

## O DIREITO À IGUALDADE NA RELAÇÃO FAMILIAR: UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Karime Costalunga<sup>1</sup>

THE CONCUBINE'S RIGHT OF INHERITANCE: AN INTERPRETATION  
OF ARTICLE 1.790 OF THE NEW BRAZILIAN CIVIL CODE

### RESUMO

A PARTIR DE ANÁLISE SISTEMÁTICA DE UM DISPOSITIVO DO NOVO CÓDIGO CIVIL, EM QUE ABORDA O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE, SERÁ DESENVOLVIDO ESTE ESTUDO. O RECONHECIMENTO PELO ORDENAMENTO DAS FAMÍLIAS NÃO SOMENTE BASEADAS NO CASAMENTO, MAS TAMBÉM DAS DOTADAS DE COMUNHÃO PLENA DE VIDA, SERÁ CONTRAPOSTO À QUEBRA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, A PARTIR DO MOMENTO QUE IMPÕE A DINÂMICA DA SUCESSÃO DE MODO A RESULTAR EM PRECONCEITO PARA COM OS UNIDOS ESTAVELMENTE.

### PALAVRAS-CHAVE

NOVO CÓDIGO CIVIL – DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITO DAS SUCESSÕES – O DIREITO À SUCESSÃO DO COMPANHEIRO – O PRINCÍPIO DA IGUALDADE – OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

### ABSTRACT

THIS STUDY WILL BE DEVELOPED UPON A SYSTEMATICAL ANALYSIS OF THE NEW CIVIL CODE, WHERE IT STATES THE CONCUBINE'S RIGHT OF INHERITANCE. THE RECOGNITION BY THE LEGAL SYSTEM OF FAMILIES NOT ONLY BASED IN MARRIAGE, BUT ALSO WITH COMMUNITY OF INTERESTS, WILL BE OPPOSED TO THE BREACH OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY, CONSIDERING THAT IT IMPOSES THE DYNAMICS OF THE INHERITANCE SO THAT IT WOULD RESULT IN PREJUDICE TO THOSE WHO LIVE IN CONCUBINAGE.

### KEYWORDS

NEW CIVIL CODE – FAMILY AND SUCCESSIONS LAW – THE CONCUBINE'S RIGHT TO INHERIT – PRINCIPLE OF EQUALITY – PERSONAL RIGHTS.

## INTRODUÇÃO

Pietro Perlingieri, em trecho de uma de suas obras,<sup>2</sup> trata de definições acerca da estrutura familiar sem, no entanto, se limitar ao modelo tradicional, constituído a partir dos laços de casamento. Tem presente a relevância dos direitos fundamentais da pessoa, considerando o bem de cada um dos indivíduos colocados no núcleo familiar, sendo esse bem-estar<sup>3</sup> o escopo a perseguir:<sup>4</sup>

Cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa; não se pode, portanto, afirmar uma abstrata superioridade do modelo da família nuclear em relação às outras.<sup>5</sup>

A colocação da prevalência dos sentimentos nas relações familiares diz com o estado de espírito do sujeito, com sua satisfação pessoal, consoante o reconhecimento do direito à felicidade individual, porém não estando este desvinculado do sentimento da própria instituição familiar. E o novo ordenamento pátrio traduz como pilar da harmonia a *comunhão plena de vida* entre os membros da família, a partir da existência do núcleo de afetos entre os partícipes, considerando-a uma unidade afetiva, centro de aspirações solidárias e de afetos.<sup>6</sup>

Canaris<sup>7</sup> bem percebeu o papel do direito ao colocar que é modo de resolver casos concretos, o que permite a seus aplicadores a utilização da ordem posta para a resolução de conflitos sociais dentro de uma regra admitida pelo corpo social como a mais justa para o caso. As legislações mais recentes têm privilegiado a inserção de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional: em vez de trazerem especificamente a hipótese e as suas conseqüências, as chamadas “cláusulas gerais” são dotadas de uma vaga moldura, permitindo, pela *vagueza semântica*<sup>8</sup> que caracteriza seus termos, a incorporação de princípios, de diretrizes e de máximas de conduta originalmente estrangeiras ao *corpus* codificado, de que resulta, mediante a atividade de concreção, a constante formulação de novas normas.

A inclusão de cláusulas gerais no ordenamento objetiva sustentar que o direito não é estanque, tampouco originado no que preceitua o legislador; pelo contrário, é um produto da experiência, dos fatos, dos costumes e valores da sociedade; de modo que um sistema pleno, baseado no centralismo jurídico,<sup>9</sup> prevendo todas as condutas-tipo, como o do Código de Beviláqua, facilmente se torna obsoleto, deixando de tutelar os interesses dos sujeitos. Menezes Cordeiro,<sup>10</sup> ao abordar a adequação da amplitude semântica do ordenamento para o direito acompanhar o fato social, prevê que, “ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo”. E isso somente é possível quando o sistema com o qual se trabalha permite conexão com outros sistemas, ou seja, nas palavras de Canaris,<sup>11</sup> seria ideal, adequado para acompanhar a evolução dos fatos, o sistema dotado da “idéia de incompletude, capacidade de evolução e modificação”.

Para o estudo que estamos por realizar, de ressaltar as palavras de Salvatore Puleo, em que a família é uma instituição préjurídica, eis que surge antes e independe de um reconhecimento pelo Estado. Mais ainda: é uma expressão direta da natureza do homem.<sup>12</sup> A anotação é de extrema preciosidade para o estudo do Direito de família, tendo em vista que dentre os ramos do direito civil clássico foi o mais afetado pela “revolução dos costumes” das décadas de 60 e 70. Entretanto, de enorme relevância o apanhado histórico das inúmeras formas que a família assumiu, enfatizando-lhe a multiplicidade e especificidades em função das características regionais da colonização e da estratificação social dos indivíduos.<sup>13</sup>

As transformações na concepção de entidade familiar atingiram também o direito sucessório, levando a questionar até que ponto a atividade do legislador não seria

demasiadamente invasiva à esfera da liberdade, representada, no direito, pelo *princípio do livre desenvolvimento da personalidade* como expressão da autodeterminação reconhecida à pessoa humana. Com efeito, no que respeita ao objeto deste estudo – qual seja o direito sucessório do companheiro sobrevivente –, de analisar as soluções impostas pela coação legal. Ao tratar da interpretação sistemática e teleológica da nova Lei, em especial do art. 1.790, imperioso relembrar que será utilizada a ponderação dos princípios<sup>14</sup> para a solução dos conflitos que se encontram latentes na superfície da rede de relacionamentos que se desenvolvem nos dias atuais.

