



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**EFEITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO DAS NOVAS TIPOLOGIAS
FAMILIARES PORTUGUESAS E BRASILEIRAS**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Ivânia Cristina Camin Chagas Modest

Orientador: Professor Doutor António Alfredo Mendes

Número da candidata: 30004454

FEVEREIRO DE 2024

Lisboa

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, como requisito parcial para obtenção do título de mestra em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor António Alfredo Mendes – Orientador
Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões

Aprovada em ____/____/____

Dedico este trabalho a todos os leitores desta dissertação.

AGRADECIMENTOS

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, muda-se o ser, muda-se a confiança; todo o mundo é composto de mudanças, tomando sempre novas qualidades”, teria dito o escritor português Luís de Camões, em soneto escrito no século XVI. O trabalho que será apresentado é uma reflexão de todas as transformações no nosso modo de viver, e frente a isso o meu respeito e admiração pela contribuição dos grandes pensadores e escritores que defendem o tema. Sou grata aos meus maravilhosos amigos da vida e do direito que me toleraram com a minha loucura constante, que leram trechos, e especificamente ao meu professor Fernando Curtti Gibin e à minha incansável colaboradora Barbara Joviane Trindade. Tive a honra e a sorte de trabalhar sob o zelo de um orientador extraordinário, o Professor Doutor António Alfredo Mendes, cuja excelência profissional guiou meu trabalho com uma grande paciência para o desfecho deste. Quero registrar que tive uma rede de apoio incondicional para que tudo isso acontecesse, para que pudesse sair do meu País de origem e chegar ao outro lado do Atlântico para concretizar este sonho e este trabalho: me rendo ao meu marido, companheiro, amigo, admirador José Maria Modesto; à minha filha Clicia Chagas Modesto, base de apoio e amor; à minha avó que habita comigo com seus 96 anos, mulher sábia e temente a Deus. Todos esses expectadores deram-me forças para que continuasse em um ritmo alucinante entre estudo e trabalho. Essas pessoas, fonte inesgotável de carinho junto às minhas decisões, torceram por mim de maneira intensa e desinteressada. Certamente, eles estão cientes de que o amor dispensado e o auxílio são pressupostos da minha alegria e da minha satisfação profissional. Meus sinceros agradecimentos a todos vocês. O amor de vocês, independentemente do modo como dedicado, foi essencial. Como dizia o escritor brasileiro Machado de Assis na obra “Ressurreição”: “Cada qual sabe amar a seu modo; o modo pouco importa; o essencial é que saiba amar”.

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi analisar e discutir, a partir do posicionamento e das considerações teóricas de doutrinadores e especialistas em Direito das Famílias, a constituição e o comportamento das novas formas familiares nas legislações portuguesa e brasileira e a possibilidade de essas serem chamadas para a vocação hereditária, para que sejam detentoras de direitos sucessórios e quais seriam seus reflexos. Essa análise e discussão deram-se no Brasil com a publicação da Constituição Federal Brasileira em 1988, e no seu corpo ter trazido várias e novas formas e conceitos de entidades familiares, várias estruturas de convívio e, ainda, de a Constituição da República Portuguesa estabelecer normas fundamentais de igualdade entre os cônjuges, de liberdade de celebrar casamento e de estabelecer novos tipos familiares, e ainda a proteção dos filhos. Na análise, os Códigos Civis, tanto o Português, quanto o Brasileiro, continuam referindo-se a “Direito de Família”, mas não “das famílias” ou “de famílias” e, ainda vemos que as sociedades, tanto portuguesa como a brasileira, condicionam a construção das normas jurídicas balizadas dentro de uma forma de sociedade, a sociedade constituída pelo casamento. Sinaliza-se, que o Código Civil Brasileiro sofreu modificações diante da alteração de posicionamento, para assim tratar, com igualdade, cônjuges e companheiros; contudo, continuam as famílias que permanecem em união estável e união homoafetiva discutindo suas relações no judiciário, para, assim, depois de uma sentença ou de um acordão, ingressarem na sucessão do companheiro ou companheira falecidos. A regulamentação da união estável e da união de fato, tanto a heteroafetiva, quanto a homoafetiva, não abarcam a sucessão de forma clara e objetiva, as leis são casuísticas, pois continuamos discutindo quem é ou não companheiro no judiciário, não há amparo sucessório. Como resultado do desenvolvimento deste trabalho, é a discussão doutrinária sobre os elos mais fortes, a valoração do afeto, os interesses comuns, os esforços dos entes dentro da relevância temática, a prole sendo construída pelos envolvidos na relação e a prole já formada de relações familiares anteriores, a solidariedade da família ajustada, consequentemente o direito do século XXI deverá voltar os olhos para tais relações e normatizá-las, para que alterações tanto no direito de família, quanto no direito sucessório sejam realizadas, repensando inclusive sobre os testamentos, para que cônjuges na interação da palavra alcance a sucessão com garantia jurídica nessas novas tipologias familiares e os efeitos e desafios delas decorrentes. Os direitos das novas formas de famílias encontram-se desprotegidos; não se trata de problemas recentes: os comportamentos familiares não são novos e não são desconhecidos, de modo que já vêm apresentando muitos sintomas ao longo do tempo. É nesse contexto de grandes questionamentos e desafios que problemas têm surgidos e, juntos

com eles, uma abordagem crítica para a busca de soluções coerentes com o sistema. Busca-se legislações que possam acobertar estes novos conceitos familiares, com uma visão alargada da sociedade, com a função de contribuir para o debate e para a elevação de um Direito das Sucessões que sirva às necessidades da sociedade de fato, que alcance os novos tipos e formas de família.

Palavras-chave: Amparo sucessório. Direito das Famílias. Família. Novas Tipologias.

