

COORDENAÇÃO
HELOISA HELENA BARBOZA

AUTORES

ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA
ANDERSON SCHREIBER
CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO
CARLOS NELSON KONDER
CARMEN TIBURCIO
DANIEL BUCAR
DANIEL GRUENBAUM
DANIELLE TAVARES PEÇANHA
EDUARDO NUNES DE SOUZA
GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES
GITA GOLDENBERG
GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
GUSTAVO SOUZA DE AZEVEDO
GUSTAVO TEPEDINO
HELOISA HELENA BARBOZA
LAURA OSÓRIO BRADLEY DOS SANTOS DIAS
MARCOS ALCINO
MARIANA RIBEIRO SIQUEIRA
MICHEL GLATT
MILENA DONATO OLIVA
PAULA GRECO BANDEIRA
REGIS FICHTNER
ROSÂNGELA MARIA DE AZEVEDO GOMES
ROSE MELO VENCELAU MEIRELLES
VINÍCIUS RANGEL MARQUES
VITOR ALMEIDA



ISBN: 978655378000-2



www.editoraprocesso.com.br

20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL
PERSPECTIVAS PRESENTES E FUTURAS

COORDENAÇÃO
HELOISA HELENA BARBOZA



COORDENAÇÃO
HELOISA HELENA BARBOZA

20 ANOS
DO CÓDIGO CIVIL

PERSPECTIVAS PRESENTES E FUTURAS



Heloisa Helena Barboza
(coordenação)

20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL:
PERSPECTIVAS PRESENTES E FUTURAS



**EDITORA
PROCESSO**

Rio de Janeiro
2022

EDITORA PROCESSO

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

www.editoraprocesso.com.brwww.catalivros.com.br

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio Ltda ME

Copyright© 2022 Heloisa Helena Barboza - Coordenadora

Todos os direitos reservados.

Conselho EditorialMaria Celina Bodin de Moraes (Presidente)
Luiz Edson FachinAna Carolina Brochado Teixeira
Ana Frazão
Antônio Augusto Cançado Trindade
Antônio Celso Alves Pereira
Caitlin Sampaio Mulholland
Carla Adriana Comitri Giberton
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Cleyson de Moraes Mello
Eneas de Oliveira Matos
Eugênio Facchini Neto
Fernando de Almeida Pedrosa
Hélio do Vale Pereira
Joyceane Bezerra de Menezes
Marco Aurélio Lagrega Casamasso
Marco Aurélio Peres Guedes
Marcos Eluard Jr.
Maria Cristina De Cicco
Mariana Pinto
Martinho Mont'Alverne Barreto Lima
Maurício Moreira Menezes
Melhim Nansen Chalhoub
Ricardo Calderón
Sergio Campinho
Zeno Veloso (In memoriam)Diagramação - Marcos Medeiros
Capa - Alexander MarinsCIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Barboza, Heloisa Helena - Coordenadora

B346a

20 anos do código civil - perspectivas presentes e futuras - Heloisa Helena Barboza - Coordenadora

Rio de Janeiro: Processo 2022
620p.; 23cm
ISBN 978655378000-2

1. 20 anos do código civil - perspectivas presentes e futuras. 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil**Sumário**

Apresentação	IX
<i>Heloisa Helena Gomes Barboza</i>	
Decisões judiciais e arbitrais estrangeiras como fato jurídico no Código Civil de 2002	1
<i>Daniel Gruenbaum</i>	
Breves notas sobre a nacionalidade da pessoa jurídica: o art. 1.126 do Código Civil	17
<i>Carmen Tiburcio</i>	
Defeitos do Negócio Jurídico e Princípio da Conservação	33
<i>Anderson Schreiber</i>	
Prescrição extintiva nos vinte anos de vigência do Código Civil	53
<i>Eduardo Nunes de Souza</i>	
O princípio do equivalente no Código Civil de 2002	141
<i>Regis Fichtner</i>	
Crítérios de interpretação das cláusulas compromissórias: usos e costumes, boa-fé e circunstâncias	173
<i>Carlos Nelson Konder e Michel Glatt</i>	
A impossibilidade superveniente da prestação e os remédios aplicáveis	211
<i>Aline de Miranda Valverde Terra e Mariana Ribeiro Siqueira</i>	

A natureza contratual dos acordos de colaboração premiada e suas repercussões no direito civil brasileiro.....	235
--	-----

Gustavo Tepedino e Paula Greco Bandeira

A importância do nexo causal na teoria da onerosidade excessiva	261
--	-----

Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Laura Osório Bradley dos Santos Dias

Função social da posse	291
------------------------------	-----

Marcos Alcino

A autonomia da posse no Código Civil	331
--	-----

Gustavo Tepedino e Danielle Tavares Peçanha

A tipicidade dos direitos reais e os novos instrumentos de regularização fundiária urbana: Legitimação fundiária e legitimação da posse	361
---	-----

Rosângela Maria de Azevedo Gomes

Notas sobre a usucapião no direito brasileiro	391
---	-----

Milena Donato Oliva e Vinícius Rangel Marques

Condomínio edilício.....	415
--------------------------	-----

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Condomínio de lotes e loteamento de acesso controlado: reavivando fronteiras	467
--	-----

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Gustavo Souza de Azevedo

A disciplina do direito de famílias e das sucessões no Código Civil de 2002: reflexões à luz dos princípios constitucionais	499
---	-----

Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida

Direito de filiação.....	523
--------------------------	-----

Rose Melo Vencelau Meireles

Interface entre o Direito e a Psicanálise: a indenização por Abandono Afetivo nas Relações de Filiação no âmbito do Direito de Família	563
--	-----

Gita Goldenberg

Vinte Anos do Código Civil no Sistema Sucessório Brasileiro	583
---	-----

Daniel Bucar

risprudência e doutrina provoca inconsistências conceituais que podem gerar embaraço, como se verificou ao longo do texto.