Pilar do novo direito de família – agora dividido em pessoal e patrimonial, devido às diferenças em sua carga de pessoalidade<sup>15</sup> –, a cláusula geral da comunhão plena de vida<sup>16</sup> também será lida neste estudo, em contraponto com o princípio da exclusividade.<sup>17</sup> A trilha escolhida para demonstrar essa possibilidade escancara a dissonância entre os modelos de família concebidos pelo ordenamento pátrio e a impossibilidade do desenvolvimento da personalidade, posição ora defendida, perante as normas cogentes de direito sucessório.

## I – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A MUDANÇA ESTRUTURAL DO CÓDIGO CIVIL

As inovações trazidas pelo Código Civil não são apenas de conteúdo, mas, primordialmente, de caráter estrutural e metodológico: o Código de Beviláqua, como era denominado o Código Civil de 1916, adotava o sistema da casuística, carregado de rigidez e conseqüente imutabilidade, sendo acompanhado, portanto, pela *pretensão de completude*;<sup>18</sup> vale dizer, da ambição de dar resposta legislativa a todos os problemas da realidade, de modo que a maior preocupação do legislador se encontrava na segurança jurídica.<sup>19</sup> As aspirações para a confecção do ordenamento foram buscadas no *mondo della sicurezza*,<sup>20</sup> como denomina Irti, do qual fazia parte o modelo de codificação oitocentista.

Entretanto, o sistema mostrou-se insuficiente para acompanhar os ideais de justiça hoje vigorantes. Na trilha de Judith Martins-Costa, portanto, ao afirmar que “não tem sentido, nem função, um código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada”.<sup>21</sup> Durante os últimos decênios, a latente necessidade de adequação da lei ao fato fez com que, de pronto, fosse buscada a atualização do sistema por meio da legislação esparsa, de cujos modelos de adequação, conforme Clóvis do Couto e Silva, o direito de família não escapa: “o aspecto característico do direito privado atual reside na progressiva edição de leis especiais, não raro contendo regras de direito material e processual”.<sup>22</sup>

Ocorre que os microsistemas não seriam a resposta para o direito privado, e sim a possibilidade de recodificação em moldes diversos; como o instrumento a serviço

de dirimir as querelas, na busca da unidade do sistema,<sup>23</sup> e, conseqüentemente, na adequação das normas à realidade do caso concreto, mediante o uso das cláusulas gerais.<sup>24</sup> Sob uma perspectiva de reconstrução do direito privado, hodiernamente, de enorme importância a aplicação das cláusulas gerais, tendo em vista “as necessárias inter-relações entre o Código Civil, a Constituição Federal e as leis que, regulando matéria especial, compõem o que se convencionou chamar de microsistemas legislativos”.<sup>25</sup> De ressaltar, ainda, que a inspiração para o Código Civil atual encontra suas respostas também na Constituição Federal, que está repleta de modelos jurídicos abertos.<sup>26</sup>

#### A) O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

A tutela do direito ao desenvolvimento da personalidade está diretamente ligada à tutela da individualidade, de modo a integrar a esfera dos direitos fundamentais do indivíduo. De ressaltar que o *direito à diferença*, segundo Mota Pinto, é o direito ao desenvolvimento da personalidade, não causando dano a outrem, possivelmente originado no modo de vida pelo qual optou o indivíduo.<sup>27</sup> De enorme importância, entretanto, é a colocação do tema entre os *direitos da personalidade*,<sup>28</sup> plasmados no Código Civil, segundo Josaphat Marinho, consoante “disciplina inspirada no propósito de dignificar o indivíduo perante ele próprio e seus semelhantes”<sup>29</sup>

Conquanto o desenvolvimento da personalidade tenha vindo regulado somente neste Código Civil de 2002,<sup>30</sup> após o longo prazo de tramitação, o certo é que reflete a concretização do princípio constitucional da *dignidade da pessoa humana* que a Constituição Federal de 1988 trouxe explícito no inciso III do art. 1.º como um dos fundamentos da República.<sup>31</sup> Vale dizer que a Carta Magna consagrou o princípio que se tornou o alicerce da ordem jurídica democrática, eis que busca tratamento humano e igualitário entre as pessoas, não mais encontrando nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico.<sup>32</sup>

Esse comando inflecte na análise de quaisquer relações civis, inclusive as de direito de família e sucessões, a partir do momento em que é defendido o livre desenvolvimento da personalidade no seio da família,<sup>33</sup> conforme Eduardo Silva da Silva finaliza artigo a respeito do tema, nos seguintes termos:

A dignidade da pessoa humana é tutelada por uma família comprometida juridicamente a ser espaço de preservação, tutela e estímulo da dignidade da pessoa humana, centro de toda a preocupação jurídica e contemporânea.<sup>34</sup>

Bem por isso a comunidade familiar, espaço primeiro do desenvolvimento da personalidade,<sup>35</sup> é em grande parte protegida por normas de ordem pública.<sup>36</sup> Estas têm por objetivo garantir o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros, não podendo, portanto, limitá-lo. Considerando a Constituição Federal e seus

preceitos, consta em seu art. 226 a família como base da sociedade, local próprio para o desenvolvimento pessoal em todos os sentidos.<sup>37</sup> Essa abordagem renova a significação atribuída ao princípio da liberdade individual, que acaba por se consubstanciar na perspectiva da exclusividade, privacidade, intimidade, de livre exercício da vida privada.<sup>38</sup>

Liberdade significa, nesse campo, antes de tudo, a possibilidade de efetuar as escolhas individuais, na busca, cada um, de seu projeto de vida,<sup>39</sup> sem lesar direitos de terceiros. Ocorre que deve o indivíduo exercer seu direito,<sup>40</sup> necessariamente, sopesando o dever de solidariedade social, eis que sabido não poder viver o homem sem estar inserido no contexto social de que faz parte, onde irão ocorrer as relações entre as pessoas fundamentalmente organizadas.<sup>41</sup>