ABSTRACT

The objective of this work was to analyze and discuss, based on the position and theoretical considerations of doctrinaires and specialists in Family Law, the constitution and behavior of the new family forms in Portuguese and Brazilian legislation and the possibility of these being called for the hereditary vocation, so that they are holders of inheritance rights and what would be their reflexes. This analysis and this discussion took place with the publication of the Brazilian Federal Constitution in 1988, and in its body it brought several and new forms and concepts of family entities, several structures of coexistence and, still, the Constitution of the Portuguese Republic to establish fundamental norms of equality between spouses, freedom to celebrate marriage and to establish new family types, and also the protection of children. In the analysis, the Civil Codes, both Portuguese and Brazilian, continue to refer to “Family Law”, but not “of families” or “of families” and, we still see that societies, both Portuguese and Brazilian, condition the construction of legal norms marked out within a form of society, the society constituted by marriage. It is pointed out that the Brazilian Civil Code underwent modifications due to the change in position, in order to treat spouses and partners with equality; however, families that remain in a stable union and same-sex union continue to discuss their relationships in the judiciary, so that, after a sentence or an agreement, they can join the succession of the deceased partner. The regulation of stable unions and de facto unions, both hetero-affective and homo-affective, do not cover succession in a clear and objective way, the laws are case-by-case, as we continue to discuss who is or is not a partner in the judiciary, there is no succession protection. As a result of the development of this work, it is the doctrinal discussion about the strongest links, the valuation of affection, the common interests, the efforts of the entities within the thematic relevance, the offspring being built by those involved in the relationship and the offspring already formed from previous family relationships, the solidarity of the adjusted family, consequently the 21st century law should turn its eyes to such relationships and standardize them, so that changes in both family law and inheritance law are carried out, even rethinking about wills, so that spouses in the interaction of word reach the succession with legal guarantee in these new family typologies and the effects and challenges arising therefrom. The rights of the new forms of families are unprotected; these are not recent problems: the familiar behaviors are not new and they are not unknown, so many symptoms have already been showing over time. It is in this context of great questions and challenges that problems have arisen and, together with them, a critical approach to the search for solutions consistent with the system. Legislation is sought that can

cover these new family concepts, with a broader view of society, with the function of contributing to the debate and to the elevation of a Succession Law that serves the needs of society in fact, that reaches the new types and forms of family.

Keywords: Succession support. Family Law. Family. New Typologies.

Sumário

1 A ASCENSÃO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR AO LONGO DOS TEMPOS	15
1.1 O alargamento dos arranjos familiares portugueses e brasileiros – da família primitiva às famílias da pós-modernidade	16
2 A UNIÃO DE FATO OU ESTÁVEL HETEROAFETIVA E HOMOAFETIVA NOS DIREITOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO	26
3 O CASAMENTO EM PORTUGAL E NO BRASIL: DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA.....	38
3.1 Conflito entre a igreja e o estado em matéria matrimonial	41
3.2 A instituição casamento em Portugal e no Brasil.....	45
4 NOVOS ARRANJOS FAMILIARES	49
4.1 Família monoparental.....	52
4.2 Família reconstituída	54
4.2.1 Filhos pluriparentais.....	56
4.3 Família anaparental	59
4.4 Família eudemonista	62
4.5 Famílias simultâneas ou paralelas	63
4.6 Famílias multiparentais	68
4.7 Posicionamento quanto às tipologias familiares	69
5 DA SUCESSÃO.....	73
5.1 Breve descrição histórica da evolução do instituto das sucessões	73
5.2 Considerações introdutórias e conceituais	76
5.3 Da sucessão legítima ou legitimária portuguesa	79
5.4 Sucessão legítima brasileira	84
5.4.1 Da ordem de vocação hereditária	85
5.5 A legítima – Portugal e Brasil	87
5.5.1 Restrições à liberdade de disposição por morte	90
5.5.3 Competência em matéria sucessória	92
5.6 Da sucessão testamentária	94
5.6.1 Sucessão testamentária e seus aspectos.....	94
Modernamente, essa forma de sucessão continua a ter seus adeptos fervorosos, que identificam o testamento com a própria liberdade, de que constitui prolongamento natural.	94

5.6.2 Da sucessão testamentária portuguesa	95
5.6.3 Da sucessão testamentária brasileira	97
5.6.4 A questão da legítima.....	99
5.6.5 Autonomia da vontade e autonomia privada.....	101
6. O DESAFIO DA PÓS-MODERNIDADE	107
7 CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114

Lista de Siglas

▪ CFB	–	Constituição Federal Brasileira
▪ CRP	–	Constituição da República Portuguesa
▪ CCP	–	Código Civil Português
▪ CCB	–	Código Civil Brasileiro
▪ UF	–	União Fato
▪ EE	–	União Estável
▪ CPCB	–	Código de Processo Civil Brasileiro
▪ CEDH	-	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
▪ ADPF	-	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
▪ ADC	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
▪ STF	–	Supremo Tribunal Federal
▪ STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
▪ REsp	–	Recurso Especial

INTRODUÇÃO

O conceito de família reveste-se de um significado alargado nos dias de hoje, nas áreas jurídica, social, psicológica, religiosa, de modo a buscar encaixar o rápido avanço em todas as áreas, inclusive a tecnológica, que atingem as famílias de forma certa.

A primeira célula da organização social e a mais importante do organismo do Estado é a família, e, atualmente, podemos verbalizar “as famílias”. O objetivo desta investigação neste trabalho é compreender o desenvolvimento das normas que dizem respeito a essas novas formas familiares, para que não fiquem sujeitas ao livre arbítrio dos interesses dos particulares e desaguem no Judiciário para que tenham a tutela reconhecida, já que é o que acontece na atualidade.

Diante das mutações sociais a unidade complexa das normas, que regulam o fenômeno sucessório, e a sua aplicação prática no cotidiano estão em verdadeiro desalinho com as novas tipologias familiares, já que o direito sucessório somente se justifica diante da necessidade de manutenção das situações jurídicas patrimoniais passíveis de sucessão.

As novas tipologias familiares são reais dentro das sociedades portuguesa e brasileira, com leis esparsas a regulamentarem os princípios básicos orientadores dos efeitos da união de fato e da união estável, tanto heteroafetivas, quanto homoafetivas. Em outras palavras, regulamentam-se situações em que um homem, uma mulher, dois homens, ou ainda duas mulheres, ou até o que chamamos vulgarmente de trisal, vivem em condições semelhantes às do casamento, sem, contudo, terem celebrado o matrimônio entre si; desse modo, nesses casos, a disciplina legal em sede de direito sucessório não é aplicável quanto aos efeitos decorrentes da abertura da sucessão, nem mesmo às famílias brasileiras que são equiparadas ao casamento, que, de uma forma ou de outra, buscam o judiciário, com o fito de que o mesmo entregue a tutela jurisdicional, para, depois, então, regulamentar a abertura da sucessão.

Diante da evolução e do desenvolvimento de novos modelos familiares, é legítima a desequiparação, para fins sucessórios, entre as novas tipologias familiares constituídas pela socioafetividade e mutiparentalidade na legislação portuguesa e na legislação brasileira?

Nessa ordem de ideias, os países não apreciam o direito sucessório de forma igualitária frente às novas formas de famílias. No Brasil, em específico, são reconhecidas pela Constituição Federal de 1988; e com esse marco constitucional, houve um alargamento para as famílias, embora não encontrem proteção no direito sucessório, até porque, aprioristicamente, seria impossível estabelecer limites legais diante das complexas relações

familiares criadas dia a dia, diante dos multimodos que as sociedades, não somente portuguesas e brasileiras se comportam, mas podemos assim dizer o mundo ocidental se comporta.