Cumpra à doutrina, enfim, o trabalho permanente de fortalecer os laços entre teoria e prática ao fornecer suporte dogmático às atividades legislativa e jurisprudencial, garantindo, com isso, a plena efetividade do ordenamento em sua totalidade.

ção e convivência, visando à valorização dos imóveis que compõem o empreendimento, tendo em vista a sua natureza jurídica, vinculam-se, por critérios de afinidade, similitude e conexão, à atividade de administração de imóveis".

A disciplina do direito das famílias e das sucessões no Código Civil de 2002: reflexões à luz dos princípios constitucionais¹

*Heloisa Helena Barboza²
Vitor Almeida³*

Sumário: Introdução; – 1. O Código Civil no cenário da vigente ordem constitucional; – 2. O anacronismo da regulamentação da(s) família(s) em face dos princípios constitucionais; – 3. Efeitos do direito de família na disciplina das relações sucessórias: problemas e soluções conforme a Constituição da República; – 4. Considerações finais.

Introdução

Ao se completarem duas décadas da sanção da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, já é pos-

1 O presente artigo se inscreve e amplia as pesquisas estudos dos autores sobre relações familiares e sucessórias, que integram o Projeto de Pesquisa CNPq "Proteção do ser humano na era da biopolítica".

2 Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Diretora da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Especialista em Ética e Bioética pelo IFF/FIOCRUZ. Advogada.

3 Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Discente do Estágio Pós-Doutoral do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD-UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (ITR/UFRRJ). Professor do Departamento de Direito da PUC- Rio. Advogado.

sível uma apreciação das repercussões que vem produzindo no campo jurídico. A nova codificação, que se pode dizer "jovem" diante do Código Civil de 1916, que perdurou por cerca de oitenta e cinco anos, é obra que buscou inovar e "modernizar" a disciplina das relações civis no limiar do século XXI. Esse intento vem sendo alcançado em parte dos Livros que o compõem. Contudo, igual afirmativa não pode ser feita em relação aos Livros dedicados ao Direito de Família e das Sucessões, não obstante a admiração que merecem seus autores e o respeito devido a uma obra de tal porte. Cabe lembrar que o anteprojeto é de autoria dos Professores Miguel Reale, na qualidade de Supervisor, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clovis do Couto e Silva e Torquato Castro, que elaboraram, respectivamente, a matéria relativa a Parte Geral, Direito das Obrigações, Atividade Negocial, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões.

Sem dúvida as dificuldades ainda encontradas na aplicação da Lei Civil, notadamente nos Livros indicados, se devem, de início, aos vinte sete anos da tramitação do Projeto de Lei original, de nº 634/1975, encaminhado ao Congresso Nacional em 10 de junho de 1975, pelo então Presidente Ernesto Geisel. Destaque-se, todavia, o trabalho da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, supervisionada pelo professor Miguel Reale, constituída em 23 de maio de 1969, pela Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Códigos do Ministério da Justiça, bem como das Comissões Especiais constituídas na Câmara e no Senado para análise do Projeto, até a aprovação em 2000 do parecer final do Relator, Deputado Ricardo Fiúza, no 2º turno de votação na Câmara, matéria que será abordada adiante.⁴

4 PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. v. 4. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 95. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/mlcc/>. Acesso em: 10 out. 2021.

Durante as quase três décadas de tramitação do Projeto original houve profundas transformações sociais no mundo e no Brasil, que impactaram diretamente as relações familiares, campo de desenvolvimento, por excelência, das situações existenciais. O Código Civil surge efetivamente catorze anos depois do início do processo de redemocratização do Brasil, marcado pela promulgação da Constituição da República de 1988, que instaurou uma nova ordem jurídica no país. Os valores consagrados pela Lei Maior se traduziram em princípios que desde então norteiam o Direito brasileiro. Profundas foram as alterações promovidas pela Constituição no âmbito do Direito de Família, as quais na verdade consolidavam e reconheciam, em sede constitucional, situações sociais que de há muito reclamavam proteção estável.

Observe-se que, até 1988, questões familiares, de que é bom exemplo a convivência sem casamento, tinham obtido o reconhecimento de alguns direitos graças à atuação dos tribunais, eis que omissa a legislação. Em alguns casos, as disposições do Código de 1916 restringiam direitos, valendo lembrar a expressa proibição no artigo 358 de reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos⁵. Destaque-se que, mesmo após a consagração do princípio da plena igualdade dos filhos no art. 227, § 6º, da Constituição da República de 1988, foi necessária a expressa revogação do citado artigo 358, pela Lei 7.841, de 17 de outubro de 1989, em razão das dúvidas existentes quanto ao alcance do referido dispositivo constitucional.

Apesar da literalidade das disposições constitucionais, como no exemplo acima, e de todo esforço empreendido no processo de atualização do Projeto de tão longa tramitação, o Código Civil

5 "Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos".

6 "Art. 227, § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

entrou em vigor sem que fosse observada o que se poderia denominar a "nova ordem familiar" assentada no texto constitucional e sua consequente e direta interferência na sucessão legítima. Passados vinte anos de existência do Código Civil, os problemas de aplicação de várias disposições pertinentes ao Direito de Família e das Sucessões se mantêm, quando não se agravam em virtude do natural desenvolvimento da sociedade. A constante atuação dos tribunais e os dedicados esforços dos intérpretes, inquestionavelmente, muito contribuem para as soluções reclamadas, que já deveriam ter sido resolvidas pelo legislador, minorando os problemas enfrentados pelas pessoas que vivenciam situações familiares não atendidas pela codificação ou normas especiais.