Muito embora a *mens legem* do novo Código Civil seja respeitar a individualidade de cada pessoa na intimidade dos seus lares, concedendo-lhes a liberalidade do desenvolvimento de personalidade<sup>42</sup> ao buscar sua realização plena, a contraprestação do Estado, em alguns casos, será em sentido diverso. O fruto de *experiências de valores*<sup>43</sup> ocorridas ao longo da vigência do Código do início do século e de legislação esparsa acabou sendo o desenrolar da “nova família”, ou seja, aquele modelo mais aberto, em que está presente a comunhão plena de vida como norteadora das relações.<sup>44</sup>

## **B) A COMUNHÃO PLENA DE VIDA NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

Após longos anos de tramitação e discussões em torno de seus dispositivos, entrou em vigor em janeiro de 2002 o novo Código Civil. Seu *sistema* e sua *estrutura* permaneceram intocados e foram originalmente concebidos pelo encarregado do Livro de Direito de Família, Professor Clóvis do Couto e Silva, membro da Comissão elaboradora do Projeto, presidida por Miguel Reale. Partiu do Professor Clóvis a idéia da divisão do direito de família em dois grandes eixos,<sup>45</sup> pessoal e patrimonial, tendo em vista a nítida diferença entre as relações jurídicas de ordem familiar, que reside na maior ou menor carga de pessoalidade das relações.<sup>46</sup>

A família do Código Civil de 1916 era uma família transpessoal, hierarquizada e patriarcal. Uma família em que a comunhão conjugal ou, mais precisamente, a *sociedade conjugal* constituía-se em uma entidade distinta de cada um dos seus membros e o seu bem-estar (da família), determinava a “vida e a morte”<sup>47</sup> de seus integrantes, desde a repartição desigual dos papéis dos cônjuges à dura hierarquia das relações paterno-filiais.<sup>48</sup> A unificação das formas plurais de união numa só – o casamento religioso – leva a que, no direito moderno, o Estado tome a si a tarefa de unificar e regulamentar o casamento. Com o Decreto 181, de 24.01.1890, que secularizou o casamento, “o formalismo tomou conta da legislação brasileira em matéria de casamento, reeditando-se o sistema no Código Civil”.<sup>49</sup> Desta feita, a imposição do Estado aniquilou todas as velhas for-

mas naturais de constituição da família, que há aproximadamente três mil anos vinham sendo praticadas.<sup>50</sup>

No primeiro Título do Livro de Direito de Família – Do Direito Pessoal, apresentou o legislador um dos dispositivos de maior importância com que o aplicador das leis irá lidar no dia-a-dia, ou seja, a nova concepção de família, aquela baseada na existência da *comunhão plena de vida* entre seus membros:

O modelo de família que traz o novo Código Civil é aquele dotado de comunhão plena de vida, de modo a transparecer o atual caráter sentimental das relações familiares.<sup>51</sup> A nova família é estruturada com base no afeto e na realização pessoal de seus membros, refletindo sua união material e espiritual, desenvolvimento de sua personalidade e da prole.<sup>52</sup>

A alteração mais profunda, portanto, no conceito de família decorre do reconhecimento de um *direito à felicidade individual* diverso, mas não independente do bem-estar da própria instituição familiar. A felicidade da família passa a ser o somatório do bem-estar de cada um dos seus integrantes, da felicidade que o agregado familiar pode proporcionar a cada um de seus membros<sup>53</sup> na vida privada. Entretanto, de ressaltar algumas considerações acerca do termo “privado”. Hannah Arendt, em *A condição humana*, ao discutir a esfera do público, inicia reconhecendo que o termo pode abarcar mais de uma concepção, mas se torna relevante para o estudo aquela que prevê tudo o que vem a público e pode ser acessível, visto e ouvido por todos,<sup>54</sup> em contraposição ao privado, aquilo que é reservado e pessoal.

Com a deflagração do conflito de interesses no campo do público e privado, e principalmente com a emergência do social, a distinção referida por Hannah Arendt não é mais suficiente, eis que não cobre a realidade instaurada, cada vez mais desvelando os conflitos emergentes entre a sociedade e os indivíduos: tem-se o plano social-individual separado do social-público, de modo que serão diferenciados apenas por meio de *critérios de justiça*. Há, contudo, ainda um outro campo, que é o da intimidade e o da vida privada, que é regido pela exclusividade.

Esses três campos ou espaços também se apresentam no direito de família e de sucessões, relacionando os espaços público e privado. De enorme importância, por exemplo, o campo da vida comunitária, da prevalência dos interesses comunitários, expresso no princípio da comunhão plena de vida; há, também, o campo da exclusividade, pelo qual se assegura, em larga medida, à entidade familiar livre determinação acerca das regras dispostas por seus membros para vigência entre si; e mais ainda: seja qual for o regime de bens escolhido, o modelo de família que traz o novo Código Civil é aquele fundado na comunhão plena de vida, de modo a transparecer uma comunidade, e não um ajuntamento de pessoas.

A nova família é estruturada com base no afeto e na realização pessoal de seus membros, refletindo a união material e espiritual, o desenvolvimento da personalidade de seus membros.<sup>55</sup> A comunhão plena de vida, como cláusula geral que é, tem a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, tanto para a inserção de elementos externos quanto internos,<sup>56</sup> o que significa dizer que sua interpretação não se faz do modo fechado e exegetico, mas sim aberto e coligado com os demais princípios e regras do ordenamento, mesmo que, para tanto, seja necessária a compreensão desta comunhão como, inevitavelmente, patrimonial.

Essa interpretação ilumina o que nos parece deva ser o melhor tratamento das relações jurídicas de ordem patrimonial entre os que optaram por viver uma união estável, de modo a permitir a ultrapassagem da clausura legal que veda escolher o destino *post mortem* ao patrimônio individual. Se facultar ao casal decidir sobre o modo como preferem viver conforma com a autodeterminação e com as premissas do princípio da exclusividade, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>57</sup>, deveria, necessariamente, haver a coerente projeção dessa faculdade no direito sucessório decorrente do vínculo.

Nesta trilha, o fenômeno da sucessão<sup>58</sup> é tido como a *continuação em outrem de uma relação jurídica*<sup>59</sup> que cessou para o respectivo sujeito, primeiro titular da relação. No entanto, diferente e discriminatoriamente se comporta o novo ordenamento, quanto à continuidade patrimonial da vida do *de cujus* em outro, naqueles casos em que optou o casal pela união, sem, no entanto, providenciar a oficialidade patrocinada pelo casamento.

