do instante em que o casal decide iniciar a convivência, *more uxorio*. Nader (2016) explica que o vínculo afetivo, naturalmente, se forma lentamente, por acontecimentos sucessivos. Se, por exemplo, namorados decidirem firmar uma união estável e a formalizam, mediante instrumento público ou privado a sua vontade, não existirá de imediato a entidade familiar, visto a ausência da *affectio maritalis* (TARTUCE, 2016).

Cahali (1996) resume isso afirmando que:

(...) [a união estável é] um fato no mundo empírico com consequências jurídicas pela sua existência. Concomitante ao fato social, caracteriza-se pela sua existência. No matrimônio, as partes, de início, promovem o registro civil, e a partir daí passam a receber a influência, na sua esfera jurídica, de todo o sistema legal do casamento, extensamente regulamentado, até mesmo quanto à sua celebração. Diverge substancialmente, neste particular, a união estável do casamento, pois os companheiros passam a integrar o instituto não após o cumprimento de formalidades legais para a sua celebração, mas pela sua caracterização diante da conduta dos partícipes, passando, a partir daí, pela postura adotada no relacionamento, a ser atingida a esfera jurídica das partes, entre si e perante a sociedade e o Estado. Enquanto no casamento a constituição é celebrada a priori, na união estável sua caracterização é a posteriori, verificados seus elementos essenciais. (p. 52)

A lei não exige tempo mínimo para a sua constituição, devendo ser cada caso analisado. O Anteprojeto do Código Civil de 2002 exigia a coabitação e convivência pelo prazo mínimo de cinco anos. Essa regra também constava da revogada Lei nº 8.927/1994 (TARTUCE, 2016).

O texto final do Código, em sintonia com a situação fática que baliza a existência da união estável, não consagrou esse requisito temporal, não exigindo prazo mínimo para a configuração da União Estável. Esse afastamento doutrinário e jurisprudencial compreendeu que a comunhão de vida poderia se tornar realidade antes de um tempo definido (NADER, 2016).

Em crítica ao texto, Veloso (2002) afirma que a coabitação "é elemento essencial para essa análoga aparência ao casamento, sendo o fator de demonstração inequívoca da constituição de uma família" (p. 115). Tartuce (2016) salienta que esta é uma das diferenças entre união estável e casamento, em vista de que nesse a convivência é expressamente exigida (Art. 1.556/CC02)⁵⁸.

Ainda assim, a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal determina que "a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato"⁵⁹. Gonçalves (2012a) entende que não se pode ignorar a posição de muitos casais em optar por não viver na mesma casa, não sendo isso um impedimento para que constitua uma união estável entre os mesmos.

⁵⁸ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos (BRASIL, 2002).

⁵⁹ A expressão concubinato irá aparecer na doutrina na maior parte das vezes como relação adúltera, no entanto, nesta e em algumas ocasiões, diz respeito ao concubinato puro.

O fato, em si, pode acarretar insegurança, mas não impossibilita que existam casos compreensíveis em que, conquanto os companheiros não convivam sob o mesmo teto - por motivo justificável de necessidade profissional ou contingência familiar -, haja a situação fática constituinte da união estável.

A união estável, diferentemente do casamento, não se estabelece a partir da celebração de um negócio jurídico, a não ser que constituída através de um contrato de convivência. Tal contrato, ademais, tão somente estabelece, entre as partes, a união estável e pactua o regime de bens escolhido, que pode ser diverso daquele previsto no Art. 1.725, CC/2002 (TARTUCE, 2016).

Se, por um lado, o casamento exige um processo de habilitação - com inúmeras formalidades - e tem na certidão de registro a comprovação do vínculo conjugal, por outro, a união estável, independe de qualquer solenidade, inexistindo documento análogo que prove a sua existência. Ela decorre do mundo dos fatos, sendo provada por inúmeros meios, notadamente pela prova de convívio ou através de contrato de convivência (NADER, 2016).

A união estável, como instituto fático que é, pode ser provada por inúmeras outras maneiras, conquanto haja na doutrina quem entende que, na inexistência de certidão oficial, haverá uma maior dificuldade (NADER, 2016).

Os companheiros poderão firmar escritura declarando a existência ou dissolvendo a união estável, independente de homologação judicial. Essa declaração, por sua vez, não faz prova plena, de modo que pode ser afastada judicialmente ou até mesmo pelos ex-companheiros sem a necessidade de qualquer formalidade (GONÇALVES, 2012b).

Para surtir efeitos *erga omnes*, e não somente entre as partes, pode ser exigida a propositura de ação declaratória de reconhecimento de união estável. A escritura pública declaratória de união estável, por sua vez, é mais um meio de prova, de modo que pode ser rechaçada ou até mesmo afastada por mera declaração verbal das partes.

Quanto à diversidade de sexos, na esteira do Art. 226, §3º, da Constituição Federal de 1988, o Código Civil faz menção expressa quanto a diversidade como requisito fundamental para a configuração da união estável.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em julgado de 11 de maio de 2011, estabeleceu um novo paradigma. Para tanto, fixou interpretação, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, no sentido de excluir qualquer significado do Art.

1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com fundamento na vedação de qualquer discriminação em virtude de sexo, raça ou cor (BRASIL, 2011).

Segundo Cardoso (2017), estes julgados reconheceram juridicamente a pluralidade da formação familiar. A interpretação consolidada uniformizou a possibilidade de tratamento igualitário entre uniões homoafetivas e heteroafetivas, admitindo, ainda, que o rol do Art. 226 não é taxativo, permitindo o reconhecimento de outras formas familiares que não somente aquelas previstas na Constituição.

Em ambos julgados, foram destacados os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e do livre desenvolvimento da personalidade (CARDOSO, 2017). Sendo assim, os direitos e deveres decorrentes união estável, inclusive no tocante aos efeitos sucessórios, devem abranger a relação homoafetiva, sem qualquer distinção.

Quanto à notoriedade, o Art. 1.723 exige que a união consistente em entidade familiar, a convivência, além de contínua e duradoura, deverá ser “pública”. Uma relação que ocorra em segredo, desconhecida do meio social, não apresentará a fachada de como casados fossem (*more uxorio*). A ideia é de que ambos devem ser conhecidos em seu meios sociais e comunidade. Por contínua e duradoura, o legislador determinou necessário que a união ocorra sem repetidas interrupções, podendo-se apurar a estabilidade familiar (GONÇALVES, 2012a). Segundo Nader (2016), “é necessário um processo contínuo de interação, um permanente estar com o outro” (p. 790).

Gama (1998) ensina:

De acordo com a própria previsão constitucional, a união extramatrimonial formada para fins de sua caracterização como companheirismo deve ser estável, ou seja, duradoura, não podendo se revestir de característica de instabilidade; enfim, não pode ser efêmera, passageira, formada a título experimental. Dentro do contexto da estabilidade, deve ser uma união sólida, constituída em bases sedimentadas, não formadas pela simples atração sexual ou desejo instintivo. (p. 130)

Outra característica relevante à união estável é a ausência de impedimentos matrimoniais dos companheiros. O § 1º, do Art. 1.723, do vigente Código Civil, determina a sujeição de ambos os companheiros aos impedimentos do Art. 1.521⁶⁰, não se constituindo óbice o caso da pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente⁶¹ (NADER, 2016).

⁶⁰ Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o

A prole não será um elemento essencial para que o relacionamento entre duas pessoas seja considerado uma entidade familiar (TARTUCE, 2016). Por outro lado, apesar de não estar expressamente previsto na lei, parte da outra doutrina entende que o dever de fidelidade recíproca inerente ao casamento (Art. 1.566, I, CC/02), deve também ser aplicado à união estável (PARIZATTO, 1995).

Nesse sentido, Rizzardo (1987) observa:

A fidelidade recíproca dá ensejo à preservação da sociedade de fato [união estável]. Não que se configura como condição indispensável, pois nada impede que duas pessoas constituam um patrimônio comum, sem que mantenham a fidelidade. Entretanto, uma vida independente reflete distanciamento no plano pessoal e nos interesses materiais. Se falta o suporte da união íntima, ou do afeto e da confiança de um para com o outro, raramente as relações evoluem para uma realidade mais forte, que é conagração de objetivos comuns. (p. 175)

Sob outra perspectiva, autores como Nader (2016) entendem que as expressões fiel e leal expressam a necessidade de ser sincero com o companheiro, correspondendo à confiança depositada. Tartuce (2016), em linha similar, entende que a união estável, com base no Art. 1.724, exige o dever de lealdade que, pelo senso comum, engloba fidelidade, mas não o é necessariamente, de modo que existe uma maior liberdade na união estável que no casamento.

A união estável traz diferentes efeitos jurídicos para seus partícipes. Todos irão surgir do preenchimento dos requisitos do Art. 1.723⁶² do Código Civil de 2002. Reconhecidos tais atributos, estão unidos companheiros por laços de parentesco ou afetividade especial (RIZZARDO, 2011).

Segundo Nader (2016), os companheiros têm liberdade para dispor sobre os interesses patrimoniais da relação. No entanto, os aspectos pessoais e os deveres inerentes à relação são de ordem pública. O Art. 1.724, em símile exegese do Art. 2º da Lei. 9.278/96⁶³, elenca os

filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (BRASIL, 2002).

⁶¹ “Não se pode negar o acerto da orientação doutrinária e jurisprudencial admitindo a caracterização de união estável mesmo se um ou ambos forem casados, desde que separados de fato. Efetivamente, a separação de fato põe termo ao regime de bens e aos deveres do casamento, dentre eles coabitação e fidelidade. Em assim sendo, tornam-se os cônjuges separados de fato desimpedidos para constituírem nova família através da união estável” (CAHALI, 1996, p.80-81).

⁶² Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

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

§ 2º As causas suspensivas do Art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável (BRASIL, 2002).

⁶³ Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

deveres dos companheiros: “Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos” (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, Tartuce (2016) afirma que a postura do companheiro deverá respeitar os seguintes deveres: a) Dever de Lealdade; b) Dever de respeito ao companheiro, em sentido genérico⁶⁴; c) Dever de mútua assistência, moral, afetiva, patrimonial, sexual e espiritual; e d) Dever de guarda, sustento e educação dos filhos. Rizzardo (2011) apresenta semelhante lista, afirmando que a violação de qualquer um destes determina uma proteção do Estado, mediante ações competentes (alimentos - Art. 1.694/CC02⁶⁵, partilha do patrimônio, dissolução da união, separação dos corpos).

Gonçalves (2012b) ensina que a união estável difere do casamento, sobretudo, pela liberdade inerente do companheiro em descumprir os deveres deste. A união estável pode ser rompida a qualquer instante, seja qual for o tempo da sua duração, bastando o mero consenso dos interessados. No casamento, por outro lado, implicam diversas formalidades.

Vistas as características e requisitos da união estável, com similitudes e diferenças ao casamento, no próximo subcapítulo será estudado, especificamente, o regime sucessório e patrimonial advento do Art. 1.790 do Código Civil de 2002.

4.1 Regime Sucessório da União Estável: Artigos 1.790 do Código Civil de 2002

Em primeiro lugar, antes de adentrar no tema específico do RE 646.721/RS, que trata da inconstitucionalidade do Art. 1.790, cabe esclarecer a diferença entre herança, composto pela universalidade de relações patrimoniais transmitidas, e meação, direito próprio,

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

II - guarda, sustento e educação dos filhos comuns (BRASIL, 2002).

⁶⁴ Segundo Gonçalves (2016), engloba os direitos a personalidade do companheiro, à liberdade, à honra, à intimidade, à dignidade, etc.

⁶⁵ O direito a alimentos é recíproco entre os companheiros conforme o Art. 1.694: Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação (BRASIL, 2002).

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

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

titularizado pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, não objeto da transmissão sucessória, visto que pré-estabelecido pelo regime de bens anterior à morte (VELOSO, 2009).

Meação é a efetivação do direito à metade do patrimônio compartilhado com alguém, compreendendo que o supérstite apenas conserva aquilo que já era seu e que estava em condomínio do casal. Herança diz respeito à sucessão de bens que ocorre com o falecimento de alguém que possui patrimônio. O direito do supérstite em suceder o patrimônio do *de cuius* (VELOSO, 2009).

Em termos patrimoniais, o codex determina que se aplique à união estável o regime da comunhão parcial de bens (CC 1.725⁶⁶). No entanto, é possível a eleição de outro regime mediante contrato de convivência (GONÇALVES, 2012a;) Nesse sentido, na ausência de instrumento próprio firmado entre companheiros, caberá a aplicação do regime da comunhão parcial de bens, limitando-se o direito patrimonial aos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, permanecendo como bens particulares de cada qual os adquiridos anteriormente e os sub-rogados, bem como os adquiridos durante a convivência a título gratuito, por doação ou herança.

O acervo construído durante a vida em comum - excluídos aqueles bens obtidos a título gratuito ou particulares - é de titularidade de ambos os companheiros (DIAS, 2013). Assim, o acervo hereditário na união estável, segundo Rizzardo (2013) e Gonçalves (2012a), está limitado pelo disposto no *caput* do Art. 1.790, que restringe explicitamente o direito à sucessão do companheiro quanto aos bens adquiridos onerosamente, ficando de fora aqueles recebidos gratuitamente.

Aplicam-se à união estável o disposto no Cap. II, Do Regime de Comunhão Parcial, especificamente os Arts. 1.659⁶⁷, 1.660⁶⁸ e 1.661⁶⁹, do Código Civil de 2002 (GONÇALVES,

⁶⁶Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens (BRASIL, 2002).

⁶⁷ Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

⁶⁸ Art. 1.660. Entram na comunhão: I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

2012a). Antes, a disciplina legal constava no regramento no Art. 3º da Lei nº 8.971, de 1994, que determinava: “Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens”.

O atual sistema, especificamente quanto à meação, trouxe um avanço ao garantir o direito patrimonial do companheiro à mesma meação do regime de comunhão de bens, não mais deixando os limites do tema a uma questão interpretativa. Tartuce (2016) observa que a legislação anterior deixava à prova de eventual esforço comum critério subjetivo, algo que o Código Civil de 2002 encerrou.

Rizzardo (2013) salienta, por fim, que o companheiro não estará imediatamente habilitado no inventário, salvaguardando a meação ao patrimônio construído durante a união, devendo antes ser declarada e reconhecida a união estável através de instrumento público ou particular. Segundo Dias (2013), esse fato é uma omissão injustificada da lei em não reconhecer a união estável como um *estado civil*. Esta autora critica que não se poderia afirmar que há, na união estável, algum regime próprio de bens que o acolham, o que haveria são regras patrimoniais idênticas às do regime de bens vigente.

