

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Geórgia Schmidt Resk Malcum

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO:

Uma análise à luz da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e do afeto enquanto elemento fundamental à constituição da entidade familiar.

PORTO ALEGRE

2016

GEÓRGIA SCHMIDT RESK MALCUM

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO:

Uma análise à luz da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e do afeto enquanto elemento fundamental à constituição da entidade familiar.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientadora: Prof^a. Simone Tassinari Cardoso

PORTO ALEGRE

2016

GEÓRGIA SCHMIDT RESK MALCUM

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO:

Uma análise à luz da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e do afeto enquanto elemento fundamental à constituição da entidade familiar.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientadora: Prof^a. Simone Tassinari Cardoso

Aprovado em 14 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professora Simone Tassinari Cardoso
Orientadora

Professor Jamil Andraus Hanna Bannura

Professora Lisiane Feiten Wingert Ody

RESUMO

Este trabalho objetiva realizar uma observação acerca do diferente regime sucessório estipulado pelo Código Civil de 2002 para casamento e união estável. Para tanto, está dividido em três partes. Primeiramente, o estudo traça breve evolução histórica acerca da origem da família e sua relação com a sociedade, bem como apresenta seu conceito e sua evolução ao longo do tempo, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro durante o século XX, introduzindo a noção de afeto enquanto elemento central do núcleo familiar. Em seguida, a pesquisa examina as principais características de casamento e união estável, abrangendo seus elementos essenciais, formalidades – se existentes – e modos de constituição e extinção; posteriormente, passa à descrição do regime legal imposto à sucessão de cônjuge e companheiro, ressaltando as marcantes diferenças existentes entre eles. Por fim, a partir do voto do Ministro Roberto Barroso no julgamento do RE 878.694/MG, o escrito faz uma análise a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que trata da sucessão do convivente, com base nos princípios constitucionais reguladores do direito de família, bem como na afetividade como elemento essencial à caracterização de qualquer estrutura familiar, destacando o papel do Poder Judiciário na efetivação da igualdade entre as entidades familiares e na garantia da dignidade humana de seus membros.

Palavras chave: entidades familiares, casamento, união estável, Direito Sucessório, Superior Tribunal Federal, afetividade.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo llevar a cabo una observación acerca de las diferentes normas de sucesión estipulados por el Código Civil de 2002 para el matrimonio y la unión estable. Por lo tanto, se divide en tres partes. En primer lugar, el estudio proporciona breve evolución histórica sobre el origen familiar y su relación con la sociedad y presenta su concepto y su evolución en el tiempo, especialmente en el sistema jurídico brasileño durante el siglo XX, introduciendo el concepto de afecto como un elemento de unidad familiar central. Siendo así, la investigación examina las características principales de la boda y la unión de hecho, incluidos sus elementos esenciales, trámites - en su caso - y formas de creación y disolución; posteriormente, pasa a la descripción del régimen fiscal legal impuesto para tener éxito la conexión cónyuge y pareja, resaltando las diferencias notables entre ellos. Por último, a partir del voto del Magistrado del Tribunal Constitucional Roberto Barroso en el juicio del RE 878694/MG, se hace un análisis sobre la inconstitucionalidad del artículo 1.790 del Código Civil, que trata de la sucesión de la pareja de hecho, sobre la base de los principios constitucionales de regulación del derecho de familia y la afectividad como esenciales para la tipificación de una estructura familiar, destacando el papel del Poder Judicial en la autenticidad de la igualdad entre las entidades familiares y la garantía de la dignidad humana de sus miembros.

Palabras clave: entidades familiares, matrimonio, unión de hecho, Ley de Sucesión, Tribunal Constitucional, afectividad

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. CONTEXTO HISTÓRICO-LEGISLATIVO DAS RELAÇÕES FAMILIARES ..	5
2.1. A origem da família: criação e criadora da ordem social	5
2.2. Da família tradicional à família eudemonista: evolução das entidades familiares no ordenamento jurídico brasileiro.....	10
3. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: institutos jurídicos e reflexos na ordem sucessória.....	29
3.1. Institutos Jurídicos do Casamento	31
3.2. Institutos Jurídicos da União Estável	41
3.3. Regimes sucessórios legais: discrepante regulação de união estável e casamento	50
4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694/MG: atualização da lei pela jurisprudência.....	60
4.1. Relatório do voto do Ministro Relator Roberto Barroso.....	61
4.2. Análise técnica do voto do Ministro Relator Roberto Barroso	71
5. CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	84

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, a concepção de família tem refletido a sociedade em que está inserida, alterando-se estrutural e funcionalmente à medida que esta se transforma¹. Ainda que uma definição exata de seu significado seja um desafio a ser superado², o entendimento clássico de família vincula-se diretamente ao matrimônio, atrelando-se à noção de legitimidade³. Contudo, nas últimas décadas, tal compreensão passou a ser paulatinamente abandonada, de forma que o núcleo familiar contemporâneo encontra-se afastado do rigor característico da legitimidade⁴. Assim, o caráter biológico e matrimonial da família cede espaço para afetividade consagrar-se como elemento central e identificador da entidade familiar, acarretando demandas anteriormente inexistentes e, portanto, não regulamentadas pelo Direito⁵. O modelo pretendido pelo legislador do século passado torna-se então inócuo, devido ao “descompasso gravado entre ele e a multiplicidade de modelos apresentados” hodiernamente⁶.

A sociedade evolui, e a partir de suas novas exigências, ao Direito cabe se readaptar, revisando suas concepções clássicas e adequando-as aos conflitos contemporâneos⁷. É o que se passa com reconhecimento da união estável, acompanhada da desmistificação do casamento enquanto instituto constituidor da família⁸. O caráter sagrado do matrimônio, o qual está, há muito, intrinsecamente

¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016. p. 06

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 198.

³ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016. p. 06

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Casamento e Regime de Bens**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4095/casamento-e-regime-de-bens> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

⁵ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016. p. 06

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Casamento e Regime de Bens**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4095/casamento-e-regime-de-bens> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016. p. 06.

⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Casamento e Regime de Bens**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4095/casamento-e-regime-de-bens> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

conectado à religião, faz parecer que esse é o único modo de se constituir família; mas é esta, e não aquele, que a Constituição Federal de 1988⁹ chama de base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado¹⁰. Ademais, é a família que, independentemente de sua variação cultural, constitui o “núcleo formador e estruturante do sujeito”¹¹. Assim, a elevação constitucional do relacionamento entre companheiros à categoria de entidade familiar faz com que a união estável passe “a realizar, definitivamente, o papel de geratriz de relações familiares”, para além dos efeitos meramente patrimoniais¹².

Aliás, essa evolução perpetrada pelo constituinte vai exatamente ao encontro do que demandam as transformações na sociedade brasileira, conforme pode se observar a partir do Censo Demográfico realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Em 2010, 64,7% da população com 10 anos ou mais vivia ou já havia vivido em algum tipo de união conjugal¹³. Segundo as conclusões da própria pesquisa, as formas destas uniões refletem as mudanças nos padrões familiares brasileiros¹⁴ que vêm ocorrendo neste novo século. Entre os anos de 2000 e 2010, as uniões consensuais¹⁵ foram o tipo de união conjugal que mais cresceu no Brasil, evidenciando a mencionada mudança cultural: em 2000, 28,6% das pessoas declararam viver em união consensual, dado que, em 2010, elevou-se para 36,4%, o que foi, paralelamente, acompanhado pela redução do percentual de uniões

⁹ BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em: 05 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 152.

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 198.

¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Casamento e Regime de Bens**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4095/casamento-e-regime-de-bens> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

¹³ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**: nupcialidade, fecundidade e migração. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf > Acesso em: 25 nov. 2016. p. 55.

¹⁴ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**: nupcialidade, fecundidade e migração. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf > Acesso em: 25 nov. 2016. p. 58.

¹⁵ Para a pesquisa, atribuiu-se união consensual para a pessoa com 10 anos ou mais que vive em companhia de cônjuge com quem não contraiu casamento civil nem religioso. Considerou-se neste tipo de união a pessoa que vivia em união estável com contrato registrado em cartório. In: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**: nupcialidade, fecundidade e migração. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf > Acesso em: 25 nov. 2016. p. 34.

formadas a partir do casamento religioso¹⁶. Por outro lado, a ligação entre casamento e religião também pode ser percebida, visto que dentre os brasileiros que optam pelo casamento civil ou religioso, a maioria se declara cristã, ao passo em que os conviventes, majoritariamente, não possuem religião¹⁷.

Percebe-se, portanto, que, aos poucos, consolida-se uma nova configuração familiar, organizada sobre diversos modelos e meios de constituição, o que é acompanhado pela reorganização dos papéis de cada um dos membros da família, de modo a constituir uma nova dimensão do fenômeno familiar na sociedade contemporânea¹⁸. Entretanto, a despeito das inovações constitucionais acerca da matéria, o Código Civil de 2002¹⁹ deixou de tratar igualmente as entidades familiares constituídas por meio do casamento e da união estável, especialmente no que tange à matéria sucessória²⁰, fato que gera intenso debate acadêmico e jurídico acerca do assunto. São marcantes as diferenças entre ambas, e esta é a motivação para a realização deste trabalho.

Como visto, mais de 1/3 das uniões formadas pelos brasileiros constituem relação entre conviventes. Ou seja, milhões de cidadãos deixam de ser adequadamente tutelados pelo Estado, tendo o seu direito sucessório limitado em razão de preconceitos e anacronismos do legislador. Felizmente, durante a elaboração deste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça consolidou importante evolução a respeito do tema, ao iniciar o julgamento²¹ do RE 878.694/MG, cujo entendimento do Ministro Relator Roberto Barroso é no sentido de declarar

¹⁶ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**: nupcialidade, fecundidade e migração. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf > Acesso em: 25 nov. 2016. p. 59.

¹⁷ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**: nupcialidade, fecundidade e migração. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf > Acesso em: 25 nov. 2016. p. 68.

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Sucessório e Constituição: controvérsias e tendências. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 218.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº. 10.046**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016

²⁰ DIAS, Maria Berenice. Filhos, bens e amor não combinam! ou A concorrência sucessória. Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arg/\(cod2_782\)3_filhos_bens_e_amor_nao_combinam.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arg/(cod2_782)3_filhos_bens_e_amor_nao_combinam.pdf) > Acesso em: 26 nov. 2016. p. 01.

²¹ Até o término deste trabalho, o inteiro teor do documento não estava disponível para consulta, motivo pelo qual o estudo é realizado a partir do voto do Ministro Relator.

inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que trata da sucessão do companheiro²².

A partir de tal compreensão, o presente escrito está estruturado da seguinte forma: em primeiro lugar, faz-se uma análise acerca da origem da família e sua relação com a realidade social, passando-se a abordar a evolução de seu conceito e os reflexos da sua concepção no ordenamento jurídico brasileiro ao longo da história, sobretudo durante o século XX; destacam-se ainda as transformações socioculturais que influenciaram a elaboração da Constituição de 1988 e as consequências desta para o Direito de Família. A seguir, apresentam-se as principais características de casamento e união estável, salientando-se suas formalidades e seu modo de formação e dissolução, analisando-se, posteriormente, as regras de Direito Sucessório atinentes a cada uma dessas estruturas familiares e ressaltando as diferenças existentes entre ambas. Finalmente, faz-se um estudo do voto do Ministro Barroso no mencionado Recurso Extraordinário, relatando-o e examinando-o a partir de princípios constitucionais reguladores do Direito de Família, bem como do afeto enquanto elemento constituidor da entidade familiar e do papel do Poder Judiciário frente à inércia do legislador ao regular a matéria.

²² BRASIL. Supremo 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. 2016.

2. CONTEXTO HISTÓRICO-LEGISLATIVO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Este capítulo tem como objetivo a realização de breve exposição teórica acerca da transformação do conceito de família ao longo da história, bem como seu reflexo na ordem jurídica vigente. Para tanto, num primeiro momento, serão utilizados teóricos clássicos do século XIX que, a partir pontos de vista diferentes, discorrem a respeito do surgimento e da evolução da entidade familiar nos primórdios da organização social humana. Posteriormente, com base em autores contemporâneos, passa-se à apresentação das modificações na estrutura da sociedade, sobretudo na realidade social brasileira, e seus reflexos na organização e na conceituação de família. Finalmente, estudam-se as consequências dessa evolução da família para o desenvolvimento e a transformação legislativa no Brasil, ocorridos no século XX, culminando com a edição de diversas normas legais complementares ao Civil e com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.

2.1. A origem da família: criação e criadora da ordem social

Família e sociedade sempre estiveram intrinsecamente conectadas, de forma que diversos autores tentaram demonstrar as ligações entre elas a fim de explicar e compreender seu papel na evolução histórica dos povos. Para Friedrich Engels, o desenvolvimento da família, juntamente com o grau de desenvolvimento do trabalho, condiciona diretamente a ordem social em que vivem os homens²³. Mais ainda, “a família deve progredir na medida em que progrida a sociedade, deve se modificar na medida em que a sociedade se modifique (...). A família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema”²⁴.

Nessa linha, em “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, o teórico analisa o surgimento e o desenvolvimento das instituições que titulam a obra por meio dos séculos, chegando à conclusão de que a monogamia – além de não ter sido a primeira ou única forma de estrutura familiar – “de modo algum foi fruto do

²³ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder; Aparecida Maria Abranches. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014. p. 08.

²⁴ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder; Aparecida Maria Abranches. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014. p. 101.

amor sexual individual, com o qual nada tinha em comum”. Pelo contrário, a família monogâmica se baseia em condições econômicas, impulsionadas pela ascensão da propriedade privada e do direito de herança paterno. Ou seja, surgiu como forma de legitimar a preponderância do homem na família e possibilitar a geração de filhos legítimos que herdariam seus bens²⁵. Sustenta, portanto, – considerando que, para ele, “o modo de produção material é o fator principal que condiciona o desenvolvimento das sociedades e das instituições sociais”²⁶ – que as relações de propriedade e as condições econômicas seriam a origem de tal modelo de família²⁷.

Ademais, considerando que o direito à propriedade é essencial ao estabelecimento de normas sucessórias, cumpre destacar que, conforme o entendimento do autor, o surgimento da propriedade dos rebanhos foi essencial à transformação da estrutura familiar antiga, lançando as bases para a transmissão hereditária familiar. Veja-se:

O desenvolvimento de todos os ramos da produção – criação de gado, agricultura, ofícios manuais domésticos – tornou a força de trabalho do homem capaz de produzir mais do que o necessário para a sua manutenção (...). E com a aparição dos rebanhos e outras riquezas novas, operou-se uma revolução na família. Providenciar a alimentação fora sempre assunto do homem (...). Os rebanhos constituíam nova fonte de alimentos e utilidades; sua domesticação e sua ulterior criação competiam ao homem. Por isso o gado lhe pertencia (...). Todo excedente deixado agora pela produção pertencia ao homem. A mulher tinha participação no consumo, porém não na propriedade (...). E essa divisão do trabalho na família continuava sendo a mesma, mas agora transtornava as relações domésticas. (...) o trabalho doméstico da mulher perdia sua importância comparado ao trabalho produtivo do homem (...). (O poder absoluto do homem) foi consolidado e eternizado pela queda do direito materno, pela introdução do direito paterno e a passagem gradual do matrimônio síndico à monogamia²⁸.

Por outro lado, Coulanges defende que o princípio constitutivo da família antiga foi a religião, afastando o sentimento que chama de “afeição natural” como princípio fundante da família, ao afirmar que, não obstante existir, “no direito ele não é nada”. Isto é, no direito antigo, “as leis de sucessão (...) estão em flagrante contradição, quer com a ordem de nascimento, quer com a afeição natural”. Nesse sentido, o

²⁵ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder; Aparecida Maria Abranches. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014. p. 78-79.

²⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder; Aparecida Maria Abranches. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014. p. 08. Nota do tradutor.

²⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder; Aparecida Maria Abranches. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014. p. 99.

²⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder; Aparecida Maria Abranches. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014. p.196-198

francês afirma ainda que “não foi a religião que criou a família, mas certamente foi ela que lhe deu normas”, o que justifica a constituição de um modelo familiar que vai de encontro ao que outro baseado nos sentimentos fundaria²⁹.

Nesse aspecto, ao avaliar a estruturação da família na Antiguidade, escreve Coulanges que “a primeira instituição que a religião doméstica estabeleceu foi o casamento”, o qual era, por si, um ato religioso. Consoante demonstra o historiador, a interligação entre família e culto religioso era fortíssima, consistindo este na religião do lar e dos antepassados. Isto é, cada família possuía os seus deuses, celebrados em sua casa³⁰, não sendo possível “pertencer nem a duas famílias, nem a duas religiões domésticas”. Ou seja, ao casar, a mulher passaria a integrar inteiramente a família e a religião do marido, sendo a união conjugal também o enlaçamento sob as mesmas crenças. Tal culto do casamento como algo, de certo modo, divino, torna, pois, imperiosa a instituição da monogamia³¹.

Noutro ponto, nota-se a importância da continuidade da família, visto que “uma família que se extingue é um culto que morre”. Portanto, “o homem não se pertencia, mas sim à família”, e seu dever era a propagação da religião doméstica por meio de um filho, cuja origem, logicamente, deveria ser o casamento religioso. Este era então obrigatório, tendo como objetivo principal não aproximar pessoas que nutrissem sentimentos uma pela outra, mas sim “unir dois seres no mesmo culto doméstico, fazer que deles nascesse um terceiro capaz de dar continuidade a esse culto”³².

Ademais, destaca-se a superioridade do homem tanto no casamento como nos atos religiosos, de forma que o nascimento de uma filha não cumpriria o objetivo da união conjugal. Isto porque o prosseguimento do culto somente poderia se dar pelos filhos homens, uma vez que a mulher renunciava à sua religião em favor da do

²⁹ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 51-53.

³⁰ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 54-55.

³¹ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 59.

³² COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 61-63.

marido ao se casar³³. Consequentemente, “o vínculo de parentesco não era o nascimento; era o culto”, excluindo-se, num primeiro momento histórico, a linha familiar feminina³⁴.

Noutro aspecto, Coulanges afirma que já nas sociedades gregas e romanas a religião doméstica, a família e o direito de propriedade estavam solidamente estabelecidos, sendo, inclusive, inseparáveis entre si. Para ele, cuja ótica difere da engeliana, “a ideia de propriedade privada estava na própria religião. Cada família tinha sua própria lareira e os seus antepassados. Esses deuses (...) eram sua propriedade”. Esse era o aspecto mais irrecusável do direito de propriedade³⁵, o qual não foi, conforme sustenta o autor, garantido originalmente pelas leis, mas sim instituído pela religião³⁶. Isso se observa fortemente no que diz respeito ao túmulo familiar, o qual era – assim como os lares – afastado do das demais famílias, consagrando a propriedade daquela terra sob a proteção daqueles deuses particulares, de forma inalienável e imprescritível³⁷. A religião doméstica, pois, “ensinou ao homem apropriar-se da terra” e “lhe garantiu o direito sobre ela”³⁸.

Logo, “tendo continuidade a religião doméstica, o direito de propriedade deve continuar com ela”, decorrendo daí os princípios sucessórios da Antiguidade. Por exemplo: assim como é continuador do culto, o filho é herdeiro dos bens; o mesmo não ocorre com as filhas, cujo direito à herança era, inicialmente, inexistente³⁹. Complementa o historiador: “a propriedade, aliás, não pertencia ao indivíduo, mas à

³³ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 64.

³⁴ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 68.

³⁵ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 73-75.

³⁶ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 79.

³⁷ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 76-77.

³⁸ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 81.

³⁹ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 85-90.

família, uma vez que o homem não a havia adquirido pelo direito do trabalho, mas pelo culto doméstico”⁴⁰. Mais ainda, “o verdadeiro significado de família é propriedade; designa o campo, o casa, o dinheiro, os escravos (...)”⁴¹.

Por fim, Coulanges discorre sobre outros aspectos inerentes à família antiga, tais como o direito de primogenitura, a supremacia do poder parental e a posição de inferioridade e obediência reservada à mulher e aos filhos. Refere o autor que o direito privado surgiu com a família, decorrendo das crenças religiosas e não da obra do legislador. Afirma: “graças à religião doméstica, a família era um pequeno corpo organizado, uma pequena sociedade com um chefe e um governo”⁴² e o “nascimento das instituições políticas é posterior” à separação entre os ramos familiares⁴³. E complementa:

Podemos, portanto, entrever um longo período durante o qual os homens não conheceram outra forma de sociedade senão a família. Foi então que se produziu a religião doméstica (...). Também então se estabeleceu o antigo direito privado, que mais tarde se viu em desacordo com os interesses de uma sociedade um pouco extensa (...)⁴⁴.