Tendo em vista as grandes transformações sociais ocorridas nos últimos cem anos, as famílias portuguesas e as brasileiras, vêm sofrendo consequências diretas de rupturas institucionais trazidas pelo reposicionamento de vários atores sociais, como os novos agrupamentos familiares através do afeto, as famílias substitutas, monoparental, multiparental, anaparental, mosaico, homoafetivas, poliafetivas, esta gama de famílias e muitas outras que o tempo nos trará vem se afastando do modelo patriarcal original, as estruturas de poder que habitavam na família do século passado, atualmente não mais, despontam novas vertentes, o afeto habita nas relações familiares construindo e modelando-as, as quais deveriam receber a devida proteção Estatal.

Os relacionamentos familiares contemporâneos não conseguem ser agasalhados pelo próprio Estado onde vivem, sofrendo reflexos não só no direito familiarista e nas sucessões, mas no previdenciário, e tantos outros que são alcançados quando se envolve patrimônio, estendendo assim para o direito digital, algo novo dentro das sucessões.

As famílias do século XX e XXI não estão submetidas aos mesmos efeitos sucessórios, tampouco são equiparadas com o casamento. Trata-se de um desafio legislativo que deverá ser revisitado.

As normativas do Direito Sucessório, tanto português quanto brasileiro, não vêm acompanhando as mudanças contemporâneas do Direito de Família, razão pela qual, vários problemas se apresentam na linha sucessória e desaguam no Judiciário, tanto de um lado quanto no outro.

As múltiplas entidades familiares demandam soluções próprias construídas pela doutrina e jurisprudência, pois não encontram resposta na lei.

A facilitação do divórcio em ambos os países, a proteção dos vulneráveis, dos idosos, das mulheres, colocam embaraços no já inflexível Direito das Sucessões.

As transformações na estrutura familiar, as transformações na estrutura dos bens, a valorização dos bens móveis, como ações e bens digitais, também desafiam o direito sucessório, questionando institutos como a legítima, quem seriam os herdeiros necessários neste direito contemporâneo das famílias; o Brasil equiparou cônjuge e companheiro, mas não há um balizamento nos tribunais, as famílias continuam dirigindo-se aos tribunais judiciais para um redimensionamento entre solidariedade familiar e sucessória.

Neste trabalho, objetiva-se, principalmente, analisar o comportamento das novas formas familiares com um olhar para as questões patrimoniais que lhes são acessórias, a exemplo da sucessão, da legítima, do direito de habitação, dos alimentos, dos reflexos previdenciários tanto em Portugal como no Brasil.

Como objetivo ainda, trazer aos leitores as reflexões de juristas portugueses e brasileiros das novas tipologias familiares sobre as muitas implicações das importantes transformações ocorridas ao longo dessas décadas no Direito das Famílias, sem contudo, qualquer alteração no Direito das Sucessões.

Nesse mesmo processo, pretende nortear que as novas formas de família são dignas da tutela jurisdicional que agasalha a família tradicional, constituída pelo casamento e que goza do prestígio da sucessão.

Analisar derradeiramente que as famílias da pós-modernidade deverão ter seu enquadramento jurídico, pois estão inseridas no contexto histórico, político, econômico e social da civilização atual.

1 A ASCENSÃO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR AO LONGO DOS TEMPOS

O Direito surge para organizar o convívio social, colocando limites, freios e contrapesos, como regras e princípios para a pacificação desse convívio social. Em outros termos, “a história do direito, assim como a do Direito de Família, se confunde com a própria história da humanidade, pois só existe civilização porque existe o Direito”.¹

A conceituação de família oferece, desde sua organização no mundo antigo, um paradoxo para sua compreensão. No entanto, os Códigos Civis português e brasileiro não exprime, não emite uma noção de família. “A ausência de uma noção de família num diploma que geralmente não se inibe quando se trata de apresentar definições, talvez possa ser entendida como um sinal da dificuldade do recorte da própria instituição familiar”.²

Qualquer tentativa para conceituar família restaria infrutífera diante da realidade e totalmente desgarrada da nossa realidade em ambos os continentes³. “Não bastasse toda flutuação que o conceito de família produz, no tempo e no espaço; este conceito amplifica, dependendo do local em que os indivíduos estejam o que reflete diretamente nos ramos do direito, inclusive de um mesmo ordenamento jurídico”.⁴

Como regra geral, porém, o Direito de Família pode ser conceituado como o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo sobre os institutos: o casamento; a união estável ou a união de fato; as relações de parentesco; a filiação; os alimentos; o bem de família; a tutela, a curatela e a guarda; além desses institutos, há o estudo das novas manifestações familiares, o qual será desenvolvido neste trabalho, de sorte a trazer à baila nuances de manifestações que se apresentam no direito contemporâneo.⁵

“A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. Em determinado momento histórico, o que falaremos mais abaixo, o intervencionismo estatal instituiu o casamento como regra de conduta”.⁶

Historicamente, em uma sociedade conservadora, como são as sociedades portuguesa e brasileira, “para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico, o núcleo familiar dispunha de perfil patriarcal. Necessitava ser chancelado pelo que se convencionou chamar de matrimônio, pela forte influência da igreja católica, que o tem na conta de um sacramento”.⁷

Entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão, a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos. Nesse início de um novo século, a sociedade de mentalidade urbanizada e com um perfil

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2021, p. 03.

² PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**, 2017, p. 13.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Manual de Direito Civil**, 2020, p. 1230.

⁴ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**, 2018, p. 1314.

⁵ TARTUCE, *Op. Cit.*, p. 1314.

⁶ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 29.

⁷ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 30.

altamente globalizado pelos meios digitais pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante das civilizações do passado.⁸

Não podemos perder de vista que no direito de família, a ordem pública prepondera dispondo sobre as relações pessoais dos cônjuges, dita regras para a imposição das formas como os regimes matrimoniais devem ser compostos, nas relações entre pais e filhos o direito também determina comportamentos, nas dissoluções do casamento também o Estado dita direitos e deveres, o casamento é um dos institutos com mais formalidades dentro da seara do direito e consequentemente as separações e divórcios também, tal comportamento se deve ao interesse permanente do Estado no direcionamento da família como célula básica, dedicando-lhe proteção especial, tanto em Portugal como no Brasil.

No enquadramento da família atual, a família do século XXI, apresenta uma nova feição, uma cara pluralista, democrática, marcada pelo perfil funcional de promover o desenvolvimento de seus integrantes.