## II – O MODELO NORMATIVO-JURISPRUDENCIAL DA UNIÃO ESTÁVEL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A jurisdição, acentua Miguel Reale, “é, antes de mais nada, um poder constitucional de explicitar normas jurídicas, e, entre elas, modelos jurídicos”.<sup>60</sup> Esse poder, embora desenvolvido normalmente na “realização das normas legais adequadamente aos casos concretos”,<sup>61</sup> também se apresenta, excepcionalmente, como “poder de editar criadoramente regras de direito, em havendo lacuna no ordenamento”.<sup>62</sup> No caso em tela, as diversas formas de agrupamento familiar<sup>63</sup> sempre traduziram fatos sociais de significativa importância. O surgimento do modelo jurídico do antigo “concubinato”, na acepção dada por Miguel Reale, acabou fazendo com que a união estável fosse concebida no ordenamento pátrio, e a ela fossem conferidos os efeitos de entidade familiar.<sup>64</sup>

Poder-se-ia pensar que, estando as normas consuetudinárias vinculadas a particulares usos e costumes, não se poderia falar em modelo costumeiro, mas esta seria uma visão apequenada e errônea da rica produção de regras

de direito brotadas diretamente da sociedade civil, como reiteradas formas de ação social, dotadas de senso ou sentido autônomo de juridicidade, ora preenchendo as lacunas do ordenamento legal, ora abrindo-lhe novas perspectivas de desenvolvimento, sem falar no seu papel mais habitual de inferir das regras legais modalidades imprevistas de comportamento lícito.<sup>65</sup>

Do início de uma fase em que nenhum efeito era concedido aos unidos estavelmente – terminologia hodierna – desde 1916, com o Código Civil de Beviláqua, até 1988, com a promulgação da Carta Constitucional,<sup>66</sup> o salto foi imenso no que respeita à atribuição de efeitos jurídicos ao concubinato.

#### A) OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO FAMILIAR

Quando o tema reside nos direitos fundamentais, indispensável, antes de tudo, procurar esclarecer sua caracterização: eles constituem *posições jurídicas subjetivas das pessoas*,<sup>67</sup> consideradas individual ou institucionalmente, radicadas em um corpo jurídico-político; possuem, reconhecidamente, a natureza de direitos históricos. Dessa afirmação decorre sua variabilidade, pois evoluem no tempo, transmutam-se. Outrossim, direitos fundamentais são os que foram positivados por meio de uma Constituição, e dessa positividade constitucional advém a explicação para sua qualificação como fundamentais, eis que nascem e se desenvolvem com a Constituição, que posteriormente vem a assegurá-los.<sup>68</sup> Na mesma trilha está o parecer de Müller,<sup>69</sup> ao colocar que os direitos humanos não constituem valores, e sim verdadeiras normas que *carregam em seu conteúdo os valores de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana*.

Os direitos fundamentais acabam concretizando o exercício do *princípio* de dignidade da pessoa, previsto no inciso III do art. 1.º da Constituição Federal, que pode ser explicitado de modo a que a pessoa não seja convertida em objeto – caráter de não-patrimonialidade – e outro tanto lastro de condições concretas que possam assegurar a dignidade humana, garantida, também, pela liberdade e igualdade de todos. Nesse sentido, o objetivo do estudo reside no levantar da questão: de que maneira pode a colisão ocorrer na seara das relações familiares, e em especial no tema estudado? De alertar, no entanto, para a redação do *caput* do art. 5.º da Carta Magna,<sup>70</sup> que trata dos direitos à igualdade e liberdade, que podem ser exercitados no âmbito familiar no momento do reconhecimento da união estável como entidade, também dispositivo constitucional, no § 3.º do art. 226 da Constituição Federal.<sup>71</sup>

A opção do casal pela vida em sociedade de fato não deve, entretanto, estar sujeita a quaisquer diferenciações que o sistema possa fazer, apenas pela oficialidade da relação: de considerar que as relações no novo ordenamento estão constituídas com base no intuito de formação de família, pelos *laços de afeto*<sup>72</sup> existentes entre os parceiros, muito mais do que pelo vínculo apresentado pelo casamento.

Entretanto, é importante mencionar que às outras formas<sup>73</sup> de constituição de família já são reconhecidos os direitos e deveres da relação decorrentes.<sup>74</sup> Um exemplo da distinção de tratamento que efetivamente é operada entre casamento e união estável surge a partir do momento que o legislador condiciona o direito do companheiro à herança somente sobre os bens adquiridos onerosamente.

Vale dizer que, segundo Eduardo de Oliveira Leite, para que participe da sucessão do autor da herança, será necessário que comprove a efetiva participação na aquisição onerosa dos bens.<sup>75</sup> Em contrapartida, no casamento, a meação está garantida ao cônjuge sobrevivente, caso o regime de bens assim o preveja, tenha ele colaborado ou não para a aquisição dos bens. A discriminação operada com a novel norma chega a, inclusive, ferir preceito constitucional da igualdade e deflagrar a discriminação operada contra a constituição de família, que não a partir da celebração de casamento.

Na mesma trilha está Celso Antônio Bandeira de Mello, que trata do princípio da igualdade, alegando que ocorre imediata repulsa de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, “calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado”.<sup>76</sup> Mais ainda: o autor trata da gratuidade acerca da discriminação, e para vedá-la, sugere que deva existir “uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo”.<sup>77</sup>

Entretanto, para deflagrar mais ainda a discriminação entre as posições de cônjuge e companheiro, na segunda e última parte desta análise, será revisto o modo como se opera o direito sucessório dos companheiros desde o novo Código Civil. Mas não sem antes vistas à posição de Zeno Veloso pela extensão dos direitos hereditários garantidos aos que optaram pelo casamento civil também aos unidos estavelmente.

As famílias constituídas pelo afeto, pela convivência, são merecedoras do mesmo respeito e tratamento dados às famílias matrimonializadas. A discriminação entre elas ofende, inclusive, fundamentos constitucionais. O companheiro e a companheira ficam em situação de extrema inferioridade, quanto à sucessão, diante do marido e da mulher. Note-se que a herança que pode caber ao companheiro sobrevivente é limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa uma restrição de calado profundo.<sup>78</sup>

## **B) O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE**

As diversas formas de agrupamento familiar,<sup>79</sup> como já explicitado, sempre representaram fatos sociais de significativa importância.<sup>80</sup> Do início de uma fase em que nenhum efeito era concedido aos unidos estavelmente – terminologia hodierna – dos

idos de 1916, com o Código Civil de Beviláqua, até 1988, e a promulgação da Carta Constitucional,<sup>81</sup> o salto foi imenso no que respeita à atribuição de efeitos jurídicos ao concubinato. Aos poucos, a união entre um homem e uma mulher, livres para compartilharem suas vidas, com o intuito de formação de família, acabou sendo reconhecida como uma união estável. Hoje, muito embora tenha enfrentado diversas alterações conceituais, a configuração da união estável, dada pelo Código Civil, é a seguinte:

Art. 1.723, CC. 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.