Destarte, em que pesem as diferenças de entendimento dos autores no que concerne à formação e à estruturação da família ao longo da evolução histórica, três aspectos fundamentais podem ser percebidos: primeiramente, nota-se a supremacia masculina paterna sobre a mulher e os filhos; em segundo lugar, seja pelo surgimento da propriedade privada, seja pela instituição da religião familiar, conclui-se que a união matrimonial historicamente não teve relação fundamental com o afeto; finalmente, depreende-se que a família sempre foi a base da constituição da sociedade na qual está inserida, e, por conseguinte, teve forte influência na estruturação do Estado e do Direito.

⁴⁰ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 93.

⁴¹ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 119.

⁴² COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 98-101.

⁴³ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 125.

⁴⁴ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 125.

Tais conclusões ainda hoje continuam a ser identificadas nos estudos realizados por diversos autores preocupados em analisar a história da família enquanto elemento social. Desse modo, passa-se a abordar, desta vez com base em autores contemporâneos, os aspectos relevantes do exposto, especialmente, neste primeiro momento, a influência da família na estruturação social e as consequências jurídicas dela decorrentes na realidade brasileira.

2.2. Da família tradicional à família eudemonista: evolução das entidades familiares no ordenamento jurídico brasileiro

Contemporaneamente, Giselda Hinoraka afirma: “a história do Direito confunde-se com a história do homem gregariamente organizado”, tendo em vista que “é do agrupamento de pessoas que surgiu a necessidade de balizamento da conduta”. Nessa linha, “a família nessa perspectiva histórica tem relação simbiótica com a sociedade, pois ao mesmo tempo em que a forma, também parte dela para se reformular”⁴⁵. Em outros termos, “a ideia de família surgiu muito antes do direito, dos códigos, da ingerência do Estado e da Igreja”⁴⁶, visto que “a família é a forma mais rudimentar de agrupamento social”⁴⁷.

Portanto, a entidade familiar, mormente por sua importância social, sempre foi, de um modo ou de outro, regulada pelas leis de cada povo. Para Ana Maria Louzada, o divórcio, por exemplo, chegou a ser aceito em algumas sociedades antigas, mas foi definitivamente proibido a partir da ascensão do Direito Canônico na Idade Média⁴⁸. A supremacia patriarcal, por outro lado, parece sempre ter sido comum às sociedades monogâmicas da Antiguidade, sendo a sociedade patriarcal

⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 28-30.

⁴⁶ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 275.

⁴⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 28-30. p. 29

⁴⁸ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 276

espelhada no Código de Hamurabi⁴⁹, na Lei das XII Tábuas⁵⁰ e nas Institutas⁵¹ do Imperador Justiniano⁵², vindo a ser historicamente reforçado até culminar no reforço do poder patriarcal no Código Napoleônico⁵³ de 1804⁵⁴.

Concernente a tal Código, sustenta Simone Cardoso que esse refletiu os ideais da Revolução Francesa de 1789 ao “eleger a propriedade como instituto central”, tratando “da proteção e do patrimônio individual e familiar”, não deixando espaço “para o indivíduo enquanto pessoa”, mas sim o encarando como mero titular de bens⁵⁵, o que reflete claramente a lógica do Estado Liberal de, por um lado, não intervir nas relações entre particulares e, por outro, garantir a resolução de eventuais conflitos patrimoniais pelos próprios interessados⁵⁶. O aspecto patrimonial sobrepunha-se, pois, ao pessoal, inclusive no que tange à família, visto que o patrimônio familiar refletia um caráter de afirmação simbólica, a qual se somava à garantia de moralidade natural concedida à família⁵⁷, que, afinal, era a célula base da sociedade⁵⁸.

De toda forma, “a situação familiar tem certa semelhança com as esferas da sociedade”, visto que a hierarquia social vigente era refletida na supremacia do

⁴⁹ Conjunto de leis escritas vigente na Mesopotâmia por volta do século XVIII A.C. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm> >. Acesso em: 25 nov. 2016.

⁵⁰ Legislação escrita elaborada durante a República Romana, no século V A.C. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm> >. Acesso em: 25 nov. 2016.

⁵¹ *Corpus Iuris Civilis*; publicado durante o século VI D.C. por ordem do Imperador Bizantino Justiniano I. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/6489799/institutas-de-justiniano> >. Acesso em: 25 nov. 2016.

⁵² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 29.

⁵³ FRANÇA. **Code Civil des Français**. Disponível em: < <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1804/0005/a005.pdf> > Acesso em: 25 nov. 2016.

⁵⁴ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 277.

⁵⁵ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 27-28.

⁵⁶ ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. Incidência da Constituição no Direito Privado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 1994, apud CARDOSO, 2004. p. 28.

⁵⁷ PERROT, Michelle. **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, v. 4. p. 94.

⁵⁸ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 29.

homem sobre a mulher no âmbito familiar⁵⁹. Ou seja, este mesmo pensamento liberal burguês, que preconizava que o Estado se mantivesse “somente na esfera política e organizacional”⁶⁰ e demarcava claramente os limites “entre o público e o privado, o homem e a mulher, a política e a família”⁶¹, paradoxalmente, determinava qual era a estrutura familiar socialmente permitida. Destarte, “o vínculo do casamento apresentava-se como única forma legítima de constituição de família” e estava diretamente “condicionado a interesses extrínsecos, principalmente do Estado”⁶². Isto é, a família estava para o costume, da mesma forma que o Estado estava para as leis: o reforço do poder doméstico leva à dependência da mulher e dos filhos, o que garante, em último aspecto, a obediência constante da população⁶³. “A necessidade do matrimônio”, ademais, “está estritamente ligada à segurança que buscava o homem no século XIX, sendo o matrimônio elemento caracterizador da influência do Direito Canônico no ordenamento jurídico”⁶⁴.

Sob o mesmo aspecto, afirma Simone Cardoso que o “vínculo familiar caracterizava, muito mais, uma realidade moral e social, do que sentimental”, afastando-se o afeto da constituição familiar⁶⁵ no século XIX. Isto é, a família, enquanto “átomo da sociedade civil” era responsável pelo “gerenciamento dos interesses privados – notadamente patrimoniais” – a fim de garantir, a um, “o desenvolvimento do Estado” e, a dois, “o funcionamento econômico e a transmissão do patrimônio” por meio da procriação, elencada pela autora como a “função

⁵⁹ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 31.

⁶⁰ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 119.

⁶¹ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 127.

⁶² VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito de UFMG, 1980, apud CARDOSO, 2004. p. 31-32.

⁶³ PERROT, Michelle. **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, v. 4. p. 93.

⁶⁴ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 129.

⁶⁵ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 30.

primordial do vínculo familiar”⁶⁶. A família, portanto, existia em função de interesses que se sobrepunham às vontades e realizações pessoais; “servia aos interesses da sociedade” e, em razão disso, deveria ser estabelecida contratualmente por meio do casamento⁶⁷.

De modo semelhante, o Direito brasileiro, à época do Código Civil de 1916⁶⁸, “elegeu como padrão familiar a entidade fundada no matrimônio, cuja chefia cabia exclusivamente ao homem, sob as influências claras da ideologia do Estado Liberal que se firmou após a Revolução Francesa”⁶⁹. Nesse sentido, tanto na França quanto no Brasil, a família seria unicamente constituída por meio do casamento, ajustando-se totalmente à forma preestabelecida abstratamente pelo sistema jurídico. Ocorre, todavia, que tais parâmetros não surgiram, como já visto, a partir das codificações oitocentistas; ao contrário: são resultado de séculos de evolução social e jurídica, que – especificamente no Direito de Família – baseou-se fortemente na ideia de segurança jurídica. Não é difícil perceber, pois, que este objetivo de “gerar a sensação de estabilidade jurídica e social” acaba por negar respostas a diversos problemas sociais⁷⁰.

Consoante Giselda Hironaka, historicamente, o primeiro vestígio legislativo no Brasil referente à regulação da família se deu com as Ordenações Filipinas⁷¹, o que não impediu a edição de normas em solo brasileiro durante o período colonial. Isto porque, considerando que “a família sempre foi o suporte da nossa sociedade”, não era de interesse da Metrópole, “que a Colônia se desenvolvesse à margem da cultura católica, que era a base moral daquela sociedade”, consistindo daí a “relevância jurídica das culturas atentatórias contra a moral da família” àquela

⁶⁶ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 32.

⁶⁷ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 33.

⁶⁸ BRASIL. **Lei nº. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

⁶⁹ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 23.

⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 29-30.

⁷¹ Compilado jurídico feito durante o reinado de Filipe II de Espanha, ratificado em Madri, no ano de 1603 D.C. Disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> >. Acesso em: 25 nov. 2016.

época⁷². Durante o período imperial, manteve-se a influência da Igreja Católica sobre o casamento, de forma que “o Juízo Eclesiástico era o único competente para deliberar sobre nulidade do matrimônio e separação (...) dos cônjuges, não podendo ingerir sobre elas a jurisdição secular”⁷³. Por esse motivo, a Constituição Imperial de 1824⁷⁴ não regulava normas de Direito de Família⁷⁵.

Com o advento da República, inaugurou-se uma nova era em termos de Direito de Família, direcionando-se o processo legislativo para o garantismo do indivíduo, em detrimento de estamentos sociais ou gêneros. Para tanto, contribuíram fortemente o grande aumento populacional do país e a luta social por direitos que viriam a marcar a “história de forma indelével: a laicidade institucional, a democracia e o Estado Social de Direito”⁷⁶. A primeira transformação, portanto, foi a legitimação constitucional do casamento civil, garantida pela Constituição Republicana⁷⁷ de 1891⁷⁸. Isso não significa, em absoluto, dizer que o processo de evolução da família e do Direito ocorreu rapidamente. A realidade, totalmente oposta, pode ser observada no Código Civil de 1916, o qual manteve a incorporação de “princípios morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico, particularmente no direito familiar”⁷⁹,

⁷² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 31-33

⁷³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 34.

⁷⁴ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**: promulgada em 25 de março de 1824. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm > Acesso em: 25 nov. 2016.

⁷⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 42.

⁷⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 35.

⁷⁷ 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: 25 nov. 2016.

⁷⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 42.

⁷⁹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Progresso, 1958. p. 23.

mantendo, dessa forma, a relativa capacidade civil da mulher e o pátrio poder⁸⁰, bem como a obrigatoriedade do matrimônio para o reconhecimento de vínculo familiar⁸¹.

Assim, percebe-se que quaisquer outras entidades familiares existentes não eram juridicamente reconhecidas, uma vez que “desprovidas de juridicidade”. Ou seja, “a família enquanto realidade social não era tutelada pelo Direito”, devendo esta preencher certos requisitos formais pré-determinados a fim de que fosse reconhecida pelo sistema codificante fechado⁸². Ocorre que, consoante demonstra a autora, tal lógica legislativa, a partir da influência dos valores sociais da época, acarreta falta de regulamentação em situações que requerem tutela jurídica, excluindo-se a análise da família enquanto fato social⁸³ e, por conseguinte, privilegiando a realidade abstrata normativamente prevista, acabando, assim, por se afastar das verdades sociais⁸⁴.

Em síntese, “a família codificada existia para cumprir certas atribuições para com o Estado e a sociedade”⁸⁵. Desse modo, “à medida que a família caracteriza-se como célula da sociedade, e lá se encontrava a hierarquia natural do chefe, também na sociedade a hierarquia inquestionável deveria ser reconhecida como legítima”⁸⁶. Nessa linha, compreende Michelle Perrot:

Nuclear, heterossexual, monógama, patriarcal, a família que herdamos do século XIX era investida em um grande número de missões. Na junção do público e do privado, esferas grosseiramente equivalentes aos papéis dos sexos, ela deveria assegurar a gestação da sociedade civil e dos “interesses particulares”, cujo bom andamento era essencial à estabilidade do Estado (...), ela assegurava o funcionamento econômico, a formação de

⁸⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 35.

⁸¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 54.

⁸² CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 38-40.

⁸³ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 41-42.

⁸⁴ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 50.

⁸⁵ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 42.

⁸⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 22ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 81-82

mão de obra, a transmissão de patrimônios (...). A família, enfim, formava bons cidadãos, e numa época de expansão de nacionalismos, patriotas conscientes dos valores de suas tradições ancestrais⁸⁷.

Nesse sentido, de modo semelhante à influência dos ideais burgueses – para os quais “a família, enquanto instituição supraindividual, deveria cumprir as diversas missões para com o Estado”⁸⁸, tais como “a procriação, a formação de mão de obra, a transmissão de patrimônio e o fornecimento da primeira base de aprendizado”⁸⁹ – as raízes coloniais brasileiras também exerceram importante contribuição para a “tutela jurídica familiar do Código Civil de 1916”⁹⁰, visto que dotadas de características essencialmente semelhantes: heterossexualidade⁹¹, patrimonialismo, matrimonialização, hierarquização, patriarcalismo,⁹². Em relação aos dois últimos aspectos, Simone Cardoso ressalta a submissão feminina ao pai, primeiramente, e, após contrair casamento, ao marido, de forma que era concebida como relativamente capaz. Nesse aspecto, cabia ao homem ser o chefe da sociedade conjugal, sendo o único permitido a representar legalmente a família, administrar o patrimônio familiar e deter o pátrio poder, ressaltando a importância do matrimônio para a manutenção da cultura patriarcal⁹³.

Ademais, acerca do aspecto econômico e da valorização patrimonial no Brasil colonizado – posteriormente, imperial – e rural, ressalta-se que “uma das tarefas primordiais da família codificada era a procriação e o fornecimento de mão de obra”⁹⁴. Dessa forma, a família era “rede de pessoas e conjunto de bens, (...) um

⁸⁷ PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. Veja 25 anos: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993. p. 76-77.

⁸⁸ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 59.

⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 34.

⁹⁰ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 59.

⁹¹ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2, passim

⁹² CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2, passim.

⁹³ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2, passim.

⁹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 34.

patrimônio material e simbólico herdado e transmitido”⁹⁵, vindo “ao encontro dos interesses da classe dominante” a fim de que, por meio desse patrimonialismo, fosse perpetuada “a divisão das classes e pessoas”⁹⁶. Isto é, o Direito Civil almejava por meio “da completude de suas normas, da exclusão sistemática de indivíduos e de uma clausura patrimonial, perpetuar infinitamente uma classe dominante, detentora da propriedade e do controle político do Estado”⁹⁷. Nesse sentido,

A eleição do padrão de família patriarcal (...) representou a tentativa de manutenção da sociedade hierarquizada herdada da metrópole portuguesa, pois além de tutelar as relações entre as classes abastadas, serviu ideologicamente para legitimar a manutenção dos privilégios das classes dominantes⁹⁸.

Foi somente no século XX, especialmente na década de 1930, que o modelo tradicional de família começou a ser superado no Brasil, o que acarretou, posteriormente, mudanças no Direito de Família, as quais foram impulsionadas por transformações no contexto sócio familiar⁹⁹, bem como no próprio “quadro social, político e econômico que se encontrava extremamente tumultuado”¹⁰⁰. Para tanto, influíram fortemente:

As alterações na estrutura social do país, dentre as quais destaca-se a paulatina intervenção estatal, o deslocamento do eixo de produção do campo para a cidade, o incentivo à industrialização, a edição de leis sociais e, sobretudo, o avanço do papel social da mulher¹⁰¹.

Desse modo, a revolução industrial brasileira, com o incremento de maquinário na produção, eliminou a necessidade de procriação para fornecimento de mão de

⁹⁵ PERROT, Michelle. **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, v. 4. p.105.

⁹⁶ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 130.

⁹⁷ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 139.

⁹⁸ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 65.

⁹⁹ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 72.

¹⁰⁰ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 143.

¹⁰¹ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 69

obra na família urbana, reduzindo-se, assim, o número de filhos por casal¹⁰², o que também foi fortemente afetado pelo uso de contraceptivos, que deram possibilidade de controle e escolha acerca da reprodução¹⁰³. Ademais, houve o aumento do papel Estado na educação das crianças e o fortalecimento do capitalismo, fatores que, somados, propulsionaram o surgimento da família moderna¹⁰⁴. Como consequência, “de certa forma, a necessidade de consumo, pela célula familiar, impulsionou a mulher no mercado de trabalho”, o que foi essencial à modificação do papel feminino no âmbito familiar, devido ao surgimento de uma possibilidade de contribuição financeira feminina, o que, por sua vez, “traduz-se em um passo em direção à igualdade”¹⁰⁵. Ou seja:

O acesso das mulheres ao mercado e à atividade remunerada fora do lar garantiram-lhes um (sic) recuperação da defasagem social, na qual se encontravam há vários séculos. Antes dominada e praticamente submissa (dada a ausência de autonomia financeira), o acesso ao salário e o exercício de uma atividade que se desenrola fora do lar, aumentaram consideravelmente sua autonomia¹⁰⁶.

O motivo para tanto, de acordo com Friedrich Engels, reside no fato de que

(...) a emancipação da mulher e sua equiparação ao homem são e continuarão sendo impossíveis enquanto ela permanecer excluída do trabalho produtivo social e confinada ao trabalho doméstico, que é um trabalho privado. A emancipação da mulher só se torna possível quando ela pode participar em grande escala, em escala social, da produção e quando o trabalho doméstico lhe toma apenas um tempo insignificante. Essa condição que só pode ser alcançada com a grande indústria moderna, que não apenas permite o trabalho da mulher em grande escala, mas até o exige (...) ¹⁰⁷.

Felipe Klein, valendo-se de outra perspectiva, aborda a temática pela perspectiva dos movimentos sociais e da agitação popular, que, somados ao aumento da industrialização no século XIX e à eclosão da Primeira Guerra Mundial,

¹⁰² CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 72-74.

¹⁰³ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 143.

¹⁰⁴ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 72-74.

¹⁰⁵ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 74-75.

¹⁰⁶ ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea – uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, apud CARDOSO. p. 75

¹⁰⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder; Aparecida Maria Branches. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014. p. 198

“influíram decisivamente para alteração do Direito Civil europeu e, por consequência, do ordenamento jurídico pátrio”. Dessa forma, “esses fatores, de forma conjugada, determinaram a necessidade do Estado de intervenção na economia e, portanto, na esfera privada dos cidadãos” ¹⁰⁸.

Assim sendo, com base em qualquer que seja o ponto de vista, observa-se que as alterações ocorridas no núcleo familiar a partir da primeira metade do século XX, além da redução da prole e do ingresso da mulher no mercado de trabalho, propiciaram mais uma mudança essencial: a transformação da “própria visão de família”, deixando de ser mero contrato e passando a ser instituição¹⁰⁹. Tal olhar institucionalista acerca do casamento, por sua vez, acaba por “considerar a família como tendo este conjunto de princípios e regras ligadas ao Direito Público” ¹¹⁰. Isto é:

No cenário da década de 1930, a família mostrou-se não mais como uma célula produtiva, imóvel. Foi necessário repensar as estruturas que embasavam (sic) o grupo verificando alterações que refletem hodiernamente na concepção familiar (...). Enfim (...), com base na ingerência estatal nas relações interprivadas, construía-se uma visão familiar mais igualitária ¹¹¹.

Nesse ponto, Felipe Klein sustenta que o grupo familiar numeroso – aquele que visava permitir a manutenção da mão de obra para o trabalho rural e que tinha o matrimônio como elemento de institucionalização do domínio marital sobre a mulher, sustentado por um vínculo social, religioso e jurídico – cede espaço para a família nuclear, composta basicamente pela “tríade pai-mãe-filho” ¹¹². Este modelo familiar recém surgido, no qual o “casamento perde seu caráter transpessoal, dando lugar à realização íntima dos cônjuges” ¹¹³, também tem como característica ser multiforme

¹⁰⁸ KLEIN, Felipe Pastro. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 122

¹⁰⁹ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 76.

¹¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 44.

¹¹¹ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 77

¹¹² VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito de UFMG, 1980, apud KLEIN, 2004. p. 143.

¹¹³ KLEIN, Felipe Pastro. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 143.

e independente de vínculos jurídicos. Ao contrário, vai ao encontro do afeto e da construção individual de cada um de seus membros ¹¹⁴, incluindo-se aqui os filhos, cuja relação com os pais também sofreu profunda mudança, impulsionada pela escolarização¹¹⁵, propiciada por esse novo modelo estatal.