O que vemos nesta órbita familiar deste novo século, desse novo milénio, é que o curso da história fez desvanecer aquela organização essencialmente institucional, hierárquica e firmada na autoridade do patriarca, para permitir novos formatos familiares, que assume singular importância na ordem-civil do direito de família e consequentemente sucessória.

O direito de família visto como direito público prepara o terreno para um intervencionismo intolerável do Estado na vida íntima, como tantos que ocorrem ordinariamente. Acrescenta que os únicos regimes que trataram da família como direito público foram os falecidos e não saudosos regimes comunistas da Rússia, Iugoslávia, Bulgária e a extinta Tchecoslováquia.⁹

“Em Estados democráticos, não cabe essa intervenção direta no direito de família, cabe a ele tutelar e proteger a família, intervindo de forma indireta apenas quando essencial para sua própria estrutura”.¹⁰

1.1 O alargamento dos arranjos familiares portugueses e brasileiros – da família primitiva às famílias da pós-modernidade

A família é a célula básica de toda e qualquer sociedade, desde as mais primitivas até as mais contemporâneas; porém seu conceito transcende sua própria historicidade. O professor brasileiro Rodrigo da Cunha Pereira pontua que, para se entender a família de hoje,

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo – **Direito Civil: direito de família**, 2015, p. 3.

⁹ VENOSA, Silvio de Salvo – **Direito Civil: direito de família**, 2015, p. 13.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo – **Direito Civil: direito de família**, 2015, p. 13.

é preciso revisitar alguns conceitos para que se possa pensar melhor não apenas sua organização jurídica, mas também qual caminho a família está trilhando neste século XXI.¹¹

Ao se analisar a Constituição da República Portuguesa, a família está centrada pelas normas dos artigos 36.º, 67.º, 68.º, 69.º, 72.º e de parte do artigo 26.º¹² e a Constituição Federal Brasileira, no artigo 226 e seus parágrafos. Essas disposições orientam a intervenção do legislador ordinário, alargam a interpretação, direcionam as leis integrativas, orientam os conceitos.

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2021, p. 17.

¹² **Art. 36.º** Família, casamento e filiação: 1- Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. 2- A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração. 3- Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. 4- Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação. 5- Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. 6 - Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. 7- A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação.

Art. 67.º Família: 1- A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. 2- Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares; b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade; c) Cooperar com os pais na educação dos filhos; d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares; g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado; h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.

Art. 68.º Paternidade e maternidade: 1- Os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país. 2- A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes. 3- As mulheres têm direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias. 4- A lei regula a atribuição às mães e aos pais de direitos de dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar.

Art. 69.º Infância: 1- As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. 2- O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal. 3- É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar.

Art. 72.º Terceira idade: 1- As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social. 2- A política de terceira idade engloba medidas de carácter económico, social e cultural tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal, através de uma participação activa na vida da comunidade.

Art. 26.º Outros direitos pessoais: 1- A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2- A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3- A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4- A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

O Direito Constitucional pode ser encarado como um novo caminho metodológico que procura analisar os institutos de Direito Privado, tendo como ponto de origem a Constituição Federal de 1988. Não se trata apenas de estudar os institutos privados previstos na Constituição Federal de 1988, mas sim de analisar a Constituição sob o prisma do Direito Civil e vice e versa. Para tanto, deverão irradiar de forma imediata as normas fundamentais que protegem a pessoa.¹³

O conceito de família mudou em Portugal e no Brasil, já que estamos dentro de um quadro comparativo. Certamente, a família de hoje é muito diferente dos modelos de famílias dos nossos antepassados, das estruturas de poder e de afeto que habitavam naqueles moldes familiares das que conhecemos atualmente.

A lei básica não formula expressamente uma noção de família. Obviamente que não se pode traçar a concepção constitucional de família com base na lei ordinária, já que isso equivaleria a um erro metodológico grave, de inversão da hierarquia dos atos normativos.

Parte da doutrina portuguesa tem defendido que o direito de constituir família abrange a união de fato, umas vezes argumentando com a própria distinção que é feita no artigo 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, entre constituir família e contrair casamento, outras vezes invocando a existência de um conceito constitucional aberto, pluralista, de família.¹⁴

“No entanto, a Constituição da República Portuguesa não pode deixar de ter tido em vista uma noção substancial de algo que qualifica como ‘elemento fundamental da sociedade’ e que se empenha em proteger”.¹⁵

Em uma óptica que procura dar sentido ao esforço e às prioridades do poder constituinte, a família tem de ser uma realidade potencialmente dotada de estabilidade e projeção externa. “Assim sendo, não parecem caber por enquanto no conceito constitucional de família a união da facto, formada por pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo, nem a convivência em economia comum”.¹⁶

Tais relações parafamiliares formam-se e dissolvem-se pela mera vontade das partes, sem os constrangimentos impostos pela necessidade da intervenção do Estado, e não estão sujeitas à publicidade registral. Há nelas, ainda hoje, um fator de incerteza adverso ao investimento que o legislador constituinte faz na tutela da família.¹⁷ Isso não significa que a união de fato e a convivência em economia comum careçam, em absoluto, de fundamento constitucional, mas sim de formas de organização de vida que traduzam o exercício do direito

¹³ TARTUCE, Flávio – **Direito Civil: direito de família**, 2023, p. 5.

¹⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**, 2017, p. 70.

¹⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**, 2017, p.71.

¹⁶ PINHEIRO, *Op. Cit.*, p. 71.

¹⁷ Constituição da República Portuguesa. Artigo 26.º Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> [Consult. em 20-09-2022].

ao desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 26.º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa.¹⁸

É uma tarefa extremamente difícil assimilar novidades e desmistificar condicionamentos que têm raízes na educação e na cultura. Estratificações sociais, preconceitos arraigados há tanto tempo impedem ver que existem outras formas de viver, bem como que se aceitem diversos modos de buscar a felicidade.¹⁹

Destarte, as novas relações que são abertas traduzem uma nova forma de vida, não são provenientes do casamento e constituem-se de famílias alternativas, nomeadamente no que diz respeito às relações plurais amorosas e aos novos paradigmas do Direito da Filiação contemporâneo. Nesse sentido, a sociedade vive e cobra uma abordagem nesse ramo do direito, na tentativa de encontrar um conceito de família consensual e adequado à modernidade e à pluralidade de arranjos familiares existentes.