O presente trabalho procura, com base em pesquisa bibliográfica e análise à luz dos princípios constitucionais, apreciar alguns dispositivos do Código Civil, dos Livros III e IV, que não se harmonizam com a nova ordem familiar, confrontando em vários casos a Constituição da República. Busca-se, desse modo, contribuir para solução de alguns dos problemas existentes.

1. O Código Civil no cenário da vigente ordem constitucional

Miguel Reale, na qualidade de Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, ao encaminhar, em 14 de janeiro de 1975, ao Ministro da Justiça o Anteprojeto que deu origem ao atual Código Civil, destacou que a reforma da Lei Civil, então em vigor, era de há muito reclamada, como "decorrência das profundas alterações havidas no plano dos fatos e das idéias (*sic*), tanto em razão do progresso tecnológico como em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social"⁷. Contudo, o trabalho da Comissão Elaboradora e Revisora, em que pese

7 PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. Memória Legislativa do Código Civil. v. 4. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 97. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/mlcc/>. Acesso em: 10 out. 2021.

sua indiscutível qualidade e o esforço no sentido de uma reforma da lei, fora corroido pelo passar do tempo.

Por ocasião da fase final de tramitação do Projeto, já havia sido promulgada a Constituição da República de 1988, instaurando nova ordem jurídica do Brasil. Em consequência, quando do encaminhamento do Projeto à Comissão Especial de Reforma do Código Civil, para votação em segundo turno, o Relator Geral do Projeto, Deputado Ricardo Fiúza, esclareceu ter sido necessária minuciosa análise das emendas para a "compatibilização sistêmica das modificações inseridas, bem como para a adequação legal e constitucional dos dispositivos que não tinham sido objeto de emenda, mas que estavam em descompasso com a legislação editada após a aprovação do projeto pelo Senado". De acordo, ainda, com o Relator Geral, "as desatualizações eram tantas que, [...] teve o Congresso Nacional que aprovar modificação no seu regimento interno, a permitir as imprescindíveis alterações (Resolução nº 01 de 2000 - CN)".⁸

A imperiosa necessidade de atualização do Projeto bem se traduz nas palavras do Deputado Ricardo Fiúza, segundo o qual:

O trabalho de compatibilização do Projeto com a legislação superveniente à sua feitura já definitiva impõe-se sob pena de conversão do Projeto num mero capítulo do Direito Histórico, sem que alcance a indispensável atualidade, que possibilite seu ingresso no campo do Direito Positivo.

Buscava-se conformar o então novo Código Civil à legalidade constitucional, ainda que à época não estivesse instaurada a

8 A Resolução nº 1, de 2000-CN, alterou a Resolução nº 1, de 1970-CN, que dispõe sobre o Regimento Comum do Congresso Nacional, para acrescentar-lhe o seguinte dispositivo: "Art. 139-A. O projeto de código em tramitação no Congresso Nacional há mais de três legislaturas, será, antes de sua discussão final na Casa que o encaminhará à sanção, submetido a uma revisão para sua adequação às alterações constitucionais e legais promulgadas desde sua apresentação". Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2000/resolucao-1-28-janeiro-2000-497940-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 10 out. 2021.

preocupação metodológica de entender a Constituição não apenas como um limite ao legislador ordinário, mas, ao revés, em sua incidência direta nas relações intersubjetivas, sendo este o norte central da atividade interpretativa⁹. Como esclarece Gustavo Tepedino, “[O]s valores constitucionais servem de norte ou *leit motif* permanente da teoria da interpretação. Desse modo, independentemente da técnica legislativa empregada, sejam princípios ou regras, cláusulas gerais ou prescrições específicas, a segurança jurídica é alcançada a partir da recondução sistemática de cada norma à legalidade constitucional”¹⁰.

Efetivamente, como destaca Joyceane Bezerra de Menezes, não há que se distinguir a natureza da norma, visto que essa deve “ser interpretada na unidade do ordenamento que integra segundo a legalidade constitucional, ou seja, a amálgama que se extrai dos valores assentados na Constituição”¹¹. Certo é também, a despeito dos entendimentos contrários, “que há certo consenso acerca da força normativa dos princípios constitucionais”, não mais prevalecendo “a ultrapassada percepção da Constituição como mera Carta Política, exclusivamente dirigida ao legislador”¹².

9 TEPEDINO, Gustavo. Notas esparsas sobre o direito civil na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coords.). *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, p. 333.

10 TEPEDINO, Gustavo. Pós-verdades hermenêuticas e o Princípio da Segurança Jurídica. Disponível em: <https://www.oab.org.br/columnistas/gustavo-tepedino/pos-verdades-hermeneuticas-principio-seguranca-juridica>. Acesso em: 11 out. 2021.

11 MENEZES, Joyceane Bezerra de. Identidade de gênero na legalidade constitucional. MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coords.). *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, p. 506.

12 TEPEDINO, Gustavo. Notas esparsas sobre o direito civil na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coords.). *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, p. 336.