Paralelas à evolução social e familiar, gradativas alterações legislativas foram sendo feitas, como, entre outras, a conquista do direito de voto feminino¹¹⁶ e a expressa proteção estatal à família¹¹⁷ na Constituição de 1934¹¹⁸ – Carta, aliás, significativa para o Direito de Família, visto que também consolidou “o dever de todos (e não apenas dos homens) de prover a própria subsistência de sua família”¹¹⁹. Ademais – a despeito da falta de inovação constitucional e do conservadorismo acerca da matéria nas Constituições de 1937, 1946 e 1967¹²⁰ –, em 1962, com a edição da Lei nº. 4.121¹²¹, que dispôs sobre a situação jurídica da mulher casada, importante passo foi dado em direção à igualdade entre os gêneros, mitigando-se a incapacidade jurídica da mulher e, logo, sua inferiorização em relação ao homem¹²². Mais ainda, em 1977, foi promulgada a Lei nº. 6.515¹²³, garantindo-se, ainda que de

¹¹⁴ KLEIN, Felipe Pastro. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 149.

¹¹⁵ KLEIN, Felipe Pastro. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 144-145.

¹¹⁶ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 75.

¹¹⁷ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 80.

¹¹⁸ 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: 25 nov. 2016.

¹¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 43.

¹²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 43-44.

¹²¹ BRASIL. **Lei nº. 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Disponível em Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm > Acesso em: 25 nov. 2016.

¹²² TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf> >. p. 03. Acesso em: 18 out. 2016.

¹²³ BRASIL. **Lei nº. 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016,

forma limitada, o direito ao divórcio¹²⁴, o que constituiu o primeiro passo para o reconhecimento jurídico de novos tipos de família, tais como as constituídas por uniões de fato posteriores ao divórcio e as de pais divorciados com seus filhos¹²⁵. Também, mais recentemente houve a promulgação da Lei nº. 8.971/94¹²⁶, fundamental ao regular o direito do companheiro a alimentos e à sucessão, bem como da Lei nº. 9.278/96¹²⁷, a qual disciplinou o instituto da união estável¹²⁸.

Ou seja, a edição de leis esparsas – como parte de um processo de descodificação – foi primordial para escancarar a “incapacidade do Código Civil de 1916 na tutela das situações reais”¹²⁹ e para que fosse possível a superação da visão positivista do Direito, a fim de “tutelar situações de fato não amparadas pela teia da judicialização”¹³⁰. É nesse contexto – impulsionada pela possibilidade de dissolução do casamento, pelo controle procriacional e pelo equilíbrio financeiro entre os cônjuges¹³¹ – que surge a Constituição Federal de 1988, “como resposta social às necessidades dos indivíduos, até então excluídos da tutela jurídica”. Isto é, ainda que a família permaneça como base da sociedade, ela tem sua essência alterada para que se apresente “de modo convergente com o Estado Social Democrático, tendo como princípio fundamental o da dignidade da pessoa humana”¹³², que, por sua vez, é acompanhado de perto pelos princípios da igualdade e da

¹²⁴ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 84.

¹²⁵ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 85.

¹²⁶ BRASIL. **Lei nº. 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

¹²⁷ BRASIL. **Lei nº. 9.278**, de 10 de maio de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

¹²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 37.

¹²⁹ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2p. 90.

¹³⁰ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 88.

¹³¹ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 149.

¹³² CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 91.

liberdade de autodeterminação e escolha da entidade familiar¹³³. Em síntese, como observou Simone Cardoso ao mencionar Pietro Perlingieri: “Admite-se a pluralidade de formas, superando-se o modelo rígido patriarcal e transpessoal, altamente centrado no patrimônio. Afloram novos modelos, onde o afeto ganha relevância jurídica”¹³⁴.

Importante ressaltar que “o conjunto de mudanças dentro do espaço familiar não significou, nem quer significar, a degradação do matrimônio, ou da família”, mas simplesmente a “superação do modelo excessivamente rígido e excludente que se operou no século XIX”. Assim, “toda a alteração na estrutura social e, por consequência, axiológica do sistema trouxe ao universo jurídico” novos elementos em matéria de família, dentre eles, o afeto¹³⁵:

Houve uma alteração do papel do afeto dentro da comunidade familiar. Enquanto na família patriarcal sua presença era presumida (...), na família eudemonista, talvez seja a *affectio* um dos elementos de maior relevância para a formação e continuidade do vínculo familiar¹³⁶.

Percebe-se, portanto que aquela família burguesa “transpessoal hierarquizada e matrimonializada alterou-se em estrutura e substancia, mediante os avanços sociais e a nova disciplina de suas relações no âmbito do sistema jurídico”, de forma que atualmente, “a família extrapola os limites impostos por qualquer moldura solidificada pela codificação, seja ela oitocentista ou atual”¹³⁷. Para tanto, foi essencial a evolução do papel estatal, enquanto Estado Social Democrático de Direito, o que foi consubstanciado com a vigência da Constituição Federal de 1988, a qual possibilitou a constitucionalização do Direito Civil¹³⁸ e do próprio conceito de família e das relações familiares. Em outros termos:

¹³³ KLEIN, Felipe Pastro. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 150-151.

¹³⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, apud CARDOSO, 2004. p. 91.

¹³⁵ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 101.

¹³⁶ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando os fundamentos o Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, apud CARDOSO, 2004. p. 102

¹³⁷ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 102-103.

¹³⁸ A constitucionalização do Direito Civil está inserida no contexto da supremacia da norma constitucional sobre a estrutura do Direito Civil Clássico, individualista e patrimonialista. Mais ainda,

Inicia-se, no período pós (Segunda Grande) guerra, um processo de alteração do objeto das normas, antes em torno do sujeito de direito, para uma maior tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, com a introdução nas cartas constitucionais de normas destinadas à realização em concreto de um mínimo social, tendo uma vinculação maior com o efetivo desenvolvimento dos deveres atinentes a um Estado Social almejado. As Constituições avocam normas, regras e estatutos anteriormente regulados exclusivamente pelo Direito Privado, delimitando, assim, a autonomia privada (...)¹³⁹.

Os valores patrimoniais oitocentistas rígidos e fechados foram, pois, cedendo espaço à dignidade da pessoa humana e à pluralidade de entidades familiares, de modo que a cooperação mútua entre os integrantes da família e o conteúdo desta instituição passam a ser mais relevantes do que sua forma¹⁴⁰. “Assim, o conceito de família restou flexibilizado, indicando que seu elemento formador precípua é, antes mesmo do que qualquer fator genético, o afeto”¹⁴¹. Nesse sentido, reconhece-se, hoje, um “contorno familiar sem molduras rígidas, sendo o espaço do lar um lugar de afeto e de realização”, evidenciando o fato de que a tutela jurídica recebida pela instituição familiar corresponde claramente aos valores sobre os quais se assenta o sistema jurídico vigente, assentando-se sobre a compreensão socioeconômica e cultural do contexto histórico de cada época. Dessa forma, atualmente, fez-se imperiosa a “repersonalização das relações familiares, no sentido de colocar as normas (...) em consonância com a estrutura axiológica estabelecida em 1988”¹⁴², a fim de adequá-las às necessidades sociais.

relaciona-se com a democracia enquanto fundamento de legitimidade do ordenamento jurídico, o que enseja a prevalência da Constituição, bem como a máxima eficácia do texto constitucional, visto ser a “expressão mais sincera das profundas aspirações de transformação social”. Nesse sentido, a “funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades superiores consagradas na Constituição, tal como se observa, por exemplo, na instrumentalização da família ao livre desenvolvimento de seus membros (...), tornou-se uma consequência necessária do respeito obrigatório à hierarquia das fontes”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.9, nº 29, p. 223-258, jul./dez. 2006. p. 235. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_seus.pdf> Acesso em: 24 nov. 2016.

¹³⁹ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 123.

¹⁴⁰ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 103-105.

¹⁴¹ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. In: DIAS, Maria Benice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 281.

¹⁴² CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 19-20.

Em outras palavras, pode-se dizer que “houve deslocamento do foco, elegendo o homem, no sentido existencial como centro do ordenamento”¹⁴³, e, para tanto, foi essencial o papel da atual Constituição Federal – enquanto “norma balizadora dos parâmetros existenciais de família”¹⁴⁴ – no que tange ao abandono do patrimonialismo presente no Código Civil de 1916¹⁴⁵. Dessa forma, para Giselda Hironaka,

A Constituição da República de 1988 reescreveu o Direito de Família no Brasil (e não só ele), retirando do Código Civil de 1916 e demais normas a centralidade do sistema de Direito Civil, posto incorporar no texto constitucional os valores normativos e comandos precisos que passaram a informar o Direito pós-1988, permitindo (quicá exigindo) que os problemas humanos e suas regulações ordinárias fossem e sejam interpretados à luz da Constituição, e não o contrário¹⁴⁶.

Assim, percebe-se que, em seus artigos, a Carta Magna “dispõe sobre a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, reconhece a união estável entre homem e mulher – o que, recentemente, foi estendido judicialmente aos casais homoafetivos¹⁴⁷ –, destaca a “igualdade entre homem e mulher em relação aos direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal” e, entre outros, “inova ao não vincular o casamento à instituição de família”¹⁴⁸. Isso não quer dizer, todavia, que não haja previsão expressa a respeito de modelos familiares na Constituição¹⁴⁹. Ocorre que estes – os quais constituem a família matrimonializada, a família formada pela união estável e a família monoparental – não são exaustivos. Ou seja, “o princípio da dignidade humana e seus vetores

¹⁴³ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 45.

¹⁴⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 39.

¹⁴⁵ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 51.

¹⁴⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 45

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em: 18 out. 2016.

¹⁴⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 46.

¹⁴⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 57.

integrativos como a liberdade, igualdade, pluralismo/alteridade, afetividade, entre outros” garantem a existência de outros “arranjos familiares implicitamente abarcados no texto constitucional, carecedores de igual proteção do Estado”¹⁵⁰, tal como a família homoafetiva e a família mosaico – esta composta pela junção de famílias anteriormente já formadas¹⁵¹.

O Novo Código Civil de 2002, por sua vez, para Hironaka, “consolidou o processo de abertura do sistema de Direito Civil, já iniciado pela Constituição (...) e por todas as normas anteriores e acima citadas, que, a passos lentos, flexibilizaram a cerração do sistema agora ultrapassado”. Destaca-se, nesse ponto, a instituição, pelo Novo Código, da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, bem como sua influência na edição de leis posteriores, tais como a Lei nº. 11.340/06¹⁵² – conhecida como Lei Maria da Penha – e a Lei nº. 11.698/08¹⁵³, cujo conteúdo versa a respeito da guarda compartilhada¹⁵⁴. Todavia, não se olvida a manutenção do caráter patrimonialista de sua estrutura¹⁵⁵, bem como a existência de retrocesso na aplicação de princípios constitucionais¹⁵⁶, percebido na discriminação entre as formas familiares em termos sucessórios. Nesse ponto, cita-se, exemplificativamente, a falta de previsão acerca do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente¹⁵⁷.

Tal retrocesso, contudo, não pode ser naturalmente aceito, tendo em vista que “a manutenção do viés tradicional de compreensão do fenômeno jurídico implica

¹⁵⁰ CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**, São Paulo: IBDFAM, v.1, n.1, abr./jun., 1999, apud HIRONAKA, 2015^a. p. 57.

¹⁵¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 57.

¹⁵² BRASIL. **Lei nº. 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm >. Acesso em: 25 nov. 2016.

¹⁵³ BRASIL. **Lei nº. 11.698**, de 13 de junho de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm >. Acesso em: 25 nov. 2016.

¹⁵⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 38-40.

¹⁵⁵ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioafetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 51.

¹⁵⁶ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 116.

¹⁵⁷ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 140-141.

uma apropriação do futuro pelo passado, cega à historicidade”¹⁵⁸. Afinal, entre a publicação do Código Civil de 1916 e a promulgação da Constituição Federal de 1988, passaram-se setenta e dois anos, nos quais ocorreu uma “profunda alteração na estrutura social, política e filosófica do país, a qual o Direito não pode de forma alguma ignorar”¹⁵⁹. Ao contrário, deve manter aquelas mudanças já conquistadas e evoluir no sentido de garantir o desenvolvimento da família eudemonista. Isto é, segundo esta concepção, as instituições familiares existem para o desenvolvimento pessoal do indivíduo¹⁶⁰, espelhando a noção de que este “possa buscar sua felicidade por meio da convivência familiar”¹⁶¹. Ou seja:

É no desvelo dos direitos fundamentais do Estado Social e na releitura dos institutos do Direito Civil, em especial a família, repersonalizando-a à luz da Constituição Federal (...) que se dará sentido diverso daquele oriundo do pensamento liberal burguês, traduzido em um Direito Civil clássico, expresso pela codificação privatista, de cunho excludente e ótica patrimonialista, onde o sujeito era representado nas suas titularidades e estereotipado pelos conceitos¹⁶².

Desta forma, visando sempre à “repersonalização da família enquanto constitucionalização do afeto”, Felipe Klein sustenta que “deve-se permitir a receptividade dos parâmetros contemporâneos da estrutura familiar, permitindo sob a égide da igualdade material e formal, da liberdade do ser e da dignidade (...), o encontro da esperada felicidade”, fazendo com que o Direito se aproxime do fenômeno social, de forma a tutelar adequadamente o indivíduo¹⁶³.

¹⁵⁸ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 140.

¹⁵⁹ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 116.

¹⁶⁰ VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito de UFMG, 1980, apud KLEIN, 2004. p. 144.

¹⁶¹ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias Simultâneas e Monogamia**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, 2005, Belo Horizonte. Anais do V Congresso de Direito de Família. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/9.pdf >. Acesso em: 18 out. 2016. p. 12.

¹⁶² KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 114

¹⁶³ KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 114-115.

É imperioso que se consolide, portanto, dentro da família e do direito que a regula, o dinamismo de suas relações, a personalidade de seus membros¹⁶⁴, a igualdade entre cônjuges¹⁶⁵, a busca da felicidade e das potencialidades individuais¹⁶⁶ e, de modo fundamental, a dignidade da pessoa humana¹⁶⁷. Este princípio mor – o da dignidade da pessoa humana – “é o fundamento das relações (...), campo no qual todos os demais princípios constitucionais transitam e se ordenam, entre os quais o da igualdade, liberdade, (...), afetividade, (...), tolerância, respeito, entre outros”¹⁶⁸. Dessa forma, se o conceito de família está intrinsecamente ligado ao tempo, local e modo de sua apreensão¹⁶⁹, atualmente,

(...) dizer o que a família “é” para o direito necessariamente requer que fechemos os olhos para um sem-número de fatos sociais essencialmente representativos de família, mas que por vezes não se encaixariam nas letras frias de um invólucro qualquer do Direito positivado. Daí a necessidade de que os conceitos sejam cada vez mais abertos, especialmente em matéria de família. E esse é o estágio atual de nossa codificação, o da mobilidade de suas cláusulas, da efetiva quebra daquele paradigma limitador dos conceitos, para que a dinâmica jurídica possa criar, de forma lógica, jurídica e socialmente fundamentada tantos quantos sejam necessários à solução de casos práticos¹⁷⁰.

Mais ainda:

(...) é pela dignidade que os direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade tocam e redesenham o Direito de Família, agora repersonalizado, solto das amarras do direito de castas, do privilégio, da desigualdade, do individualismo e do poder, para se prender agora ao

¹⁶⁴ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 66-68.

¹⁶⁵ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 87.

¹⁶⁶ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 282.

¹⁶⁷ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 90.

¹⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 55.

¹⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 53.

¹⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 53.

direito das pessoas, da equidade, da solidariedade, do pluralismo, enfim, da igualdade ¹⁷¹.

Portanto, uma vez estabelecido que “a concepção de família no decorrer da história sofreu constantes alterações” chegando à atualidade como um “núcleo de desenvolvimento do ser enquanto pessoa humana” ¹⁷², passa-se à análise das duas entidades familiares tratadas neste trabalho: o casamento e a união estável. Para tanto, aborda-se suas características e regras sucessórias legalmente previstas, a fim de se verificar a compatibilidade entre elas e os preceitos familiares acima expostos.

¹⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 64

¹⁷² KLEIN, Felipe Pastro. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 113.

3. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: institutos jurídicos e reflexos na ordem sucessória

Como visto, a união de pessoas com o intuito de constituir família e anterior à noção de casamento¹⁷³ hodiernamente concebida, tendo o conceito de conjunto familiar evoluído ao longo da história, paralelamente às transformações socioeconômicas mundiais. Todavia, e a despeito da mudança no entendimento de família – agora voltada para realização pessoal e a afetividade de seus membros¹⁷⁴ – as bases morais fundantes da cultura ocidental cristã fizeram-se e mantêm-se presentes na sociedade brasileira.

Desse modo, o caráter religioso do casamento foi, historicamente, essencial não apenas à sua constituição, mas também à própria conceituação de família. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, esta característica sagrada do matrimônio se repete, de forma que o casamento civil somente surge em 1891, com a elaboração da primeira Constituição republicana do país¹⁷⁵. Até então, a única forma de casamento existente era a religiosa, e, mesmo após o fim da Monarquia, sua influência persistiu na cultura e na legislação, de forma que o matrimônio permaneceu tecnicamente indissolúvel por quase um século, até a proclamação da Lei do Divórcio em 1977¹⁷⁶.

A própria “origem da palavra ‘cônjuge’”, conforme explica Maria Berenice Dias, “identifica quem está unido pelos sagrados laços do matrimônio”, derivando do latim, “donde *conjugis* quer dizer jungidos ao mesmo jugo ou ao mesmo cativoiro”, e espelhando o forte caráter intervencionista do Estado nas relações familiares¹⁷⁷. Nesse sentido, “a necessidade de demarcar os núcleos familiares como elementos estruturantes da sociedade leva o Estado a regular, à exaustão, o casamento como

¹⁷³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 761.

¹⁷⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 14.

¹⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150.

¹⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150.

¹⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 173.

forma de constituição da família”, impondo responsabilidades ao casal e regras a serem respeitadas¹⁷⁸.

Foi somente há pouco tempo, com a Constituição de 1988, que o conceito de família foi ampliado para além do casamento e da tradição religiosa católica, abarcando os vínculos monoparentais e a união estável¹⁷⁹ - e não só estes, mas também toda e qualquer unidade caracterizada por afetividade, ostensibilidade e *affectio familiae*. Ou seja, as entidades familiares mencionadas pelo constituinte, apesar de serem as mais comuns, são meramente exemplificativas, havendo outros tipos familiares implícitos abarcados pelo âmbito de abrangência do artigo 226¹⁸⁰. Esta modificação se deu como reflexo das lentas mudanças na concepção das uniões não oficializadas pelo casamento, chamadas, de forma pejorativa, de concubinato¹⁸¹. Assim, as entidades familiares foram equiparadas entre si, reconhecendo-se a juridicidade das uniões formadas por vínculo afetivo, merecendo todas a mesma proteção¹⁸², diante da inexistência de hierarquia entre elas¹⁸³. Tal reviravolta jurídica e social¹⁸⁴ não poderia, aliás, ser menos necessária, visto que mais de 1/3 das famílias brasileiras não é constituída por meio de casamento, mas sim de união estável¹⁸⁵.

Todavia, o Código Civil não acompanhou as evoluções trazidas pela Constituição, mantendo um aspecto conservador e desatualizado dos conceitos familiares, o que pode ser percebido pelo número de artigos destinados ao casamento em comparação à parca regulamentação da união estável, por

¹⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 172.

¹⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 151.

¹⁸⁰ LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf> > Acesso em: 28 nov 2016.p. 04.

¹⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 196.

¹⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 241.

¹⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 242.

¹⁸⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 763.

¹⁸⁵ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**: nupcialidade, fecundidade e migração. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf > Acesso em: 25 nov. 2016. p. 59.

exemplo¹⁸⁶. A partir disso, neste capítulo faz-se uma observação individual das espécies familiares casamento e união estável. Para tanto, são analisadas suas características básicas, tais como requisitos, formalidades – se existentes –, formação e extinção. Ademais, é feita breve explanação acerca dos regimes de bens existentes e apresentação das regras sucessórias aplicadas em cada caso, destacando-se, sobretudo, as diferenças legais entre os regimes sucessórios de casamento e união estável.

3. 1. Institutos Jurídicos do Casamento

Consoante ensina Maria Berenice Dias, “o Estado considera a família a base da sociedade”, motivo pelo qual o casamento merece tutela jurídica especial, sendo regulado por meio de regras imperativas de ordem pública¹⁸⁷. Dessa forma, “no momento em que duas pessoas resolvem constituir nova entidade familiar, há a imposição de uma série de requisitos à celebração do casamento”¹⁸⁸. Entretanto, não obstante sua importância social, “o legislador não traz qualquer definição nem tenta conceituar o que seja família ou casamento”, limitando-se a elencar os requisitos para a sua celebração e os direitos e deveres dos cônjuges, bem como disciplinar os regimes de bens adotáveis e as questões patrimoniais decorrentes da dissolução do vínculo conjugal¹⁸⁹.