Em termos sucessórios, o texto normativo do Código Civil de 2002 ensejou longas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a constitucionalidade do regime proposto ao companheiro. Segundo Tartuce (2016), as críticas ao Código Civil, quanto ao sistema sucessório proposto, se centraram em dois temas: I) a introdução de um *sistema de concorrência sucessória*, colocando cônjuge e companheiro em concorrência sucessória à descendentes, ascendentes e colaterais; e II) o *tratamento sucessório diferente da legislação à cônjuges e companheiros*, culminando em diversas arguições de inconstitucionalidade nos Tribunais estaduais brasileiros.

Primeiramente, o referido diploma determinou, no Art. 1.845, que “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. Logo, colaterais e companheiros serão considerados herdeiros facultativos, podendo ser excluídos da sucessão por meio de disposição testamentária da simples vontade do *de cuius* (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Os herdeiros necessários têm, a seu favor, a proteção da herança legítima, aquela que decorre da lei enunciando a ordem de vocação hereditária, dada por presumida a vontade do autor da herança (NADER, 2016). Esses não podem ser afastados pela vontade do falecido

⁶⁹ Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

através de testamento e irão suceder necessariamente os bens do *de cuius*, conforme o Art. 1.846 do Código Civil, determina: “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a *legítima*”. A outra metade poderá ser disposta livremente. Não existindo ascendente, descendente ou cônjuge, pode o testador dispor livremente da totalidade do patrimônio, independente da presença de companheiro (NADER, 2016).

Os facultativos, dentre os quais incluem-se os companheiros, não têm esta proteção, podendo ser preteridos por força de testamento, conforme o Art. 1.850, do Código Civil 2002⁷⁰. O companheiro, assim, não goza do mesmo privilégio do cônjuge, como não é herdeiro legítimo. Na união estável, o testamentário falecido pode dispor de todo o seu patrimônio, não reservando parte alguma ao companheiro (GONÇALVES, 2012b).

A nova vocação hereditária, segundo as palavras de Tartuce (2016), inovou de maneira confusa a ordem relativa à sucessão legítima e à sucessão do companheiro. Antes da promulgação do código, a ordem prevista no Art. 1.603⁷¹ do CC/1916 e nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, previa, sem maiores complicações, o cônjuge sobrevivente na terceira classe preferencial e o companheiro em situação análoga, garantido a este último o direito a totalidade da herança na ausência de descendentes e de ascendentes⁷².

Com o Código Civil de 2002, a sucessão legítima do cônjuge supérstite passou a ser determinada no Art. 1.829:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002)

⁷⁰ Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

⁷¹ Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - Aos descendentes.

II - Aos ascendentes.

III - Ao cônjuge sobrevivente.

IV - Aos colaterais.

V - Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União.

⁷² Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: (...) III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Já a sucessão do companheiro passou a ser exclusivamente tratada conforme o critério do Art. 1.790:

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

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

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

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

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 2002)

Cabe observar que o Art. 1.829 coloca o cônjuge em posição privilegiada quanto a todos os parentes (incisos II, III e IV), menos quanto aos descendentes (inciso I), na ocasião de um regime de comunhão universal, no regime de separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Nestes casos, o cônjuge terá direito apenas a sua meação, não tendo direito sucessório sobre o restante do patrimônio.

Quanto ao tratamento sucessório do companheiro, a lei determinou, através do Art. 1.790, a concorrência com todos os parentes em partes desiguais, em clara discrepância ao tratamento do Art. 1.829 (TARTUCE, 2016). Dias (2016) resume que o companheiro passou a concorrer e receber: (1) quanto aos filhos em comum, uma quota equivalente à por lei atribuída; (2) quanto a descendentes exclusivos, à metade do que couber-lhes; (3) quanto a outros parentes sucessíveis, como ascendentes, irmãos, sobrinhos, tios e primos, um terço daqueles bens que lhe concorrer; e (4) na ausência de parentes suscetíveis, à totalidade da herança (ver ANEXO II). Ou seja, o companheiro terá que concorrer em posição desvantajosa até os familiares colaterais de quarto grau do falecido (GONÇALVES, 2012b). Segundo Dias (2013), este tratamento que coloca o companheiro em último lugar na ordem de vocação hereditária, depois de irmãos, tios, sobrinhos e primos, configura injustificável retrocesso e gera discriminação entre casamento e união estável.

No caso da concorrência de companheiros com descendentes, a maneira como a lei tratou o tema, segundo Tartuce (2016), representa uma incoerência, sendo inconstitucional. Curiosamente, o inciso I, do Art. 1.790, apresenta inconstitucionalidade por trazer interpretação mais favorável ao companheiro em comparação ao cônjuge. O fato se dá, a partir da leitura dos dispositivos, quando o cônjuge, casado em comunhão universal,

separação obrigatória ou comunhão parcial, tem direito apenas à sua meação sobre o patrimônio comum e não tem direito sucessório sobre o restante dos bens.

Em contraposição, o Código prevê no caso das uniões estáveis, a meação dos companheiros quanto aos bens adquiridos a título oneroso (conforme o tratamento do regime da comunhão parcial de bens), mais a concorrência com os descendentes nos aquestos que sobraram. Ou seja, o companheiro, terá direito à meação do patrimônio obtido a título oneroso durante a vigência da união estável, concorrendo com os parentes no restante do patrimônio excluídos aqueles a título gratuito, os quais os companheiros não tem direito (RIZZARDO, 2013; GONÇALVES, 2012b).

Gonçalves (2012b) conclui que a aplicação literal dos Art.s 1.790, I, e 1.829, I, trará tratamento legal mais favorável ao companheiro em detrimento ao cônjuge, padecendo, neste aspecto, de inconstitucionalidade pelo tratamento discrepante (não necessariamente em valores econômicos, visto que o companheiro estará limitado aos aquestos e o cônjuge recebe a meação sobre um patrimônio maior) entre duas entidades familiares. Este autor compartilha a visão de que inexistente diferença na forma de constituição das famílias formadas pela união estável e pelo casamento, pois ambas são idênticas nos vínculos de afeto e dignidade. Elucida seu argumento com interessante exemplo:

Suponha-se, por exemplo, casal com vasto patrimônio adquirido onerosamente durante a convivência, sem bens anteriores, vindo a falecer o homem. Casados pelo regime de comunhão universal de bens ou pelo regime de comunhão parcial, a viúva nada herdará, porque já protegida pela meação sobre todo o patrimônio. Ao passo que, aplicado literalmente o Art 1.790, se vivessem em união estável, sem pacto escrito, a companheiro teria a meação (assegurada pelo Art. 1.725, uma vez que o regime seria o da comunhão parcial de bens) [do patrimônio adquirido a título oneroso] e mais uma cota hereditária. (...) [Ainda,] O inciso I [do Art. 1.790] prevê que o companheiro, se concorre com os filhos comuns, herda uma cota equivalente à dos filhos. Se são cinco os filhos comuns, por exemplo, o companheiro terá direito a uma cota igual, o que acarretará a divisão da herança em seis, atribuindo-se, assim, cotas iguais aos filhos e ao companheiro. (...) O companheiro, nesse exemplo, traria tratamento melhor do que o cônjuge, o que fere a Constituição. (TARTUCE, 2016, p. 2055)

Na sequência, o inciso II, segundo Tartuce (2016), traz um equívoco na sua redação uma vez que fala em filhos no primeiro inciso e descendentes no segundo. Na esteira da melhor doutrina, argumenta que é forçoso concluir que o inc. I também incide nos casos onde estão presentes outros descendentes dos falecidos, visto o tratamento isonômico constitucional entre filhos. Rizzardo (2013), nessa esteira, argumenta que a lei ao só atribuir ao companheiro metade do que couber a cada um dos descendentes da herança, o coloca em posição prejudicada. Nesse sentido, cita-se o Enunciado nº 226 do CJF/STF, da *III Jornada de*

Direito que determinou a não aplicação o inciso II, Art. 1.790: “Aplica-se o inc. I do Art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns” (ver APÊNDICE I).

No inciso III, o companheiro concorre com outros parentes sucessíveis, leiam-se ascendentes e colaterais até quarto grau, estando, comparando ao cônjuge, em posição desvantajosa, visto que este ocupa posição preferencial a todos estes parentes⁷³. Essa situação agrava-se sob fato de que o companheiro só receberá a totalidade da herança, conforme o inciso IV, na ausência de nenhum parente, descendente, ascendente ou até mesmo colateral até o quarto grau. Se houver colateral, concorre sucessoriamente apenas na terceira parte do que a eles couber (GONÇALVES, 2012a).

Rizzardo (2013) e Dias (2013) argumentam que é incompreensível a diferença de tratamento quanto a este ponto. Afirmam tratar-se de uma clara discriminação frente ao casamento, sempre mais privilegiado pelo legislador. Imaginando os vínculos afetivos cultivados do *de cujus* em relação a parentescos longínquos, essa situação parece desproporcional.

Cabe ressaltar que nestes casos, na ausência de quaisquer parentes e tendo o companheiro falecido deixado apenas bens recebidos a título gratuito, não necessariamente serão os bens destinados ao Estado. Conforme o Art. 1.844 do CC: “Não sobrevivendo cônjuge, ou *companheiro*, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal” (TARTUCE, 2016, p. 1539). Os bens adquiridos a título oneroso serão destinados aos demais parentes, na ordem estabelecida pelo Art. 1.790 (RIZZARDO, 2013).

Quanto ao direito do companheiro sobrevivente ao usufruto viual e ao direito real de habitação, previstos pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, o legislador ignorou, por completo, a possibilidade de regulamentar a matéria no Código Civil de 2002 (CARDOSO, 2017).

Antonini (2016), em linha similar, argumenta que o atual Código Civil revogou o sistema implantado pelas Leis 8.971/94 de 1994 e 9.278 de 1996, estabelecendo, anacronicamente, a concorrência sucessória dos companheiros com os colaterais até o quarto grau. Assim, o direito dos companheiros estará limitado tanto a onerosidade e vigência,

⁷³ A Lei 8.971/94 havia igualado o companheiro ao cônjuge sobrevivente na ordem de vocação hereditária, colocando aquele ao lado deste na terceira classe preferencial (GONÇALVES, 2012a).

quanto à concorrência com descendentes, ascendentes e colaterais, limitando desproporcionalmente o direito à sua herança.

Frente a tudo isso, adotando uma posição francamente liberal, fundada no Princípio da Isonomia - veda ao legislador preferências ou diferenciações - e no Princípio do Retrocesso Social - em vista do regime disposto nas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 - Dias (2013) afirma que o Código Civil, ao tratar do direito sucessório na união estável, ao menos em cinco aspectos, trouxe inegável prejuízo ao companheiro sobrevivente: a) não o reconheceu como herdeiro necessário, somente como herdeiro legítimo; b) não lhe assegurou quota mínima; c) o inseriu no quarto lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos colaterais; d) limitou o direito concorrente aos bens adquiridos onerosamente durante a união; e) não lhe conferiu direito real de habitação; e f) só destinou a totalidade da herança se não existir herdeiro algum. Sua doutrina, entende que a legislação infraconstitucional que regulava a união estável, antes do advento do Código Civil, deferia tratamento igual em matéria sucessória a cônjuges e companheiros, dando proteções diferentes à igualmente entidades familiares.

Este retrocesso, segundo Cardoso (2017), pode ser identificado ainda na fase do projeto da codificação e havia sido alvo severas críticas, como apontado por Luiz Edson Fachin e Carlos Pianoviski, em parecer sobre o projeto de Código:

A união estável é, pois, família, que, como tal, não constitui, necessariamente, a entidade meio para o casamento, *per se*, não raro uma opção dos conviventes. Essa opção, todavia, por força do Art. 226, § 8º, da Constituição Federal – em que se atribui ao Estado o dever de assegurar assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram – não pode implicar a ausência de direitos por parte dos conviventes – mesmo porque, muitas vezes constitui a única alternativa para a constituição da família, especialmente, entre as camadas menos favorecidas da sociedade. Assim, os direitos constantes da regulamentação oferecida pelo estatuto dos conviventes decorrem de determinação constitucional, não sendo possível sua pura e simples supressão. Entre os direitos previstos na Lei 9.278/96, está o direito real de habitação, na hipótese de falecimento de um dos conviventes. Este direito, conforme Rainer Czaikovski, ‘surge porque a família existiu, e o imóvel foi utilizado como seu abrigo’. Trata-se, pois, de mecanismo de proteção aos membros da família, atendendo aos disposto no Art. 226, §8º, da Constituição Federal. Sua supressão constituiria ofensa à ordem constitucional. Ocorre que o Projeto de Código Civil não prevê esse direito ao companheiro sobrevivente.(...) Tal supressão se mostra, todavia, mais grave, quando se percebe que, na entidade familiar matrimonializada, está previsto o direito real de habitação para o cônjuge sobrevivente, conforme se depreende do Art. 1.831. (p. 5-6)

Assim, sem dúvidas, houve a partir do Código Civil de 2002, um discrepante tratamento entre o cônjuge e o companheiro em matéria sucessória. Em suma, o companheiro restou mais vulnerável e desprotegido patrimonialmente. A concorrência e a limitação da

herança aos aquestos, durante a união estável, limitaram a sucessão patrimonial, privilegiando parentes que não necessariamente cultivem um vínculo afetivo com o *de cujus*.

Este fato poderá agravar a situação, a partir da recente jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal reconhecendo a juridicidade da pluralidade de entidades familiares, não sendo o parágrafo 3º, do Art. 226, da Carta Magna, um rol taxativo. O assunto foi tratado especificamente pelo STF na análise dos Recursos Extraordinários 646.721/RS - o qual será analisado a seguir - e 878.694/MG, que tratou de situação análoga quanto a uma união heteroafetiva, na qual foi declarada a inconstitucionalidade incidental.

5 ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 646.721/RS

5.1 Considerações Iniciais

Analisar a inconstitucionalidade do Art. 1.790 é compreender se há no dispositivo constitucional comando que permita ao legislador infraconstitucional estabelecer parâmetros diferentes para o cônjuge e companheiro em matéria sucessória (ANTONINI, 2016).

Conforme visto, o Código Civil tratou o direito sucessório em relação ao matrimônio e à união estável de maneira significativamente diferente.