Constata-se, todavia, que a “adequação constitucional do Projeto” buscada na fase final de sua tramitação não alcançou as novas perspectivas traçadas pelos princípios expressos na Constituição da República. Nesse sentido é bastante expressivo o modesto tratamento concedido pelo Código aprovado aos companheiros, quase um apenso ao Livro de Direito de Família, não obstante o expresso reconhecimento da união estável com entidade familiar no § 3º, do art. 226, da Constituição da República¹³. Nessa linha, o Livro do Direito das Sucessões regulamentou a sucessão dos conviventes de modo atípico, em meio às disposições gerais, de maneira acanhada e confusa num único artigo (art. 1.790), que acabou declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2017.¹⁴

A radical defesa do casamento como a “verdadeira” família, que ainda encontra adeptos no século XXI, aliada à facilitação da conversão da união estável em casamento prevista no texto constitucional, resultou numa pretensa hierarquização das famílias, que seria encimada pelo casamento. Em consequência, as pessoas que convivem em união estável, família que seria de “segunda classe”, não deveriam ter os mesmos direitos dos casados, como, por exemplo, a qualidade de herdeiros necessários, questão não apreciada pelo STF, quando da decretação da inconstitucionalidade do art. 1.790.¹⁵

Decorridos vinte anos desde a aprovação do Projeto final, fato é que a “adição legislativa”, preconizada por Miguel Reale em 1975, para a disciplina de questões decorrentes das mutações sociais, já àquela época, objeto de fortes dúvidas e contrastes¹⁶, não

13 “Art. 226, § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

14 STF, RE 878.694-MG, Rel. Min. Luiz Roberto Barroso, julg. 10 mai. 2017.

15 STF, Emb. Decl. no RE 878.694-MG, Rel. Min. Luiz Roberto Barroso, julg. 25 out. 2018.

16 Miguel Reale, em 1975, incluiu como ponto essencial das Diretrizes

ocorreu. Ao contrário, quando se consideram os avanços das decisões judiciais, especialmente das Cortes Superiores, os dispositivos do Código Civil se revelam distanciados das determinações constitucionais, muitas vezes omissos ou ausentes.

A permanência, se não a sobrevivência, do Código Civil no que tange às relações familiares e sucessórias, se deve quase que exclusivamente ao incansável e dedicado trabalho dos doutrinadores e dos tribunais, que incessantemente buscam conformá-lo à legalidade constitucional.

2. O anacronismo da regulamentação da(s) família(s) em face dos princípios constitucionais

A trajetória das diferentes leis que, desde o Código Civil de 1916, procuram disciplinar as relações familiares, permite a clara identificação da forte influência das concepções conservadoras e religiosas, a qual excluía todas as situações que não se amoldavam a tais cânones. Em consequência, ficaram sem proteção legal – até 1988 – as famílias não resultantes do casamento, bem como os filhos delas nascidos, sendo vedado inclusive seu reconhecimento, a depender de sua “categoria”, como acima destacado. Observe-se que, no início da vigência da codificação anterior, a própria sociedade repousava sobre o casamento civil¹⁷,

Fundamentais às quais deveria obedecer o futuro Código, deixar para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, *in verbis*: “i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica”. PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. v. 4. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 99. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/mlcc/>. Acesso em: 10 out. 2021.

17 “Aliás, já Mackeldy escrevia com admirável synthese: ‘Os direitos de família se ocupam das relações de família e de sua influencia sobre a pessoa

único acolhido pela Constituição da então jovem República e assim mantido até 1988, portanto por noventa anos¹⁸. Observe-se que, embora o termo “matrimônio” seja utilizado de modo corrente como sinônimo de casamento, na verdade, designa um dos sacramentos da Igreja Católica.¹⁹

Ao longo dos mais de oitenta anos que antecederam a vigência do Código Civil de 2002, houve a edição de leis que promo-

e os bens daquelles que se lhe acham sujeitos. As relações de família compreendem o casamento, o patrio-poder e até certo ponto a tutela e a curatela’. É sob este aspecto que o Código Brasileiro dá ao seu livro I parte especial a epigraphe: – Do Direito de Família. Como nas sociedades modernas e cristãs o assento basico da família é o matrimonio, com toda razão o titulo I desse livro se inscreve – Do casamento. Procedendo ao commento deste titulo, cumpre-nos antes de tudo dar a definição de instituto tão importante sobre que, por assim dizer, repousa a propria sociedade civil (*sic*)”. OLIVEIRA, Candido de. *Manual do Código Civil brasileiro*. vol. V, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 8.

18 “Art. 72, § 4º: A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (Constituição da República de 1891); “Art. 144: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado” (Constituição da República de 1934; nos termos do art. 146 foi admitida a celebração religiosa do casamento, o qual poderia produzir efeitos civis, desde que inscrito no Registro Civil); Constituições dos Estados Unidos do Brasil de 1937, art. 124, e 1946, art. 163; Constituição do Brasil de 1967, art. 167; Emenda Constitucional nº 1/69, art. 175; e, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 226, § 1º.

19 Embora no senso comum e mesmo nos dicionários (v. HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.870) os termos *casamento* e *matrimônio* sejam sinônimos, este é um dos sacramentos da Igreja católica, e consiste no pacto “pelo qual o homem e a mulher constituem entre si a comunhão íntima de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os batizados foi elevado por Cristo Senhor à dignidade de sacramento” (SEGUNDA parte – A celebração do mistério cristão. *Vaticano*. Disponível em: http://www.vatican.va/archiv-cathechism_po/index_new/p2s2cap3_1533-1666_po.html. Acesso em: 15 out. 2021). A palavra *casamento* designa a união voluntária de um homem e uma mulher, de acordo com as regras do direito com o fim de constituição de uma família (HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 641).

veram alguns avanços significativos para redução da desigualdade e das discriminações existentes na legislação. Merece ser mencionado nesse sentido o denominado "Estatuto da Mulher Casada", que dispôs sobre a situação jurídica da mulher casada, retirando-a do rol das pessoas relativamente incapazes e minorando sua situação de subordinação na relação conjugal²⁰. De grande importância foi também a "Lei do Divórcio", que alargou de modo importante²¹ o longo caminho para igualdade entre os filhos ao: (i) permitir o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, por qualquer dos cônjuges, ainda na vigência do casamento em testamento cerrado, irrevogável nessa parte e aprovado antes ou depois do nascimento do filho; e (ii) reconhecer o direito à herança em igualdade de condições, qualquer que fosse a natureza da filiação²². Essa trajetória somente se encerrou com a promulgação da Constituição da República em 1988, que assegurou aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Permitido seja lembrar, por seu significado emblemático, que ainda diante de tão claro dispositivo foi questionada a possibilidade do reconhecimento dos filhos anteriormente denominados "incestuosos" e "adulterinos", como de início destacado.