Assim, a despeito de seu conceito, “o casamento gera o que se chama de estado matrimonial, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, por meio da chancela estatal”¹⁹⁰. Dele decorre, como consequência da comunhão de vida originada do casamento, uma série de efeitos jurídicos sociais, pessoais e patrimoniais entre os cônjuges e também perante terceiros, o que gera uma gama

¹⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 151.

¹⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 299.

¹⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 299.

¹⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 151.

¹⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 151

de deveres e garantias recíprocas entre os consortes¹⁹¹, espelhando o tradicional interesse público na regulação da família¹⁹². Nesse sentido, o termo “casamento tanto significa o ato de celebração como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial”¹⁹³, criando, desta forma, um “vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados”¹⁹⁴, o qual abarca desde a comunhão de afetos, até a solidariedade entre eles e frente à entidade familiar no que tange à criação dos filhos, a manutenção do lar, a subsistência da família¹⁹⁵, entre outros.

Assim, a sociedade conjugal pressupõe, por um lado, a plena comunhão de vida, a qual constitui condição de validade do casamento, indispensável para sua existência e subsistência¹⁹⁶. Por outro, gera tanto vínculo conjugal entre os cônjuges quanto vínculo de parentesco por finalidade entre um dos cônjuges e os parentes do outro. Ademais, acarreta a alteração de seu estado civil – como forma de publicização da condição pessoal em proteção a terceiros – e, dependendo do regime de bens escolhido, transformações no patrimônio dos consortes¹⁹⁷. Por fim, o casamento provoca a emancipação do cônjuge incapaz que casou antes de atingir a maioridade¹⁹⁸ e, caso desejado pelos nubentes, a troca de sobrenomes¹⁹⁹. Interessante ressaltar, nesse ponto, o afastamento da obrigatoriedade de a mulher adotar o nome do marido, ocorrido em decorrência da Lei do Divórcio e da consequente consagração da isonomia conjugal²⁰⁰.

O Código tampouco define a natureza jurídica do casamento²⁰¹, o que induz debate doutrinário acerca do tema. Para Rolf Madaleno, o casamento é ato

¹⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 234.

¹⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 152.

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 152.

¹⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.153.

¹⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.299.

¹⁹⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 73.

¹⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 153.

¹⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 236.

¹⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 153.

²⁰⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 143.

²⁰¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 72.

complexo²⁰², aproximando-se do entendimento de Dias, para quem as pessoas são livres para casar, mas, no que diz com deveres e direitos, sujeitam-se aos ‘efeitos do casamento’, que ocorrem independentemente da vontade dos cônjuges”²⁰³. Sílvio Venosa, por sua vez, sustenta que o conceito de casamento é mutável, variando de acordo com a compreensão dos fenômenos sociais, e pendulando entre o contrato e a instituição²⁰⁴. Entende, por um lado, que

O casamento amolda-se à noção de negócio jurídico bilateral, na teoria geral dos atos jurídicos. Possui características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Desse modo, por extensão, o conceito de negócio jurídico bilateral de Direito de Família é uma especificação do conceito contrato²⁰⁵.

Em contrapartida, assevera que, a despeito do caráter negocial da celebração, o casamento “sob o ponto de vista da vida em comum, direitos e deveres dos cônjuges, assistência recíproca, educação da prole” compreende inegável caráter institucional, o qual é “muito mais sociológico que jurídico”²⁰⁶. Para Venosa, portanto, “o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição”²⁰⁷. Já Maria Berenice Dias aproxima-se do primeiro conceito apresentado pelo jurista, sustentando que “talvez, a ideia de negócio de direito de família seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado”. De qualquer forma, independente da definição adotada, o importante é que “é o envolvimento afetivo que gera o desejo de constituir uma família”²⁰⁸.

Assim, o casamento, em decorrência da sua tradicional importância social, “é o ato com maior amplitude de solenidades no direito civil, no que é secundado pelo testamento. A lei procura envolvê-lo de (...) publicidade e solenidade, de molde que

²⁰² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 72.

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 154

²⁰⁴ VENOSA, Sílvio de Sálvio. A Família Conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 136.

²⁰⁵ VENOSA, Sílvio de Sálvio. A Família Conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 136.

²⁰⁶ VENOSA, Sílvio de Sálvio. A Família Conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 137.

²⁰⁷ VENOSA, Sílvio de Sálvio. A Família Conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 137.

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 154-155.

garanta sua validade” e estabilidade²⁰⁹. Aliás, a própria ligação entre casamento e religião contribui para seu formalismo²¹⁰, o qual permanece mesmo após a sua laicização. Nessa linha, cumpre ressaltar que, consoante o Código Civil, o casamento pode ser civil, realizado no Cartório de Registro Civil, ou religioso com efeitos civis²¹¹. A idade núbil, por sua vez, é 16 anos, sendo necessária, no entanto, autorização dos pais para o casamento de menores de 18 anos não emancipados²¹². Além disso, “não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo”²¹³, havendo, contudo, incapacidade matrimonial das pessoas já casadas, isto é não divorciadas, viúvas ou cujo casamento não foi, por algum motivo, anulado²¹⁴.

Ademais, para contraírem matrimônio, é necessário que os noivos abram processo de habilitação, no qual constarão certidões e declarações de duas testemunhas acerca da inexistência de impedimentos para casar, bem como o pacto antenupcial, para a definição do regime de bens, ou termo de opção pelo regime da comunhão parcial²¹⁵. Após a habilitação e atendidos os requisitos legais, “é extraído edital, a ser fixado durante quinze dias no cartório em que os nubentes têm sua residência” e publicado em jornal. Tal procedimento tem o objetivo de evitar a realização de casamento que infrinja as regras relativas a impedimentos matrimoniais e causas suspensivas²¹⁶.

Após a prévia habilitação, os nubentes poderão celebrar o casamento, isto é, o “rito de passagem para o estado de casado”, o que se constitui num ato solene e formal, cuja celebração é realizada pelo juiz de paz²¹⁷. A solenidade é pública e nela devem estar presentes a autoridade celebrante, os noivos – ou procuradores com poderes especiais –, o oficial do registro civil e duas testemunhas – as quais não

²⁰⁹ VENOSA, Sílvio de Sálvio. A Família Conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 141.

²¹⁰ VENOSA, Sílvio de Sálvio. A Família Conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 141.

²¹¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 76.

²¹² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 529.

²¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 158.

²¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 163.

²¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 165.

²¹⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 73.

²¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 166.

podem ser parentes dos noivos²¹⁸. Em seguida, conforme explica Maria Berenice Dias, “o juiz de paz pergunta aos nubentes se pretendem se casar por livre e espontânea vontade”, declarando efetuado o casamento após a confirmação dos noivos. Isto é, para a efetiva realização do ato, é imprescindível, por um lado, a manifestação de vontade dos nubentes e, por outro, a afirmação do celebrante que os declara casados²¹⁹.

É importante ressaltar que, dado seu caráter solene, todos os pressupostos citados são essenciais a fim de se garantir a existência, a validade e a eficácia do casamento, sob pena de inexistência ou até nulidade do ato²²⁰. Posteriormente à celebração, por fim, é registrado o assento no livro de registro civil das pessoas naturais, em que se anota o nome adotado pelos cônjuges, “pois qualquer um deles poderá adotar o sobrenome do outro”²²¹. O estado civil é alterado, a fim de que se garanta segurança às relações jurídicas, acarretando consequências de ordem pessoal, social e, sobretudo patrimonial, uma vez que a lei impede a prática de certos atos sem a concordância do cônjuge – nesse sentido, destacam-se a alienação de bens imóveis e a concessão de aval ou fiança, para as quais é necessária outorga uxória²²². Percebe-se, pois, que o casamento decorre de um ato jurídico complexo, como explica Paulo Lôbo:

A família matrimonializada (...) decorre de um ato jurídico complexo, o casamento, cujo suporte fático pode ser assim decomposto: atos de habilitação, solenidade de celebração, declaração de vontade dos nubentes, declaração do celebrante, registro público. Destes, o elemento nuclear é a declaração de vontade dos nubentes; sem elas, casamento não há. O termo do registro é a prova do casamento, mercê da formalidade do ato²²³.

Noutro ponto, como anteriormente mencionado, o casamento foi considerado uma “instituição sacralizada” durante séculos, o que se refletiu na sua

²¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 166.

²¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 166.

²²⁰ VENOSA, Sílvio de Sálvio. A Família Conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 138.

²²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 166-167.

²²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 169.

²²³ 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%B5es-processuais> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

indissolubilidade originalmente imposta pelo Código Civil de 1916²²⁴. Àquela época, a única possibilidade legal de se pôr fim ao matrimônio era pelo desquite, sem, no entanto, dissolvê-lo, mantendo-se o vínculo entre marido e mulher²²⁵. Paulatinamente, as novas relações formadas por indivíduos separados de fato ou desquitados – pejorativamente chamadas de concubinato – foram sendo reconhecidas, sendo que inicialmente eram tratadas juridicamente como sociedades de fato²²⁶.

Como demonstra Dias, somente por meio da Emenda Constitucional nº. 9/77²²⁷ e da promulgação da Lei nº. 6.515/77, o divórcio foi aprovado no país, ainda que com algumas limitações. O antigo desquite manteve suas características, passando a ser chamado de separação. Dessa forma, para que fosse possível o divórcio, o casal deveria, obrigatoriamente, passar cinco anos separado e, somente depois de passado o prazo, poderia pedir a conversão da separação em divórcio. Posteriormente, o prazo foi alterado para dois anos, até que, com a Emenda Constitucional nº 66/10²²⁸, a separação foi abolida juntamente com os prazos para divórcio²²⁹. Concede-se, enfim aos cidadãos, o direito fundamental a não permanecer casado²³⁰.

Assim, de acordo com o artigo 1.571 do Código Civil, a sociedade conjugal tem fim pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio²³¹. Rolf Madaleno, todavia, entende que somente há duas formas de dissolução da sociedade conjugal: a morte de um dos cônjuges e

²²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 207.

²²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 347.

²²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 207-208.

²²⁷ BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao art. 175, §1º, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm> Acesso em: 25 nov. 2016.

²²⁸ BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao art. 226, §6º, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm> Acesso em: 25 nov. 2016.

²²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 208-209

²³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 345.

²³¹ BRASIL. Lei nº. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

o divórcio²³². Interessante notar ainda que a extinção da separação judicial faz com que a própria separação de fato ponha “fim a todos os deveres, direitos e efeitos do casamento, quer pessoais, quer patrimoniais”²³³. Assim, ensina Maria Berenice Dias que há o fim do vínculo jurídico, desconstituindo-se a sociedade conjugal. Porém, é imperioso atentar para o fato de que a desconstituição do casamento não corresponde à sua dissolução, de modo que o estado civil dos cônjuges permanece sendo o de casados²³⁴. Dessa forma, uma vez que cessam os deveres de coabitação e fidelidade, assim como a presunção de paternidade dos filhos e a comunicabilidade patrimonial, os indivíduos passam a poder constituir união estável²³⁵ – mas jamais, antes de divorciados, poderão casar novamente. “O fim da vida em comum leva”, ainda “à cessação do regime de bens” e da comunicabilidade do patrimônio²³⁶.

Especificamente quanto ao divórcio, cabe ressaltar que este pode ser requerido a qualquer tempo, causando a alteração do estado civil dos cônjuges de casados para divorciados²³⁷, consistindo na materialização do direito à cessação da comunidade de vida²³⁸. Existem, nesse sentido, duas formas de divórcio: judicial e extrajudicial. Aquele pode ser feito em qualquer circunstância, mesmo que não contenciosa; este, por outro lado, somente pode proceder-se na inexistência de nascituro ou filhos incapazes²³⁹, ainda que o desejo de se divorciar seja consensual. Além disso, o primeiro dá-se por meio de ação de divórcio, cuja eficácia é constitutiva negativa²⁴⁰, já este ocorre por escritura pública, enquadrando-se no

²³² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 171.

²³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 217.

²³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 217.

²³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 217.

²³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 218.

²³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 372.

²³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 343.

²³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 228.

²⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 225.

escopo da jurisdição voluntária²⁴¹. Qualquer que seja a forma, os efeitos são os mesmos.

O casamento, pois, gera uma série de efeitos pessoais e patrimoniais, assim como direitos e deveres ao casal. Nessa linha, especialmente no que tange aos direitos patrimoniais, é essencial que se conheça os regimes de bens adotáveis pelos cônjuges, principalmente porque “o regime de bens é uma das consequências jurídicas do casamento”, não podendo este existir sem aquele²⁴². Assim, no silêncio dos noivos, o Estado escolhe por eles²⁴³, de forma que à época da edição do Código Civil de 1916, o regime legal era o da comunhão universal de bens²⁴⁴. Entretanto, as transformações sociais levaram a mudanças na sociedade matrimonial, de tal sorte que a universalidade de comunhão de bens cedeu espaço à comunhão parcial, cuja consubstanciação se deu pela Lei do Divórcio em 1977, que alterou o regime legal a ser adotado na ausência de pacto antenupcial²⁴⁵.

Atualmente, portanto, são previstos pela lei modelos de regimes que podem ser seguidos pelos cônjuges, sendo diferenciados entre si de acordo com “a inclusão ou exclusão dos bens individuais e a comunicabilidade ou não do acervo amealhado antes ou depois da união”²⁴⁶. Esses regimes, contudo, não são, em sua maioria, absolutos, de forma que “antes do casamento, devem os noivos escolher um dos regimes existentes, mesclá-los, ou, ainda, criar um modelo exclusivo”²⁴⁷ para si; também é permitida, com a observância de certos requisitos, a alteração do regime na constância do casamento²⁴⁸. Por outro lado, consoante Rolf Madaleno, é importante destacar que a autonomia da vontade do casal é relativa, porque as partes não podem modificar o pacto sem intervenção judicial, em pedido

²⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 300.

²⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 300.

²⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 300.

²⁴⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 527.

²⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Casamento e Regime de Bens**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4095/casamento-e-regime-de-bens> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

²⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 300.

²⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 300.

²⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 299.

devidamente justificado, tampouco podendo dissolvê-lo sem correspondente dissolução da sociedade conjugal²⁴⁹. Ademais:

É proibido: afrontar disposição absoluta de lei (CC 1.655); dispor sobre direito sucessório (CC 426); e sobre alimentos (CC 1.707). Nada impede, porém, que além de avenças de natureza patrimonial, sejam feitas deliberações de natureza pessoal²⁵⁰.

Mais ainda, “é o regime de bens que permite saber se existe direito à meação”²⁵¹. Nesse particular, Maria Berenice Dias explica, de forma breve, no que consistem os regimes legalmente previstos. Primeiramente, menciona-se o regime da Comunhão Universal de Bens, em que todo o acervo patrimonial dos cônjuges, “tanto o preexistente ao casamento e pertencente a qualquer” um deles quanto “tudo que for adquirido durante sua vigência” compõe um só conjunto, a ser partilhado “igualmente entre os cônjuges, no fim do casamento, a título de meação”²⁵². Excluem-se, entretanto, os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os em seu lugar sub-rogados²⁵³, as dívidas anteriores ao casamento não providas de despesas com seus aprestos²⁵⁴, assim como outros bens mencionados pela legislação.

Existe também a chamada Separação Legal de Bens, segundo a qual os bens de cada cônjuge estão separados em “duas massas patrimoniais”, sendo cada um deles “titular de seu próprio patrimônio, quer tenha sido adquirido antes ou na constância do casamento”; assim, em caso de divórcio, não há patrimônio a ser dividido²⁵⁵. Esse tipo de regime é imposto pela lei ao casal “quando um ou ambos tiverem mais de 70 anos ou quando descumprirem a recomendação legal de não casar”²⁵⁶, sendo vedada a opção por um regime diferente, o que, para Madaleno,

²⁴⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 528.

²⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 300.

²⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 301.

²⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 303.

²⁵³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 571.

²⁵⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 573.

²⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 304.

²⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 301.

afronta a dignidade humana e a própria Constituição Federal, por tratar o idoso automaticamente como incapaz de decidir sobre seu próprio patrimônio²⁵⁷.

A Separação Convencional de Bens, por sua vez, enseja divisão patrimonial nos mesmos moldes da Separação Legal, sendo, no entanto, eleita via pacto antenupcial. Isto é, por vontade das partes, “existe total independência patrimonial entre os cônjuges e ele nem nada altera a propriedade dos bens dos consortes, como tampouco confere qualquer expectativa de ganho ou disposição” sobre esses²⁵⁸. Ambos respondem, todavia, pelas dívidas contraídas em benefício da família conjugal²⁵⁹.

Em seguida, cita-se o regime da Comunhão Parcial de Bens, em que o patrimônio é dividido em três partes: “(1) os bens particulares de cada um; (2) os bens particulares do outro, adquiridos antes do casamento; e (3) os aquestos – bens comuns adquiridos após o casamento, por ambos ou qualquer dos cônjuges”; finda a união, cada um tem direito aos seus bens particulares e ainda à metade do patrimônio comum²⁶⁰. Isto é, “são incomunicáveis os bens aprestos, cuja aquisição ou propriedade antecede ao casamento e qualquer bem recebido por um dos consortes, mesmo durante o casamento, por doação ou herança” não feitas em favor de ambos²⁶¹. Não se comunicam também os bens nestes sub-rogados, até o limite do valor alcançado – comunicando-se, todavia, o excesso²⁶² – e as demais espécies de bens determinadas pelo Código Civil.

Por fim, tem-se o regime da Participação Final nos Aquestos, o qual determina a separação dos bens em cinco conjuntos; assim, antes do casamento, cada um possui os seus bens particulares, totalizando duas massas; após o casamento, surgem mais três, sendo duas formadas pelo patrimônio adquirido por cada um deles individualmente e uma formada pelos bens comuns adquiridos pelo casal. Dessa forma, ao final, “cada cônjuge fica com seus bens particulares e com a metade dos comuns” e “com relação aos bens próprios de cada um, adquiridos durante o casamento, são compensados os respectivos valores”, ou seja, “no caso

²⁵⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 552.

²⁵⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 603.

²⁵⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 603.

²⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 304.

²⁶¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 558.

²⁶² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 559

de desequilíbrio, surge o crédito de um junto ao outro”²⁶³. Para Madaleno, é regime híbrido, que gera duas fases distintas, sendo a primeira identificada com o regime da separação total de bens e a segunda, decorrente da dissolução do matrimônio, relacionada à comunhão parcial de bens²⁶⁴. Os optantes por essa espécie detêm independente administração do seu patrimônio pessoal, podendo, inclusive, haver disposição acerca da livre disposição de bens imóveis²⁶⁵.

Dessa forma, tal como o que foi anteriormente exposto, os cônjuges podem optar pela elaboração de pacto antenupcial – o qual deverá ser formalizado por escritura pública, sob pena de nulidade²⁶⁶ –, a fim de regular sua vida enquanto casal, sobretudo no que tange ao regime de bens. Podem, inclusive, adotá-lo como forma de planejamento sucessório, desde que respeitados os limites legais. Aliás, dentre todas as consequências jurídicas do casamento, uma das mais significativas é justamente a garantia de direitos sucessórios, decorrente da morte de um dos cônjuges²⁶⁷, o que é analisado em tópico próximo.

3.2. Institutos Jurídicos da União Estável

A despeito da reprovação da sociedade tradicional, conservadora e religiosa, às relações afetivas extramatrimoniais, seu surgimento não pôde ser coibido²⁶⁸. Existiam então, como visto acima, as relações denominadas de concubinato, posteriormente consideradas sociedade de fato, como primeiras tentativas de regulação das divisões patrimoniais entre indivíduos não casados. A propósito, concubinato, historicamente, consistiu em “união informal, marginal”, tendo a evolução em favor do reconhecimento de direitos se dado de forma lenta e gradual²⁶⁹. As primeiras transformações jurídicas no sentido de se reconhecer tais

²⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 304.

²⁶⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 591.

²⁶⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 591.

²⁶⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Casamento e Regime de Bens**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4095/casamento-e-regime-de-bens> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

²⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 165.

²⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 240

²⁶⁹ OLIVEIRA, Euclides. Distinção entre União Estável, Concubinato e Sociedade de Fato. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 181-182.

relacionamentos foram aplicadas ainda no século XIX pelo direito francês, pioneiro ao considerá-las sociedades com caráter econômico e obrigação natural e a conceder “promessas e vantagens à ex-concubina” em caso de rompimento do vínculo²⁷⁰. Instalou-se assim, segundo Rodrigo Pereira, uma nova concepção jurídica para o concubinato, deslocando-se sua regulamentação do campo obrigacional²⁷¹ para o familiar.