Assim, o cônjuge sobrevivente foi alçado à classe de herdeiro necessário, digno à *legítima*, enquanto o companheiro pode ser afastado sucessoriamente por simples manifestação de vontade do falecido. O companheiro, ainda, necessita concorrer com diferentes parentes do falecido, indo até ao quarto grau de parentesco (ANTONINI, 2016).

Anacronicamente, também restou limitado o direito de herança do convivente sobrevivente aos aquestos adquiridos na constância da união estável (na ausência de contrato de convivência) e omitiu-se quanto ao direito real de habitação e ao usufruto vidual por parte do companheiro sobrevivente (ANTONINI, 2016).

Observa-se que o texto normativo estabeleceu a diferenciação entre o tratamento dado ao cônjuge e ao companheiro. Dias (2016) questiona a razão em se privilegiar vínculos biológicos, mesmo que remotos, em detrimento de vínculos formados por amor e afetividade.

Por força desta opção do legislador pátrio, iniciou-se, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, um grande e intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria, polarizando-se a discussão entre aqueles que entendiam possível a diferenciação legal, enquanto outros advogavam no sentido de que a união estável e o casamento seriam institutos idênticos nos vínculos de afeto, solidariedade e respeito.

A primeira corrente reconhecia que a Constituição Federal de 1988 estabelecera a união estável como entidade familiar, mas não a equiparara ao casamento. O legislador infraconstitucional, assim, poderia tratar as entidades familiares de maneira diferente,

principalmente pela ideia de autonomia da vontade dos cidadãos. Existiriam dois regimes a serem escolhidos, sendo o casamento um fim (ANTONINI, 2016).

A razão desse fundamento estaria no texto constitucional do parágrafo 3º, do Art. 226, o qual prevê que a lei deverá facilitar a *conversão* da união estável em casamento. Tal fato deveria ser compreendido como uma preferência histórica da Constituição pela família oriunda do casamento (DIAS, 2016).

Pela segunda corrente, a diferenciação entre os institutos estaria apenas no modo de formação (ANTONINI, 2016). Nesse sentido, o casamento, por se revestir de formalidade e de publicidade ostensivas, há de ser prestigiado pelo Estado como instrumento para a afirmação da personalidade. A razão da Constituição determinar a facilitação da conversão de união estável em casamento seria privilegiar a segurança acerca da disciplina jurídica imediatamente aplicável à relação familiar. O casamento impõe claro e indiscutível regime jurídico aplicável, já a união estável, devido às suas características inerentes, pressupõe um outro arranjo, na medida que invoca gradativamente a proteção do Estado, porém não por isso menor ou menos relevantes (SARLET, 2007).

Segundo Antonini (2016), a Constituição dá preferência ao casamento visto que este confere maior segurança jurídica em termos de prova, do regime de bens e da data da constituição. Apenas nisso, porém, deveria residir a diferença entre as entidades familiares. Tal circunstância, reconhecida pelo constituinte, não autorizaria uma inferiorização dos direitos sucessórios dos companheiros em detrimento dos cônjuges, ainda mais levando em conta os efeitos patrimoniais gerados na vida das pessoas permeadas pelo tema.

É certo que o casamento constitui uma entidade com maior segurança jurídica. Ainda assim, casamento e união estável cultivam vínculos familiares semelhantes, fundados no afeto como essência jurídica da entidade, não havendo fundamento constitucional para esta discrepância (ANTONINI, 2016; DIAS, 2016; HIRONAKA, 2016).

Do ponto de vista jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já havia corroborado parcialmente do segundo entendimento por ocasião da análise da ADI nº 132 e na ADPF nº 4.277. Em tais precedentes, reconheceu-se juridicidade à pluralidade das entidades familiares, salientando como elemento constitutivo e equiparador o vínculo de afetividade entre os conviventes (NADER, 2016), de modo que os efeitos aplicáveis às uniões heteroafetivas foram estendidos às homoafetivas.

Em suma, toda a controvérsia estaria, nas palavras de Rizzardo (2013), entre (I) aqueles que entendem as entidades familiares como *gênero*, enquanto casamento e união estável como *espécies*, onde a distinção se mostraria correta e justa; e (II) aqueles, onde à luz de uma leitura constitucional do texto do Código Civil, entendem que o legislador infraconstitucional não poderia tratar entidades familiares de maneira diferente em matéria sucessória.

Tartuce (2016) faz um apanhado da jurisprudência de diferentes Tribunais de Justiça no Brasil acerca dessa controvérsia e cita os seguintes julgados: (I) A Arguição de Inconstitucionalidade do Art. 1.790 do Órgão Especial do TJSP, que decidiu pela constitucionalidade do artigo e incisos (TJSP, Arg. de Inconstitucionalidade. nº 0359133-51.2010.8.26.0000, rel. Des. Cauduro Padin, j. 14.09.2011); (II) Declaração de constitucionalidade pelo Órgão Especial do TJRS (TJRS, Incidente de Inconstitucionalidade. nº 70.055.441.331, Tribunal Pleno, rel. p/ o acórdão Des. Marco Aurélio Heinz, j. 24.02.2014); (III) Declaração de constitucionalidade do inciso III pela Corte Superior do TJMG (TJMG, Arg. de Inconstitucionalidade. nº 1.0512.06.032213-2/002, rel. Des. Paulo César Dias, j. 09.11.2011); (IV) Declaração de Inconstitucionalidade do inciso III pelo Órgão Especial do TJPR (TJPR, Arguição de Inconstitucionalidade. nº 536589-9/01, rel. Des. Sérgio Arehart, j. 04.12.2009)

Hironaka (IBDFAM, 2016), em entrevista anterior à decisão, as diversas manifestações dos tribunais sobre a matéria representaram um verdadeiro "caos jurisprudencial" (s/p).

O tema polêmico apresenta, portanto, diferentes pontos que, apesar de serem tratados pela maioria da doutrina (ver ANEXO I) de maneira muito próxima, apresenta dissonâncias em sentido inverso. Segundo a autora acima citada, “a decisão da Suprema Corte, quer declarasse a inconstitucionalidade do dispositivo legal em apreço, quer o julgasse válido e, portanto, apto a produzir seus efeitos, estaria lidando com o interesse de toda a coletividade” (s/p).

5.2 Resumo do Recurso Especial 646.721/RS

Passa-se à análise do caso concreto pelo qual o Supremo Tribunal Federal enfrentou, na análise do RE 646.721, a questão da diferença de tratamento dos direitos sucessórios entre

cônjuge e companheiro, declarando a inconstitucionalidade do regime previsto no Art. 1.790 do Código Civil de 2002, devendo ser aplicado o Art. 1.829 em ambos os casos.

A controvérsia de repercussão geral, tratada no RE 646.721, envolveu união estável homoafetiva estabelecida há 40 anos, na qual um dos companheiros faleceu sem deixar testamento. O falecido, que não tinha descendentes, deixou ascendente viva, sua mãe. O Tribunal *a quo*, com fundamento no Art. 1.790, inc. III, do vigente Código Civil, limitou o direito sucessório do companheiro supérstite a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, excluindo-se os bens particulares do falecido, sob os quais determinou que fossem entregues integralmente à mãe, juntamente com os outros dois terços dos bens adquiridos durante a união estável. Se casado fosse - o que à época do falecimento do *de cujus* não era possível -, o companheiro faria jus a 50% da herança se aplicado o regime da comunhão parcial de bens. Conforme a compreensão do Tribunal *a quo*, por sua vez, o direito sucessório do companheiro sobrevivente seria uma parte bem menor.

A problemática foi pontualmente sintetizada pelo Min. Luís Roberto Barroso, no seguinte questionamento: “é legítima a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente de união estável homoafetiva?”.

A constitucionalidade da matéria em questão foi objeto também do Recurso Extraordinário 878.694/MG, cujo início do julgamento se deu anterior ao caso citado, em 31 de agosto de 2016. O Min. Barroso, relator deste, proferiu semelhante voto em ambas. Decidiu-se por analisar, neste trabalho, o Recurso Extraordinário de nº 646.721/RS, por uma questão temporal, o acórdão foi disponibilizado primeiro, e por envolver temática mais abrangente, qual seja, a extensão dos efeitos às uniões homoafetivas.

Para melhor analisar o tema, este subcapítulo apresentar-se-á dividido em duas partes: na primeira, será realizado breve relato dos votos na matéria, ressaltando-se seus trechos mais importantes e fazendo menção aos princípios constitucionais invocados. A segunda parte terá o objetivo de analisar as conclusões do Supremo Tribunal Federal, através do voto do Min. Barroso, a partir dos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família, da noção de afeto enquanto caráter formador da entidade familiar e do papel do Poder Judiciário nos efeitos da relação entre mundo fático e jurídico.

5.2.1 Síntese do voto do Ministro Marco Aurélio Mello

Voto vencido no RE 646.721/RS, o Min. Marco Aurélio apresentou tese corroborando a visão de que o tratamento sucessório dispensado pelo legislador infraconstitucional, no que tange ao tratamento sucessório distinto entre cônjuge e companheiro, não fere a Carta Magna.

Sua linha de raciocínio fundou-se na ideia de que o comando constitucional do parágrafo 3º do Art. 226 da Constituição Federal de 1988 determina que o legislador facilite a conversão da união estável em casamento, mas não os equipare. Entende que se assim o fizesse não teria expressado sua vontade na conversão de um em outro. A união estável poderia ser interpretada, nas palavras do deputado Ricardo Fiúza⁷⁴, citado pelo Min. Marco Aurélio, como um “matrimônio incompleto” (BRASIL, 2017, p. 3 do seu voto).

Afirmara, ademais, que a Constituição Federal teria se limitado a igualá-los como entidades familiares, mas não necessariamente querendo igualá-las como institutos jurídicos. Entender de maneira diferente desrespeitaria a autonomia do casal em optar entre os institutos, elegendo aquele que melhor lhe atendesse (BRASIL, 2017, p. 7 do seu voto).

A partir dessas premissas constitucionais, se o legislador infraconstitucional define, para o bem ou para o mal, tratamento sucessório distinto, isso não afronta a Constituição. Para tanto, cita a própria estrutura sistemática do Código Civil, em que houve vasta disposição legislativa acerca das questões extrapatrimoniais e patrimoniais aplicáveis ao casamento, de modo que: i) o Título II - Do Direito Patrimonial - versa extensamente sobre a relação entre cônjuges; enquanto que ii) os Arts. 1.639 - lícito aos nubentes estipular quanto aos bens; 1.653 a 1.657 - regras referentes ao pacto nupcial; 1.658 a 1.666 - regime da comunhão parcial de bens; 1.667 a 1.671 - regime da comunhão universal de bens; 1.672 a 1.686 - regime de participação final nos aquestos; e 1.687 a 1.688 - regime de separação de bens (BRASIL, 2017, p. 2 do seu voto).

Já a união estável, em número bem menor de artigos, é disciplinada em espaço reservado, no Título III - Da União Estável, do Código Civil. A opção, segundo o Min. Marco Aurélio, pode ser interpretada como uma vontade do legislador infraconstitucional em caracterizá-los como institutos diversos. Especificamente e forma mais reduzida, a união estável fora disciplinada em poucos artigos, dentre eles os Arts. 1.723 - que reconhece a união

⁷⁴ Subemenda de Redação do Relator-Geral nº 56 quando na análise da adição de emenda que resultou no Art. 1.790 do CC/2002.

estável como entidade familiar; 1.724 - versa sobre os deveres recíprocos entre companheiros; 1.725 - determina o regime de comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros; 1.726 - a conversão do casamento mediante pedido dos companheiros ao Juiz e assento no registro civil; e 1.727 - relações eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, que constituem concubinato.

O Código Civil, segundo seu argumento, ao disciplinar especificamente a união estável, diferenciando-a sucessoriamente ao casamento, não confronta algo que a Constituição não limitou ou sequer proibiu. Segundo o voto, há que se reconhecer critérios diferentes, os quais, por si só, não seriam melhores ou piores.

Quanto à discussão da validade de disciplina anterior - Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 - Min. Marco Aurélio afastou o argumento, tendo em vista que a promulgação do atual Código teria tacitamente revogado o texto da matéria (BRASIL, 2017, p. 7 do seu voto).

Um dos pontos importantes em seu voto - e que reflete a diferença entre as teses contrárias - fora aquele que equiparar ambos institutos afrontaria a liberdade e a autonomia do casal em escolher a melhor constituição de núcleo familiar que pretendesse: casamento ou união estável. Para ele, é da esfera individual e pessoal as escolhas de vida que o cidadão toma para o seu relacionamento. Compreender que o Estado deveria regular de maneiras iguais, entidades constitucionalmente diferentes, fere o Princípio Constitucional da Autonomia dos envolvidos na relação e da sua liberdade de escolha, de modo que o Estado correria o risco de ferir o direito à autodeterminação dos cidadãos.

Conclui impossível afirmar uma lacuna legislativa na Carta Maior sobre o tema, entendendo pela possibilidade do legislador em tratar, para fins sucessórios, casamento e união e estável de maneiras diferentes.

Seu voto pela constitucionalidade do Art. 1.790 do Código Civil de 2002, independente da orientação sexual dos companheiros, foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Em breve voto, o eminente ministro acolheu a argumentação do relator, mencionando que seriam institutos diferentes, também, no que tange à formalidade, à invalidação, à eficácia, à dissolução, ao regime patrimonial e sucessório, demonstrado como a Constituição e o ordenamento jurídico, numa interpretação sistemática, não pretendem a equiparação entre ambas (BRASIL, 2017, p. 1-2 do seu voto).

5.2.2 Síntese do voto para acórdão do Ministro Roberto Barroso

O voto do Min. Barroso apresentou o outro lado da controvérsia. Entendeu que o sistema sucessório imposto ao companheiro, através do Art. 1.790 afronta a Constituição. Sua fundamentação divide-se em três partes: (I) delineamento da controvérsia, através da evolução do conceito de família; (II) compatibilidade do regime sucessório do Art. 1.790 quanto à união estável à luz da Constituição Federal; e (III) a resolução do caso concreto, aplicando os dispositivos legais.

Na primeira parte do seu voto, faz uma breve análise da evolução do conceito de família. Segundo a sua opinião, é explícita a influência religiosa e a associação do casamento como modo de preservação do patrimônio e da paz doméstica. A ideia de família evoluiu ao longo do tempo, rompendo a rigidez conceitual da família matrimonial, passando a vigorar na estrutura social atual, como um ambiente de desenvolvimento dos indivíduos, através de múltiplos e plurais modelos de família. Historicamente, os núcleos não matrimoniais não receberam reconhecimento jurídico adequado, convivendo à margem do conceito de família “legítima”.