O estudo da família no Direito esteve sempre estritamente ligado ao casamento, que a tornava legítima ou ilegítima, segundo os vínculos da oficialidade dados pelo Estado, ou mesmo pela religião. Grande parte dos juristas confundiu o conceito de família com o de casamento. E ainda dentro das sociedades aqui estudada, mesmo no terceiro milénio, quando se fala em formar uma família, pensa-se primeiro em sua constituição por meio do casamento.²⁰

As relações plurais amorosas, como as uniões poliamorosas, a prática homossexual, paulatinamente foram perdendo a sua imoralidade, e as pessoas vão podendo realizar seus projetos pessoais de felicidade.

A insuficiência do modelo positivista dogmático, sobretudo para a solução dos *hard cases* (casos difíceis), mostrou que a clássica subsunção das regras aos fatos não são eficazes para resolver todas as demandas da sociedade.²¹ Ademais, há questionamentos diversos quanto à concessão de efeitos jurídicos a essas novas estruturas familiares, as quais, da maneira como se apresentam, não poderão ter a mesma efetividade que o casamento; de qualquer modo, precisam ou carecem da proteção do Estado; além do mais, ainda em relação a essas novas formações familiares, existe a preocupação quanto a não se tornar em essas relações plurais “casamentos forçados”, como sinaliza Rodrigo da Cunha Pereira.²²

Em Portugal, o Direito de Família encontra-se regulado no Livro IV do Código Civil de 1966, sua entrada em vigor se deu no dia 1.º de junho de 1967 e segue a

¹⁸ Constituição da República Portuguesa. Artigo 26.º Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> [Consult. em 20-09-2022].

¹⁹ DIAS, Maria Berenice – **Manuel de Direito das Famílias**, 2015, p. 13.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2023, p. 3.

²¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes – A Incessante Travessia dos Tempos e a Renovação dos Paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk – **Direito das Famílias: por juristas brasileiras**, 2022, p.18.

²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2021, p. 232.

sistematização germânica, tendo sido revogado o Código Seabra, de 1867, que seguia a estrutura e a metodologia do ‘Code Napoléon’, de 1804.^{23 24}

Houve uma profunda revisão do Direito da Família e das Sucessões, meados de 1977, para adaptar a Constituição democrática que resultou da Revolução de 25 de abril de 1974, nessas reformas e adequações em que a sociedade vivia, consagrou-se a igualdade entre o marido e a mulher, houve a eliminação da discriminação de filhos fora do casamento e valorizou-se a posição do cônjuge sobrevivente.²⁵

No que tange ao artigo 2020.º do Código Civil Português²⁶, a união de facto fora regulamentada posteriormente e por lei extravagante, primeiro pela lei n. 135 de 28 de agosto de 1999, e, logo em 2001, efetivou-se a Lei de Proteção das Uniões de Facto, de n. 7 de 2001. Essa legislação decorreu de movimentos sociais que visavam ao reconhecimento de formas alternativas de constituição de família, resultantes da laicização da sociedade e de uma progressiva liberalização dos costumes, e, por outro lado, visou a dar alguma tutela jurídica aos casais de pessoas do mesmo sexo (lei n.º 9/2010, de 31 de maio).²⁷

A lei da união de facto sofreu alterações pela lei n. 23 de 30 de agosto de 2010. A união de facto configura uma relação jurídica familiar; ademais, o artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa dá uma abertura para as famílias não matrimonializadas, o que se entende por uma imposição constitucional, em virtude, ainda, da interpretação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²⁸ no sentido de nele se incluem não só as famílias

²³ O Código Napoleônico, original, em francês, *Code Civil des Français*, mas comumente referido como *Code Civil* ou *Code Napoléon*, é o código civil francês outorgado por Napoleão Bonaparte, entrou em vigor a 21 de março de 1804, aprovado legalmente três dias depois. O livro reúne as leis ligadas ao direito civil, penal e processual a serem observadas pelo povo francês. Grande parte do código, em especial os artigos que tratam do direito privado e do direito das obrigações, permanece em vigor na França, neste que é certamente a contribuição mais duradoura de Napoleão para a história.

²⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – Notas sobre a União de Facto em Portugal. In SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia Garcia de (Coord.) - **Tratado da União de Fato:** tratado de la unión de hecho, 2021, p. 791.

²⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Direito da Família Contemporâneo**, 2017, p. 15.

²⁶ **Art. 2020.º do CCP:** (União de facto) 1. Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter, nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º 2. O direito a que se refere o número precedente caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão. 3-É aplicável ao caso previsto neste artigo, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior.

²⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias – Notas sobre a União de Facto em Portugal. In SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia Garcia de (Coord.) - **Tratado da União de Fato:** tratado de la unión de hecho, 2021, p. 792.

²⁸ **Art. 8.º** Direito ao respeito pela vida privada e familiar: 1- Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2- Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

constituídas com base no casamento (artigo 12 da CEDH ²⁹), mas, também, união de fato, assumindo, como critério relevante, a “efetividade de laços interpessoais”.

No Brasil, por sua vez, ao se analisarem as constituições que o Brasil já teve, pode-se notar uma evolução acanhada, pois, diante de contextos econômicos, sociais e políticos do Brasil de cada época, desde a independência até os dias atuais, está refletido o comportamento sociofamiliar.

Na Constituição de 1824, havia ainda um vínculo entre a igreja e o Estado, e o casamento religioso era a exclusiva fonte formal da família. Posteriormente, com a Constituição de 1891, marcada pelo liberalismo, inaugurou-se o Estado laico, e, assim, instituiu-se o casamento civil: este era o único ato capaz de constituir uma família, mas não mais o casamento religioso, do qual, a partir de então, se retirava valor jurídico. ³⁰

A partir da Constituição de 1934, consagra-se o Estado social brasileiro, caracterizado pela forte intervenção estatal nas esferas econômica e social. Nesse contexto social e diante de uma sociedade com muitos concubinatos, até porque as proles eram numerosas e já miscigenadas (pois eram portugueses, negros e índios coabitando no território), o Estado assumia a obrigação de amparar as famílias com proles numerosas; entretanto, o amparo era engessado, pois estendia efeitos civis ao casamento religioso e estimulava a indissolubilidade do mesmo, estabelecendo que este apenas pudesse ser destituído por anulação ou desquite. ³¹

A Constituição brasileira de 1937, teve inspiração direta na Carta polonesa, reconhecia a igualdade entre filhos naturais e legítimos e estabeleceu, como obrigação do Estado, a proteção da infância e da juventude; todavia, não estendeu efeitos civis ao casamento religioso; assim, o casamento civil tornou-se o único meio de constituição familiar.