Já no ordenamento brasileiro, especificamente no Código Civil de 1916, não existia qualquer regulação pessoal ou patrimonial dessa forma de convivência extraconjugal, o que somente passou a ser considerado por leis previdenciárias e fiscais esparsas, as quais começaram, pouco a pouco, a considerá-la no que tangia à dependência de segurados²⁷². Posteriormente, construiu-se judicialmente a ideia da sociedade de fato²⁷³, almejando a regulamentação de situações patrimoniais, tais como aquisição de bens a partir de esforço conjunto do casal e sua eventual divisão em caso de dissolução da vida comum²⁷⁴. Atenta-se, contudo, para o fato de que não havia direito à meação, mas apenas a “certo percentual equitativo, de acordo com o grau de esforço de cada um dos sócios de fato, em relação ao patrimônio formado”²⁷⁵. A Constituição de 1988, nesse sentido, foi de fundamental importância ao retirar o foco do casamento e introduzir o termo entidade familiar, ampliando o conceito de família e concedendo juridicidade a novas situações não matrimoniais, que passaram a ser tuteladas pelo Estado²⁷⁶. Assim, “as uniões de fato entre um

²⁷⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 196.

²⁷¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 196.

²⁷² OLIVEIRA, Euclides. Distinção entre União Estável, Concubinato e Sociedade de Fato. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 184.

²⁷³ Nesse sentido, a título exemplificativo, veja-se o AI 108313 AgR, assim ementado: - Não discrepa da súmula 380 acórdão que conclui: Concubina. Participação nos bens do amásio. Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens. Confessada pelos herdeiros do amásio a existência da sociedade, deve-se julgar procedente a ação. A procedência, porém, não implica, necessariamente, em atribuir à autora 50% dos bens. Se os fatos e circunstância da causda (sic) evidenciam uma participação societária menor, deve-se atribuir um percentual condizente com a contribuição. Agravo Regimental improvido. Súmulas 279 e 291. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 108313/RJ. Agravante: Antonio Picoroni. Agravado: Espólio de Francisco Vilela. Relator: Min. Cordeiro Guerra. 18 fev. 1986. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=272860> >. Acesso em: 24 nov. 2016.

²⁷⁴ OLIVEIRA, Euclides. Distinção entre União Estável, Concubinato e Sociedade de Fato. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 186.

²⁷⁵ OLIVEIRA, Euclides. Distinção entre União Estável, Concubinato e Sociedade de Fato. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 186.

²⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 240.

homem e uma mulher foram reconhecidas como entidade familiar, com o nome de união estável”²⁷⁷.

Todavia, a proteção constitucional dada à união estável não surtiu efeitos imediatos nos tribunais, de forma que foi necessária a edição de leis infraconstitucionais para regulá-la²⁷⁸. Nessa linha, a primeira foi a Lei nº. 8.971/94, a qual estabeleceu “requisitos de ordem pessoal e o prazo mínimo de cinco anos de convivência (salvo se houvesse prole) para reconhecimento de união estável, dispondo sobre os direitos de companheiros a alimentos, sucessão (...) e meação”²⁷⁹. Posteriormente, foi editada a Lei nº. 9.278/96, pela qual a união estável passou a ser definida pela “convivência pública, contínua e duradoura de homem e mulher, com o propósito de constituir família”; ademais, estabeleceu direitos e deveres dos companheiros, tratou dos alimentos em caso de rescisão da união estável, da meação dos bens adquiridos na vigência da união e a título oneroso, assim como acrescentou “o direito de habitação do companheiro no plano da sucessão hereditária e a conversão da união estável em casamento por requerimento ao Oficial do Registro Civil, além de apontar a competência do juízo da Vara de Família” em caso de conflito entre os conviventes²⁸⁰.

Tais leis, conforme Dias, não estabeleceram diferenças significativas entre as entidades familiares, regulamentando a união entre companheiros de forma a preencher os requisitos almejados pela Constituição²⁸¹. Em outras palavras, regularam a matéria de modo muito mais coerente com a realidade do que a atual legislação²⁸². A primeira delas, por exemplo, em que pese excluir relações formadas por separados de fato – o que foi modificado pela segunda –, incluiu o companheiro

²⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 240.

²⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 240-241.

²⁷⁹ OLIVEIRA, Euclides. Distinção entre União Estável, Concubinato e Sociedade de Fato. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 187-188.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Euclides. Distinção entre União Estável, Concubinato e Sociedade de Fato. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 187-188.

²⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 241.

²⁸² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Decisão comentada – concorrência sucessória do companheiro. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.7, páginas sem numeração, jan./fev. 2015.

na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo²⁸³. Com a elaboração do Novo Código Civil, entretanto, as mencionadas leis especiais cederam espaço às disposições codificadas²⁸⁴. Dessa forma, consoante o artigo. 1.723 do referido diploma legal “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”²⁸⁵.

Percebe-se, pois, que a lei civil reconhece a qualidade de entidade familiar prevista pela equiparação constitucional. Todavia, “de forma retrógrada e equivocada, outorgou à união estável tratamento notoriamente diferenciado”, privando os companheiros de direitos que são exclusivos aos cônjuges²⁸⁶. Isto é, a despeito de tanto união estável quanto casamento serem modos de constituição de família, ambos, conforme o tratamento dado pelo Código Civil, distinguem-se tanto na sua formação quanto nos seus efeitos jurídicos²⁸⁷.

Dessa forma, para que se possa analisar as diferenças entre as entidades em questão, é necessário observar, inicialmente, as características da união estável. Em primeiro lugar, de acordo com Paulo Lôbo, a união estável, a partir da Constituição de 1988, passou a ser considerada um fato jurídico lícito, visto que, diferentemente do casamento, não é constituída por um ato jurídico formal²⁸⁸. Ao contrário, decorre de “situações de fato, a que o direito confere reconhecimento”. Isto é, esta forma de entidade familiar nasce da convivência entre os companheiros, o que, de acordo com Lôbo, configura ato-fato jurídico.

Por ser ato-fato jurídico, a união estável não necessita de qualquer manifestação ou declaração de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas

²⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 241.

²⁸⁴ OLIVEIRA, Euclides. Distinção entre União Estável, Concubinato e Sociedade de Fato. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 188.

²⁸⁵ BRASIL. Lei nº. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

²⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 241-242.

²⁸⁷ OLIVEIRA, Euclides. Distinção entre União Estável, Concubinato e Sociedade de Fato. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 190.

²⁸⁸ 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%B5es-processuais> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converte-se em relação jurídica²⁸⁹.

Em outros termos, tanto união estável quanto casamento “são estruturas de convívio que têm origem em um elo afetivo”, havendo divergência, no entanto, no seu modo de constituição; assim, “enquanto o casamento tem seu início marcado pela chancela estatal, a união estável não tem um termo inicial estabelecido”, originando-se da “consolidação do vínculo de convivência (...), do entrelaçamento de vidas e do embaralhar de patrimônios”²⁹⁰. Assim, em não havendo contornos precisos, para que haja seu reconhecimento, a lei demanda que seja dada notoriedade à relação, ou seja a “publicidade deve existir no meio social frequentado pelos companheiros, no intuito de afastar relacionamentos (...) em que os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de ‘como se casados fossem’”²⁹¹. Nessa linha, a relação não pode ser “efêmera, circunstancial”, devendo ser prolongada no tempo, ainda que não haja a estipulação de lapso temporal mínimo para sua formação. Exigem-se, nesses termos, durabilidade e continuidade do vínculo – o qual deve ter como intuito a constituição de família²⁹² – sem, no entanto, ser obrigatória a convivência sob o mesmo teto para sua configuração²⁹³.

Nesse sentido, a entidade é configurada pela existência de convivência pública, contínua e duradoura, independente da coabitação, desde que os conviventes “se comportem, nos espaços públicos e sociais, como se casados fossem”²⁹⁴. Dessa forma, a estabilidade – a qual se presume existente no casamento – nem sempre é facilmente perceptível na união estável, mas em geral “decorre da conduta fática e das relações pessoais dos companheiros, sendo presumida quando conviverem sob

²⁸⁹ 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%ADlico-e-suas-repercuss%C3%B5es-processuais> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

²⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 243.

²⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 245.

²⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 245.

²⁹³ 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%ADlico-e-suas-repercuss%C3%B5es-processuais> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

²⁹⁴ 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%ADlico-e-suas-repercuss%C3%B5es-processuais> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

o mesmo teto ou tiverem filho”²⁹⁵. Ademais, é essencial a presença do objetivo de constituir família, o que é apurado objetivamente em caso de conflito judicial; ou seja, “ainda que os (...) conviventes declarem expressamente, em algum ato jurídico, que não desejam constituir família, a natureza desta será apurada (...) ante as circunstâncias fáticas”²⁹⁶. Não há, portanto, um conceito preciso e limitado de união estável, devendo este ser buscado a partir dos elementos caracterizadores de um núcleo familiar em que haja o propósito de se estabelecer uma vida conjugal em comum²⁹⁷. A respeito do tema, afirma Rodrigo Pereira:

A sua configuração está atrelada a elementos subjetivos (vontade de constituir família e envolvimento recíproco) e objetivos (convivência que perdura no tempo, em caráter contínuo). Contudo, a partir da ideia central de que é a relação amorosa, conjugal, podemos apontar como elementos que integram (...) a união estável, a durabilidade da relação, a existência de filhos, a construção patrimonial em comum, *affectio societatis*, coabitação, felicidade, notoriedade, comunhão de vida, enfim, tudo aquilo que faça o relacionamento parecer um casamento, ou melhor, que esteja aí caracterizado um núcleo familiar²⁹⁸.

Nota-se, destarte, que a união estável é fundada pela existência de um vínculo afetivo, cuja visibilidade a torna merecedora de tutela jurídica enquanto entidade familiar, visto que a relação produz efeitos de ordem pessoal e patrimonial; “daí serem a vida em comum e a mútua assistência apontadas como seus elementos caracterizadores”²⁹⁹. Ademais, qualquer um dos conviventes pode adotar o nome do outro, à semelhança do que ocorre no casamento³⁰⁰. Quanto a seus efeitos patrimoniais, Maria Berenice Dias demonstra que se assemelham aos do casamento, incidindo o regime da comunhão parcial de bens no caso de silêncio dos conviventes³⁰¹. Assim, em se mantendo o regime legal, os companheiros serão materialmente equiparados aos cônjuges, “devendo ser partilhado (sic) por metade,

²⁹⁵ 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%B5es-processuais> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

²⁹⁶ 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%B5es-processuais> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

²⁹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 199.

²⁹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 199.

²⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 246.

³⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 247.

³⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 251.

(...), ao tempo da dissolução do vínculo, os bens amealhados na constância do relacionamento”³⁰². Presume-se, pois, que foram adquiridos por mútua colaboração, transformando-se em propriedade de ambos e devendo ser partilhados por metade em caso de dissolução do vínculo³⁰³. Isto é, “o fato de o patrimônio figurar como de propriedade de um não afasta a cotitularidade do outro (...), ressalvadas as exceções legais de incomunicabilidade”³⁰⁴.

Porém, uma vez que a união estável não tem o condão de alterar o estado civil dos companheiros, certa insegurança jurídica é gerada, ainda que, em juízo, não se possa omitir o estado de convivente³⁰⁵. Desse modo, há o surgimento de um estado de mancomunhão no que tange aos bens adquiridos na constância da união; todavia, o companheiro que se desfizer de bem em seu nome, sem autorização do outro, pratica ato eficaz – isto é, pode haver ressarcimento ao convivente prejudicado, mas não a desconstituição do negócio³⁰⁶. Nesse particular, explica Rolf Madaleno que o assentimento do companheiro deveria ser exigido para a alienação de bem imóvel – à semelhança do que ocorre com o cônjuge –, entretanto, a lei deixou de regular tal situação, deixando o convivente desamparado perante a fraude cometida por seu parceiro ao vender bem comum³⁰⁷. Logo, para imóveis não condominiais, há liberalidade dos conviventes na disposição de seus bens particulares e comuns³⁰⁸, de forma que, no caso de companheiro que vive em regime diferente do da separação obrigatória de bens e vende um bem sem autorização do outro, será caracterizada a boa-fé do terceiro que desconhecer a existência da união estável³⁰⁹, convalidando-se o negócio em detrimento do convivente logrado³¹⁰. Ou seja, “a união estável confere aos conviventes apenas um

³⁰² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 811.

³⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 252-253.

³⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 252.

³⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 246.

³⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 246-247.

³⁰⁷ MADALENO, Rolf. **A fraude material na união estável e conjugal**. Disponível em: < <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=46> > Acesso em: 03 dez. 2016.

³⁰⁸ MADALENO, Rolf. **A fraude material na união estável e conjugal**. Disponível em: < <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=46> > Acesso em: 03 dez. 2016.

³⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 220.

³¹⁰ MADALENO, Rolf. **A fraude material na união estável e conjugal**. Disponível em: < <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=46> > Acesso em: 03 dez. 2016.

direito pessoal ao patrimônio amealhado na constância da união estável, enquanto no casamento este direito é real”, o que decorre do fato de não existir registro público do condomínio dos companheiros, cabendo, portanto, ao legislador encontrar mecanismos para inibir a fraude na venda de bens da massa patrimonial da união estável³¹¹, a fim de mitigar tal discrepância entre a regulação de ambos os institutos.

Noutro aspecto, há a possibilidade de os companheiros firmarem contrato de convivência – o qual se assemelha ao pacto antenupcial – estipulando o regime que mais lhes aprouver³¹², a qualquer tempo e deliberando acerca de decisões que podem ser de cunho patrimonial ou pessoal³¹³. Tal contrato não tem poder de criar uma união estável, a qual necessita preencher os requisitos previstos no art. 1.723 para se configurar, mas é forte indício de sua existência³¹⁴, agregando-lhe, a despeito de sua informalidade característica, cunho oficial³¹⁵. Ademais, diferentemente do pacto antenupcial – cuja alteração no regime de bens demanda ação judicial e comprovação do motivo –, o contrato de convivência pode ser modificado a qualquer tempo, imotivadamente, por instrumento público ou particular³¹⁶. Atenta-se, contudo, para o fato de ser nebuloso o tema da concessão de efeito retroativo às alterações, tanto no caso de pacto antenupcial na conversão de união estável em casamento quanto na própria concessão de efeitos pretéritos ao contrato de convivência³¹⁷, não sendo, em princípio, permitida. Importa afirmar ainda que as cláusulas contratuais não podem contrapor disposição absoluta de lei, sob pena de nulidade³¹⁸.

Noutro ponto, a formalização e, em contrapartida, a extinção da união estável podem ser feitas extrajudicialmente por escritura pública e também reconhecidas por

³¹¹ MADALENO, Rolf. **A fraude material na união estável e conjugal**. Disponível em: < <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=46> > Acesso em: 03 dez. 2016.

³¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 251.

³¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 256.

³¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 256.

³¹⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 799

³¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 256-257.

³¹⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 802.

³¹⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 800.

sentença judicial³¹⁹. Observa-se que, diferentemente do que ocorre no casamento – o qual é “minunciosamente disciplinado pela legislação civil” – a união estável caracteriza-se pela informalidade, só ocorrendo interferência judicial na sua extinção e caso haja provocação das partes³²⁰. Nesse caso, caberá a interposição de ação de reconhecimento de união estável, a qual terá caráter declaratório³²¹, a fim de verificar a incidência ou não dos efeitos de ordem social, jurídica e econômica da convivência³²². Caso contrário, o simples término fático do convívio basta para extingui-la, sendo desnecessária qualquer interferência estatal³²³.

Por fim, ressalta-se que a Constituição determina a facilitação da conversão de união estável em casamento, o que não foi atendido pelo Código Civil, o qual determina, além do registro civil, a interferência judicial nesses casos, burocratizando o processo³²⁴. Atenta-se, apenas, ao fato de que a união estável, “embora pressuponha a ausência de impedimento matrimonial” entre os conviventes³²⁵ pode ser reconhecida mesmo que um ou ambos os companheiros sejam separados de fato³²⁶, não podendo, todavia, nesses casos, ser feita a sua conversão antes de procedido o divórcio. De qualquer forma, para Rodrigo Pereira, esta possibilidade de conversão tem pouca utilidade, visto que, em sendo desejo das partes, o casamento pode ser feito pelo procedimento comum; sua vantagem residiria nos casos em que há interesse na retroatividade da data do casamento à data de início da união estável³²⁷. Diga-se ainda que, ao sinalizar tal facilitação, a Constituição não está, de modo algum, “estabelecendo hierarquia, precedência ou preferência entre essas duas formas de constituição de família”, o que iria de

³¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 265.

³²⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 94.

³²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 263.

³²² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95.

³²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 251.

³²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 262.

³²⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 777.

³²⁶ OLIVEIRA, Euclides. Distinção entre União Estável, Concubinato e Sociedade de Fato. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 191.

³²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 211.

encontro com o fundamento “liberal, igualitário, solidário e democrático da Carta Magna”³²⁸.

A partir do exposto, observa-se que “o casamento é o parâmetro usado para regulamentar os efeitos patrimoniais da união estável”, em uma nítida tentativa de aproximação das duas entidades, de forma que “os bens adquiridos na constância da relação, a título oneroso, pertencem a ambos os conviventes, devendo, por isso serem (sic) partilhados, seja pela dissolução em morte ou em vida”³²⁹. Todavia, especificamente quanto aos termos sucessórios, tal desejo de proximidade entre união estável e casamento foi deixado de lado pela legislação, conforme se vê a seguir.

3.3. Regimes sucessórios legais: discrepante regulação de união estável e casamento

Em primeiro lugar, antes de adentrar no tema específico das diferenças legais entre casamento e união estável, é interessante apresentar certos esclarecimentos. Nesse sentido, destaca-se que a herança – “bem jurídico composto pela universalidade de relações patrimoniais transmitidas pelo morto”³³⁰ – não se confunde com a meação – “direito próprio, titularizado pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente”, a qual não será objeto de transmissão sucessória³³¹, porquanto preexiste à morte a depender do regime de bens³³². No que tange especificamente à herança, cumpre dizer que a morte do indivíduo gera a abertura da sucessão, com a “transmissão imediata e automática de todas as suas relações jurídicas e patrimoniais, ativas e passivas”³³³, calculando-se a legítima – parte equivalente à metade dos bens da herança e destinada, obrigatoriamente, aos herdeiros

³²⁸ VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 522.

³²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 218.

³³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 66.

³³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 67.

³³² VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 531.

³³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 105.

necessários³³⁴ – sobre o valor dos bens existentes neste momento, isto é, na abertura da sucessão³³⁵.

No que toca aos herdeiros necessários, diz o Código Civil em seu art. 1.845: “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”³³⁶. Logo, a contrário senso, os colaterais até quarto grau e o companheiro estão excluídos deste rol³³⁷, sendo considerados, pela lei, herdeiros facultativos e podendo ser afastados da sucessão por meio de disposição testamentária³³⁸. Isto é, olvida-se, desde já, a Constituição e a equidade entre as entidades familiares por ela elencadas. Assim, aos primeiros é garantida a sucessão legítima – imposta pelo Estado como forma de “manutenção mínima do grupo familiar mais próximo”³³⁹ após a morte do autor da herança –, ignorando-se, em contrapartida, a proximidade existente entre conviventes. Dessa forma, nas situações de união estável, o autor da herança poderá dispor da totalidade de seu patrimônio em testamento, não havendo bloqueio de parcela indisponível reservada à sucessão legítima.

Nesse sentido, a vocação hereditária para a sucessão legítima elencada pelo Código Civil – a qual não poderá ser alterada por pacto antenupcial, independentemente do regime de bens estipulado³⁴⁰ – dá-se na seguinte ordem:

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.³⁴¹

³³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 58.

³³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 113.

³³⁶ BRASIL. Lei nº. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

³³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 177.

³³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 56.

³³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 253.

³⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.

³⁴¹ BRASIL. Lei nº. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

Já a sucessão do companheiro é tratada em outro dispositivo legal, dentro das disposições gerais do Código³⁴²:

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.³⁴³

Nesse aspecto, destacam Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald que as classes sucessórias se classificam da seguinte maneira:

i) em primeiro lugar, os descendentes, juntamente com o cônjuge ou companheiro sobrevivente; ii) em seguida, os ascendentes, ao lado do cônjuge ou do companheiro supérstite; iii) o cônjuge sobrevivente sozinho; iv) os colaterais até o quarto grau, em concorrência com o companheiro supérstite; v) e, finalmente, o companheiro sobrevivente sozinho³⁴⁴.