Afirma que, a partir da Constituição Federal de 1988, três entidades familiares passaram a ter expreso reconhecimento no texto: a) a família constituída pelo casamento (Art. 226, §1º); b) a união estável entre o homem e a mulher (Art. 226, §3º); e c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental (Art. 226, §4º). Essa evolução constitucional parte de uma nova compreensão sobre o papel do Estado na proteção das relações familiares. Se, antigamente, o Estado, ainda que contra a vontade de seus integrantes, tutelava restritivamente a matéria, visando a proteção patrimonial; atualmente, estará vinculado juridicamente à funcionalizar o espaço da família, possibilitando a autorrealização dos indivíduos, garantindo o ambiente e os meios que permitem a cada um perseguir suas próprias concepções de boa vida. Segundo as suas palavras, nessa reflexão estaria a “(...) missão [que] é a justificativa e também o limite do Estado para intervir nas relações familiares e na liberdade dos indivíduos” (BRASIL, 2017, p. 8 do seu voto).

Logo, conclui que se o Estado deve promover a vida digna de todos os indivíduos, não pode ele proteger integralmente apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que esteja apta a propiciar o desenvolvimento de seus integrantes, através do

amor, do afeto e da vontade de viver juntos. Alude a evolução do tema na Constituição Federal de 1988, como indício da expansão conceitual jurídica da família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares.

Quanto especificamente à diversidade de sexos, Barroso confirma a visão do rel. Min. Marco Aurélio ao não ver fundamento constitucional que estabeleça diferenciação entre os múltiplos modelos de família. Citando trecho do julgamento conjunto da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 reconhece a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico” (BRASIL, 2017, p. 2 do seu voto).

A segunda parte do seu voto analisa especificamente a matéria sucessória. Ensina que o Direito Sucessório brasileiro foi fundado na noção de continuidade patrimonial, como fator de proteção, de coesão e de perpetuidade da família.

Antes do Código Civil de 2002, conforme sua visão histórica, pouco se disciplinou a matéria sucessória quanto à união estável, apenas a partir do devido destaque dado com a edição das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. Segundo interpreta, o regime sucessório introduzido por estes diplomas colocam o companheiro em situação análoga ao do cônjuge no Código Civil de 1916, vigente à época.

Três foram os avanços desta legislação: I) equiparou companheiro ao cônjuge na ordem sucessória, na terceira preferência (atrás de descendentes e ascendentes); II) concedeu direito de usufruto idêntico ao cônjuge supérstite; e, III) consolidou o direito do companheiro à meação quanto aos bens adquiridos com sua colaboração.

Salienta que, apesar da lei não ter transformado o companheiro em herdeiro necessário, tal regramento inexistia no Código Civil de 1916, estando o cônjuge caracterizado da mesma forma (herdeiros legítimos). Já a segunda, especificamente, tratou de reformar a proteção às uniões estáveis e conceder direito real de habitação aos companheiros. Conclui que o regime sucessório estabelecido pela legislação, em um claro avanço da matéria, deixou o companheiro em situação mais próxima à do cônjuge, passando ambos a serem “praticamente idênticos” (BRASIL, 2017, p. 10 do seu voto).

Corroborando com uma parte da doutrina, o eminente ministro entende que a matéria evoluiu progressivamente, textualizando aquilo que a Constituição Federal de 1988 teria afirmado: cônjuge e companheiro devem receber a mesma proteção quanto aos direitos sucessórios, pois “o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescentes meios

para que viva uma vida digna” (BRASIL, 2017, p. 10 do seu voto), independentemente do tipo de entidade familiar.

O advento do Código Civil de 2002 teria interrompido essa evolução. Este diploma alterou diversos pontos da legislação: I) estabeleceu dois regimes sucessórios diferentes, um para a família matrimonial e outro para a constituída através da união estável; II) o cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário, tratamento dispensado ao companheiro; III) omitiu-se quanto ao direito real de habitação, embora tenha determinado a garantia ao cônjuge (BRASIL, 2017, p. 10 do seu voto).

O grande marco dessa involução seria o Art. 1.790, o qual considera formalmente inconstitucional, por violar a igualdade entre as famílias, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente. Segundo as suas palavras:

Nesse panorama, é possível constatar a discrepância não razoável entre o grau de proteção legal do cônjuge supérstite e do companheiro supérstite. O CC/02 confere amplos recursos para que o cônjuge remanescente consiga levar adiante sua vida de forma digna, em um momento em que estará psicológica e economicamente mais vulnerável, mas, na maior parte dos casos, trata de forma diametralmente oposta o companheiro remanescente, como se este fosse merecedor de menor proteção. (BRASIL, 2017, p. 12 do seu voto)

Na última parte do seu voto, o Min. Barroso entende que casamento e união estável são entidades distintas, concordando com a leitura do Min. Marco Aurélio, caso não fosse não haveria fundamento pela explícita menção à conversão do Art. 226, §3º da Constituição Federal. Reconhece que essa diferença apresenta-se em diferentes fatores, como os modos de constituição, de comprovação e extinção de cada uma delas. Também concorda que seria possível tratar legalmente ambas de maneira diferente, porém salienta na controvérsia compreender se a Constituição permite regimes sucessórios diferentes em relação às entidades familiares.

Para ele, afirmar esta diferenciação seria ilegítimo, o que pode ser “demonstrado a partir dos quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica - o gramatical, o teleológico, o histórico e o sistemático” (BRASIL, 2017, p.13 do seu voto).

Quanto à *interpretação semântica* ou gramatical, argumenta que o Art. 226, *caput* e § 3º, não traçou quaisquer diferenças entre casamento e união para fins de proteção estatal. A conversão, mencionada no texto, diria respeito à preferência sistemática do ordenamento em uma figura jurídica que apresenta maiores garantias de prova quanto a sua existência.

O casamento é um instituto formal, solene, que permite às partes comprovarem com certa facilidade o estado civil de casadas através da certidão matrimonial. Já a união estável é uma relação constante e prolongada no tempo, com a finalidade de constituição de família, decorrente dos fatos da vida. Existe um desejo estatal, sem dúvidas, numa maior segurança jurídica nas relações estatais, por esta razão, a Constituição urge ao legislador facilitar a sua conversão.

Quanto à *interpretação teleológica*, conclui, seguindo a linha de raciocínio traçada, que a finalidade da norma é garantir a proteção das famílias como espaço de desenvolvimento individual através da autotutela de seus membros. Assim sendo, o Estado não pode furtar-se de proteger aquelas famílias constituídas para além do casamento, formadas pelo afeto e pelo desejo de comunhão de vida, sejam elas casais homoafetivos ou heteroafetivos. Nem pode privilegiar a preservação patrimonial do matrimônio, em face da essência jurídica da família, que, conforme parte da doutrina⁷⁵, é o afeto.

Em terceiro lugar, a *interpretação histórica* elucidaria as características da Constituição Federal de 1988. Esta não foi pensada a partir de vetores segregativos, mas inclusivos, ampliando-se garantias e proteção estatal às diversas configurações familiares (biológicas e familiares)⁷⁶. Entender de maneira diferente constituiria uma hierarquização entre casamento e união estável, indo de encontro à vontade originária do constituinte, em clara interpretação involutiva. Além disso, a família contemporânea demarca-se pela presença do afeto e amor, o que, historicamente, substituiu o espaço da proteção patrimonial e da sacralização da união conjugal.

Por fim, através da *interpretação sistemática*, o Min. Barroso argumenta que nenhum outro dispositivo constitucional reconhece qualquer diferença entre as entidades familiares para fins de proteção estatal. A cláusula do Art. 226, § 3º, deixa implícita a possibilidade de o legislador infraconstitucional estabelecer diferenças entre casamento e união estável, ainda

⁷⁵ Hironaka (2016) afirma veementemente que a essência jurídica da família contemporânea serão os vínculos afetivos. Com o fim do Princípio da Indissolubilidade do casamento e com a flexibilização das relações sociais, o amor será a força motriz que manterá unida o casal.

⁷⁶ Souza (2003) analisa a vontade constituinte sobre prisma abrangente: "Respeitante à família, e sensível à realidade cultural brasileira, o Constituinte [de 1988] reconheceu a necessidade de proteger e amparar socialmente outras modalidades de núcleos familiares, denominando-os de união estável e família monoparental, além do próprio casamento religioso. Poderíamos atribuir ao Art. 226 da Constituição o haver instituído a um 'sistema familiar constitucional', de caráter aberto, não discriminatório, que acolhe e ampara as diversidades, com os mesmos direitos: ao mesmo tempo em que aplica o princípio da igualdade, também respeita o da liberdade dos casais escolherem o tipo de família pretendido" (p. 1113, grifos da autora).

assim, a interpretação conjunta de dispositivos da Constituição de 1988 (e.g Arts. 205⁷⁷, 226⁷⁸, § 7⁷⁹, 227⁸⁰ e 230⁸¹) trazem uma noção de funcionalização da família, nos termos anteriormente expostos. As diferenciações em circunstâncias inerentes às peculiaridades de cada tipo de entidade familiar são legítimas, como as diferenças de comprovação entre ambas. Porém, deve-se compreender até que ponto condições impostas pelo sistema jurídico confrontam o igual respeito e dignidade inerente as duas entidades na sua essência jurídica iguais.

Conclui que “só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável, se esta não implicar uma hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos” (BRASIL, 2017, p. 15). Ainda, se o Direito Sucessório brasileiro tem como fundamento a proteção da família, inclusive a patrimonial, deve garantir meios de sobrevivência aos familiares supérstites, sendo incompatível definir se cônjuges ou companheiros devem receber maior proteção.

Em suma, conforme tudo exposto, seu raciocínio entenderá que se o conceito a família evoluiu para contribuir com o desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos indivíduos, será arbitrária qualquer diferenciação de regime jurídico que hierarquize tipos de família.

Tem os cidadãos autonomia para optar entre um e outro tipo de entidade familiar, porém entender que isso se estende ao regime sucessório seria, nas palavras do Ministro, “amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade” (BRASIL, 2017, p. 18).

⁷⁷ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

⁷⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (BRASIL, 1988).

⁷⁹ Art. 226, § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

⁸⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

⁸¹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (BRASIL, 1988).

Por tudo levantado, conclui que o Art. 1.790, do Código Civil de 2002, é inconstitucional ao prever regimes sucessórios distintos para o casamento e para união estável, por violar o Princípio da Dignidade Humana, o Princípio da Igualdade, a Proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e o Princípio da Vedação ao Retrocesso. Assim, deve-se aplicar, nas hipóteses de casamento ou união estável, o regime sucessório previsto no Art. 1.829 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2017).

Os Ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Edson Fachin e Rosa Weber corroboram unanimemente com o voto do Min. Barroso, salientando, em geral, a necessária proteção à família, à contemporaneidade dos vínculos afetivos e à ideia de que a Constituição facilita a conversão da união estável em casamento pelo seu interesse na maior segurança jurídica formal das relações.

O Min. Edson Fachin, no seu voto, somando a tese exposta, salienta que a autonomia dos cidadãos quanto à sua liberdade patrimonial não está comprometida, em vista da não caracterização necessária do companheiro como herdeiro, possibilitando ao *de cujus* afastar os efeitos sucessórios do supérstite através de testamento (BRASIL, 2017, p. 4 do seu voto).

Ficou, assim, assentada a tese do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 646.721/RS: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no Art. 1.829 do Código Civil”.

5.3 Análise crítica do voto do Ministro Roberto Barroso e da Inconstitucionalidade do Art. 1.790 do Código Civil de 2002

A decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria não é unânime, ainda assim, o voto do Min. Barroso corrobora a visão de uma grande parte da doutrina⁸² que via a inconsistência e a discrepância dos regimes sucessórios previstos no Art. 1.790 (ver ANEXO II). Analisando a argumentação do Min. Barroso, salientam-se dois fundamentos da sua

⁸² Uma parte considerável da doutrina acompanha a sua compreensão. Isso pode ser visto pelo posicionamento do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) - composto por membros como Zeno Veloso, Flávio Tartuce, Ana Luiza Nevares -, o qual já havia se posicionado a favor quanto à revisão do artigo (IBDFAM, 2017).

posição: (I) a evolução histórica do conceito de família; e, (II) a violação do Art. 1.790 a princípios constitucionais.

Quanto ao primeiro, o Min. Barroso indica que o regime sucessório imposto aos companheiros está intrinsecamente vinculado à evolução histórica do conceito de família. Conforme exposto no Capítulo 2 desse trabalho, as razões desse processo remontam ao contexto histórico-social em que esteve inserida. Portanto, não se trata de um fato biológico ou uma estrutura inerente ao humano (DIAS, 2016; NADER, 2016), mas de uma instituição construída social e culturalmente, influenciada por sua época, pelos interesses de seus partícipes e pela tutela das instituições modernas, como o Estado e a Igreja (BRASIL, 2017).

Embora uniões sempre tenham existido, os múltiplos arranjos familiares só se descortinam à narrativa pública, ensejando efeitos jurídicos, nas últimas décadas do século passado (HIRONAKA, 2016). Especificamente no Brasil, o conceito de família veio sofrendo substanciais modificações ao longo dos tempos, acompanhando fenômenos e anseios sociais. Instituições informais, como as uniões não matrimonializadas, que por muito tempo foram marginalizadas pelo direito, passaram a ser reconhecidas e tuteladas pelo Estado. Sobre a evolução de um modelo familiar formal a um afetivo, resume Graeff (2013):

De uma família patriarcal, constituída exclusivamente pela formalidade do casamento, e que tinha como objetivos fundamentais a procriação e o desenvolvimento econômico, passou-se a uma família marcada pela multiplicidade de formas, constituída por laços de afetividade e com a finalidade precípua de realização de seus entes (sendo os objetivos que anteriormente se buscava alcançar mera consequência dessa relação de afeto). (p. 223)

Se por muito tempo uma única espécie de família existiu - patriarcal, monogâmica, formada pelo casamento e com a finalidade de procriação visando à transferência de patrimônio -, a partir da metade do Século XX, paulatinamente a doutrina e a jurisprudência (e.g. Súmula 380 do STF, Lei do Divórcio de 1977) passaram a lapidar novos conceitos, reconhecendo direitos às uniões informais (GRAEF, 2013).