Perlingieri propõe a atenta distinção entre as uniões livres e as ilegítimas, ilícitas, as quais são estabelecidas quando um dos conviventes é ligado por precedente casamento, que não dissolvido por divórcio ou não declarado nulo. A trilha que segue o legislador é de não alcançar direitos àqueles co-partícipes numa relação de concubinato, tão pouco direitos de caráter sucessório.<sup>82</sup>

A convivência estável e séria entre um homem e uma mulher (fala-se de “família não-fundada no casamento” ou, menos apropriadamente, de família de fato), sem que nenhum deles seja ligado por um precedente vínculo matrimonial, é um fenômeno de liberdade que não se põe em contraste com precedentes e oficiais assunções de responsabilidade e que não pode certamente colorir-se com as qualificações de ilegitimidade ou de ilicitude.<sup>83</sup>

O art. 1.790 do Código Civil, portanto, ao constatar a existência de união estável, concede ao companheiro sobrevivente o direito sucessório sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união. No entanto, referido dispositivo veio alterar substancialmente a situação vigente até a entrada em vigor do ordenamento. Assim prevê a legislação civil atualmente em vigor:

Art. 1.790, CC/2002. 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 filhos só do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que couber a cada um daqueles;
- III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3

(um terço) da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Até então, a união estável, depois de parcimoniosa evolução, estava sendo regida pelas Leis 8.971/1994<sup>84</sup> e 9.278/1996,<sup>85</sup> em que era estendido ao companheiro sobrevivente o usufruto sobre os bens imóveis deixados pelo morto e o direito real de habitação no bem imóvel, se único em zona urbana e residência do casal, no momento do falecimento.

Agora, com a nova ordem, de certa forma, houve limitação da participação do sobrevivente na herança do companheiro. Ao realizar a análise perfunctória do artigo, assim podemos desmembrá-lo: no que respeita às quotas a que se refere o inciso I, ou seja, quando o sobrevivente concorrer com filhos comuns, segundo o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite, “equivale à mesma proporção a que se refere o art. 1.829, I, quando trata da ordem de vocação hereditária”.<sup>86</sup> Nessas circunstâncias, a quota a que tem direito o companheiro sobrevivente é a mesma que por lei for atribuída ao filho comum.

Em seguida, quanto ao inciso II, em que concorre o sobrevivente com descendentes só do autor da herança, tem direito somente à metade do que cada um receber, partindo do princípio em que “a ausência de filiação comum lhe dá direito pela metade”.<sup>87</sup> No inciso III, a inovação é grande, a partir do momento em que passa o companheiro a concorrer com outros parentes sucessíveis, de maneira a ter direito a 1/3 da herança. Causa espécie, entretanto, a solução dada pelo diploma, tendo em vista, inclusive, que o regime adotado para as uniões estáveis é o da comunhão parcial de bens, o que faz presumir ter o supérstite direito à metade dos bens, e não um terço, no referente aos direitos sucessórios.<sup>88</sup> E, por fim, no inciso IV, na falta de parentes sucessíveis, aí, sim, prevê o legislador fique o companheiro com a totalidade da herança.

A partir da solução proposta pelo legislador, contrastada com o princípio da exclusividade – uma das barreiras ao avanço da intromissão indevida na órbita individual<sup>89</sup> –, cujos pilares são o “direito de estar só”, o “direito de escolher sem ingerência externa”, flagrante a discrepância do direito sucessório dos companheiros, em comparação com as relações de matrimônio. O legislador não atendeu para a existência de comunhão de vida entre o casal; simplesmente colocou aquele sobrevivente em situação patrimonial totalmente discriminatória, o que acaba deflagrando o retrocesso às vistas da legislação esparsa vigente até a promulgação do diploma civil.

Por fim, e na trilha de artigo de Warren e Brandeis, é de destacar a posição quanto ao estado interno dos agentes, sentimentos e emoções: “Thoughts, emotions and sensations demanded legal recognition, and the beautiful capacity for growth”.<sup>90</sup> A defesa do direito à privacidade, à intimidade, à determinação da vida privada, desde

então, já era significativa. Entretanto, na legislação pátria, constatou-se claramente a intromissão do público no privado, à qual, desde logo, obsta este estudo.

## CONCLUSÃO

Nelson Saldanha, na obra *O jardim e a praça*, trata do universo da vida privada em contraposição à vida pública, para ser vista por todos:

Nos casais famosos da literatura e da arte, os famosos momentos no jardim: Romeu e Julieta, Fausto e Margarida, Cavaradossi e Tosca. Seria talvez o jardim o cenário dos amores ainda não autorizados, se não mesmo dos não autorizáveis; na praça, os amores publicáveis. Nos jardins, os suicídios líricos, como o de Ofélia; na praça, suicídios dramáticos.<sup>91</sup>

Aos poucos, a união entre um homem e uma mulher, livres para compartilharem suas vidas, com o intuito de formação de família, acabou sendo reconhecida como uma união estável. De observar, inclusive, considerando a opção pelo bem-estar da família, pela cláusula de comunhão plena de vida, que passa a ser a soma do bem sentir de seus membros, da felicidade que a entidade proporciona a cada um de seus partícipes.<sup>92</sup> Entretanto, o legislador determinou claramente as maneiras como irá o companheiro sobrevivente participar da sucessão do morto, tema objeto deste breve estudo, independentemente de construção baseada em legislação esparsa anteriormente em vigor, tampouco de construção jurisprudencial (Leis 8.971/1994 e 9.278/1996).