Em síntese, o companheiro somente herdará a totalidade do acervo hereditário na ausência de colaterais do falecido até o quarto grau³⁴⁵ – ou seja, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos – e se o autor da herança não dispuser de forma contrária em testamento. O cônjuge, por outro lado, herdará sozinho na ausência de ascendentes e descendentes e não poderá ser excluído por testamento. Ou seja, para o legislador, os fundamentos de convivência e mútua colaboração material e imaterial “para alcançar objetivos comuns do núcleo familiar” adotados no deferimento do direito sucessório do cônjuge³⁴⁶ simplesmente desaparecem no momento da regulação da união estável.

Noutro aspecto, especificamente quanto ao cônjuge, é interessante notar que, durante a vigência do Código Civil de 1916, este não era herdeiro necessário e

³⁴² Não se olvida aqui o mais recente entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Todavia, compreende-se interessante apresentar a disciplina normativa da matéria, a fim de que, posteriormente, seja possível realizar breve crítica ao exposto, tendo como base tal decisão.

³⁴³ BRASIL. Lei nº. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

³⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 260.

³⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Decisão comentada – concorrência sucessória do companheiro. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.7, páginas sem numeração, jan./fev. 2015.

³⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 297.

somente tinha direito à herança na ausência de descendentes e ascendentes, não havendo concorrência entre eles³⁴⁷. A atual legislação inovou ao estabelecer que o consorte pode suceder de três diferentes formas: concorrendo com descendentes, concorrendo com ascendentes e recolhendo sozinho o patrimônio³⁴⁸. Nesse sentido, Farias e Rosenvald ensinam que somente na primeira hipótese é que o regime de bens influenciará no direito sucessório, de tal forma que, em geral, o cônjuge encontra-se favorecido na concorrência sucessória³⁴⁹. Assim, nos regimes da separação final nos aquestos, da separação convencional e bens e da comunhão parcial em que existem bens particulares do falecido, haverá concorrência com os descendentes³⁵⁰. Excetuam-se desta regra, em contrapartida, os casamentos celebrados sob o regime de bens da comunhão universal, da separação obrigatória e da comunhão parcial sem a existência de bens particulares, situações em que, considerando-se a concorrência com descendentes, a herança é atribuída apenas a estes, privando-se o consorte sobrevivente da participação sucessória³⁵¹.

Isto se dá pelo fato de que, nesses casos, o cônjuge já é meeiro, não havendo razão para que concorra com os descendentes no que tange aos bens comuns³⁵². Nos primeiros regimes, portanto, em que há concorrência hereditária, o Código “garante ao viúvo ou viúva a mesma cota destinada a cada descendente com quem estiver concorrendo”³⁵³ por cabeça. Ademais, assegura que, se for ascendente do descendente com quem concorrer, a sua cota não seja inferior a $\frac{1}{4}$ do total da herança; não o sendo, a ele caberá quinhão igual àquele destinado aos descendentes que sucederem por direito próprio³⁵⁴.

³⁴⁷ 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256>>. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 136.

³⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 296.

³⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 302.

³⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134.

³⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 302-303.

³⁵² VELOSO, Zeno. **Direito Sucessório dos Cônjuges**. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 531.

³⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 317.

³⁵⁴ VELOSO, Zeno. **Direito Sucessório dos Cônjuges**. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 535.

No que tange à concorrência com ascendentes, por outro lado, o cônjuge sobrevivente “retira sua meação, a depender do regime de bens” adotado e, posteriormente, divide com aqueles “todo o patrimônio deixado pelo finado, abrangendo tanto os bens comuns, quanto os particulares”³⁵⁵ – ou seja, o cônjuge supérstite, concorrendo com ascendentes, herdará independentemente do regime de bens³⁵⁶. Nesse sentido, sempre “terá direito à metade da herança transmitida, exceto se estiver dividindo o patrimônio com ambos os pais, hipótese em que fará jus a $\frac{1}{3}$ dos bens hereditários”³⁵⁷. Ademais, inexistindo descendentes ou ascendentes, a integralidade da herança caberá ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens adotado³⁵⁸. O cônjuge, portanto, “prefere os colaterais”, excluindo-os da sucessão³⁵⁹. Finalmente, o direito sucessório é garantido ao consorte supérstite se, ao tempo da morte do outro, estavam separados judicialmente há até dois anos, salvo prova de inexistência de culpa sua na separação³⁶⁰.

Por outro lado, como visto, na união estável o companheiro recebe o patrimônio em concorrência com os descendentes, com os ascendentes e com os colaterais até o quarto grau, e somente terá direito à herança “relativa aos bens adquiridos onerosamente na vigência do estado convivencial”³⁶¹. Isto é, o convivente não terá direito sucessório sobre os bens particulares, sejam eles adquiridos antes da convivência ou a título gratuito durante sua vigência³⁶². Quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, cabe direito à meação, “salvo se eleito o regime da separação absoluta de bens”³⁶³. Percebe-se, nesse sentido, que dado o caráter público das normas sucessórias, “o contrato de

³⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 319.

³⁵⁶ VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 535.

³⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 320.

³⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 139.

³⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 321.

³⁶⁰ VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 525-526

³⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166.

³⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 338.

³⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 339.

convivência (...) restringe-se à regulamentação dos efeitos patrimoniais meatórios durante a relação de companheirismo”, sendo vedada qualquer disposição contratual nesse sentido ³⁶⁴.

Assim, se o companheiro falecido deixou descendentes, a herança será dividida entre estes e o companheiro sobrevivente, de forma que se a filiação for comum, terá direito sucessório a quinhão equivalente ao que por lei for atribuída aos filhos³⁶⁵. Reitera-se, nesse ponto, que tal direito limita-se aos bens adquiridos onerosamente na constância da relação, de modo que os bens particulares serão exclusivamente destinados aos descendentes³⁶⁶. Ademais, no caso de os descendentes serem exclusivamente do *de cuius*, a cota equivalente ao direito de herança do companheiro será limitado “à metade do que couber a cada um dos filhos” ³⁶⁷. Ou seja, a título exemplificativo, “se o extinto deixou um filho que não era de sua companheira sobreviva, ela fará jus a $\frac{1}{3}$ dos bens adquiridos na constância (já excluída a meação), enquanto o filho terá $\frac{2}{3}$ ” ³⁶⁸.

Mais ainda, silencia a lei no que se refere às hipóteses de descendência híbrida, deixando a regulação por conta da doutrina; nesse sentido, para Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald, “a solução mais razoável e equânime (...) sinaliza no sentido de se garantir uma divisão igualitária entre todos os filhos e o companheiro sobrevivente, evitando uma distinção de tratamento hereditário entre os próprios filhos” ³⁶⁹. Nessa linha, assente Maria Helena Diniz, adotando a também a teoria de que, nesses casos, todos os filhos serão considerados como se fossem exclusivos do falecido, “tendo o companheiro sobrevivente direito à metade do que couber a

³⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 340.

³⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134.

³⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 342.

³⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167.

³⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 343.

³⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 343.

cada um deles”³⁷⁰. Por fim, essencial destacar que, diferentemente do cônjuge, em nenhuma hipótese o companheiro terá direito à garantia mínima de $\frac{1}{4}$ da herança³⁷¹.

Inexistindo descendentes do falecido, o companheiro concorrerá com os demais parentes sucessíveis – ascendentes e colaterais –, fazendo jus a $\frac{1}{3}$ do patrimônio adquirido onerosamente na constância da união estável³⁷²; os demais bens, que formam o patrimônio particular, serão, pois, destinados unicamente aos demais herdeiros³⁷³, os quais também receberão aqueles $\frac{2}{3}$ do patrimônio oneroso. Em outros termos, “o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cujus*”³⁷⁴. Apenas nesse caso o companheiro terá direito à integralidade do patrimônio transmitido, abarcando-se aqueles “adquiridos onerosa ou gratuitamente antes ou durante a união estável”³⁷⁵, lembrando, todavia, que, caso seja de vontade do autor da herança, é possível a feitura de testamento dispondo livremente de tais bens³⁷⁶.

Convém salientar, noutro aspecto, que as diferenças sucessórias existentes na legislação, em alguns poucos casos podem tornar-se mais vantajosas ao companheiro. Veja-se, nesse sentido, o exemplo trazido por Zeno Veloso:

1. um casal, civilmente casado, no regime da comunhão parcial, tem 2 filhos; adquiriu onerosamente bens no valor de 200.000, não há bens particulares; o marido morreu, a viúva é meeira, portanto, dona de 100.000, e não é herdeira, não concorre com os filhos, pois não há bens particulares; a herança (100.000) é toda dos 2 filhos;
2. um casal vive em união estável, sob o regime da comunhão parcial, tem 2 filhos adquiriu onerosamente bens no valor de 200.000, não há bens particulares; o companheiro morreu; a companheira sobrevivente é meeira, portanto dona de 100.000, e é herdeira sobre os outros 100.000, concorrendo com os dois filhos³⁷⁷.

³⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 174.

³⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 344.

³⁷² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167.

³⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 344.

³⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 345.

³⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170.

³⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 174.

³⁷⁷ VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 532.

Ora, em que pese a possibilidade de existirem situações em que o companheiro sobrevivente venha a ter direitos mais benéficos do que o cônjuge, isso não justifica a divergência de tratamento legal existente. Ao contrário, apenas reforça sua ilegitimidade, uma vez que, como visto à exaustão, o constituinte visou à equalização das duas entidades familiares, “emparelhando cônjuges e companheiros numa mesma linha de proteção do Estado”³⁷⁸. De qualquer forma, a maioria das circunstâncias reflete o desparelho tratamento dado pela lei ao companheiro em comparação com o cônjuge, o qual “aparece como principal personagem de direito sucessório” na legislação pátria³⁷⁹. Tal disparidade, nessa linha, também é flagrante do que tange à regulamentação do direito real de habitação. Veja-se o que dispõe o Código Civil:

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 inventariar³⁸⁰.

O direito real de habitação é, pois, a garantia de 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 bem³⁸¹. É direito real sobre coisa alheia, constituindo em usufruto para fins de moradia³⁸², de cunho personalíssimo e cuja destinação é específica: “servir de morada ao titular, que, portanto, não pode alugar nem emprestar o imóvel, devendo ocupá-lo direta e efetivamente”³⁸³. Ao cônjuge, será conferido independentemente do regime de bens eleito pelo casal³⁸⁴, podendo ser renunciado, sem prejuízo de sua participação na herança³⁸⁵. É também vitalício e

³⁷⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Decisão comentada – concorrência sucessória do companheiro. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.7, páginas sem numeração, jan./fev. 2015.

³⁷⁹ VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 517.

³⁸⁰ BRASIL. Lei nº. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

³⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 323.

³⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 323.

³⁸³ VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 541

³⁸⁴ VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 535.

³⁸⁵ VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 542

incondicionado, de modo que o consorte supérstite poderá permanecer residindo no imóvel até o seu falecimento, ainda que constitua novo casamento ou união estável³⁸⁶ e que possua bens imóveis residenciais próprios³⁸⁷.

A finalidade do direito real de habitação é, nesse aspecto, garantir certa qualidade de vida ao viúvo ou viúva, garantindo-se sua moradia, e também evitando-se que o óbito de um leve ao afastamento do outro da residência do casal por parte dos herdeiros³⁸⁸. O Código Civil, todavia, deixou de regular o direito real de habitação do companheiro sobrevivente. Doutrinariamente, então, entende-se que o art. 7º da Lei 9.278/96 permanece em vigor, visto que “a matéria nele tratada não foi regulamentada pela nova Codificação”³⁸⁹. Garante-se, portanto, tal proteção ao companheiro sobrevivente, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, de forma vitalícia, porém condicionada à não constituição de nova entidade familiar³⁹⁰. Nesse sentido, qualquer que seja a solução mais justa no que tange às situações práticas – mantendo-se o direito com a formação de nova família ou não³⁹¹ –, é interessante que o tratamento seja dado a partir da ótica constitucional³⁹², de modo que seja o mesmo para cônjuge e companheiro, assegurando-se equânime proteção à união estável. Isto é, o silêncio normativo acerca do tema não pode restringir os direitos dos companheiros³⁹³.

³⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

³⁸⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 326.

³⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 349.

³⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 347.

³⁹⁰ BRASIL. **Lei nº. 9.278**, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

³⁹¹ Tal como explica Simone Cardoso, a matéria em questão, embora seja frequentemente tratada sob a ótica do Direito de Família ou Sucessório, pertence ao escopo dos Direitos Reais, motivo pelo qual não se aprofunda o estudo do direito real de habitação no presente trabalho, destacando-se, apenas, a diferença de tratamento existente na legislação no que tange à concessão de tal garantia a cônjuge e companheiro. 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: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>> Acesso em: 28 nov. 2016. p. 10.

³⁹² 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: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>> Acesso em: 28 nov. 2016. p. 08.

³⁹³ 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: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>> Acesso em: 28 nov. 2016. p. 19.

À vista do exposto, infere-se que a opção do legislador de elevar o cônjuge à categoria de herdeiro necessário assegura-lhe uma condição hereditária benéfica, valorizando “afeição e a intimidade entre marido e mulher” não inferior aos laços consanguíneos³⁹⁴. Considerando-se então que estas são características também presentes nas relações de união estável, conclui-se que o desequilíbrio do tratamento legal dado à sucessão de cônjuge e companheiro afronta a “estrutura de proteção ao núcleo familiar como meio de tutela avançada da pessoa humana”³⁹⁵ almejado pelo artigo 226 da Constituição Federal³⁹⁶. Felizmente, a atuação judicial parece estar encaminhada no sentido de dar importante passo para o afastamento de padrões ultrapassados de ordem moral, a fim de se garantir a real aplicação dos preceitos familiares expostos no primeiro capítulo deste trabalho. É este o ponto tratado a partir de breve análise do voto proferido pelo Ministro Roberto Barroso, relator do RE 878.694/MG³⁹⁷, conforme explanado no terceiro e último capítulo aqui desenvolvido.

³⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 143.

³⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 347.

³⁹⁶ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**: promulgada em 25 de março de 1824. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm > Acesso em: 25 nov. 2016

³⁹⁷ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 02

4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694/MG: atualização da lei pela jurisprudência.

Consoante a exposição desenvolvida no capítulo anterior deste trabalho, observa-se que o Código Civil elevou o cônjuge supérstite à classe de herdeiro necessário³⁹⁸, conferindo-lhe uma série de vantagens sucessórias, ao passo em que o companheiro restou desassistido pelo legislador, podendo ser afastado da sucessão pela simples vontade do autor da herança³⁹⁹. Ademais, percebe-se que, muito embora tenham ocorrido diversas evoluções legislativas no sentido de ampliar o reconhecimento e os direitos das famílias não matrimoniais, o referido diploma legal reestabeleceu, anacronicamente, a concorrência dos colaterais até o quarto grau com os conviventes, limitando ainda o direito de herança destes aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável⁴⁰⁰. Por fim, bastou ao legislador regulamentar o direito real de habitação do cônjuge, ignorando, por completo, a possibilidade de tal garantia ao companheiro sobrevivente⁴⁰¹.

Surgem então questionamentos acerca do motivo pelo qual se privilegia de tal modo os vínculos biológicos, mesmo que remotos, em detrimento daqueles formados por amor e afetividade⁴⁰² entre dos indivíduos que vivem, afinal, como se casados fossem. Mais ainda, interroga-se a consonância entre o critério eleito pelo

³⁹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Sucessório e Constituição: controvérsias e tendências. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 225.

³⁹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2003, Belo Horizonte. **Afeto, ética, família e o novo código civil: anais do IV congresso brasileiro de direito de família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 224-225.

⁴⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2003, Belo Horizonte. **Afeto, ética, família e o novo código civil: anais do IV congresso brasileiro de direito de família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 229.

⁴⁰¹ 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: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46> > Acesso em: 28 nov. 2016. p. 05.

⁴⁰² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2003, Belo Horizonte. **Afeto, ética, família e o novo código civil: anais do IV congresso brasileiro de direito de família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 230.

legislador para diferenciar ambas as espécies de família e os interesses da Constituição Federal⁴⁰³.

Este tratamento preferencial dado ao cônjuge e a constitucionalidade da matéria em questão são, pois, objeto da análise feita pelo Ministro Roberto Barroso no caso concreto a ser estudado. Dessa forma, este terceiro capítulo apresenta-se dividido em duas partes: na primeira, é feito relatório do voto em questão, ressaltando-se seus trechos mais importantes e fazendo ligeira menção aos princípios constitucionais invocados pelo relator. A segunda, por sua vez, tem o objetivo de desenvolver breve análise das conclusões do Relator, a partir dos princípios constitucionais reguladores do Direito de Família, da noção de afeto enquanto caráter formador da entidade familiar e do papel do Poder Judiciário enquanto elo de aproximação entre as realidades fática e jurídica.

4.1. Relatório do voto do Ministro Relator Roberto Barroso

Trata-se de Recurso Extraordinário, em que se analisa a validade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, o qual concede ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados pelo artigo 1.829 do mesmo diploma legal ao cônjuge. *In casu*, a convivente viveu em união estável por nove anos com o falecido, o qual não deixou testamento nem descendentes ou ascendentes, possuindo apenas três irmãos. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁴⁰⁴, com base no artigo 1.790, limitou o direito sucessório da recorrente a $\frac{1}{3}$ dos bens adquiridos onerosamente na constância no relacionamento, excluindo ainda os bens particulares do *de cuius* e destinando-os exclusivamente aos colaterais. Ressalta o Relator que caso a recorrente fosse casada com o falecido, teria direito à totalidade da herança⁴⁰⁵.

⁴⁰³ 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256>>. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 131.

⁴⁰⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0439.09.103748-1/001. Apelante: R.C.P. Apelada: M.F.V. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Belo Horizonte. 09 nov. 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0439.09.103748-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 02.

O voto em análise, conforme explicado pelo Ministro, está dividido em três partes: a primeira examina o delineamento do caso; a segunda, a compatibilidade do artigo em questão com a Constituição Federal; e a terceira, a resolução do caso concreto submetido à Corte⁴⁰⁶. Ao iniciar o delineamento da controvérsia, o Relator faz breve apresentação acerca da evolução do conceito de família, mencionando a influência religiosa e sua associação com o casamento enquanto modo de preservação do patrimônio e da paz doméstica, visando a evitar a interferência de agentes externos nas relações entre os membros familiares. Faz referência também à vinculação do conceito de família com o regime sucessório existente⁴⁰⁷. Segue sua breve explanação e conclui que a concepção jurídica tradicional de família, estruturada no matrimônio, trata a entidade familiar “como um fim a ser protegido (ainda que a um custo muito alto), e não como um meio para o desenvolvimento da dignidade e da personalidade de seus membros”⁴⁰⁸.

Em seguida, alude à existência de vínculos familiares não constituídos pelo casamento e à falta de reconhecimento jurídico historicamente destinado a eles. Ressalta então o papel da Constituição de 1988 na modificação deste cenário ao aproximar o conceito social do conceito jurídico de família e reconhecer, ao lado do casamento, a união estável e a família monoparental enquanto entidades familiares⁴⁰⁹. Entende o Ministro que o vetor de tal gradativa ressignificação do conceito de família foi a consagração do princípio da dignidade humana como “valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República”, possibilitando que não mais o indivíduo sirva à família, mas sim que a família sirva ao indivíduo⁴¹⁰. Afirma também que, simultaneamente a esses avanços, ocorreu uma modificação na forma como o papel do Estado na proteção das relações

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 02.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 05.

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 05.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 06.

⁴¹⁰ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 07.

familiares é compreendido, ou seja, o dever de garantir a possibilidade de autorrealização dos indivíduos é, ao mesmo tempo, a justificativa e o limite do Estado para intervir nas relações familiares e na liberdade dos cidadãos⁴¹¹.

Na segunda parte de sua análise, o Relator reitera que a família ora concebida é um meio para a realização dos indivíduos, e não mais um “bem em si”, e que, para tanto, independe a configuração do modelo familiar adotado⁴¹². Menciona, todavia, que o Código Civil vigente não acompanhou esse progresso no tratamento dado ao regime sucessório de companheiros e cônjuges. Faz então uma síntese da legislação que regulamentou a união estável antes de o Código entrar em vigor, sustentando que as Leis 8.971/94 e 9.278/96 concretizaram progressivamente o que indicou a Constituição em termos de direito sucessório: “cônjuges e companheiros devem receber a mesma proteção (...), pois, independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescente meios para que viva uma vida digna”⁴¹³.