Entre estas, as uniões entre homens e mulheres⁸³ desimpedidos de casar, duradouras, públicas, contínuas e com o objetivo de constituir família - o antigo concubinato puro - passaram a ser reconhecidas explicitamente, na Constituição Federal de 1988, como entidade familiar. Assim, deixaram definitivamente de serem meros fatos sociais para transformarem-se, também, em fatos jurídicos (GRAEF, 2013).

⁸³ Como visto, com a ADI nº 132 e a ADPF nº 4.277, estende-se quaisquer interpretações da união heteroafetiva às homoafetivas.

É certo que o reconhecimento a estas mudanças sociais não tem ocorrido com facilidade ou rapidez, tendo sido um processo doutrinário e jurisprudencial longo (HIRONAKA, 2016).

Nesse sentido, o grande marco para essas transformações foi o advento da Constituição Federal de 1988. O Direito de Família passou a ser norteado pelos princípios da solidariedade, da afetividade, da igualdade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana. Traçou-se, assim, um novo eixo fundamental da família, onde, à luz do texto constitucional, a família passou a ser entendida como grupo social fundado, essencialmente, por laços de afetividade. Salienta, nesse sentido, Graef (2013): “sendo os laços de afetividade a causa originária e final do núcleo familiar, tornou-se o propósito da família servir de impulsão para a afirmação da dignidade da pessoa de seus componentes” (p. 227).

A afetividade, segundo Costa e Nardi (2015), será positividade como um fundamento implícito, estendido a todas as formas familiares, caracterizando a família contemporânea.

Hironaka (2013) fala na *afetividade*⁸⁴ a partir do foro de *princípio jurídico* na “expressão e [no] retrato da família como ela é nos dias atuais” (p. 201). A autora, corroborando a compreensão de Ariès (1984), apresentada no Capítulo 2 do presente trabalho, afirma que esta *afetividade* não se trata daquele sentimento fragilizado e presumido em razão do vínculo jurídico do casamento nos séculos passados; mas existirá como um valor promotor da própria família, elemento responsável pela visibilidade e continuidade das suas relações. Urge, assim, como motor da própria realidade fático-social, constituindo fator imprescindível para a caracterização da entidade familiar.

Existe uma mudança paradigmática dos seus objetivos. A família contemporânea se constituirá como espaço para o desenvolvimento pessoal de seus membros, devendo primar pela felicidade e autonomia de cada.

A autonomia, como o Min. Barroso bem aponta no seu voto, consiste na “capacidade de o indivíduo fazer escolhas pessoais ao longo da vida sem influências externas indevidas” (BRASIL, 2017, p. 17 do seu voto).

⁸⁴ Nardi e Costa (2015) fazem breve, porém instigante crítica quanto a justificação do reconhecimento legal do nexos afetivo e a heteronormatividade da nossa sociedade. Entendem que foi a forma encontrada para justificar as uniões de pessoas do mesmo sexo para qualificar o desvio de uma norma implícita e socialmente aceitável. Estaria por trás, inevitavelmente, um *polimento moral* que através do princípio do afeto designaria as formas socialmente mais legítimas para o exercício da sexualidade não-heterossexual, *irmãs* da heterossexualidade.

Já quanto ao caráter eudemonista da contemporaneidade, Fachin (1999) resume nas seguintes palavras: “Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade” (p. 22).

Ainda assim, o Código Civil de 2002, especificamente o Art. 1.790, pareceu desconsiderar esta nova concepção sobre a família, afrontando a isonomia entre entidades familiares, tratando desigualmente situações equipolentes equalizadas pela ordem constitucional, oriundas do o casamento e da união estável (HIRONAKA, 2016).

Segundo Hironaka (2016), deveria ter o legislador civil atendido aos fins sociais e exigências do bem comum, a teor do Art. 5º da LINDB⁸⁵, o que não foi feito, no momento em que se desamparou o convivente ao cônjuge pelo fato de não ser casado. É compreender que não há amparo constitucional para o legislador, a pretexto de conferir tratamento diferenciado à união estável, discriminar famílias a partir dela constituídas, deixando-as em posição desprivilegiada (HIRONAKA, 2016).

Segundo Antonini (2016), esse equívoco do legislador demonstra-se já na escolha de errôneo *habitat* legislativo para as disposições sucessórias do companheiro, uma vez que o Art. 1.790 foi inserido fora do Título II (destinado à Sucessão legítima), do Livro V (Do Direito das Sucessões), restando instalado no Capítulo I, Título I (destinado as Disposições Gerais). Antes dele, nada constava a respeito da sucessão do companheiro e a escolha para a sua inserção, segundo Hironaka (2016), fruto de um processo legislativo longo, foi extremamente desastrosa, deixando-o de fora da ordem de vocação hereditária necessária.

Hironaka (2016), que também é Diretora Nacional do IBDFAM, explica que o projeto do codex (fruto do Anteprojeto do Código Civil de 1972), apresentado em 1975, com longa tramitação e discussão, não tratava da união estável no âmbito do Direito da Família, nem no das Sucessões. A primeira previsão só foi inserida no texto do projeto com a Emenda nº 358⁸⁶, apresentada pelo senador Nelson Carneiro⁸⁷, em 1984, e inspirada no projeto elaborado por Orlando Gomes na década de 1960.

⁸⁵ Art. 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (BRASIL, 1942).

⁸⁶ “A companheira do homem solteira (sic), separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que em sua companhia tem estado nos cinco anos precedentes à sua morte ou de quem tenha prole, participará de sua sucessão nas condições seguintes: I – Se concorrer com filhos comuns terá direito a uma cota equivalente a que por lei é atribuída ao filho. II – Se concorrer com descendentes do autor da herança dos quais não seja ascendentes tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles. III – Se concorrer com outros parentes sucessíveis

Hironaka (2016) afirma neste histórico uma condução problemática, expondo que durante a tramitação houve momentos onde o legislador se posicionou pela equiparação, apesar de, por fim, restar no texto a diferenciação sucessória entre as entidades.

Nesse sentido, salienta o parecer parcial da emenda nº 358⁸⁸, do Senador Esperidião Amin, que já na vigência da Constituição Federal de 1988, renovará a emenda inicial, determinado a criação de um parágrafo único reconhecendo o direito sucessório dos companheiros, em posição mais próxima ao cônjuge. Para tanto, seriam inseridos dispositivos, logo após o Art. 1.865, tomando-se por base a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e o Projeto de Lei nº 2.686/96⁸⁹. Nota-se que esta visão buscava assegurar uma equivalência do tratamento entre cônjuges e companheiros, em consonância ao dispositivo constitucional.

terá direito à metade da herança. IV – Não havendo parentes sucessíveis terá direito a dois terços da herança” (LIMA e PASSOS, 2012, p. 236).

⁸⁷ Justificação da emenda n.º 358 de Nelson Carneiro: “Na justificação do Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 1947, sustentei que a companheira é a mulher que se dedica, como se esposa fosse, a um homem, no mínimo por cinco anos. Esse mesmo entendimento foi posteriormente acolhido pelo Supremo Tribunal (Rev. Forense, vol. 97). Reapresentando 236 Emenda nº 358 (Senador Nelson Carneiro) o Projeto em 1952, sob nº 2.540 reafirmação de 1947: “não é necessário, por outro lado, definir o que o projeto entende por companheira, que não é a amante das aventuras fugazes, mas a mulher que se dedica inteiramente a um homem livre, como se fora sua esposa, e vive sob sua dependência econômica”. Os Arts. 5º e 21 da Lei nº 4.609, de 11 de julho de 1962, acolheram emenda de minha autoria, e asseguraram à companheira direito à pensão e ao salário família do servidor civil e militar, enquanto a legislação previdenciária ampliava a assistência à companheira do trabalhador. Para não alongar demasiadamente esta justificação, inclusive com a citação de textos legais latino-americanos e da lição doutrinadoras, a ela incorporo quando escrevi em “do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos”. Revista Forense . vol. I, págs. 88 a III, em colaboração com o Prof. Orlando Gomes; “Palavras, leva-as o vento...”, vols. III (págs. 99/139) vol. V. págs. 115/121; vol. VIII, págs. 89/91 e 205/214; e vol. IX. págs. 365/370 e 435/455. A Lei dos Registros Públicos assegura à companheira o uso dos apelidos do companheiro. O direito da companheira recolher parte da herança do homem a que se dedicou, por vários anos, como se a esposa fosse, figurava nos termos ora sugeridos, como art. 784 do Anteprojeto de código civil, da lavra do eminente Professor Orlando Gomes. No projeto revisto, dispunha o art. 688; “a companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo, que com ele tenha vivido nos últimos quatro anos, e haja colaborado no aumento ou conservação do seu patrimônio, participará de sua sucessão”. A falta de disposição legal, o juiz, mais próximo dos dramas e aflições, se tem valido de fórmulas engenhosas para amparar as companheiras, após a morte daqueles a que dedicaram tanta vez os melhores anos da vida. Daí a remuneração por serviços prestados, a divisão do patrimônio das sociedades de fato, etc. Vale, por último, referir que companheiras são as legiões de esposas unidas simplesmente pelo patrimônio religioso, e que com os maridos partilham nos campos, nas indústrias, no comércio, em múltiplas atividades no lar e fora dele, os dias de sol e os de sombra” (LIMA e PASSOS, 2012, p. 236-237).

⁸⁸ “Art. 1.852. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.669); ou, ainda, se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge. III - ao cônjuge sobrevivente. IV - aos colaterais. Parágrafo único. Os direitos sucessórios dos companheiros que vivem em união estável regulam-se pelos Arts. 1.865A a 1.865C” (LIMA e PASSOS, 2012, p. 237).

⁸⁹ O projeto alterava dispositivos da Lei 8.971/94 e do Código Civil de 2002 para garantir ao companheiro ou companheira o direito a meação dos bens reunidos na constância da união estável, além de outras providências (projeto arquivado em 2003).

No mesmo sentido, o parecer final do Senador Josaphat Marinho quanto à emenda, salienta a discrepância dos incisos III e IV, do proposto Art. 1.790:

Contudo, no inciso III reduz-se a participação da companheira, ou companheiro, na herança, para que não fique em situação superior à do cônjuge, em hipótese semelhante (Art. 1.864). Além disso, no inciso IV, em que não há parentes sucessíveis, é injustificável limitar a participação da companheira ou do companheiro, na herança, a dois terços. Eleva-se a solução para a totalidade da herança, como se afigura mais conciliável com a tendência do direito de hoje. (PASSOS e LIMA, 2012, p. 524)

Entretanto, conforme apurou Hironaka (2016), a proposta andou para trás com a emenda aditiva apresentada pelo Deputado Ricardo Fiúza, a qual afirmou a união estável ser “um caminho para o matrimônio, ou quando muito, um matrimônio incompleto” (PASSOS e LIMA, 2012, p. 525). O Deputado, justificando sua visão em seu parecer final:

As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusivo por descaracterizar tanto a união estável - enquanto instituição-meio, quanto o casamento - enquanto instituição-fim, na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura. Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento. (PASSOS e LIMA, 2012, p. 525-526)

Assim, o resultado deste processo, nas palavras de Hironaka (2016), “conturbado, insubsistente e irrefletido” (p. 140), inevitavelmente, foi consagrar uma visão restritiva e preconceituosa, compatível com uma ideia de família matrimonial, retroagindo no muito avançado em matéria de reconhecimento das outras entidades familiares.

Por tudo exposto, e conforme a argumentação do Min. Barroso, é forçoso concluir que a evolução histórica da família, culminando com uma pluralidade de formas familiares, unidas pelo sentimento de afeto, constitui justificção legítima - e consonante com as evoluções da Constituição Federal de 1988 - para a equiparação dos regimes sucessórios entre casamento e união estável (BRASIL, 2017).

Passa-se, assim, a analisar o segundo ponto da fundamentação do Min. Barroso, especificamente quanto à sucessão do companheiro sob o prisma da Constituição Federal de 1988 e seus princípios norteadores. Cabe compreender, inicialmente, que a matéria discutida está inserida num processo denominado pela doutrina de constitucionalização do Direito

Civil. O que, segundo Lôbo (2015), é o processo em que o Direito Civil é elevado a um plano constitucional de princípios fundamentais, os quais passam a condicionar o legislador infraconstitucional.

Tal a importância disto que o Min. Barroso salienta os princípios violados pelo regime sucessório imposto através do Art. 1.790, especificamente: (I) o Princípio da Dignidade Humana, (II) o Princípio da Igualdade, (III) O Princípio da Vedação à Proteção Deficiente, e (IV) o Princípio da Vedação ao Retrocesso. Vejamos especificamente cada um.

(I) Decorrente do disposto no Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal⁹⁰, o Princípio da Dignidade Humana figura como condição fundadora do Estado Democrático de Direito. E, como tal, projeta-se sobre o conjunto das normas constitucionais e infraconstitucionais, tornando-se elemento de interpretação nos casos concretos (TELLES, 2011).

Uma conceituação precisa do seu conteúdo é uma busca difícil, devido a sua complexidade de significados e contornos imprecisos. Sarlet (2007), em extenso e destacado estudo, salienta a porosidade conceitual do Princípio da Dignidade Humana, colocando-o como um valor próprio que identifica o ser humano como tal, característica de sua natureza necessariamente polissêmica.

Ainda assim, conclui por dignidade Sarlet (2007):

Temos por Dignidade da Pessoa Humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (p. 383)

Em esteira parecida, o Min. Barroso, em seu voto, reflete sobre a aplicação deste princípio:

A dignidade da pessoa humana postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Isso implica a proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, e também devido à forma de constituição de família adotada. (...) Já a dignidade como princípio garante a todos os indivíduos a possibilidade de buscarem, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. (BRASIL, 2017, p. 16-17 do seu voto)

⁹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

O princípio, lido à luz do Direito de Família, dirá respeito à constituição da família como base para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, especialmente dos filhos. A antiga reprodução de valores culturais patriarcais dará espaço para uma família essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros e suas realizações, constituindo-se como base da comunidade familiar (GONÇALVES, 2012a).

A leitura do Min. Barroso aponta que não haveria o porquê do legislador infraconstitucional tratar ambos os espaços familiares, casamentos e uniões estáveis, importantes para o desenvolvimento de pessoas afetadas entre si, de maneira diferente, especificamente quanto aos seus direitos materiais sucessórios (BRASIL, 2017, p. 16 do seu voto). Não há que se falar em diferença de regimes sucessórios decorrentes da própria autonomia de vontade. O que a dignidade como autonomia protege é a possibilidade do cidadão optar por um ou outro tipo de entidade familiar, e não quanto ao regime sucessório (BRASIL, 2017, p. 17-18 do seu voto).