Dando a prevalência aos aspectos extrapatrimoniais (ligados ao livre desenvolvimento da personalidade) deve a autodeterminação ser respeitada, não podendo o Estado impor a diferenciação entre o casamento e a união estável, o que resulta na discriminação no momento da concessão dos direitos decorrentes da relação pessoal para a patrimonial. O princípio da exclusividade, ora assegurado de modo expreso no Código Civil, deveria garantir aos membros da entidade familiar a tomada de decisões na esfera da sua vida privada e, conseqüentemente, no seu patrimônio; ocorre que a opção legislativa pela discriminação entre as figuras afetivas do cônjuge e do companheiro demonstrou a desconformidade da norma perante a exclusividade da esfera privada e a autodeterminação entre os partícipes da relação.

A autodeterminação dos indivíduos, entendida como expressão e veículo da dignidade da pessoa, deve permitir, também, possam os companheiros determinar as relações patrimoniais entre si,<sup>93</sup> para a vida e para a morte. E isso somente será possível a partir do momento em que ocorrer uma ponderação de princípios adequada à espécie, tendo em vista estar calçada a relação familiar no bem-estar de seus membros e na comunhão plena de vida, o que é de presumir ocorra no seio das famílias

originalmente formadas por pares que vivam em união estável. Razão não assiste ao legislador, portanto, quando resolve transformar o direito sucessório dos companheiros sobreviventes em um instrumento para demonstrar o caráter obsoleto e *pre-conceituoso* para com a família não-matrimonializada.

: ARTIGO SELECIONADO

#### NOTAS

1 Ex- Pesquisadora na área de Direito de Família e Sucessões da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Edesp/FGV). Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do GVlaw. Advogada.

2 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

3 De grande relevância lembrar aqui as várias acepções terminológicas que liberdade pode abarcar, a partir do relato trazido por Hannah Arendt, quando trata da condição essencial dos escravos gregos. Essa liberdade é a chamada *eudaimonia*, ou ventura, e consiste em estado objetivo, dependente, em primeiro lugar, da riqueza e da saúde, diretamente relacionado à necessidade física. Assim coloca a autora: “Esta dupla infelicidade da escravidão é inteiramente independente do bem-estar real e subjetivo do escravo. Assim, um homem livre e pobre preferia a insegurança de um mercado de trabalho que mudasse diariamente a um trabalho regular e garantido; este, por último, por lhe restringir a liberdade de fazer o que desejasse a cada dia, já era considerado servidão (*douleia*), e até mesmo o trabalho árduo e penoso era preferível à vida tranqüila de que gozavam muitos escravos domésticos”. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 40-1.

4 PERLINGIERI, 1999, *Perfis do direito civil...*, cit., p. 248.

5 *Idem*, p. 244.

6 SILVA, Eduardo Silva da. A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p. 451.

7 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. XXIV.

8 MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. p. 306 e ss.

9 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 13.

10 MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 46.

11 CANARIS, *Pensamento sistemático...*, cit., p. 104.

12 PULEO, Salvatore. Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale. *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, p. 381, 1979.

13 ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando (Org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 87.

14 “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Esta regla expresa una ley que vale para la ponderación de principios, de cualquier tipo que ellos sean. Puede ser llamada “ley de la ponderación”. La ley de la ponderación dice en qué consiste esta relación. Pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, si que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 161.

15 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Anteprojeto de Código Civil: Princípios para a reforma do direito de família. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 115, jul.-set. 1975.

16 “Art. 1.511, CC/2002. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” Eduardo Silva da Silva refere-se a equívocos apresentados na terminologia legal, em especial à norma ora mencionada, que trata da cláusula legal da comunhão plena de vida. E assim conclui: “O erro técnico em que incidiu o legislador levaria a crer que a comunhão de vida é instituída pela família, e não de que a família é, ela própria, uma comunhão de vida”. SILVA, A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida..., cit., p. 475.

17 “Art. 1.513, CC/2002. É defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

18 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

19 É a chamada técnica da *fattispecie*, utilizada nos ordenamentos oitocentistas, de modo a reduzir o máximo possível a margem de interpretação do operador do direito – os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais – eis que a norma está repleta de caráter de imutabilidade para garantir a segurança jurídica, na busca da resposta a todos os problemas que podem surgir na realidade. IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 20.

20 Idem, p. 21.

21 MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 753, p. 131, 1998.

22 COUTO E SILVA, O direito civil brasileiro..., cit., p. 138.

23 “La proposta di clausole generali, Che, inserite nel codice civile, valgano a ristabilire unità di trattamento al sopra delle leggi particolari, affida al giudice la soluzione di un problema storico-politico.” IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 43.

24 COUTO E SILVA, O direito civil brasileiro..., cit., p. 138.

25 MARTINS-COSTA, O direito privado como um sistema em construção..., cit., p. 131.

26 REALE, *O projeto do Novo Código Civil*, cit., p. 88.

27 No direito português, por meio do acórdão de número 288/98 do Tribunal Constitucional, publicado no *Diário da República* (DR), Série – A, n. 91, de 18.04.1998, pode-se mencionar o maior exemplo de aplicação do direito à diferença, a partir do momento em que o mérito tratava da fiscalização preventiva da proposta de referendo sobre interrupção voluntária da gravidez. Assim coloca Mota Pinto: “Considerou-se nesse aresto que tal direito ‘englobando a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida’, quando associado ao direito a uma maternidade consciente, pode avalizar uma eventual opção legislativa no sentido da exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez efetuada nas primeiras dez semanas”. PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Studia Juridica*, Portugal-Brasil, 40, Colloquia 2, p. 156, 1999.