Explica que o Direito Sucessório brasileiro é fundado na continuidade patrimonial como fator fundamental para a proteção, coesão e perpetuação da família⁴¹⁴ e passa a abordar as diferenças entre os regimes de sucessão estabelecidos para cônjuge e companheiro pelo Código Civil. Destaca duas distinções, sendo a primeira delas a restrição do direito hereditário do convivente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Consigna que o companheiro só é herdeiro quando for também meeiro, o que não encontra equivalente nas regras destinadas ao cônjuge e, tampouco, adequação com a proteção idealizada para o regime sucessório⁴¹⁵. Em segundo lugar, salienta que, em geral, ao suceder, o companheiro recebe quota significativamente inferior à que

⁴¹¹ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 07.

⁴¹² BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 08.

⁴¹³ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 10.

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 10.

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 11.

receberia caso fosse casado com o autor da herança, como se o legislador considerasse o convivente como merecedor de menor proteção do que o consorte⁴¹⁶. Faz alusão, em contrapartida, ao fato de que, em situações sucessórias específicas, o companheiro pode ter mais direitos do que o cônjuge, mas conclui que os conviventes restam, pela atual legislação, desprotegidos em termos sucessórios, visto que as garantias anteriormente concedidas por lei foram retiradas⁴¹⁷.

Noutro ponto, assevera que, à luz do texto constitucional, casamento e união estável são entidades familiares diferentes, o que pode ser percebido pelo distinto modo de constituição, comprovação e extinção de ambas. No entanto, suscita o questionamento: “é possível extrair do artigo 226 alguma hierarquia constitucional entre as formas de constituição de família, que autorize a instituição de regimes sucessórios diversos em relação a elas”? Ou seja, “as diferenças entre casamento e união estável justificam uma disparidade de tratamento no que diz respeito ao regime sucessório”⁴¹⁸? É o que o Relator se propõe a responder, a partir da demonstração da ilegitimidade da hierarquização das formas familiares desenvolvidas em seguida.

Para tanto, utiliza elementos tradicionais da interpretação jurídica, quais sejam, o gramatical, o teleológico, o histórico e o sistemático. A partir do primeiro deles, conclui que a Constituição atribui especial proteção do Estado à família, sem mencionar nenhum modelo familiar específico, não traçando qualquer diferenciação ou hierarquia entre união estável e casamento no que tange à proteção estatal⁴¹⁹. Valendo-se da segunda interpretação, o Relator confirma sua conclusão anterior, uma vez que a finalidade da norma é a garantia da proteção jurídica da família como instrumento para a tutela de seus integrantes; isto é, o amparo do Estado não pode ser limitado às famílias matrimonialmente constituídas, porque todas as entidades

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 11-12.

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 13.

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 14.

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 14.

familiares são instituídas pelo afeto e pela comunhão de vidas⁴²⁰. Em seguida, a interpretação histórica indica a Barroso que a “inspiração da norma do art. 226 da CF/88 foi inclusiva, e não segregativa”, almejando à ampliação da tutela estatal aos modelos de família biológicos e afetivos “existentes de fato na sociedade” e até então desprovidos de acolhimento jurídico. Para ele, “a defesa de uma hierarquia entre casamento e união estável vai de encontro à vontade originária do constituinte, em nítida interpretação involutiva”⁴²¹. Finalmente, o último elemento sinaliza que o dispositivo deve ser interpretado em conjunto com as demais normas do ordenamento⁴²².

Dessa forma, o Ministro sopesa a determinação do § 3º do artigo 226, que determina a facilitação da conversão de união estável em casamento, inferindo que ambas as estruturas são social e juridicamente distintas, o que possibilita ao legislador infraconstitucional traçar contornos diversos para cada uma delas. No entanto, não obstante a possibilidade de o legislador atribuir regimes jurídicos distintos a casamento e união estável, a interpretação conjunta dos demais dispositivos constitucionais apontam no sentido do que o Relator chama de funcionalização da família⁴²³. Ou seja, constata-se que a Constituição veda a discriminação entre indivíduos de acordo com o tipo de entidade familiar que formam⁴²⁴, de tal sorte que: “só será legítima a diferenciação de regimes (...) se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos”⁴²⁵.

⁴²⁰ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 15.

⁴²¹ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 15.

⁴²² BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 15.

⁴²³ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 16.

⁴²⁴ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 15.

⁴²⁵ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 16.

As demais distinções, referentes às peculiaridades de cada regime – como, por exemplo, os diferentes requisitos para a comprovação de um e de outro –, serão legítimas. Assim, menciona o Ministro que o constituinte optou pela facilitação da conversão da união estável em casamento por uma questão de segurança jurídica, uma vez que não há qualquer documento capaz de provar por si a existência de uma união estável, relação essencialmente fática⁴²⁶. Nesse sentido, a mera exigência de documentos comprobatórios não configura hierarquização entre as espécies de família, sendo decorrente das peculiaridades da relação de conviventes. A facilitação da conversão de união estável em casamento, destarte, não reflete qualquer preferência deste em relação àquela, representando apenas “o desejo estatal de garantir maior segurança jurídica às relações sociais”, dado que a formalização dos relacionamentos por meio do casamento apresenta-se mais seguro e conveniente ao sistema⁴²⁷. Nessa linha, finaliza o Ministro:

Como decorrência lógica da inexistência de qualquer hierarquia entre as diferentes entidades familiares e do direito a igual proteção legal de todas as famílias, é inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, ao prever regimes sucessórios distintos para o casamento e para a união estável. Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia, de forma alguma, estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro⁴²⁸.

Estabelecida a incompatibilidade das diferenças sucessórias apontadas, o Ministro Relator prossegue seu voto, agora analisando a controvérsia sob o ponto de vista do descumprimento de três princípios constitucionais. Nesse sentido, entende que o artigo 1.790 representa, em primeiro lugar, violação ao princípio da dignidade humana, tanto em sua vertente do valor intrínseco de todos os seres humanos quanto da autonomia de cada indivíduo, sem haver valor social ou interesse estatal legítimo apto a ensejar tais limitações. Ou seja, a vedação a discriminações ilegítimas também engloba a forma de modelo familiar adotado⁴²⁹. Assim, a criação

⁴²⁶ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 17.

⁴²⁷ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 18.

⁴²⁸ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 19.

⁴²⁹ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 19.

de regimes sucessórios distintos impõe maior ônus sobre as famílias formadas pela união estável em comparação àquelas instituídas pelo casamento, restringindo a autonomia de escolha entre uma ou outra, uma vez que a adoção pelo casamento pode se dar simplesmente pelo receio de que o companheiro não receba o tratamento sucessório devido⁴³⁰.

Para o Ministro, ademais, a dignidade enquanto autonomia protege a possibilidade de eleição entre casamento e união estável, e não entre regimes de sucessão distintos. Aliás, consoante seu entendimento, a imposição legal de um regime sucessório deriva da concepção de que o Estado, independentemente da vontade do indivíduo, tem o dever de garantir que ao menos uma parte do patrimônio seja destinada aos familiares mais próximos do falecido, a fim de assegurar meios de sustento para a família. Logo, não há justificativa para a não proteção do companheiro, sobretudo porque, segundo ele, as uniões estáveis ocorrem mais frequentemente em classes sociais menos favorecidas e esclarecidas. A distinção entre as regras sucessórias, à vista disso, não pode ser aceita, “sob pena de prejudicar justamente aqueles que mais precisam da proteção estatal e sucessória”⁴³¹.

Paralelo à dignidade humana, o princípio da proporcionalidade também é violado. Cumpre assentar que, baseando-se em Pierre Müller, Paulo Bonavides afirma que tal princípio é caracterizado pela presunção da existência de relação adequada entre um ou mais fins e os meios pelos quais aqueles são executados; ou seja, viola-se a proporcionalidade sempre que os meios não são apropriados à realização do fim ou quando se configura manifesta a desproporção entre meios e fim⁴³². Nessa linha, explica Barroso que o Estado viola a Constituição ao deixar de atuar ou agir de modo insuficiente para proteger bens jurídicos relevantes, visto que

⁴³⁰ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 20.

⁴³¹ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 20.

⁴³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 393.

a dimensão positiva do mencionado princípio veda a proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados⁴³³.

Em outros termos, para Ingo Sarlet, o Estado frustra seu dever de proteção, não apenas deixando de atuar, mas também ao atuar de modo aquém aos níveis mínimos de proteção exigidos constitucionalmente, violando a denominada proibição de insuficiência⁴³⁴. Dessa forma, assevera Barroso que a proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é infringida pelo artigo 1.790, uma vez que este “veicula uma proteção insuficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em união estável”. Considerando-se, portanto, que não há hierarquia entre as formas de família, tal deficiência da atuação estatal não é justificada pela proteção de nenhum outro interesse constitucional contraposto⁴³⁵.

Em terceiro lugar, o Relator alude ao princípio da vedação ao retrocesso, afirmando se tratar de princípio implícito, “extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade das normas constitucionais”. Assim, a proibição do retrocesso impede “que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam seu núcleo essencial”⁴³⁶. A respeito do tema, Ingo Sarlet ensina que este princípio está diretamente relacionado com o direito à segurança jurídica, sendo a proteção da pessoa e da própria ordem jurídica contra “medidas de cunho retrocessivo, isto é, que tenham por escopo a redução e/ou supressão de posições jurídicas (...) já implementadas”, uma de suas diversas formas de manifestação⁴³⁷.

⁴³³ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 21

⁴³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade**: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm> > Acesso em: 28 nov. 2016.

⁴³⁵ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 21.

⁴³⁶ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 22.

⁴³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição ao retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, nº. 15, set./nov. 2008. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf> > Acesso em: 28 nov. 2016.

Nesse aspecto, aduz Barroso que o dispositivo legal em análise promove uma involução na proteção dos direitos dos companheiros, visto que o regime sucessório estabelecido antes da vigência do atual Código Civil pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96 era “substancialmente igual àquele previsto para o casamento” no Código de 1916. Isto é, tanto cônjuge quanto companheiro situavam-se na mesma posição na ordem de vocação hereditária, possuíam o mesmo direito de meação e eram protegidos pelo direito real de habitação, de forma a concretizar o imperativo de proteção da família almejado pela Constituição⁴³⁸.

Nesse ponto, consigna o Ministro que a proposta de redação originária do Código de 2002, referente à organização sucessória, foi elaborada em 1985 – antes da edição da Constituição de 1988, portanto – sem ter sido atualizada até a entrada em vigor do referido Código⁴³⁹. Ou seja, as regras sucessórias referentes à união estável, estipuladas pelo Código Civil, permaneceram à margem das inovações trazidas pela Constituição Federal, a qual posicionou a família em favor do indivíduo, partindo da ideia de que todas as entidades familiares merecem igual tutela estatal. Destarte, conclui o Relator que, além de afrontar a igualdade de hierarquia entre as entidades familiares, o artigo 1.790 viola também os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e o da vedação ao retrocesso⁴⁴⁰.

Em seguida, chega o Ministro à terceira e última parte de seu voto, na qual é desenvolvido o exame do caso concreto. Compreende, portanto, que a decisão recorrida – e todos os demais julgados fundamentados no artigo 1.790 – merece reparo⁴⁴¹. Esclarece que a solução mais adequada é aquela fundada na concepção de que cônjuges e conviventes têm direito a igual regime sucessório, a fim de não se incorrer em diferenciação ilegítima das entidades familiares. Nesse sentido, registra

⁴³⁸ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 23.

⁴³⁹ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 23.

⁴⁴⁰ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 24.

⁴⁴¹ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 24.

que o atual Código Civil trouxe importante progresso no que se refere às regras sucessórias do cônjuge – presentes no artigo 1.829 – citando sua elevação ao rol dos herdeiros necessários e a adoção de critérios de repartição da herança mais protetivos.

Dessa forma, sustenta que “a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade⁴⁴² do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829”, de maneira que as sucessões tanto de cônjuge quando de companheiro sigam, a partir da decisão em análise, o regime previsto no artigo 1.829. O Ministro recomenda ainda a modulação dos efeitos do entendimento firmado no voto e, a fim de reduzir a insegurança jurídica, sugere que a solução desenvolvida seja aplicada somente nos processos em que o trânsito em julgado da sentença de partilha não tenha ainda ocorrido, tal como nas partilhas extrajudiciais em que não tenha sido lavrada escritura pública⁴⁴³. Destarte, o Relator concede razão à parte recorrente nos seguintes termos:

Dou provimento ao recurso para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente. Como resultado, declaro o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002⁴⁴⁴.

Finalmente, para fins de repercussão geral⁴⁴⁵, fundamenta o seguinte entendimento:

⁴⁴² “A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, (...). Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo”. In: VAZ, Getúlio. A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos para os atos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.173, p. 101-115, jan./mar. 2007. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140968/R173-07.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 24 nov. 2016. p. 104.

⁴⁴³ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 25.

⁴⁴⁴ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 25.

⁴⁴⁵ A Repercussão Geral é instrumento processual cujo objetivo é “possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica”, o que permite a “diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte”, visto que “uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

O RE 878.694/MG foi a Plenário no dia 31 de agosto de 2016, tendo sido o Ministro Relator Roberto Barroso acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia. O Ministro Dias Toffoli, por sua vez, pediu vista dos autos. Os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski estavam, justificadamente, ausentes, não participando do julgamento. Presidiu a sessão a Ministra Cármen Lúcia, então Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal⁴⁴⁶. Por derradeiro, consigna-se que o inteiro teor do acórdão, em decorrência do pedido de vista, não estava disponível para consulta durante a elaboração deste trabalho.

4.2. Análise técnica do voto do Ministro Relator Roberto Barroso

A matéria discutida pelo Ministro no caso supracitado está inserida no contexto da denominada constitucionalização do Direito Civil e, mais especificamente, do Direito de Família. Segundo Paulo Lôbo, este é o processo em que o Direito Civil é elevado ao plano constitucional dos princípios fundamentais, os quais passam a condicionar a observância da legislação infraconstitucional⁴⁴⁷. Daí a pertinência da análise sob o aspecto da violação dos princípios da dignidade humana, da vedação ao retrocesso e da proporcionalidade, trazidos pelo Relator, sem olvidar, todavia, de outros princípios reguladores do Direito de Família, aqui brevemente examinados.

Em primeiro lugar, a dignidade é irrenunciável e inalienável, visto ser qualidade intrínseca da pessoa humana⁴⁴⁸, centrando-se na autonomia e no direito de

aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos". Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451> >. Acesso em: 24 nov. 2016.

⁴⁴⁶ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004> > Acesso em: 15 nov. 2016.

⁴⁴⁷ 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. 104.

⁴⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, nº. 9, 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: 24 nov. 2016, p. 366.

autodeterminação individual⁴⁴⁹. De acordo com Ingo Sarlet, além desta dimensão particular, a dignidade da pessoa humana abrange também uma dimensão social, referente a todas as pessoas enquanto iguais em dignidade e direitos e enquanto habitantes da mesma comunidade⁴⁵⁰. Assim sendo,

Tem-se 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁴⁵¹.

Este princípio, faz-se, pois, onipresente no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo o núcleo existencial essencialmente comum a todas as pessoas e impondo um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade⁴⁵². Nesse aspecto, insere-se a família, “como o espaço comunitário por excelência para a realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas”. Assim, atualmente, o equilíbrio entre os escopos público e privado no espaço familiar é fundado na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas integrantes do núcleo da família⁴⁵³. Isso se dá em decorrência da transformação daquele conceito patriarcal, fechado e desigual de família em um espaço de

⁴⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, nº. 9, 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: 24 nov. 2016, p. 368.

⁴⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, nº. 9, 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: 24 nov. 2016, p. 369.

⁴⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, nº. 9, 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: 24 nov. 2016, p. 383.

⁴⁵² LÓBO, 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. 108-109.

⁴⁵³ LÓBO, 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. 109.

realização existencial e de afirmação de dignidade de seus membros, visando ao equilíbrio e ao respeito recíproco sob a tutela da Constituição⁴⁵⁴.

O princípio da proibição do retrocesso social, por sua vez, protege as conquistas sociais obtidas, de modo a construir uma garantia social da coletividade, a fim de proteger a segurança jurídica dos cidadãos e a confiança no estágio de evolução da tutela jurídica⁴⁵⁵. Em outros termos, a regulamentação legal de uma norma constitucional que engloba uma conquista social gera uma “aderência ao texto constitucional”, de forma a proibir posterior regulação que vá de encontro àquele direito já conquistado e constitucionalmente garantido⁴⁵⁶. É exatamente o que ocorreu com a edição do artigo 1.790 do Código Civil sem terem sido levadas em conta a equanimidade das entidades familiares determinada pela Constituição e as conquistas sociais assentadas pelas leis 8.971/94 e 9.278/96, incorrendo o legislador em flagrante involução⁴⁵⁷.

Ademais, consoante Paulo Lôbo, “nenhum princípio provocou tão profunda transformação do Direito de Família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares”⁴⁵⁸. Nesse sentido, para Giselda Hironaka, a distinção sucessória entre casamento e união estável constitui a única diferença substancial entre eles, visto que as demais são meramente formais⁴⁵⁹. Assim, pode-se dizer que as diferenças sucessórias entre cônjuge e companheiro acarretam violação ao princípio da isonomia ou igualdade, porquanto a legislação tem dado tratamento diferenciado para aquilo que não é, em realidade, desigual⁴⁶⁰.

⁴⁵⁴ 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. 110.

⁴⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 337.

⁴⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Sucessório e Constituição: controvérsias e tendências. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 222-223.

⁴⁵⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Sucessório e Constituição: controvérsias e tendências. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 222.

⁴⁵⁸ 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. 113.

⁴⁵⁹ 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256>>. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 141.

⁴⁶⁰ 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 Brasileiro**,

Ou seja, a essência jurídica de casamento e união estável é a mesma: o vínculo de afeto constituidor da família⁴⁶¹; idêntico também é o núcleo intangível da dignidade de cada membro do modelo familiar, seja ele qual for⁴⁶². Isso, no entanto, não foi considerado pelo legislador, que adotou unicamente a forma solene do casamento como fator de desigualação entre as duas entidades, sem atentar para o fato de que a exigência ou não de requisitos formais para a constituição de certa entidade familiar não pode ser considerada fator de diferenciação legítimo⁴⁶³. A própria forma do casamento, aliás, sequer pode ser afastada de sua essência, de tal sorte que um matrimônio formalmente válido, mas em que não há o propósito de constituição familiar e unicidade de projeto de vida, constitui “ato jurídico simulado, nulo de pleno direito”⁴⁶⁴. Percebe-se, dessa forma, não haver consonância entre o critério de desigualação adotado pelo Código Civil em seu artigo 1.790 e os interesses protetivos e igualitários almejados pela Constituição⁴⁶⁵. Note-se:

(a diferenciação feita entre casamento e união estável) padece de inconstitucionalidade por afronta à isonomia do tratamento discriminatório da legislação para cônjuges e conviventes em matéria sucessória. Isso porque não há a mínima correlação lógica entre o fator de discrimen (forma solene) e resultado da desigualdade de tratamento jurídico dispensado. (...) não se pode achar qual é a lógica em se pensar que uma mera formalidade na constituição de um casamento, ou a falta dela com o início de uma união estável, poderia gerar distintos resultados (...), especialmente quando todos os demais fatores essenciais lhes são absolutamente iguais⁴⁶⁶.

São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: <
<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256>>. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 144.

⁴⁶¹ 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: <
<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256>>. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 144.

⁴⁶² 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. 115.

⁴⁶³ 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: <
<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256>>. Acesso em: 1º ago. 2016. p.145.

⁴⁶⁴ 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: <
<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256>>. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 146.

⁴⁶⁵ 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: <
<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256>>. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 147.

⁴⁶⁶ 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: <
<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256>>. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 146-147.

Por último, mas igualmente importante, tem-se o princípio da afetividade, o qual, segundo Paulo Lôbo, “fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”⁴⁶⁷. Assim, qualquer que seja a sua forma, a concepção de família como âmbito de “realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário”⁴⁶⁸. Nesse sentido, em que pese o afeto não ser capaz de, isoladamente, determinar a formação da família em si – devendo estar acompanhado dos elementos da estabilidade e da ostentabilidade, a fim de que se constate a afetividade geradora de efeitos jurídicos⁴⁶⁹ –, ele é considerado o “elemento essencial e inerente a qualquer tipo de entidade familiar”⁴⁷⁰.

O princípio da afetividade surge então como resultado das significativas modificações sofridas pelo conceito de família ocorridas no século passado, tendo sido incorporado à Constituição de modo implícito em diversas de suas disposições⁴⁷¹. Isto é, “a presença explícita do afeto em cada núcleo familiar, que antes era presumida, permeou a construção e se presentifica em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais”, de modo que é possível identificar os fundamentos essenciais desse princípio não expresso⁴⁷². Assim, embora não haja um sentido rígido ou definitivo da afetividade, visto que esta deve ser apurada no caso concreto⁴⁷³, ressalta-se dentre tais fundamentos a dignidade humana, a

⁴⁶⁷ 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. 118.