Nesse sentido, Hironaka (2016) salienta que seria pouco perspicaz uma análise que julgasse todos os brasileiros com amplo conhecimento e discernimento das leis, imaginando as pessoas que se unem estavelmente estão, deliberada e conscientemente ponderando todas as diferenças que a lei impõe aos dois institutos em matéria sucessória. Como bem apontado, esta não é a realidade e o legislador não pode eximir-se de balizar o comportamento humano de maneira proporcional aos fatos sociais. Lobo (2012) sobre o que denomina como uma "confusa faculdade de conversão da união estável em casamento" (s/p):

Com efeito, a norma do § 3º do artigo 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie. Não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra. A regra também pode ser lida *a contrario*, prevendo a faculdade de os cônjuges que se divorciarem converterem sua relação em união estável. (s/p)

Antonini (2016), nesse sentido, demonstra ter havido manifestações da jurisprudência, entre a Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.971/94, onde se reconhecia, mesmo na ausência de lei expressa, a equiparação, por analogia e por força somente da Constituição, do cônjuge ao companheiro sobrevivente, na terceira classe preferencial da ordem de vocação

hereditária. Tais decisões resguardavam, no Princípio da Dignidade, a equiparação, não reconhecendo distinção entre famílias oriundas do casamento e da união estável, pelo qual, sem previsão legal expressa, não seria possível tratá-las de maneira diferente em termos sucessórios. Nessa perspectiva, por exemplo, dois julgados do STJ: REsp nº 4.599, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 09.04.1991; e o REsp nº 74.467, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 20.05.1997.

Graef (2013) afirma, indo mais além, que a leitura constitucional do Código Civil culmina com a despatrimonialização do direito privado quanto à família, no qual o patrimônio irá ceder lugar de prioridade à pessoa humana, buscando combater uma visão ultrapassada, individualista, tradicional e elitista que vigorava até então.

Entendendo-se, por esse lado ou por visão mais linear, sem dúvidas, deve o ordenamento jurídico, através do Direito de Família, promover condições para o desenvolvimento e aprimoramento humano e não mais privilegiar, necessariamente, a preservação patrimonial.

(II) O Princípio da Igualdade relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges e companheiros e dos filhos entre si. O ordenamento jurídico brasileiro proclama o Princípio da Igualdade em diversas oportunidades, constitucionalmente encontra-se no preâmbulo⁹¹ no Art.5º *caput*⁹² e inciso I⁹³ (TELLES, 2011).

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o Princípio da Igualdade não proíbe o legislador de, por meio de lei, impor tratamento diferente às situações e relações jurídicas essencialmente desiguais (HIRONAKA, 2016). Esta análise, conforme explica Bandeira de Mello (2006), deverá possibilitar diferenciações a partir de três questões:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância

⁹¹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (BRASIL, 1988).

⁹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 1988)

⁹³ I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. (p. 21)

A partir desses critérios, a questão seria então analisar qual é a essência jurídica do casamento e da união estável, como entidades familiares, em consonância com interesses constitucionais. Para Hironaka (2016), estará no vínculo afetivo esta essência constituidora da família. O amor, como motor das relações conjugais, salienta-se como principal aspecto a ser comprovado e promovido. A distinção lógica imposta pelo legislador quanto à matéria sucessória, então, não encontraria fundamento que a justifique.

Acrescenta Hironaka (2016) que a distinção sucessória entre casamento e união estável constituirá a única diferença substancial em termos de direito material entre eles, visto que as demais seriam formais.

Nesse sentido, a autora concluiu:

A forma não pode ser tida como legítimo fator de desigualação, uma vez que não tem absolutamente nada com a essência do casamento, que é constituição de família por comunhão do mesmo projeto de vida. (...) Quanto a esse ponto padece de inconstitucionalidade por afronta à isonomia o tratamento discriminatório da legislação cônjuges e conviventes em matéria sucessória. Isso porque não há a mínima correlação lógica entre o fator de discrimen (forma solene) e o resultado da desigualdade de tratamento jurídico dispensado. (p. 145-146)

Na sua esteira, afirma o Min. Barroso que, se o texto constitucional não hierarquizou as famílias para fins de proteção estatal, não poderia o legislador infraconstitucional fazê-lo. Defender o contrário iria de encontro à vontade originária do constituinte, em nítida interpretação involutiva (BRASIL, 2017, p. 13-14 do seu voto).

Por fim, cabe salientar que, por força do decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.2777 e na ADPF nº 32, foi reconhecido, com caráter vinculante, a extensão às uniões homoafetivas das mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, em face, também, do Princípio da Igualdade (ANTONINI, 2016).

(III) O Princípio da Vedação à Proteção Deficiente constitui-se como critério constitucional para a aplicação proporcional da efetivação dos direitos fundamentais, atuando como parâmetro de controle das omissões/atuações estatais (FERNANDES, 2011). Decorre de uma faceta do Princípio da Proporcionalidade, na medida em que o Estado deverá agir proporcionalmente em face a sua realidade (GAVIÃO, 2008).

Segundo Gomes (2011), o princípio impõe ao Estado tutelar satisfatoriamente os direitos fundamentais, ou seja, cumprir com a proteção e a garantia da tutela aos bens

jurídicos mais relevantes à sociedade. Gavião (2008) afirma que os direitos fundamentais constituem-se em ordens dirigidas ao Estado, incumbindo-o a uma obrigação indiscutível de realização e proteção desses direitos. Apresenta-se em duas formas: (a) proibindo o Estado de agir abusivamente e (b) ensejando a tutela contra agressões particulares.

Assim, o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes (BRASIL, 2017, p. 18 do seu voto).

Por conseguinte, o Art. 227, da Constituição Federal, determina a observação do Estado e da sociedade a diferentes direitos quanto à proteção da família, sem distinção entre aquelas formadas pelo casamento ou pela união estável (SALES, 2015):

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Conclui-se que esse Princípio, lido ao lado do conjunto legislativo apresentado, reflete uma proteção insuficiente aos direitos sucessórios/patrimoniais e à dignidade humana - nos termos expostos na doutrina e na Constituição Federal - em relação aos casais que vivem em união estável.

(IV) Por fim, o último princípio apresentado pelo Min. Barroso será o Princípio da Vedação ao Retrocesso. Nas palavras de Alves e Reis Filho (2013), fundamenta-se o princípio na finalidade de impedir que o legislador aja, retroativamente, de sorte a esvaziar o núcleo essencial de determinado direito fundamental.

Ora, analisando a matéria exposta e a evolução histórica do tema, é possível aferir, sem dúvidas, que o Código Civil de 2002, quanto ao regime sucessório do companheiro, estruturou-se de maneira retroativa aos limites da Constituição e à legislação que a complementou, especificamente as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

O Min. Barroso argumenta que, antes do Código Civil de 2002, as citadas leis previam regime jurídico sucessório substancialmente igual àquele previsto para o casamento no Código Civil de 1916, então vigente: “Cônjuges e companheiros ocupam a mesma posição na ordem de vocação hereditária, possuíam idêntico direito à meação, e ostentavam tanto o direito de usufruto quanto o direito real de habitação” (BRASIL, 2017, p. 19). As Leis citadas,

em sua opinião, teriam concretizado o imperativo constitucional de proteção das entidades familiares, o que retroagiu com o advento do Código Civil de 2002:

A proibição de retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial. Pois bem: não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis. (BRASIL, 2017, p. 19)

Em função do exposto, o Supremo Tribunal Federal afirmou, no RE 646.721/RS, a incompatibilidade do Art. 1.790 do Código Civil de 2002 com a Constituição Federal. Restou determinada a aplicação do regime sucessório previsto no Art. 1.829, tanto nas hipóteses de casamento quanto de união estável.

Assim, a tese da repercussão geral determina a aplicação imediata do Art. 1.829 aos processos de inventário em curso, desde que não haja decisão transitada em julgado, sem pendência de recurso. No entanto, em havendo sentença ou acórdão aplicando o Art. 1.790 da codificação material, esse deve ser revisto em superior instância, com a subsunção do Art. 1.829 do Código Civil (TARTUCE, 2017).

Em relação aos inventários extrajudiciais pendentes, a decisão com o novo tratamento deverá ser aplicado na elaboração das escrituras públicas. Em todos esses casos, as afirmações valem desde que a sucessão tenha sido aberta a partir de 11 de janeiro de 2003, conforme determina o Art. 2.041 do Código Civil de 2002, *in verbis*: "as disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (Arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916)" (TARTUCE, 2017, s/p).

Derradeiramente, cabe ressaltar que, apesar da decisão alterar importantes questões sucessórias, questões ficaram pendentes no julgamento.

Primeiramente, segundo Tartuce (2017), a vocação hereditária do companheiro continua uma incógnita, não estando claro se deve ser considerado herdeiro necessário, tal qual o cônjuge, sob o regime do Art. 1.845 do Código Civil de 2002. Segundo a sua leitura da decisão, o julgamento chega a dar indícios afirmando esta posição equiparada, no entanto, não se expressa explicitamente sobre o assunto na tese final. Portanto, ainda serão necessários debates na comunidade jurídica.

Caso assim se entenda, o autor adianta algumas consequências (TARTUCE, 2017):

Como consequências, alguns efeitos podem ser destacados. Vejamos apenas três deles, pela dimensão inicial deste artigo: *a)* incidência das regras previstas entre os Arts. 1.846 e 1.849 do CC/2002 para o companheiro, o que gera restrições na doação e no testamento, uma vez que o convivente deve ter a sua legítima protegida, como *herdeiro reservatário*; *b)* o companheiro passa a ser incluído no Art. 1.974 do Código Civil, para os fins de rompimento de testamento, caso ali também se inclua o cônjuge; *c)* o convivente tem o dever de colacionar os bens recebidos em antecipação (Arts. 2.002 a 2.012 do CC), sob pena de sonegados (Arts. 1.992 a 1.996), caso isso igualmente seja reconhecido ao cônjuge. (s/p)

No que concerne ao direito real de habitação do companheiro, o julgamento do Supremo Tribunal Federal também não solidificou uma posição quanto aos debates existentes. Para Tartuce (2017) e uma parte da doutrina (ver ANEXO I), não resta dúvida da sua existência, na linha do que vinham reconhecendo a jurisprudência superior⁹⁴. No entanto, resta a dúvida da extensão desse direito real de habitação. Tartuce (2017) questiona: “Terá o direito porque subsiste no sistema o Art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996, na linha do último julgado? Ou lhe será reconhecido esse direito real de forma equiparada ao cônjuge, por força do Art. 1.831^[95] do Código Civil?” (s/p).

Tal como instiga e sugere Tartuce (2017), caberá à doutrina e à própria jurisprudência ainda resolvê-las.

⁹⁴ Nesse sentido, entre os acórdãos mais recentes: "o Código Civil de 2002 não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96, subsistindo a norma que confere o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal matéria em relação aos conviventes em união estável, consoante o princípio da especialidade" (STJ, AgRg no REsp 1.436.350/RS, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 19/4/2016).

⁹⁵ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (BRASIL, 2002).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, buscou-se analisar, historicamente, como a evolução do conceito de família e de união estável perpassou a inconstitucionalidade do sistema sucessório introduzido pelo Art. 1.790 do Código Civil de 2002, declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 646.721/RS.

As análises aqui realizadas permitem considerar que, sem dúvidas, o regime sucessório imposto pelo Código de Civil de 2002 trouxe inovações discrepantes entre cônjuge e companheiro. Este, como resultado de processos sociais e jurídicos do ordenamento brasileiro, refletiu uma histórica construção que privilegiou, desde o Direito Português, a união matrimonial, em detrimento de outros arranjos familiares. A concepção de família, conforme exposto no trabalho, é fruto de um processo social, tendo seus efeitos jurídicos, também, sido construídos. Nesse sentido, tal como ela vem sendo considerada na modernidade, especificamente nos últimos três séculos, pode-se notar a forte influência do Direito Canônico, impondo a marginalização daqueles formatos que não prestigiassem o casamento, objeto sacro segundo a doutrina cristã. Os Códigos Civis Ocidentais, em grande parte, irão consagrar esta visão, frutos, também, de processos históricos e da organização social.

Nas últimas décadas, a compreensão da família mudou consideravelmente. Concebendo-se não mais como um instrumento de conservação patrimonial, a sua essência jurídica passa a estar associada aos vínculos afetivos. O amor será a força motriz das uniões conjugais, sejam elas celebradas através do matrimônio ou formadas pela convivência duradoura, heteroafetiva ou homoafetiva, formada por um casal ou por pais e filhos. Assim, não caberá ao legislador estabelecer uma hierarquia entre entidades familiares que guardem entre si a mesma natureza. Por esta razão, vê-se com bons olhos a decisão do Supremo Tribunal Federal em determinar a inconstitucionalidade do regime sucessório discrepante estabelecido no Código Civil de 2002 entre cônjuges e companheiros. Compreender de maneira diferente inferioriza os direitos patrimoniais dos companheiros supérstites.

Por outro lado, o casamento resguarda, na sua forma, a segurança jurídica ausente na união estável e em outros formatos de família. Como ato solene e com força de existência, o casamento apresenta facilidades e garantias ao ordenamento jurídico. Compreende-se o porquê deste ser privilegiado em diferentes aspectos a outros arranjos familiares. Assim, não

caberia ao legislador infraconstitucional, desprivilegiá-lo ou enfraquecê-lo. No entanto, ao que parece, o casamento que nasce como um instrumento de proteção jurídica à união conjugal, acaba, ao longo do tempo, sendo utilizado como um dispositivo de poder, segmentando e definindo posições na sociedade.

Em decorrência, outros arranjos familiares acabaram sendo marginalizados pelas narrativas oficiais, ainda que não deixem de existir. Deveria, portanto, o legislador infraconstitucional, na medida em que a Constituição Federal de 1988 amplia o leque de entidades familiares, ter tido uma maior sensibilidade ao determinar efeitos diferentes entre estas. Não existe no texto da Carta Magna, apesar de argumentos em ambos os sentidos, referência explícita e inequívoca quanto à possibilidade do legislador infraconstitucional estabelecer parâmetros diferentes, especificamente, em termos sucessórios. Levando em conta que o tema tem especial consequência na vida dos companheiros supérstites, o legislador acabou por, equivocadamente, estabelecer uma hierarquia entre entidades familiares ao restringir o direito de herança dos companheiros. Na contemporaneidade, a doutrina entenderá que o afeto é o elemento caracterizador da família e, portanto, a união estável, como entidade familiar, deve ser protegida na sua extensão, e não preterida como um meio para o casamento.