Posteriormente, a Constituição brasileira de 1946, elaborada após o fim do Estado-Novo, equiparava os efeitos do casamento religioso ao civil e garantia a este proteção estatal. Nesse sentido, o casamento válido e indissolúvel, religioso ou civil, era o único modo pelo qual se formava a família. Adicionalmente, além de conferir proteção à infância e à juventude, garantia proteção à maternidade.

²⁹ **Art. 12.º** Direito ao casamento: A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. [Consult. em 19-10-2021].

³⁰ COSTA, Dilvanir José da. (janeiro/março de 2006). **A Família nas constituições**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92305/Costa%20Dilvanir.pdf> [Consult. em 15-12-2022].

³¹ MUNDO E EDUCAÇÃO. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/brasil-colonia.htm>. [Consult. em 19-10-2021].

A Constituição brasileira de 1967 não alterou as disposições constitucionais que tratavam da família. Essa constituição surgiu na passagem do governo Castelo Branco para o Costa e Silva, período no qual predominavam o autoritarismo e o arbítrio político.

Já em 1969, a família brasileira já estava em grande ebulição, os instrumentos ditatoriais sendo editados, e, em 1977, após a emenda n. 1, de 1969, fora aprovada a **lei do divórcio**. A aludida lei estabelecia que o casamento pudesse ser dissolvido após prévia separação judicial por três anos. Com a emenda n. 2, admitiu-se o divórcio direto em caso de separação de fato há mais de cinco anos. Além da celebração gratuita, do casamento religioso com efeitos civis, da assistência à maternidade, à infância e à juventude, determinou-se, ainda, a assistência aos excepcionais.³²

Após várias modificações, foi somente na Constituição Federal de 1988 que foram inseridos um conceito de família e o seu tratamento ao instituto, o que revelou importantes mudanças, legislativas e jurisprudenciais.

O Estado, não sem muita resistência, ainda absorve da Igreja a regulamentação da família e do casamento, no momento em que esta não mais interfere na direção daquele. No entanto, pela forte influência religiosa e como consequência da moral da época, o Estado não se afasta muito dos cânones, assimilando-os nas legislações com maior ou menor âmbito.³³

No Brasil, mantêm-se a “indissolubilidade do vínculo casamento, a incapacidade relativa da mulher, bem como a distinção legal de filiação legítima e ilegítima. No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, o legislador foi vencendo barreiras e resistências”³⁴, e foram conquistados alguns direitos, mesmo com lutas legislativas, até se culminar na Constituição de 1988.

A atual Constituição da República do Brasil, atendendo as exigências do tempo, implantou leis que deram significativas melhoras para a figura e para a posição da mulher casada (lei n. 4.121 de 1962³⁵), instituiu o divórcio (emenda n. 09 de 1977³⁶ e lei n. 6.515 de 1977), trouxe inovações “em relação à conceituação e à proteção jurídica da família,

³² BELTRÃO, Tatiana. (04 de dezembro de 2017), **O divórcio demorou a chegar no Brasil**. Senado Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>. [Consult. 19-10-2021].

³³ VENOSA, Sílvio Salvo - **Direito Civil: direito de família**, 2015, p. 16.

³⁴ VENOSA, *Op. Cit.*, p. 16-17.

³⁵ BRASIL. **Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962**: Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm#:~:text=A%20mulher%20que%20exercer%20profiss%C3%A3o,exerc%C3%ADcio%20e%20a%20sua%20defesa. [Consult. em 19-10-2021].

³⁶ BRASIL. **Emenda constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977**: dá nova redação ao § 1.º do artigo 175 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm [Consult. em 19-10-2021].

imprimindo mudanças nas relações íntimas, com a evolução dos costumes; porém, ainda assim, era preciso incluir, em um só diploma, todas as matérias pertinentes à vida privada”.³⁷

Doutrinadores revelam que, antes de promulgada a Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de “família” era limitado e taxativo em todos os seus extremos. O Código Civil de 1916 fazia *status familiae* somente aos que se debruçavam ao original instituto do matrimônio, caracterizado como fechado, em que a satisfação, assim como a felicidade de permanecer junto de seus membros, era considerada de menor importância em relação à manutenção do patrimônio familiar.

Diante de tantas mudanças em súbito aos novos momentos constitucionais, leis especiais brasileiras foram editadas, e elas são garantidoras dos direitos os quais promoveram: a atualização do texto da lei n. 6.516 de 1977³⁸, relativa à separação judicial e ao divórcio; a edição do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), lei n. 8.069 de 1990³⁹; a normatização do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, lei n. 8.560 de 1992⁴⁰; as leis da união estável, leis n. 8.971 de 1994 e n. 9.278 de 1996⁴¹, conferindo aos companheiros direitos de alimentos e a meação e a herança.

Nesta mesma linha de pensamento, tem-se que a Constituição Federal brasileira de 1988, realiza uma linha divisória entre a família patriarcal regida na integralidade pelo casamento, para com os novos formatos familiares, e diante de tamanha evolução, procura-se um novo conceito de família, e que por simetria e pela importância do tema orienta as normas infraconstitucionais.

De acordo com o mencionado anteriormente, as inovações apresentadas produziram um impacto significativo no texto “antiquado” do Código Civil de 1916. Ponderava-se, na Constituição da República do Brasil de 1988, o modelo de família patriarcal e da consanguinidade. Promulgada em 1988, a Carta Constitucional, especialmente nos artigos

³⁷ DRESCH, Márcia. (01º de setembro de 2016). **A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica**. JUS.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica> [Consult. Em 19-10-2021].

³⁸ BRASIL. **Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977**: regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm [Consult. em 19-10-2021].

³⁹ BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**: dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm [Consult. em 19-10-2021].

⁴⁰ BRASIL. **Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992**: regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm [Consult. em 19-10-2021].

⁴¹ BRASIL. **Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994**: regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm [Consult. em 19-10-2021].
BRASIL. **Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996**: regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm [Consult. 19-10-2021].

226⁴² e 227, § 6.^{o43}, apresentou uma nova roupagem à família e ao Direito de Família. No artigo 226 dessa Carta, a família é taxada como alicerce da sociedade e merece amparo especial do Estado; ademais, inovou-se identificando outras formas de famílias reconhecidas pelo Estado em seus parágrafos 3.^o e 4.^o, como a união estável e a família monoparental; já no artigo 227, § 6.^o da Constituição Federal do Brasil de 1988, revolucionou-se o Direito de Família pátrio, ao se proibir expressamente de haver qualquer tipo de classificação ou discriminação dos filhos, sejam eles havidos ou não na constância do casamento, adotivos ou não.⁴⁴

Observa-se que as famílias se desenvolvem na mesma proporção que a sociedade se modifica, de modo a se criarem estruturas novas no intuito de se adaptarem às necessidades novas, as quais são consequências de novas realidades nos âmbitos social, político e econômico. O direito deve acompanhar as transformações que a família sofre.