É oportuno salientar que as relações sem casamento eram moral, social e civilmente reprovadas e determinantes da situa-

ção jurídica dos filhos, vale dizer, de sua classificação e consequente discriminação, visto serem privados de seus direitos fundamentais ao uso do nome de família, aos alimentos e à sucessão, em razão da marca de reprovação constante dos seus registros de nascimento²³. Cabe destacar, todavia, que o direito então codificado não refletia o pensamento de importantes juristas da época, que já rejeitavam a "marca da reprovação", defendendo os mais progressistas a equiparação de todos os filhos.²⁴

A Constituição da República de 1988, ao estabelecer como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, instaurou uma nova ordem jurídica no país, voltada precipuamente para a proteção do ser humano. A Lei Maior assumiu, desse modo, papel redentor para todos que se ainda se encontravam em situação de desigualdade,

23 Os filhos eram classificados no Código Civil de 1916 como: (a) "legítimos" eram os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que inválido, desde que contraído de boa-fé, e os legalmente presumidos como tal (arts. 337 e 338); (b) "ilegítimos", que se distinguem em "naturais", ou seja, os que nasciam de homem e mulher entre os quais não havia impedimento para se casarem, e "espúrios", denominação atribuída aos nascidos de pessoas impedidas de casar por parentesco, afinidade ou por já serem casadas, respectivamente qualificados como filhos incestuosos e adulterinos. O reconhecimento desses últimos foi vedado até 1988, como já assinalado (nota 5). O reconhecimento dos filhos naturais era admitido, mas apenas os *legitimados* pelo casamento dos pais, após sua concepção ou nascimento, eram equiparados aos legítimos. "Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos" (art. 352).

24 O projeto primitivo de Clovis Beviláqua admitia o reconhecimento dos filhos espúrios, como se vê de seu art. 421: "No ato do reconhecimento do filho adulterino ou incestuoso, é vedado, sob pena de nulidade, fazer qualquer menção da qual se induza que ele proceda de um concúbito reprovado". Alguns doutrinadores mais progressistas vislumbraram nas Cartas de 1934 e 1937 tendência para equiparação de todos os filhos, razão pela qual entendiam que o Código Civil estaria revogado. Atuação pioneira coube em verdade à legislação acidentária e previdenciária, que, no seu campo de incidência, iniciou um processo de evolução à margem da lei civil. GOMES, Orlando; CARNEIRO, Nelson. *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952, p. 82-86.

20 Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962.

21 A Lei 883, de 21 de outubro de 1949, dispôs sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos, de modo discriminatório e desigual, mas foi um primeiro passo para minorar o seu desamparo.

22 Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, "Art. 51 - A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 passa a vigorar com as seguintes alterações: 1) 'Art. 1º. [...] - Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável'. 2) Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições".

sendo discriminados, excluídos e, principalmente esquecidos, isto é, socialmente invisibilizados e desprotegidos. Nesta última qualificação se incluem todos os vulneráveis, como crianças e adolescentes, idosos, doentes de toda natureza e pessoas com deficiência, bem como as populações que constituem a diversidade brasileira de natureza étnica, regional, cultural e de sexo/gênero. Os efeitos dessa diversidade e das interseccionalidades crescentes que se constataam interferem diretamente nas relações familiares, não podendo o Direito das Famílias desconhecê-las.

Neste cenário entrou em vigor a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que deliberadamente reproduziu a estrutura e muitos dispositivos da codificação anterior²⁵, que permaneceram no novo texto codificado, a despeito do processo de "adequação legal e constitucional" acima referido. Embora não tenha cabimento questionar, a essa altura, o entendimento dos autores do Anteprojeto, principalmente por ser anterior à Constituição de 1988, constata-se que a estrutura do vigente Código, ao reproduzir a da lei anterior, mesmo com "adequações", mantém a primazia do casamento sobre outras famílias, dedica poucos dispo-

sitivos à união estável e nada dispõe sobre as famílias monoparentais.²⁶

Além disso, embora transcreva o princípio constitucional da plena igualdade entre os filhos²⁷, dá tratamento distinto conforme sejam aos filhos nascidos ou não do casamento, atribuindo expressamente a presunção de paternidade apenas aos filhos do casamento (art. 1.597, CC/02), o que lhes facilita o estabelecimento do vínculo, na falta do registro pelo pai. Cabe observar que a presunção, fundada nos prazos mínimo e máximo de gestação como indicativos da provável época da concepção, de todo útil em décadas passadas, foi francamente substituída pelos exames de DNA, descoberto em 1985²⁸, para determinação da paternidade com índice de acerto de 99,99%. O referido exame popularizou-se e, em 1994, o STF decidiu não haver obrigatoriedade de o pretenso pai submeter-se ao exame de DNA.²⁹

Por conseguinte, durante o período de tramitação do Projeto do Código Civil o exame de DNA não era uma novidade, e teria

25 Miguel Reale incluiu entre os Princípios Fundamentais adotados no Anteprojeto: "e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência". Esclarece, ao tratar do "Problema da Linguagem", que "[I]ntimamente ligado ao problema da linguagem é o da manutenção, no anteprojeto, como já foi salientado, de centenas de artigos do Código Civil vigente", e que "[...] [F]azer alteração numa regra jurídica, por longo tempo trabalhada pela doutrina e pela jurisprudência, só se justifica quando postos em evidência os seus equívocos e deficiências, inclusive de ordem verbal, ou então, quando não mais compatíveis com as necessidades sociais presentes. De outra forma, a alteração gratuita das palavras poderia induzir, erroneamente, o intérprete a buscar um sentido novo que não estava nos propósitos do legislador". PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. v. 4. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 99 e 104. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/mlcc/>. Acesso em: 10 out. 2021.