- 28 *Idem*, p. 162.
- 29 MARINHO, Josaphat. Os direitos da personalidade no Projeto de novo Código Civil brasileiro. *Studia Jurídica*, Portugal-Brasil, 40, Colloquia 2, p. 249, 1999.
- 30 É o primeiro artigo do Capítulo II (Dos Direitos da Personalidade) do Livro das Pessoas que trata sobre o desenvolvimento da personalidade, inovação do Código Civil que acaba de entrar em vigor. Assim prevê:  
“Art. 11, CC/2002. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.
- 31 “Art. 1.º da CF. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.”
- 32 MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116.
- 33 Francisco Amaral Neto, neste sentido, afirma: “Temos, assim, um direito geral da personalidade, que a considera um bem objeto da tutela jurídica geral, e defende a inviolabilidade da pessoa humana, nos seus aspectos físico, moral e intelectual, e temos direitos especiais, correspondentes a esses aspectos parciais da personalidade”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006. p. 251.
- 34 SILVA, A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida, cit., p. 482.
- 35 Maria Celina Bodin de Moraes coloca que a comunidade familiar é o espaço mais propício ao desenvolvimento da dignidade humana, em especial da criança e do adolescente. MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 91, ago.-dez. 1996.
- 36 Para as idéias de ordem pública e bons costumes, v. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 1222 e segs.
- 37 DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *Tendências constitucionais do direito de família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 17.
- 38 MORAES, O conceito de dignidade humana..., cit., p. 136.
- 39 *Idem*, p. 134.
- 40 “A liberdade de desenvolvimento da pessoa humana compreende-se, pois, com base numa concepção ‘do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (plastet et factor)’.” PINTO, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cit., p. 152.
- 41 O pleno desenvolvimento da vida no lar e na família como espaço interior e privado deve-se ao extraordinário senso político do povo romano que, ao contrário dos gregos, jamais sacrificou o privado em benefício do público, mas compreendeu que estas duas esferas somente poderiam subsistir sob a forma de *coexistência*. ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., p. 68.
- 42 Hannah Arendt coloca que o direito à vida íntima e o direito a viver na sombra e na penumbra consistem em direitos da personalidade e, portanto, não são de interesse público. Conclui que é válido, portanto, manter fora do alcance do público aquilo que diz respeito à intimidade das pessoas, ao seu modo de ser na vida particular, complementando que o direito à intimidade faz parte dos direitos da personalidade. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 268.

43 REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 17.

44 “O instrumental jurídico posto à disposição neste trabalho pretende valorizar a comunhão plena de vida como diretriz norteadora das relações familiares. A ciência ou a técnica estão longe de descobrir um *locus* mais adequado e vocacionado ao desenvolvimento da pessoa humana que não seja a família.” SILVA, Eduardo. *A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida*. In: MARTINS-COSTA, *A reconstrução do direito privado...*, cit., p. 479.

45 Ao propor essa distinção, Clóvis do Couto e Silva percebeu a relação familiar como totalidade e como *complexo de valorações e comportamentos*. COUTO E SILVA, *Direito patrimonial de família...*, cit., p. 38.

46 De enorme relevância os ensinamentos do autor ao tratar especialmente do *direito de família patrimonial*, em referido artigo, quando coloca que sua sistemática está calcada em duas relações fundamentais que se implicam dialeticamente: a relação pessoal de família e o vínculo patrimonial. *Idem*, p. 39.

47 OLIVEIRA, Guilherme de. Sobre a verdade e a ficção no direito de família. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 272, 1975.

48 *Idem*, p. 272.

49 AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. União estável: histórico, legislação e projetos. *Revista do CRJ*, Brasília, n. 9, p. 47, 1999.

50 AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 773, p. 33, mar. 2000.

51 OLIVEIRA, Sobre a verdade e a ficção no direito de família..., cit., p. 271.

52 PERLINGIERI, *Perfis do direito civil...*, cit., p. 252.

53 OLIVEIRA, Sobre a verdade e a ficção no direito de família..., cit., p. 275.

54 “Algo que é visto e escutado, até mesmo as maiores paixões do coração, os pensamentos da mente, os deleites dos sentidos [...] vivem uma espécie de existência incerta e obscura, a não ser que, e até que sejam transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas, por assim dizer, de modo a se tornarem adequadas à aparição pública”. ARENDT, *A condição humana...*, cit., p. 59.

55 PERLINGIERI, *Perfis do direito civil...*, cit., p. 252.

56 MARTINS-COSTA, *Da boa-fé no direito privado...*, cit., p. 341.

57 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 1, p. 143, 1992. Segundo o autor, a vida privada pode ainda envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento), mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação de terceiros (na aquisição, por exemplo, de um imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão. SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado...*, cit., p. 309.

58 A sucessão pode ser universal ou singular: será universal quando à pessoa ou pessoas que sucedem se transmite todo o patrimônio ou somente partes ideais do patrimônio; é singular quando o que se transmite apenas concerne a determinados bens. Aquele que é o beneficiário a título universal é o herdeiro; e o beneficiário a título singular, legatário.

59 “Sucede-se em dívidas, como em direitos. Em obrigações, como em pretensões. Em situações passivas nas ações, como em situações ativas.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1930. v. 1 – Tratado dos testamentos.

60 REALE, *Fontes e modelos do direito...*, cit., p. 69.

61 Idem, p. 70.

62 Idem, p. 70.

63 CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1.

64 A título de exemplificação: “Salvo entre esposos, a aliança não confere nenhum direito de sucessão [...] A concubinação não cria nenhuma vocação hereditária. Razões do princípio: 1) aqueles que escolheram viver lado a lado, mas juridicamente estrangeiros um do outro, devem, em respeito a sua escolha, ser tratados como tal; 2) não existem direitos sem dever; ora, a concubinação é uma área de liberdade: não se saberia justificar uma vocação hereditária sobre uma ligação se, por hora, nenhuma constatação legal séria foi organizada neste sentido”. GRIMALDI, Michel. *Droit civil. Successions*, 4ème éd., p. 97, apud LEITE, Eduardo de Oliveira. *Do direito das sucessões* (arts. 1.784 a 2.027). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 47, nota de rodapé.

65 REALE, *Fontes e modelos do direito*, cit., p. 68.

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

[...]

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

67 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. t. IV, p. 7.

68 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 35.

69 MÜLLER, Friedrich. *Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem*. Tradução de Peter Naumann. *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*. São Paulo: JBA Comunicações, 1995. p. 539.

70 “Art. 5.º, CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]”

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

[...]

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

72 SILVA, 2002, *A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida*, cit., p. 465.

73 Para estudo pormenorizado do assunto, v. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: RT, 1997, e CAHALI, *Contrato de convivência na união estável*, cit.

74 Natal Nader coloca que a Constituição Federal acabou curvando-se aos usos e costumes ditados por inegável realidade social, pela doutrina e pela jurisprudência, todas fontes de direito. NADER, Natal. *O direito de família na Constituição Federal de 1988*. *Revista Forense*, ano 85, v. 305, p. 343.

75 LEITE, *Do direito das sucessões...*, cit., p. 55.

76 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 37.

77 Idem, p. 39.

78 VELOSO, Zeno. Livro V – Do Direito das Sucessões. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1604.

79 CAHALI, *Contrato de convivência na união estável*, cit., p. 1.

80 Não será objeto deste estudo a evolução histórica do instituto da união estável.

81 “Art. 226, CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”

82 “Art. 1.727, CC/2002. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

83 PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, cit., p. 253.

84 “Art. 2.º da Lei 8.971/1994. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

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

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

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

85 “Art. 7.º da Lei 9.278/1996 [...]”