O direito de família tem por objeto a exposição dos princípios jurídicos que regem as relações de família, quer quanto à influência dessas relações sobre as pessoas, quer sobre os bens. A entidade familiar, fonte legítima da organização familiar, os atos relativos à legitimação e ao reconhecimento de filhos nascidos fora do casamento, o estado civil das pessoas, todos formam parte do direito de família.⁴⁵

O casamento civil, por exemplo, é a regra para instituição da família em caráter formal em ambos os países (Portugal e Brasil) e para todos os efeitos de direito. O casamento religioso com efeitos civis imediatos ou por transformação posterior no Brasil adquire o mesmo status formal e os mesmos efeitos, desde que inscrito no registro civil brasileiro, retroagindo esses efeitos à data da celebração e dispensando a celebração civil. Em Portugal o

⁴² **Art. 226:** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1.^o O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2.^o O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 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 sua conversão em casamento. 4.^o Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5.^o Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6.^o O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 6.^o O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7.^o Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8.^o O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁴³ **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6.^o 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.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil: Direito de Família**, 2003, p. 29-30.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: famílias**, 2015, p. 45-46.

casamento civil é celebrado por forma religiosa, com todas as suas formalidades, que são muitas (e não nos interessa neste momento do trabalho), ressaltando que o ministro do culto deve lavrar imediatamente o assento e enviar à conservatória competente, tudo conforme o CRC (Código do Registro Civil Português).⁴⁶ Eram essas as formas de casamento formal e de prova plena mediante simples certidão do registro público.

O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais, sua importância, como negócio jurídico formal. Vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão, até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e a assistência material e espiritual recíproca da prole.⁴⁷

Retornando um pouco na história brasileira, antes da Revolução Industrial, as famílias eram extensas e viviam em verdadeiras comunidades na área rural, e a força de trabalho vinha dos próprios entes familiares. Laborava-se em uma economia familiar. Eis um dos motivos das famílias serem extensas: a procriação era um incentivo ao aumento do patrimônio.⁴⁸

Com a Revolução Industrial, a família patrimonializada – cujos membros representavam a força de trabalho – não suportou; deveras, houve um verdadeiro êxodo rural, e a necessidade de mão de obra tirou as famílias extensas do campo e trouxe para os centros urbanos. A mulher ingressa no mercado de trabalho, e o homem deixa de ser a única fonte de subsistência.⁴⁹

A estrutura familiar muda com toda essa evolução: não tinha mais o caráter produtivo e conseqüentemente reprodutivo de antes. Surge, então, a concepção de uma nova família. Os laços afetivos passam a impor a nova forma familiar: a valorização do afeto passou a perdurar durante toda a relação e, com esse novo comportamento da sociedade, cessado o afeto, rui-se esta nova sociedade familiar. Inicia-se as separações e conseqüentemente o rompimento das uniões.

Levando em conta suas particularíssimas características, talvez seja melhor considerar, no futuro bem próximo, o direito de família como um microssistema jurídico, integrante do denominado direito social, embora essa denominação seja redundante, na zona intermediária entre o direito público e o privado, possibilitando a elaboração de um Código ou Estatuto da Família ou das Famílias, como em outras legislações.⁵⁰

⁴⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Direito da Família Contemporâneo**, 2017, p. 356- 357.

⁴⁷ VENOSA, Silvio de Salvo – **Direito Civil: Direito de Família**, 2015, p. 27.

⁴⁸ DIAS, *Op. Cit.*, p. 43-44.

⁴⁹ DIAS, *Op. Cit.*, p. 43-44.

⁵⁰ VENOSA, Silvio de Salvo – **Direito Civil: Direito de Família**, 2015, p. 13.

2 A UNIÃO DE FATO OU ESTÁVEL HETEROAFETIVA E HOMOAFETIVA NOS DIREITOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

A instituição do casamento, sempre teve um prestígio imensurável dentro do Direito de Família, e jamais perderá sua importância frente ao Estado, sua importância é grandiosa que a solenidade religiosa emite efeitos civis. Todavia, a par de sua secular tradição, não é correto concluir-se, como se sabe, que o casamento seja a única entidade familiar juridicamente reconhecida ou que se sobreponha em face das demais.

“A união conjugal livre entre pessoas sempre existiu e sempre existirá, enquanto houver desejo sobre a face da Terra”.⁵¹

Na idade Contemporânea, começaram a surgir mudanças na concepção do concubinato, a partir da primeira metade do século XIX, quando os Tribunais Franceses apreciaram e consideraram as pretensões das concubinas. A França desde então é considerada a pátria do “Direito Concubinário”. Surgindo com isso, em 16 de novembro de 1912 a primeira lei francesa que regulamentou o assunto.⁵²

Atualmente, em Portugal, “proliferam as uniões de facto, isto é, as uniões entre duas pessoas em condições semelhantes às dos cônjuges. Uniões merecem alguma proteção jurídica, mas não estão englobadas nas fontes das relações jurídicas familiares previstas”⁵³ no artigo 1576.º do Código Civil Português (doravante “CCP”).

As pessoas que vivem em união de facto em condições análogas às dos cônjuges podem ser referidas conforme se está contemplado no artigo 2020.º, número 1 do CCP. Nos termos desse artigo, o membro sobrevivente desta família tem o direito de exigir alimentos da herança do falecido. O Juiz Conselheiro jubilado do Supremo Tribunal de Justiça português, Jorge Augusto Pais do Amaral, diz que se trata de um direito semelhante ao apanágio do cônjuge sobrevivente, previsto no artigo 2018.º do CCP, “falecendo um dos cônjuges, o viúvo tem direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido”.⁵⁴

As uniões de facto têm merecido a proteção legal, como se verifica do disposto na lei n. 7 de 2001, de 11 de maio, alterada pela lei n. 23 de 2010, de 30 de agosto e, mais recentemente, pela lei n. 2 de 2016, de 29 de fevereiro. Também a lei n. 6 de 2010, de 11 de maio, contém medidas de proteção das pessoas que vivam em economia comum, o que será matéria a ser explorada a seguir.

⁵¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2023, p. 159.

⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2023, p. 160.

⁵³ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 16.