26 Permita-se remeter a CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de; ALMEIDA, Vitor. *Famílias monoparentais, vulnerabilidade social e cuidado*. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 28, pp. 77-96, abr./jun., 2021, *passim*.

27 "Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

28 Disponível em: <https://cienciahoje.org.br/columna/a-revolucao-dos-testes-de-dna/>. Acesso em: 10 out. 2021.

29 "INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU 'DEBAIXO DE VARA'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos". STF, HC 71373-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, julg. 10 nov. 1994, publ. 22 nov. 1996.

sido muito útil sua consideração para fim de estabelecimento da paternidade biológica, que desde então cresceu em importância. Nessa linha, a inclusão dos filhos nascidos em decorrência das técnicas de reprodução assistida no rol dos beneficiados pela presunção não foi feliz e gerou uma série de questões que permanecem em aberto, cuja apreciação escapa dos estreitos limites deste trabalho.³⁰

A referência acanhada às técnicas de reprodução assistida não contemplou o registro de nascimento dos filhos delas resultantes, o que seria cabível na medida em que o Código tratou em vários dispositivos dos registros públicos, inclusive do processo de habilitação para casamento e do registro civil do casamento religioso³¹, matéria regulamentada por lei especial desde 1973³². A falta de regulamentação exigia o recurso ao judiciário para realização desse registro, especialmente no caso de haver gestação por substituição³³. Igual problema ocorria em relação ao registro da paternidade e/ou maternidade socioafetiva, admitida como parentesco de outra origem, previsto no artigo 1.593 do Código Civil.

Tais registros de nascimento vieram a ser disciplinados pelo Conselho Nacional de Justiça através do Provimento 63/2017, alterado pelo Provimento 83/2019, que ao instituir modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas natu-

rais, dispôs sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva, bem como sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.³⁴

O Código Civil em sua redação original disciplinava a adoção de menores de idade, matéria até então regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, em plena consonância com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, consagrada no art. 227, da Constituição da República. Em que pese o louvável esforço do legislador de tentar reunir as normas sobre direito de família, que se multiplicaram ao longo dos anos em paralelo ao Código Civil, a incorporação da adoção de crianças e adolescentes ao capítulo da filiação revelou-se assistemática, visto tratar-se de uma das modalidades de colocação em família substituta regida pelos princípios e regras especiais do ECA. Em boa hora os dispositivos do Código que tratavam dessa matéria foram revogados, voltando a adoção a ser disciplinada pelo ECA.³⁵

Infelizmente igual cuidado não teve o legislador com a disciplina do divórcio, permanecendo no Código Civil a redação original que assimilou o regime da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977)³⁶. A contínua atividade dos intérpretes e dos tribu-

30 Sobre o assunto ver BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida: questões em aberto. In: CASSETTARI, Christiano (Org.). *10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92-110; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

31 Servem de exemplo o disposto nos arts. 9º, 10, 1.516, 1.525 a 1.532, todos do Código Civil.

32 Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, especialmente arts. 67 a 69, e 71 a 75, respectivamente.

33 Observe-se que em tal caso os dados constantes da Declaração de Nascimento Vivo (DNV), regulamentada pela Lei 12.662, de 05 de junho de 2012, não corresponderão à maternidade jurídica.

34 O registro de nascimento no caso de gestação por substituição será feito nos termos do § 1º, do art. 17, do Provimento 63/2017, segundo o qual: "Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação."

35 A Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009, deu nova redação aos arts. 1.618 e 1.619, e revogou os arts. 1.620 a 1.629, do Código Civil.

36 Serve de exemplo o disposto no Código Civil: "Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum". "Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I – adultério; II – tentativa de morte; III – sevícia ou injúria grave; IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V – condena-

nais promoveu profundas alterações no regime original do divórcio, de modo atento às modificações sociais e constitucionais. Não mais se exige motivação ou tempo mínimo de convivência para o divórcio, como deixa claro o § 6º, do art. 226, da Constituição da República, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 66, de 2010.³⁷

A regulamentação de novas famílias, como as decorrentes de casamento e uniões estáveis homoafetivas, naturalmente não poderiam constar do Projeto original e mesmo de alterações legislativas posteriores, eis que seu reconhecimento se deve ao Supremo Tribunal Federal (STF), em histórica decisão proferida há dez anos.³⁸

No natural e rápido desenvolver da sociedade as relações familiares crescem em complexidade. Ao lado da família matrimonial nos moldes tradicionais, Rolf Madaleno³⁹ menciona, pelo menos, onze outros arranjos familiares, modelos que desafiam a conceituação do que se deva considerar como entidade familiar e seus efeitos existenciais e patrimoniais. Com igual rapidez e dificuldade multiplicam-se os questionamentos: quais modalidades familiares devem ser reconhecidas? Há amparo ético que legitime novas formas de convivência como famílias? Como contemplar os diferentes e justificáveis entendimentos numa sociedade marcada pelo multiculturalismo e pela diversidade?

ção por crime infamante; VI – conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”. Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I – evidente prejuízo para a sua identificação; II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III – dano grave reconhecido na decisão judicial”.