Cabe salientar, que o trabalho aqui realizado, apresenta algumas limitações, dentre as quais, referem-se: (I) a pesquisa privilegiou a construção histórica e jurídica da concepção de família no mundo Ocidental. Tal limitação deve-se ao fato de que, em primeiro lugar, o ordenamento jurídico brasileiro tem forte influência europeia e, segundo, pelo difícil acesso a autores que tratem de uma visão histórica mais plural, para além do eurocentrismo; e, (II) percebeu-se pouco ou quase nenhum protagonismo das narrativas femininas a respeito do tema, prevalecendo uma visão androcêntrica que enfoca o homem como principal ator das mudanças ao longo do tempo.

Por fim, espera-se que futuras análises sejam realizadas sobre esse tema de tal forma a ampliar sua compreensão. Investigações comparativas, a partir do percurso histórico e jurídico em outros países, permitiram conhecer como outros ordenamentos trataram o tema e seus efeitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. A influência do Direito Canônico no Direito de Família brasileiro: casamento. In. NORONHA, Carlos Silveira (Coord.). **As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002**. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 2013.

ANDRÉ, André Luiz Pedro. **As Ordenações e o Direito Privado Brasileiro**. 2011.

Disponível em:

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18254/As_Ordena%C3%A7%C3%B5es_e_o_Direito_Privado_Brasileiro.pdf> Acesso em: 22 nov. 2017.

ANTOKOLSKAIA, Masha. **The Process of Modernization of Family Law in Eastern and Western Europe**: difference in timing, resemblance in substance. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 4.2., Sept 2000. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/42/abs42-1.html>>, Acesso em: 22 nov. 2017.

ANTONINI, Mauro. Livro V: Do Direito das Sucessões. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência - Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 10 ed. rev. e atual. Bauru: Manoel, 2016, p. 2044-2253.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

AZEVEDO, Alvaro Vilaça. União Estável. Antiga Forma de Casamento de Fato. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 90, 1995. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67291>> Acesso em: 21 nov. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Sérgio Resende. **Direitos Humanos da Família: principais e operacionais**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principais-e-operacionais.cont>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BERGER, Peter L., LUCKMANN, Thomas. **A construção da realidade social: tratado de sociologia do conhecimento**. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. Disponível em: <<https://cristianorodriguesdotcom.files.wordpress.com/2013/06/bergerluckman.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Campinas: Red Livros, 2000.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907. **Lei Feliciano Pena**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 Set. 1942. (1942). **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406 (2002). **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Lei do Divórcio**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator:

Min. Ayres Britto. 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 878.694/MG**. Recorrente: M.F.V. Recorrido: R.C.P. Voto do Ministro Relator Roberto Barroso. 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 196/RS**. Recorrente: M.D.S.G. Recorrido: S.M.B. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. 8 de agosto de 1989. Disponível em: <<http://arquivocidadao.stj.jus.br/index.php/resp-196>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 646.721/RS**. Recorrente: S.M.S.S. Recorrido: G.Q. Relator: Min. Roberto. Brasília, 10 mai. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 20 nov. 2017.

CAHALI, José Francisco. **União Estável e Alimentos entre Companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAMPOS, Alzira Lobo de Arruda. **Casamento e família em São Paulo colonial**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CANDIL, Tathiana de Arêa Leão. **A União Estável e o Direito Sucessório**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

CARVALHO NETO, Inacio Bernardinho de. **A evolução do Direito Sucessório do cônjuge e do companheiro no Direito Brasileiro**: da necessidade de alteração do Código Civil. Tese (Doutorado em Direito Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CARDOSO, Simone Tassinari. **Por uma Adequação Sistemática do Direito Real de Habitação**: Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 12 dez. 2017.

CARELLI, Karina. **Novas formas de constituição de família e seus efeitos jurídicos**. 2008. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Karina%20Carelli.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

CASIMIRO, Ana Palmira. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**: Educação, Lei, Ordem e Justiça no Brasil Colonial. 2006. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/artigos_pdf/Ana_Palmira_Casimiro1_artigo.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2017.

COLTRO, Antônio Carlo Mathias. A união estável no direito projetado – o Código Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.) **Repertório de doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. V.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27-45.

COSTA, Angelo Brandelli. NARDI, Henrique Caetano. O casamento "homoafetivo" e a política da sexualidade: implicações do afeto como justificativa das uniões de pessoas do mesmo sexo. **Revista Estudos Feministas**, n. 23(1), p. 137-150, jan./abr. 2015.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. [livro eletrônico]. São Paulo: Américas, 2006. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

CUNHA, Matheus Antônio. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Piracicaba, 2009. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica.html#_ftn7>. Acesso em: 13 nov. 2017.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Direito de família e sucessões**. Rev. e atual. por José Gomes Bezerra e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. 2010. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias: de acordo com o novo CPC**. 4. ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<http://docs10.minhateca.com.br/995240871,BR,0,0,Maria-Berecine-Dias---Manual-de-Direito-de-Fam%C3%ADlia-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1990.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. Disponível em: <<https://professordiegodelpasso.files.wordpress.com/2016/05/engels-a-origem-da-familia-da-propriedade-privada.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

ESPINOSA, Marcelo. Evolução histórica da união estável. **Revista Científica - Semana Acadêmica**. Fortaleza, 2014, n. 56. Disponível em: <<http://semanaacademica.org.br/artigo/evolucao-historica-da-uniao-estavel>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FERNANDES, Eduardo Faria. **Princípio da Vedação à Proteção Deficiente**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação). Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/EduardoFariaFernandes.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio XXI**: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 3: O cuidado de si**. 1. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

FOUCAULT, Michel. Verdade e Poder. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. 12 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1996, p.1-14.

FREUD, Sigmund. **A psicologia das massas e análise do eu**. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1998.

GAVIAO, Juliana Venturella Nahas A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**, n. 61, p. 93-111, mai./out. 2008. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf>. Acesso em: 18. dez. 2017.

GEORGAS, James. **Family Variations and Chances Across Cultures**. Online readings in Psychology and Culture, 6. 2003. Disponível em: <<https://scholarworks.gvsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=orpc>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, v. 6: Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, v. 7: Direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

GOULART, Patricia K. **A Origem e Evolução do Casamento na História do Direito de Família**. 2002. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba. 2002. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/11/a-origem-e-evolucao-do-casamento-na-historia-do-direito-de-familia.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

GRAEF, Fernando René. União Estável: Aspectos controvertidos no Direito de Família. In. NORONHA, Carlos Silveira (Coord.). **As novas posturas jurídicas em prol da família: a partir da codificação civil de 2002**. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 223-268.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: Uma breve história da humanidade**. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.

HILL, Shirley A. **Families: A Social Class Perspective**. Los Angeles: Sage, 2012. Disponível em: <<https://books.google.com.br/>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais? A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 13, n. 6, jan./abr. 2016, p. 131-149. Disponível em: <www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256>. Acesso em: 24 nov. 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista do Advogado**, São Paulo. n. 62, p. 16-24, mar. 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias Paralelas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.108, p. 199-219, jan./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67983/70840>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

HODGSON, Geoffrey M. What are institutions? **Journal of Economic Issues**. v. XL. n. 1, mar. 2006. Disponível em: <<http://www.geoffrey-hodgson.info/user/image/whatarestitutions.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). Assessoria de Comunicação. **Julgamento do STF tem sete votos a favor pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, que prevê diferenças entre cônjuge e companheiro quanto à herança**. Publicado em: 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6095/Julgamento+do+STF+tem+sete+votos+a+favor+pel+a+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790%2C+que+prev%C3%AA+diferen%C3%A7as+entre+c%C3%B4njuge+e+companheiro+quanto+%C3%A0+heran%C3%A7a%22>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). Assessoria de Comunicação. **Supremo decide pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 e põe em igualdade cônjuge e companheiro**. Publicado em: 10 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6280/Supremo+decide+pela+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790+e+põe+em+igualdade+cônjuge+e+companheiro>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Demográfico 2010**: Nupcialidade, fecundidade e migração. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7748>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas do Registro Civil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<http://cod.ibge.gov.br/2Y60R>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

KOLLER, Martha Giudice. **Submissão e Resistência**: Explodindo o discurso patriarcal da dominação feminina. 2005. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

LÉVI-STRAUSS, Claude. A família. In: SHAPIRO, Harry. **Homem, cultura e sociedade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1982.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/concep%C3%A7%C3%A3o-da-uni%C3%A3o>>

est%C3%A1vel-como-ato-fato-jur%C3%ADdico-e-suas-repercuss%C3%B5esprocessuais>. Acesso em: 8 dez. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 101-132.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família**. 2003. Disponível em: <http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30>. Acesso em: 30 nov 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. 2010. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/pt-br.php>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

MARQUES, João Batista. A união estável e a família. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 37 n° 145, p. 171-184, jan./mar. 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**, v. 1, 1. ed. atual. por Vilson Rodrigues Alvez. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: v. 2. 37. ed. atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**. v. 2, 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 5**: Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento**: antes e depois do novo código civil. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. **Recomeçar**: Família, Filhos e Desafios. São Paulo: UNESP, 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

PARIZATTO, João Roberto. **O Direito dos Concubinos a alimentos e à sucessão**. São Paulo: Aide, 1995.

PARIZATTO, João Roberto. **Os direitos e os deveres dos concubinos**: União estável. 4. ed. Leme: Parizatto, 2002.

PASSOS, Edenilce. LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília : Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v3_ed1.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PIMENTEL, Helen Ulhôa. O casamento no Brasil Colonial: um ensaio historiográfico. **Em Tempos de Histórias**, Brasília, nº 9, p. 20-38, 2005.

PINHO, Leda de. A Mulher no Direito Romano: Noções Históricas acerca de seu Papel na Constituição da Entidade Familiar. **Revista Jurídica Cesuma**, v.2, n.º 1. 2002. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/428/347>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

PORRECA, W. **Famílias recompostas: casais católicos em segunda união**. 2004. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2004.

PRADO, Danda. **O que é família**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

RIZZARDO, Arnaldo. **Casamento e Concubinato: Efeitos patrimoniais**. São Paulo: Aide, 1987.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito de família**. V. 6, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SALES, Gabriela Azevedo Campos. **A Proteção aos Direitos das Pessoas com Deficiência no Brasil: O diálogo entre o Direito Interno e o Direito Internacional**. 2015. Disponível em: <http://www.cress-ac.org.br/wp-content/uploads/2015/08/a_protecao_aos_direitos_das_pessoas_com_deficiencia_no_brasil.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2017.

SAMPAIO, Angela O. VENTURINI, Renata L.B. **Uma Breve Reflexão sobre a Família na Roma Antiga**. Universidade de Maringá: VI Jornada de Estudos Antigos e Medievais. 2007. Disponível em: <<http://www.ppe.uem.br/jeam/anais/2007/trabalhos/030.pdf>>. Acesso: 15 nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 09, p. 361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2017.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da família**. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Disponível em <<https://books.google.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

SILVA, Rodrigo Alves da. A fórmula "saisine" no Direito Sucessório. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3443, 4 dez. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23156>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Família, afeto e sucessão**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O casamento. In: MARTINS FILHOS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NETTO, Domingos Franciulli. (Coord.). **O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 1269-1285.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do Art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Publicado em: 31 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

TAVARES, Osvaldo H. A Influência do Direito Canônico no Código Civil Brasileiro. **Justitia**, São Paulo, v. 47, n.º 132; p. 49-56, out/dez 1985. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/zwaz5b.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

VATICANO. **Código de Direito Canônico**. Conferência Episcopal Portuguesa Lisboa: Editorial Apostolado da Oração, 1983.

VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**: volume XVII. São Paulo: Atlas, 2002.

VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice et al (Coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 243-256.

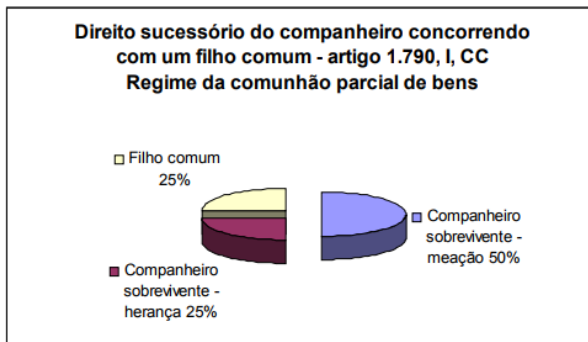
VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

XAVIER, Fernanda Dias. **União estável e casamento**: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/uniao-estavel-e-casamento>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

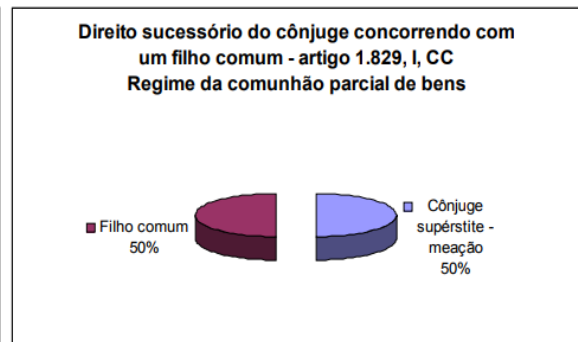
APÊNCIDE I – Direitos sucessórios do companheiro

Elaboração própria a partir de Candil (2006):

1) Companheiro supérstite concorrendo com descendente em comum ao autor da herança, aplicando o Art. 1.790, inc. I, CC/02:

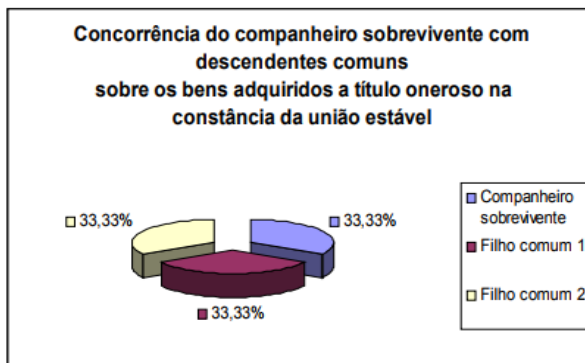


Fonte: CANDIL (2006, p.93)