⁴⁶⁸ 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. 121.

⁴⁶⁹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016. p. 12.

⁴⁷⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Benenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 173.

⁴⁷¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016. p. 03.

⁴⁷² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Benenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 175.

⁴⁷³ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016. p. 10.

solidariedade, a proteção da família monoparental – seja ela formada por laços sanguíneos ou adotivos – e da união estável, entre outros⁴⁷⁴.

Ademais, de acordo com Ricardo Calderón, o princípio da afetividade possui uma dupla face: a primeira é a de dever jurídico, voltada para aqueles que possuem vínculos de parentalidade ou conjugalidade – incluídos aqui também os relacionamentos não matrimoniais⁴⁷⁵. A segunda é a de vínculo familiar, direcionada àqueles que não possuem vínculo reconhecido pelo sistema e “pela qual a incidência do princípio da afetividade consubstanciará um vínculo familiar entre os envolvidos”⁴⁷⁶. Assim, ambas são, concomitantemente, diferentes e complementares, porquanto o reconhecimento desta em decorrência da incidência do princípio em questão também incide, automaticamente, naquela⁴⁷⁷. Noutro aspecto, ainda que o substrato da afetividade jurídica não seja exaustivo, pode-se depreender que ela envolve, dentre outros, atos de cuidado, carinho, subsistência, educação, suporte físico e emocional e comunhão de vida, os quais devem ser observados a partir de cada situação fática⁴⁷⁸.

O afeto, nesse aspecto, torna-se um valor jurídico, sendo elevado à condição de princípio como resultado da construção histórica responsável por trazer o indivíduo para o centro do discurso jurídico, em detrimento do patrimônio, o qual historicamente foi o objeto da tutela jurídica⁴⁷⁹. Isto é, paralelamente à já vista constitucionalização do Direito Civil, dá-se a sua despatrimonialização, em que o Direito é repersonalizado a partir da elevação da família a “célula *mater* da sociedade, onde o indivíduo começa seu desenvolvimento, estrutura-se e

⁴⁷⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 175.

⁴⁷⁵ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016. p. 10-11.

⁴⁷⁶ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016. p. 11.

⁴⁷⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016. p. 11.

⁴⁷⁸ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016. p. 12.

⁴⁷⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 174.

desenvolve sua personalidade”⁴⁸⁰. Tal transformação está ainda relacionada ao crescimento da valorização dada ao princípio da dignidade humana, trazido também ao centro do ordenamento jurídico, como fator impulsionador da realização pessoal de cada membro da entidade familiar⁴⁸¹.

Nesse particular, Rodrigo Pereira afirma que o afeto e o princípio da afetividade são os responsáveis pela legitimação de todas as formas de família, previstas ou não pela Constituição, e merecedoras da mesma proteção estatal⁴⁸². Dessa forma, uma vez que o afeto é o alicerce das relações familiares, este, conseqüentemente, acaba por nortear as relações jurídicas do Direito de Família e Sucessório, devendo, portanto, o ordenamento jurídico se adaptar aos fatos da vida em sociedade⁴⁸³. Foi o que se deu com o reconhecimento das relações homossexuais, ao se afastar a moral religiosa que negava a visão de família enquanto fato cultural e mutante⁴⁸⁴, e é o que deve ser feito no reconhecimento de igualdade sucessória entre cônjuge e companheiro.

Noutro ponto, a partir da tese desenvolvida pelo Ministro, compreende-se ser imperioso, tal como sustenta Giselda Hironaka, evidenciar-se a regra constitucional de especial proteção à família, de forma a orientar o legislador ordinário⁴⁸⁵. Nesse sentido, muito embora haja projetos de lei⁴⁸⁶ no sentido de equiparar o retrocesso trazido pelo Novo Código Civil em termos sucessórios – os quais não serão objeto

⁴⁸⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Benenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 174.

⁴⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Benenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 174.

⁴⁸² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Benenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 176.

⁴⁸³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Benenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 178.

⁴⁸⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Benenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 179-180.

⁴⁸⁵ 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: < <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256> >. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 137.

⁴⁸⁶ Veja-se, nesse sentido, o Projeto de Lei 508/07, de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, cuja proposta visa à igualdade de direitos sucessórios entre cônjuge e companheiro, a partir da inclusão do segundo no rol de herdeiros legítimos do art. 1.829 do Código Civil. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessionid=96C33BEA4E3712A546EFAD43AC6CFC85.proposicoesWebExterno1?codteor=444218&filename=PL+508/2007 >. Acesso em: 15 nov. 2016.

de estudo neste momento –, a legislação pátria “tem se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos mais diversos modelos de núcleo familiares que se apresentam como verdadeiras entidades familiares”⁴⁸⁷. É nesse contexto que o Poder Judiciário tem se sobressaído, não apenas ao exercer papel fundamental na consolidação da afetividade enquanto princípio do sistema jurídico pátrio⁴⁸⁸, mas também ao estabelecer a ligação entre “as expectativas sociais e o ordenamento jurídico”, visando à dignidade dos membros de cada família⁴⁸⁹.

Não se olvida que, como mencionado pelo próprio Ministro Barroso, as decisões judiciais a respeito do tema são frequentemente divergentes entre si⁴⁹⁰; todavia, o voto aqui apresentado é, indubitavelmente, reflexo do papel atuante do Judiciário em prol da justiça, no sentido pretendido por Hironaka. Afinal, a lei veda que o jurista ignore a realidade fático-social, quer na sua interpretação, quer na sua elaboração, determinando que todas as normas devem “atender aos fins sociais e às exigências do bem comum”⁴⁹¹. E prossegue a autora: “foi-se o tempo em que os termos postos em um papel sobrepujavam em relevância a realidade fático-social-jurídica da relação” existente. Ou seja, cônjuge e convivente “não podem ter direitos diferentes em razão da existência de um mero papel tabular”⁴⁹².

Ademais, se nem legisladores e juristas chegam a um consenso a respeito da interpretação adequada da norma em debate, é inviável supor que os brasileiros em geral possuem amplo conhecimento da legislação vigente, optando por viver em

⁴⁸⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias Paralelas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.108, jan./dez. 2013. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67983/70840> >. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 200.

⁴⁸⁸ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016. p. 09-10.

⁴⁸⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias Paralelas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.108, jan./dez. 2013. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67983/70840> >. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 200.

⁴⁹⁰ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 03.

⁴⁹¹ 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: < <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256> >. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 140.

⁴⁹² 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: < <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256> >. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 140.

união estável ou casamento após refletir e ponderar acerca das diferenças sucessórias existentes entre eles⁴⁹³. Ao contrário, a realidade evidencia que as faixas de menor rendimento domiciliar *per capita* no Brasil são as em que se verifica a maior porcentagem de uniões consensuais⁴⁹⁴. Aliás, a porcentagem destas tem crescido no Brasil, sobretudo nas regiões Norte e Nordeste, tidas como tradicionalmente mais precárias⁴⁹⁵ e em que a taxa de analfabetismo é maior⁴⁹⁶. Ou seja, “a lei (...) não foi feita para os doutos, mas foi feita para cada um e todos os cidadãos, que deverão entendê-la clara e imediatamente”, o que, conforme observado, não tem ocorrido com a matéria em apresso⁴⁹⁷.

Retoma-se, destarte, o voto do Ministro Barroso, em que se afirma:

Se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. Pelas mesmas razões, esta Corte reconheceu que tal dever de proteção, estende-se ainda às uniões homoafetivas, a despeito da omissão no texto constitucional⁴⁹⁸.

Este é, para o Relator, o motivo pelo qual a Constituição de 1988 ampliou a concepção jurídica de família, abarcando a união estável como forma de entidade

⁴⁹³ 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: < <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256> >. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 140.

⁴⁹⁴ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010: nupcialidade, fecundidade e migração**. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf > Acesso em: 25 nov. 2016. p. 68.

⁴⁹⁵ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010: nupcialidade, fecundidade e migração**. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf > Acesso em: 25 nov. 2016. p. 66.

⁴⁹⁶ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Pnad 2011**. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000010135709212012572220530659.pdf> > Acesso em: 26 nov. 2016. p.14.

⁴⁹⁷ 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 Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: < <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256> >. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 141.

⁴⁹⁸ BRASIL. Supremo 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. 2016, p.08.

familiar a ser reconhecida e tutelada pelo Estado⁴⁹⁹. Ademais, “sendo o Direito de Família, ou melhor, das famílias, uma tentativa de regulamentação e organização de relações de afeto e das consequências patrimoniais daí decorrentes”⁵⁰⁰, compreende-se inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, por ignorar os preceitos da afetividade na formação das relações familiares. Consoante o exposto, este princípio, ainda que implícito, é essencial à noção de família, desdobrando-se do próprio princípio da dignidade humana⁵⁰¹. Assim, faz-se imperiosa sua observação pelo ordenamento infraconstitucional, especificamente no que tange às regras sucessórias, a fim de que se consagrem os desejos do constituinte, aplicados no dia de hoje, garantindo-se a equidade e o pleno direito dos membros de quaisquer entidades familiares.

⁴⁹⁹ BRASIL. Supremo 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. 2016, p. 08.

⁵⁰⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 178.

⁵⁰¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 178.

5. CONCLUSÃO

À vista do exposto, percebe-se que aquela configuração oitocentista, rígida e fechada de família não tem mais espaço no sistema atual⁵⁰². A sociedade modificou-se, e com ela, a família. É imperioso, portanto, que a lei e o Direito acompanhem estas transformações sociais, de forma a não se tornarem anacrônicos, perdendo assim o seu maior sentido, o da “proteção da sociedade e das pessoas, em cada uma de suas relações interpessoais”⁵⁰³. Dessa forma, ao aplicador do Direito deve importar mais o conteúdo da relação familiar do que sua forma, mais o aspecto pessoal do que o patrimonial⁵⁰⁴. Esta foi a linha seguida pelo constituinte de 1988 ao adotar a pluralidade de entidades formadoras da família, ao indicar a despatrimonialização das relações familiares, ao assentar a dessacralização do matrimônio e ao estabelecer a equalização protetiva dos membros de cada família⁵⁰⁵.

Dessa forma, o tratamento inferiorizado do companheiro em termos sucessórios, estabelecido pelo Código Civil de 2002, não pode ser justificado, visto não existir qualquer motivo jurídico ou social que autorize a redução protetiva dada à união estável⁵⁰⁶. A disciplina sucessória desta – e de qualquer outro modo familiar – deve ser feita sempre à luz da Constituição, de sorte que as normas infraconstitucionais devem regulamentar a tutela sucessória aos conviventes sem quaisquer discriminações ou privilégios, sob pena de invalidade⁵⁰⁷.

Isto é, se ao cônjuge é conferido o status de herdeiro necessário, também ao companheiro deve ser assegurado tal benefício; se ao cônjuge somente é limitada a

⁵⁰² CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 105.

⁵⁰³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Sucessório e Constituição: controvérsias e tendências. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 218.

⁵⁰⁴ CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 105.

⁵⁰⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Sucessório e Constituição: controvérsias e tendências. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 218

⁵⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 178.

⁵⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 333.

herança para determinados regimes de bens quando houver concorrência com descendentes, ao companheiro não deve ser imposta a sucessão exclusiva sobre os bens adquiridos onerosamente durante a relação; se ao cônjuge é garantida a quarta parte da herança na concorrência com descendentes comuns, ao companheiro também deve ser assegurada tal parcela mínima; se ao cônjuge é garantida a concorrência sem diferenciação em relação aos descendentes, ao companheiro não pode ser imposta à meia parte da herança quando os descendentes forem exclusivos do falecido; se ao cônjuge é destinada a totalidade da herança no caso de inexistirem descendentes e ascendentes, ao companheiro não pode ser imposta a concorrência com os colaterais de até quarto grau e ainda limitada a sua parte em apenas $\frac{1}{3}$ da herança; se ao cônjuge é assegurado o direito real de habitação, ao companheiro também deve ser estendida tal garantia.

Caso contrário, a manutenção do tratamento legal discriminatório dada à união estável “implicaria negar o papel promocional da família e, conseqüentemente, atentar contra a dignidade de seus componentes”⁵⁰⁸. Casamento e união estável são entidades diferentes, e não se pretendeu aqui defender que esta sofra excessiva regulamentação, a ponto de fazê-la perder sua informalidade característica, transformando-a em um instituto idêntico ao primeiro⁵⁰⁹. Todavia, falta de regulamentação não pode, sob hipótese alguma, ser confundida com falta de proteção estatal eficiente⁵¹⁰. E esta é a determinação do artigo 226 da Constituição, segundo o qual todas as entidades familiares devem ser igualmente protegidas pelo Estado. Ou seja, sua forma de constituição pode ser diferente, assim como a prova de sua existência, mas os efeitos protetivos em relação a seus membros devem ser igualmente assegurados qualquer que seja a espécie da entidade familiar⁵¹¹.

Almeja-se, dessa forma, que o campo jurídico adote, definitivamente, a afirmação da família enquanto “grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade”, consagrando-se essa como “unidade de relações de afeto”, em detrimento da tradicional família patriarcal e suas funções patrimoniais,

⁵⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 333.

⁵⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: _____. (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 206.

⁵¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: _____. (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 207.

⁵¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 334-335.

procriacionais, políticas e religiosas⁵¹². Afinal, como bem observou o Ministro Luiz Fux no julgamento do RE 615941/RJ⁵¹³,

O que é uma família, no Brasil, quando nós sabemos que a Constituição Federal só consagrou a união estável porque 50% das famílias brasileiras são espontâneas? Nesses lares, nessas casas desse percentual do povo brasileiro, nunca passou um juiz, nunca passou um padre, mas naquela casa há amor, há unidade, há identidade, há propósito de edificação de projetos de vida. Naquela casa, muito embora não tenha passado nenhum padre e nenhum juiz, naquela casa há uma família. E o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem. Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; há família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana⁵¹⁴.

Destarte, o Superior Tribunal de Justiça e, sobretudo, o Ministro Relator Roberto Barroso, ao julgar o RE 878.694/MG, a fim de declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e determinar a aplicação do artigo 1.829 do mesmo diploma legal tanto nas hipóteses de união estável quanto de casamento, assenta precedente histórico para a equiparação das entidades familiares, harmonizando o Direito Civil com os objetivos da Constituição. Mais ainda, expande a noção da afetividade enquanto caráter constituidor do núcleo familiar e garante o respeito aos princípios constitucionais, sobretudo ao da dignidade da pessoa humana. Evita-se, pois, que a falta de conhecimento técnico jurídico prejudique os milhões de cidadãos brasileiros que optam por conviver em união estável, acreditando estarem igualmente protegidos pela legislação. Assegura-se, por fim, uma aplicação mais justa da lei sucessória e possibilita-se que a escolha acerca do tipo de relação a ser vivida possa ser baseada exclusivamente na vontade das partes, retirando-se a necessidade de matrimonializá-la somente a fim de garantir a segurança financeira do companheiro sobrevivente.

⁵¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf> > Acesso em: 28 nov. 2016. p. 06.

⁵¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 614941/RJ. Recorrente: União. Recorrida: Marilene Niegski. Voto do Ministro Relator Luiz Fux. 1º dez. 2016. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22874194/recurso-extraordinario-re-615941-rj-stf> >. Acesso em: 28 nov. 2016

⁵¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 614941/RJ. Recorrente: União. Recorrida: Marilene Niegski. Voto do Ministro Relator Luiz Fux. 1º dez. 2016. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22874194/recurso-extraordinario-re-615941-rj-stf> >. Acesso em: 28 nov. 2016.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 392-436.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf > Acesso em: 24 nov. 2016.

CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioefetividade. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 19-110.

_____. **Por uma adequação sistemática do direito real de habitação: uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46> > Acesso em: 28 nov. 2016.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 51-129.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 150-334.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos, bens e amor não combinam! ou A concorrência sucessória**. Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arc/\(cod2_782\)3_filhos_bens_e_amor_ao_combinam.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arc/(cod2_782)3_filhos_bens_e_amor_ao_combinam.pdf) > Acesso em: 26 nov. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119-178.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder; Aparecida Maria Abranches. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 30-362.

_____. **Curso de direito civil: Famílias.** 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 341-424.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 01-58.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro.** Salvador: Progresso, 1958. p. 23-35.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2003, Belo Horizonte. **Afeto, ética, família e o novo código civil:** anais do IV congresso brasileiro de direito de família, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 217-248.

_____. Direito Sucessório e Constituição: controvérsias e tendências. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 217-226.

_____. 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 nov. 2016.

_____. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 27-97.

_____. Decisão comentada – concorrência sucessória do companheiro. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v.7, páginas sem numeração, jan./fev. 2015.

_____. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais? A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileiro**, São Paulo, v.13, p. 131-1490, jan./abr. 2016. Disponível em: < <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/372/256> >. Acesso em: 1º ago. 2016.

_____. **Casamento e Regime de Bens.** Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4095/casamento-e-regime-de-bens> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 22ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010:** nupcialidade, fecundidade e migração. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf > Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD 2011.** Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000010135709212012572220530659.pdf> > Acesso em: 26 nov. 2016.

KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, v. 2. p. 113-175.

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.

_____. **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%B5es-processuais> >. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do *numerus clausus*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf> > Acesso em: 28 nov 2016.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 275-286.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 05-822.

_____. **A fraude material na união estável e conjugal**. Disponível em: < <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=46> > Acesso em: 03 dez. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.9, nº 29, p. 223-258, jul./dez. 2006. Disponível em: < http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_seus.pdf >. Acesso em: 24 nov. 2016.

OLIVEIRA, Euclides. Distinção entre União Estável, Concubinato e Sociedade de Fato. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 181-199.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: _____. (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 195-243.

_____. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 2014. p. 171-180.

PERROT, Michelle. **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, v. 4.

_____. **O nó e o ninho**. Veja 25 anos: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993. p. 74-81.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias Simultâneas e Monogamia**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, 2005, Belo Horizonte. Anais do V Congresso de Direito de Família. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/9.pdf >. Acesso em: 18 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, nº. 9, 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: 24 nov. 2016.

_____. **Constituição e proporcionalidade:** o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm> > Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. Proibição ao retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, nº. 15, set./nov. 2008. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf> > Acesso em: 28 nov. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares.** Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf> >. Acesso em: 18 out. 2016.

VAZ, Getúlio. A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos para os atos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.173, p. 101-115, jan./mar. 2007. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140968/R173-07.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 24 nov. 2016.

VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 517-551.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. A Família Conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 133-190.

FRANÇA. **Code Civil des Français.** Disponível em: < <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1804/0005/a005.pdf> > Acesso em: 25 nov. 2016.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm> >. Acesso em: 25 nov. 2016.

CORPUS IURIS CIVILIS. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/6489799/institutas-de-justiniano> >. Acesso em: 25 nov. 2016.

LEI DAS XII TÁBUAS. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm> >. Acesso em: 25 nov. 2016.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/hti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> >. Acesso em: 25 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 108313/RJ. Agravante: Antonio Picoroni. Agravado: Espólio de Francisco Vilela. Relator: Min. Cordeiro Guerra. 18 fev. 1986. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=272860> >. Acesso em: 24 nov. 2016.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. 14 out. 2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em: 18 out. 2016.

_____. 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. 2016.

_____. Recurso Extraordinário 614941/RJ. Recorrente: União. Recorrida: Marilene Niegski. Voto do Ministro Relator Luiz Fux. 1º dez. 2016. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22874194/recurso-extraordinario-re-615941-rj-stf> >. Acesso em: 28 nov. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0439.09.103748-1/001. Apelante: R.C.P. Apelada: M.F.V. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Belo Horizonte. 09 nov. 2011. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0439.09.103748-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> >. Acesso em: 13 nov. 2016.

< <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004> >. Acesso em: 15 nov. 2016.

< <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451> >. Acesso em: 24 nov. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei n. 508 de 2007. **Planalto**. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=96C33BEA4E3712A546EFAD43AC6CFC85.proposicoesWebExterno1?codteor=444218&file_name=PL+508/2007 >. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**: promulgada em 25 de março de 1824. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm > Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. (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: 25 nov. 2016.

_____. (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: : 25 nov. 2016.

_____. (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. (1988). **Emenda Constitucional n.º 9**, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao art. 175, §1º, da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm > Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. (1988). **Emenda Constitucional n.º 66**, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao art. 226, §6º, da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm > Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. **Lei nº. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. **Lei nº. 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm > Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. **Lei nº. 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. **Lei nº. 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. **Lei nº. 9.278**, de 10 de maio de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. **Lei nº. 10.046**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. **Lei nº. 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm >. Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. **Lei nº. 11.698**, de 13 de junho de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm >. Acesso em: 25 nov. 2016.