37 “Art. 226. [...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

38 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

39 MADALENO, Rolf. *Manual de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 2-15.

3. Efeitos do direito de família na disciplina das relações sucessórias: problemas e soluções conforme a Constituição da República

O Direito das Sucessões apresenta-se como uma das partes mais conservadoras do Direito Civil, vocacionada à transmissão do patrimônio da pessoa que falece, vinculando-se, em consequência, ao direito de propriedade, no que concerne a circulação e distribuição de bens. Serve, desse modo, tradicionalmente, de instrumento de concentração ou divisão da propriedade privada, para atender o sistema econômico adotado no país, de acordo com os desígnios do legislador. Deve-se considerar, contudo, que a Constituição da República de 1988 assegura o direito à herança como um direito fundamental⁴⁰ e que a nova ordem jurídica instaurada em 1988 tem como objetivo central a proteção da pessoa humana em sua dignidade. Nessa linha e tendo em vista que o patrimônio deixa de ser o núcleo do sistema jurídico privado e assume nova função, passando a ser instrumento de realização das potencialidades humanas, o papel tradicionalmente desempenhado pelo Direito das Sucessões se altera: não perde seu caráter precipuamente patrimonial, mas se transforma, de modo inafastável, em instrumento de realização do objetivo maior da Constituição da República. Impõe-se, por conseguinte a (re)construção dos institutos sucessórios já existentes, especialmente quando preservada a estrutura e redação da lei anterior, através de árduo trabalho de interpretação, para que cumpram sua função maior: a de conferir efetividade aos mandamentos constitucionais. Rigorosa, portanto, deve ser a filtragem constitucional dos dispositivos codificados, notadamente dos que dão efetividade ao direito fundamental à herança, vale dizer, dos que tratam da sucessão legítima.

Deve se ressaltar que o sistema misto brasileiro de atribuição da herança, segundo o qual o indivíduo pode dispor da metade

40 Art. 5º, inc. XXX.

de seus bens, caso tenha herdeiros necessários, harmoniza-se com a orientação constitucional, na medida em que, de um lado, preserva os direitos à liberdade (aqui traduzida em autonomia) e à propriedade, e, de outro, assegura aos integrantes da família uma parcela do patrimônio do autor da herança, efetivando o princípio da solidariedade familiar. Indispensável, porém, que essa participação compulsória se dê em harmonia com os cânones constitucionais, ou seja, com estrita observância dos princípios estabelecidos na Constituição, mormente dos que regem as entidades familiares.

A regulamentação da sucessão legítima no Código Civil, anterior e atual, foi assentada sobre os vínculos de parentesco e de conjugalidade. Em razão da difícil trajetória do Projeto que deu origem ao Código Civil em vigor e das sucessivas dificuldades encontradas na aplicação de alguns dispositivos do Direito das Sucessões, torna-se indispensável analisar sua adequação à nova ordem familiar instituída em 1988.

De início, constata-se ter o cônjuge recebido proteção privilegiada do legislador, de modo consentâneo com a prevalência do casamento sobre outras entidades familiares. O cônjuge foi mantido como herdeiro legítimo, ocupando o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, mas na qualidade de herdeiro necessário, a teor do art. 1.845. Além disso, o cônjuge concorre com os descendentes e ascendentes, conforme prevê o art. 1.829, incisos I a III, do Código Civil. Os viúvos, portanto, participam da sucessão legítima mesmo havendo herdeiros de classes anteriores à sua, excepcionando a regra segundo a qual uma classe exclui a outra. Na linha da Lei Civil anterior, o direito real de habitação lhes foi garantido relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (art. 1.831).

A proteção preferencial do cônjuge é questionável, por confrontar a que foi concedida pelo Código à união estável e por não considerar a dinâmica das relações conjugais que há muito tempo se verifica no Brasil, onde os casamentos se sucedem, por ve-

zes intercalados com uniões estáveis⁴¹, especialmente a partir das últimas décadas do século XX. As dificuldades em tais casos se sobrepõem, a iniciar pela definição das meações cabíveis a cada casamento e/ou união estável, às quais podem se sobrepor o direito à herança e/ou à concorrência com outros herdeiros, nos termos do art. 1.829, inc. I, da Lei Civil.

Por outro lado, da sequência de casamentos nascem filhos, de uniões distintas, portanto irmão unilaterais, que além de concorrem com o viúvo, não necessariamente seu genitor, devem se submeter ao disposto no artigo 1.832, do Código Civil, dispositivo que suscitou vários e interessantes questionamentos, ainda não pacificados, especialmente quando há concorrência entre o cônjuge sobrevivente, filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança. O exame da matéria foge, porém, ao escopo do presente trabalho.

Deve-se destacar que o direito do cônjuge participar da herança somente é reconhecido se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente, nos termos do art. 1.830, da Lei Civil. O dispositivo exige acurada interpretação, para que não haja confronto com a orientação constitucional advinda da Emenda Constitucional (EC) nº 66, de 13 de julho de 2010, que dispensou qualquer exigência para a dissolução do casamento, como acima indicado. Como esclarece Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁴², se a relação conjugal se en-

41 A possibilidade de reconhecimento jurídico simultâneo de casamento e união estável foi rejeitada pelo STF, no julgamento do RE 1045273, tendo sido fixada a seguinte tese na apreciação da repercussão geral do Tema nº 529: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro".

42 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, vol. XX, Parte Especial do Direito das Sucessões, coord. Antônio

contrava rompida, judicialmente ou de fato, não se justifica a participação sucessória do sobrevivente no acervo hereditário. Efetivamente se o intuito da lei é amparar o cônjuge, seu direito é razoável se mantinha convivência com o autor da herança, na época da abertura da sucessão. O entendimento em contrário pode prejudicar os filhos, em virtude da inclusão de mais um concorrente na partilha. Além disso, cabe indagar se a participação do ex-cônjuge prejudica o direito da pessoa que convivia efetivamente com o falecido no momento da sua morte. Diante dessa possibilidade, parece ser intuito do legislador valorizar o casamento e "penalizar" o eventual convivente, mais uma vez.