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”

86 LEITE, *Do direito das sucessões...*, cit., p. 61.

87 *Idem*, p. 62.

88 “Art. 1.725, CC. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

89 SOUZA, *O princípio da exclusividade...*, cit., p. 310.

90 “Pensamentos, emoções e sensações necessitavam de reconhecimento jurídico, e a bela capacidade de crescimento” (tradução livre). WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., v. 3-4, p. 194, 1890-1891.

91 SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 15-16.

92 OLIVEIRA, *Sobre a verdade e a ficção no direito de família...*, cit., p. 271.

93 “Hoje, a jurisprudência da Comissão da Corte Européia de Direitos do Homem tem evoluído no sentido de afirmar um direito da vida privada muito amplo, enumerando os seguintes aspectos: [...] f) liberdade da vida familiar, incluindo-se aí relações entre os cônjuges, o direito ao aborto, direito a procriar, direito ao divórcio, relações entre pais e filhos, direito de guarda e visita e status da filiação legítima.” MARTINS, Luciana Mabilia. *O direito civil à privacidade e à intimidade*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*, cit., p. 355.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU FILHO, Nelson Paim de (Org.). Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando (Org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Noções fundamentais de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2001.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006.
- ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 773, p. 11-37, mar. 2000.
- . União estável: histórico, legislação e projetos. *Revista do CRJ*, Brasília, n. 9, p. 45-50, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. Recife: Livraria Contemporânea, 1905.
- BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasil: Senado Federal, 2001.
- CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 1992.
- CARVALHO, Orlando de. Les droits de l'homme dans le Droit Civil Portugais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 49, 1973.
- CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1961. v. 42, t. 1 – Successioni per causa di morte – parte generale.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Anteprojeto de Código Civil: (Princípios para a reforma do Direito de Família). *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 115, jul.-set. 1975.
- . Direito patrimonial de família. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, ano 5, n. 1, 1971.
- . O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XIV, n. 40, jul. 1987.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. A teoria das pessoas de Teixeira de Freitas: entre individualismo e humanismo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 18, p. 15-23, 2000.
- CUNHA, Ferreira da. *O ponto de Arquimedes*. Coimbra: Almedina, 2001.
- CURY, Munir (Coord.); AMARAL E SILVA, Antônio Fernando; MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *Tendências constitucionais do direito de família: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Oxford: Oxford University, 1997.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Jurídica, 1954.
- FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano 5, n. 17, abr./maio 2003.
- . *Estabelecimento de filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- . *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 1, 1992.
- FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 1. ed., 8. tir. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1881.
- FROSINI, Vittorio. *La letra y el espíritu de la ley*. Tradução espanhola. Barcelona: Ariel, 1995.
- GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 35-55, jan. 1998.
- GOMES, Orlando. A reforma do Código Civil. Brasil: Publicações da Universidade da Bahia, 1965.
- . *O novo direito de família*. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Tradução de Pablo Salvador Coderch. Barcelona: Ariel, 1987.
- IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- LEHR, Ernest. *Traité élémentaire de Droit germanique*. Allemagne et Autriche. Paris: Librairie Plon, 1892. v. 2.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- . *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: RT, 1997.
- MARINHO, Josaphat. O projeto de novo Código Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 146, p. 5-13, abr.-jun. 2000.
- . Os direitos da personalidade no projeto de novo Código Civil brasileiro. *Studia Jurídica*, Portugal-Brasil, 40, Colloquia 2, p. 247-261, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: Direito pós-moderno? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 16, p. 21-40, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.
- . *Da boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.
- . O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 753, 1998.
- . O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, 1999.
- MARTINS, Luciana Mabilia. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 355.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. Paris: Montchrestien, 1955.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 5, t. IV.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116.
- . Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 9, ago-dez. 1996.
- MÜLLER, Friedrich. Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem. Tradução de Peter Naumann. *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*. São Paulo: JBA Comunicações, 1995.
- NADER, Natal. O direito de família na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, ano 85, v. 305.
- NEVARES, Ana Luíza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. (Biblioteca de Teses.)
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 1998.
- . Sobre a verdade e a ficção no direito de família. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 51, 1975.
- PATARIN, Jean. Successions et libéralités. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 2, p. 362-373, avr.-juin 1989.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; BARRETO, Ireneu Cabral; BELEZA, Teresa Pizarro; FERREIRA, Eduardo Paz (Org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Estudos variados de direito comparado. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. 2, p. 527-558.
- . O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Studia Jurídica*, Portugal-Brasil, 40, Colloquia 2, p. 149-246, 1999.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1930. v. 1 – Tratado dos testamentos.
- . *Tratado de direito de família*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. 3 – Parentesco.
- . *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1984. t. 8.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- PULEO, Salvatore. Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale. *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, 1979.
- RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, 9 (25), p. 11-30, 1979.
- REALE, Miguel. *Cônjuges e companheiros*. Disponível em: <www.miguelreale.com.br>. Acesso em: 14 set. 2004.
- . *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- . *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- . *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- . *O projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ; REALE JR., Miguel; FERRARI, Eduardo Reale (Org.). *Experiências do direito*. Campinas: Millenium, 2004.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 25. ed. atual. de acordo com o NCC. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7 – Direito das sucessões.
- ROGUIN, Ernest. *Traité de droit civil comparé*. Paris: LGDJ, 1905. v. 2.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. (Biblioteca de teses.)
- SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- SAMPAIO, Pedro. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- . *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- . *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Eduardo Silva da. A dignidade da pessoa e a comunhão plena de vida. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 451.
- SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.
- VELOSO, Zeno. Livro V – Do Direito das Sucessões. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 4 – Direito das sucessões.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass, v. 3-4, p. 191-220, 1890-1891.

### Karime Costalunga

EX- PESQUISADORA NA ÁREA DE DIREITO DE FAMÍLIA  
E SUCESSÕES DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO  
DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (EDES/FGV).

MESTRE EM DIREITO PRIVADO PELA UNIVERSIDADE  
FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS).

ESPECIALISTA EM PROCESSO CIVIL PELA UNIVERSIDADE  
FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS).

PROFESSORA DO GVLAW.  
ADVOGADA.