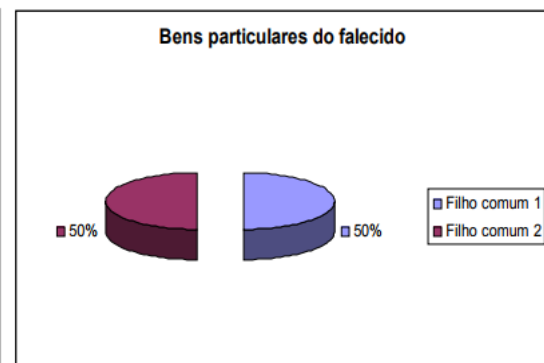


Fonte: CANDIL (2006, p.94)

2) Companheiro supérstite concorrendo com descendentes comum do autor da herança, aplicando o Art. 1.790, inc. I, CC/02 (a meação do companheiro já foi separada):

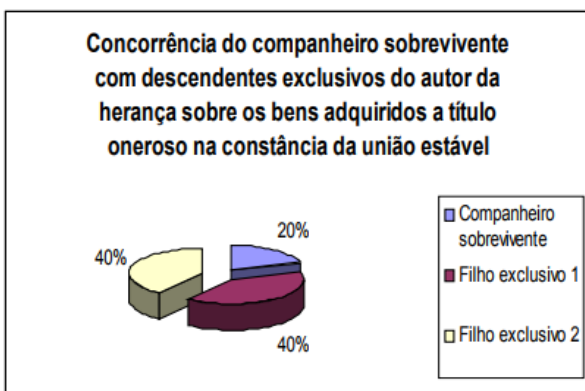


Fonte: CANDIL (2006, p.101)

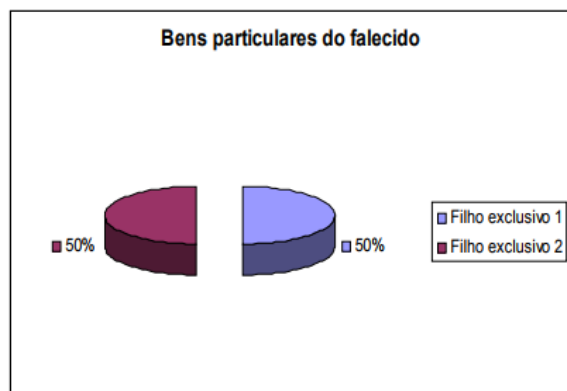


Fonte: CANDIL (2006, p.101)

3) Companheiro supérstite concorrendo com descendentes exclusivos do autor da herança, aplicando o Art. 1.790, inc. II, CC/02 (a meação do companheiro já foi separada):

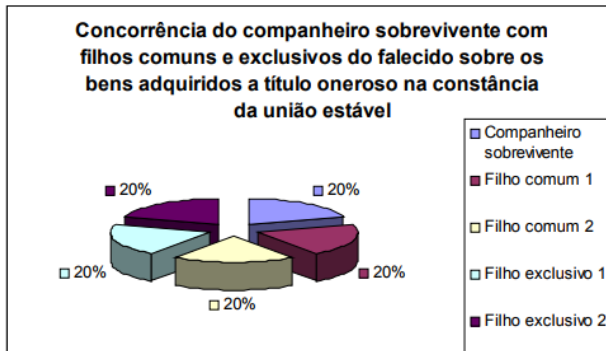


Fonte: CANDIL (2006, p.102)



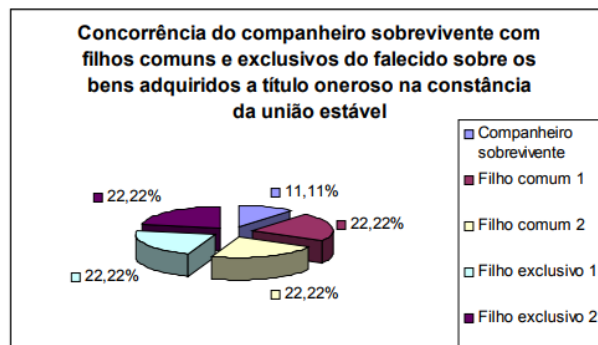
Fonte: CANDIL (2006, p.102)

4) Filiação Híbrida, conforme a exegese do texto legal, aplicando Art. 1.790, inc. I, do CC/02:



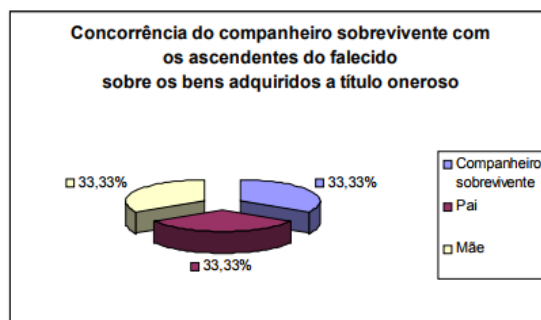
Fonte: CANDIL (2006, p.104)

5) Filiação Híbrida, conforme a exegese do texto legal, aplicando Art. 1.790, inc. II, do CC/02:

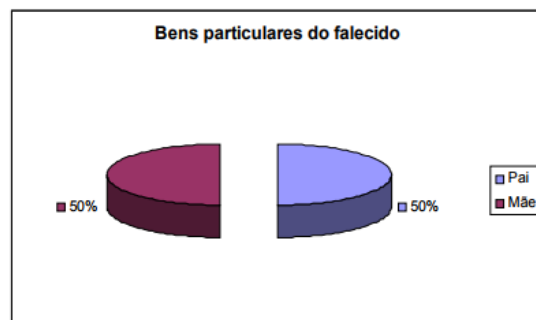


Fonte: CANDIL (2006, p.105)

6) Companheiro supérstite concorrendo com ambos ascendentes do falecido, aplicando o Art. 1.790, inc. III, CC/02:

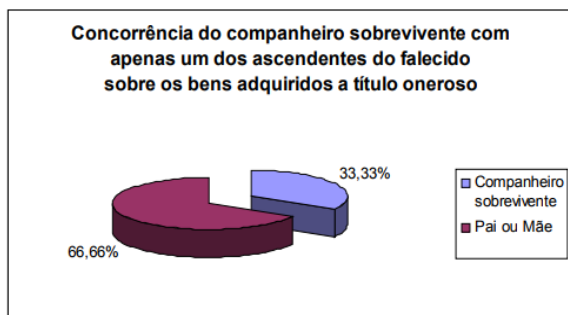


Fonte: CANDIL (2006, p.113)



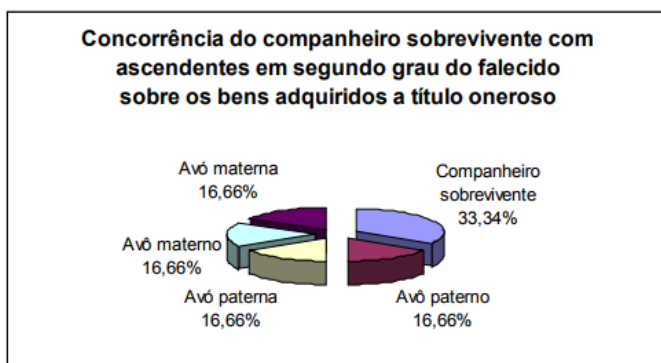
Fonte: CANDIL (2006, p.113)

7) Companheiro supérstite concorrendo com apenas um dos ascendentes do falecido, aplicando o Art. 1.790, inc. III, CC/02:



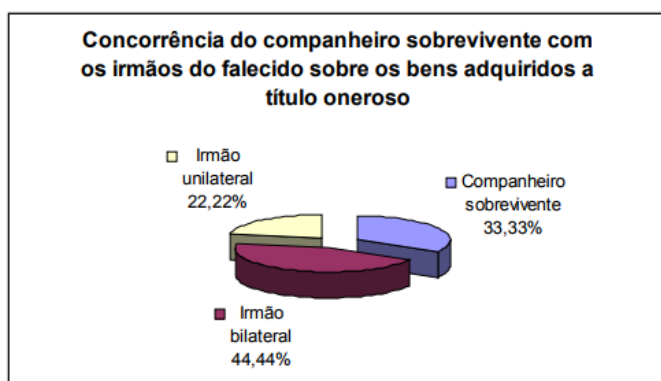
Fonte: CANDIL (2006, p.114)

8) Companheiro supérstite concorrendo ascendentes de segundo grau do falecido, aplicando o Art. 1.790, inc. III, CC/02:



Fonte: CANDIL (2006, p.114)

9) Companheiro supérstite concorrendo com parentes colaterais do falecido, aplicando o Art. 1.790, inc. III, CC/02:



Fonte: CANDIL (2006, p.116)

ANEXO I - Diferenças na Doutrina – Tabela de José Francisco Cahali

UNIÃO ESTÁVEL					
Autores	Concorrência com filiação híbrida	Concorrência com o Poder Público	Direito real de habitação	Companheiro como herdeiro necessário	Concorrência com netos comuns
Arnaldo Rizzardo	-	Sim	Não	-	-
Caio Mário da Silva Pereira	Aplica-se o Art. 1.790, I	Não	-	Sim	Aplica-se o Art. 1.790, I
Christiano Cassettari	Aplica-se o Art. 1.790, I	Não	Sim	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Eduardo de Oliveira Leite	-	Não	-	Não	-
Flávio Augusto Monteiro de Barros	Solução matemática	Não	Não	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Flávio Tartuce	Aplica-se o Art. 1.790, II	Não	Sim	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Francisco José Cahali	Aplica-se o Art. 1.790, I	Sim	Não	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Giselda Maria Novaes Hironaka	Não há posição firme e definitiva. Jurisprudência variará perigosamente. Solução: mudança da lei (CC) ou consolidação de súmula, futuramente.	Sim	Sim	Sim	Aplica-se o Art. 1.790, I

Guilherme Calmon da Gama	Aplica-se o Art. 1.790, I	Não	Sim	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Gustavo René Nicolau	Aplica-se o Art. 1.790, II	Não	Sim	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Inacio de Carvalho Neto	Aplica-se o Art. 1.790, I	Sim	Não	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Jorge S. Fujita	Aplica-se o Art. 1.790, I	Não	Sim	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
José Fernando Simão	Aplica-se o Art. 1.790, I	Não	Sim	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Luiz Paulo Vieira de Carvalho	Aplica-se o Art. 1.790, I	Não	Sim	Sim	Aplica-se o Art. 1.790, I
Maria Berenice Dias	Aplica-se o Art. 1.790, I	Não	Sim	Sim	Aplica-se o Art. 1.790, III
Maria Helena Diniz	Aplica-se o Art. 1.790, II	Não	Sim	Não	-
Maria Helena Marques Daneluzzi	Aplica-se o Art. 1.790, I	Sim	Sim	Não	-
Marcelo Truzzi Otero	Aplica-se o Art. 1.790, I	Não	-	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Mário Delgado	Aplica-se o Art. 1.790, I	Sim	Não	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Mário Roberto Carvalho de Faria	Aplica-se o Art. 1.790, III	Não	Não	Não	Aplica-se o Art. 1.790, III

Nelson Nery Jr.	-	Não	-	-	-
Roberto Senise Lisboa	Aplica-se o Art. 1.790, I	Sim	Sim e usufruto	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Rodrigo da Cunha Pereira	Aplica-se o Art. 1.790, I	Sim	Sim	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Rolf Madaleno	Aplica-se o Art. 1.790, I	Não	Sim	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Zeno Veloso	Aplica-se o Art. 1.790, II	Sim	Sim	Não	-
Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira	Aplica-se o Art. 1.790, II	Não	Sim	Não	Aplica-se o Art. 1.790, I
Sílvio de Salvo Venosa	Aplica-se o Art. 1.790, I	Não	Sim	Não	-

Fonte: CAHALI (2005)

ANEXO II – Diferenças entre os Regimes Sucessórios do Cônjuge (Art. 1.829) e do Companheiro (Art. 1.790), a partir do Código Civil de 2002

DIREITOS DO CÔNJUGE	DIREITOS DO COMPANHEIRO
<p>Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:</p> <p>I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (Art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;</p> <p>II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;</p> <p>III - ao cônjuge sobrevivente;</p> <p>IV - aos colaterais.</p>	<p>Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:</p> <p>I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;</p> <p>II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;</p> <p>III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;</p> <p>IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.</p>
O cônjuge é um dos herdeiros necessários.	O companheiro não está entre os herdeiros necessários.
O cônjuge sempre será herdeiro ou meeiro.	O companheiro poderá não ser herdeiro e nem meeiro.
O cônjuge só sofre limitação à herança para determinados regimes de bens e somente quando está concorrendo com os descendentes.	Pouco importa o regime de bens que eventualmente os conviventes tenham convencionado, pois só haverá sucessão sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável.
O cônjuge sobrevivente, na concorrência com os descendentes comuns, tem reservada uma quarta parte do monte partível (art. 1.832).	O companheiro sobrevivo não tem um mínimo resguardado a título de herança.
O cônjuge concorre com os descendentes sem qualquer diferenciação.	O companheiro, na concorrência com os descendentes comuns, herdará uma quota equivalente à do descendente; O companheiro, na concorrência com os descendentes exclusivos do autor da herança, receberá apenas metade do que couber a cada um deles.
O Código Civil previu a concorrência do cônjuge com os descendentes, sem qualquer diferenciação entre os descendentes (se comuns ou exclusivos).	O Código Civil silenciou quanto à maneira que o companheiro deve concorrer na hipótese corriqueira de existirem concomitantemente tantos os descendentes comuns quanto os exclusivos.

<p>O cônjuge, se não existir descendentes ou ascendentes, herdará toda a herança, não concorrendo com os demais parentes sucessíveis.</p>	<p>O companheiro concorrerá com “outros parentes sucessíveis” e terá direito a um terço da herança, o que significa dizer que haverá concorrência com os irmãos do falecido, com seus</p>
	<p>Ascendentes e colaterais mais afastados (v.g., o tio-avô) que ficarão com 70% da herança.</p>
<p>O cônjuge herda também todos os bens particulares caso não haja descendentes e nem ascendentes.</p>	<p>Se existirem bens particulares do autor da herança e ele não tiver nenhum herdeiro sucessível, esses bens particulares deverão por absurdo ir para o Poder Público, já que o caput do art. 1.790 é claro em dizer que o companheiro só participará da herança quanto aos bens particulares adquiridos onerosamente.</p>
<p>O cônjuge tem direito real de habitação.</p>	<p>O companheiro não tem direito real de habitação (o que vem sendo corrigido por algumas decisões judiciais).</p>

Fonte: HIRONAKA (2016, p.143-144)