Essa última cogitação perde sua feição absurda quando se considera a regulamentação dos direitos sucessórios do companheiro constante do art. 1.790, do Código Civil, em dispositivo atópico, como já destacado, e nitidamente discriminatório em face do tratamento privilegiado atribuído ao cônjuge.⁴³ As disposições contidas no art. 1.790 desafiavam a proteção constitucional devida aos companheiros (CR, art. 226, § 3º), sem que se apresentassem fundadas razões para tanto.

Junqueira de Azevedo, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 221.

43 Apenas o art. 1.790 dispunha sobre a sucessão das pessoas que mantinham união estável, dispositivo inserido no capítulo das disposições gerais, que inaugura o livro das Sucessões do Código Civil. Nos termos do art. 1.790, o companheiro participaria da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições ali estabelecidas. Desse modo, se concorresse: 1) com filhos comuns, teria direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; 2) com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-ia a metade do que coubesse a cada um daqueles; 3) com outros parentes sucessíveis, teria direito a um terço da herança. Se não houvesse parentes sucessíveis, teria direito à totalidade da herança. Não havia requisitos para o reconhecimento do direito sucessório do companheiro sobrevivente. Além disso, o art. 1.790 desafiava a proteção constitucional devida aos companheiros (art. 226, § 3º). A redação pouco clara do dispositivo gerou interpretações divergentes, algumas prejudiciais aos companheiros, quando considerada a situação sucessória dos cônjuges.

Esse regime verdadeiramente discriminatório foi submetido à apreciação do STF, que no julgamento do RE n. 646721/RS reconheceu de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, e afirmou, com repercussão geral, a seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002".

Na mesma oportunidade, o STF ratificou seu entendimento sobre a pretensa "hierarquização" das entidades familiares:

A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a "inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico", aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011).⁴⁴

O STF confirmou esses entendimentos no julgamento do RE n. 878694/MG⁴⁵. Não obstante, pende de solução importante questão, que compromete a igualdade sucessória entre cônjuge e companheiro. Ao apreciar Embargos de Declaração interpostos da decisão no RE n. 878694/MG, em que se questiona a aplicabilidade, às uniões estáveis, do art. 1.845 e de outros dispositivos do Código Civil que conformam o regime sucessório dos cônjuges, decidiu o STF por rejeitá-los. Segundo os julgadores, a repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabili-

44 STF, RE 646721/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, julg. 10 mai. 2017.

45 STF, RE 878694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 10 mai. 2017.

dade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis, não havendo omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos.⁴⁶

Nessa linha, defende-se que a inexistência de hierarquia entre as entidades familiares reconhecidas pela Constituição implica a igualdade de direitos existenciais e patrimoniais entre elas, em tudo que for compatível com a natureza das diferentes famílias, e especialmente por força dos preceitos constitucionais que regem a matéria (art. 226 e parágrafos). Além disso, as funções dos integrantes na família não diferem em razão de serem ou não casados. Em consequência, nada legitima tratamento diferenciado para pessoas que exercem a mesma função familiar, salvo quando decorrente de ato de sua própria vontade, respeitados os limites legais e constitucionais.⁴⁷

Como se constata, muitos foram os avanços, mas a conformidade do direito sucessório à legalidade constitucional ainda não foi plenamente alcançada.

4. Considerações finais

As relações sociais e, em especial, as de família, com direta repercussão no direito sucessório, entraram francamente em mutação, para além do esperado de sua natural evolução. Muitos fatos contribuíram para essa "aceleração", que vão desde duas

Grandes Guerras Mundiais ao inimaginável progresso tecnológico e científico, que levou o homem à lua, a sociedade para internet, alterando profundamente a relação tempo-espço, e possibilitou a criação de embriões humanos em laboratórios. Tais avanços, que transformam em realidade o que era ficção científica, se verificam mesmo no Brasil, país marcado por incertezas de várias ordens, tornando mais severas as diferenças sociais.

Os abalos sucessivos nas relações familiares desafiaram a doutrina e os tribunais e desconstruíram o que na codificação não se adequava a nova ordem constitucional, que se firma com muro intransponível de proteção da pessoa humana. Muito, contudo, especialmente em relação às diversas populações de pessoas vulneráveis, que diante do silêncio do legislador, têm encontrado acolhida nos Tribunais.

Neste cenário, é preciso considerar o Código Civil dentro do seu tempo, que muito distante está da contemporaneidade, mas que ainda constitui uma base estável para desenvolvimento das soluções que se procuram para a complexa sociedade do início do século XXI. A anacrônica disciplina das relações familiares e, por conseguinte, da sucessão legítima descortina a insuficiência da vigente Lei Civil, que, conforme analisado, já foi promulgada em descompasso com a legalidade constitucional e a atual dinâmica das famílias brasileiras.

46 STF, Emb. Decl. no RE 878.694/MG, Plenário, Sessão Virtual de 19 out. 2018 a 25 out. 2018.

47 Para Ana Luíza Maia Nevares, uma interpretação de acordo com a legalidade constitucional, mesmo diante de situações diversas como o casamento e a união estável, não autoriza uma tutela sucessória discrepante, para conferir mais direitos sucessórios a uma ou outra entidade familiar, "pois ambas constituem família, base da sociedade, com especial proteção do Estado (CR, art. 226, *caput*)". Destaca, ainda, a autora que a família é o "organismo social legitimador de determinada pessoa à sucessão, em virtude do dever de solidariedade que informa as relações familiares. NEVARES, Ana Luíza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 216.