⁵⁴ AMARAL, *Op. Cit.*, p. 9.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7 de 2017, D.R. n. 129 de 2017, série I, de 2017 de julho de 2006⁵⁵, decidiu que:

Quanto ao aspecto patrimonial, a lei da união de facto não regulamenta os aspectos patrimoniais como o regime de bens, o regime de dívidas e a partilha, após o fim da união estável. A lei não prevê direitos e deveres que vinculem reciprocamente os membros da união de fato, nem estabelece regras próprias em matéria de administração e disposição de bens ou de dívidas.⁵⁶

A união de fato é uma figura que se diferencia do chamado “concubinato duradouro”, a que alude o artigo 1871.º, n. 1, al. c., do Código Civil Português⁵⁷. Na união de fato, há comunhão de leito, mesa e habitação; no concubinato duradouro, não há comunhão de mesa e habitação, verificando-se apenas um relacionamento sexual estável.

Ademais, há uma diferenciação entre a união de fato e a “convivência em economia comum”. Nos termos do artigo 2.º, n. 1, da Lei número 6/2001, de 11 de Maio – LEC (lei que adopta medidas de protecção das pessoas que vivam em economia comum), entende-se por economia comum a situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação, e a diferença está paltada na falta do elemento da comunhão sexual.⁵⁸

Existem duas classificações de uniões de fato: uma união de fato heterossexual, e a outra, homossexual; há, ainda, uma subdivisão em uniões de fato protegidas e não protegidas.

O Professor José António de França Pitão, na sua obra “Uniões de Fato e Economia Comum”, declina “seguramente que é difícil criar um quadro jurídico completo, dadas as variações de situações que conduzem às uniões de facto”⁵⁹; ademais, os que se opõem às regulamentações argumentam que deve haver flexibilidade ao fenómeno, e que para tal manifestação de liberdade não deve haver limitação.

A lei não impõe aos membros da união de fato deveres análogos aos que vinculam reciprocamente os cônjuges, conforme o artigo 1672.º do CCP: “Os cônjuges estão

⁵⁵ CITIUS. Inteiro teor disponível em: <https://www.citius.mj.pt/portal/article.aspx?ArticleId=2194> [Consult. em 20-09-2022].

⁵⁶ Lei n.º 23 de 2010 de 30 de Agosto: primeira alteração à lei n. 7 de 2001, de 11 de maio, que adopta medidas de protecção das uniões de facto, terceira alteração ao Decreto-Lei n. 322/90, de 18 de Outubro, que define e regulamenta a protecção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, 53.ª alteração ao Código Civil e 11.ª alteração ao Decreto-Lei n. 142/73, de 31 de Março, que aprova o Estatuto das Pensões de Sobrevivência.

⁵⁷ Art. 1871.º (Presunção) 1. A paternidade presume-se: c) quando, durante o período legal da concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretendo pai;

⁵⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporânea**, 2017, p. 548.

⁵⁹ PITÃO, José António de França – **Uniões de Fato e Economia Comum**, 2011, p. 46.

reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência”.

Os membros da união de fato estão naturalmente vinculados ao dever geral de respeito, que é mais intenso sempre que existe uma relação de intimidade, proximidade ou dependência entre as pessoas; porém o carácter informal da constituição da união de facto não é suficiente para desencadear todas as consequências de um casamento. O casamento, recorde-se, é celebrado solenemente perante um funcionário do registro civil.⁶⁰

Quanto à partilha, após o fim da união de fato (em vida ou por morte), a doutrina faz apelo às normas das sociedades civis (de fato) e traz à baila o enriquecimento sem causa, contudo, a ausência de finalidade lucrativa da comunhão de vida em que se traduz a união de fato opõe-se ao uso desta construção jurídica, já que um dos pressupostos das sociedades civis é a finalidade lucrativa.⁶¹

A ausência de normas específicas, tanto para união estável heteroafetiva, quanto para a união estável homoafetiva, exige grande esforço dos institutos tradicionais de direito civil. No que tange à união de fato protegida, por sua vez, com a morte de um membro dessa união, cabem ao outro os seguintes benefícios: direito a alimentos e às prestações por morte previstas na LUF (Lei que adopta medidas de proteção das uniões de facto – Lei número 7/2001, de 11 de Maio⁶²); direitos sobre a casa de morada da família – o membro sobrevivente goza do direito real de habitação, pelo prazo máximo de 5 anos, e do respectivo recheio; e direito a uma indenização por danos não patrimoniais.

Para ressaltar, a união de facto não é casamento; mas assume algumas das suas características: é necessário que seja uma relação prolongada e estável, que haja uma comunhão de vida exposta, onde a coabitação é notória.⁶³

Como elemento subjetivo, é a vontade livre dos envolvidos na relação, mas não se pode perder de vista que a união de facto em Portugal, é uma relação familiar, sem, contudo, possuir status de casamento, como no direito comparado brasileiro que considera a união estável uma relação familiar e ainda lhe atribuindo status de casamento.

Essa figura jurídica em Portugal produz alguns efeitos jurídicos, como a presunção de paternidade em relação ao concubino, concede a qualquer convivente, por morte do outro, um direito a alimentos sobre a herança do falecido. Quanto às dívidas do casal, a responsabilidade é recíproca, tanto nas relações internas, quanto nas relações com terceiros; ademais, o patrimônio adquirido pelo casal em esforço comum deverá ser partilhado.

⁶⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporânea**, 2017, p. 557.

⁶¹ PINHEIRO, *Op. Cit.*, p. 565.

⁶² DRE. Diário da República Eletrónico. Inteiro teor da LUF (Lei da União de Facto). Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/7-2001-314194> [Consult. em 20-19-2022].

⁶³ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS Martinez de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões**, 2008, p. 20.

Quanto à união de fato homoafetiva em Portugal, o casamento de pessoas do mesmo sexo viria a ser admitido pela lei n. 9 de 2010, de 31 de maio⁶⁴; já a união de fato também poderá ser de duas pessoas diferentes ou do mesmo sexo, nas palavras da lei, “situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos conjuges há mais de dois anos”. Diz o professor Jorge Duarte Pinheiro que essa definição não é a mais apropriada, por reconduzir a união de fato a uma situação de convivência há mais de dois anos, quando o período de tempo em apreço não é elemento caracterizador da união de fato, mas sim da união de fato protegida.⁶⁵

O Direito de família em Portugal apresenta características especiais que o distinguem das restantes normas jurídicas que regulam as relações entre os membros da família: No direito de família predominam as normas de carácter imperativo, isto é, inderrogáveis pela vontade dos particulares. Diferentemente, no direito da obrigações prepondera a autonomia privada e, por conseguinte, a grande maioria das normas têm carácter supletivo ou dispositivo.⁶⁶

Impõe-se reconhecer o enquadramento da relação de Direito das Famílias fundamentalmente no âmbito do direito privado, por se tratar da mais particular de todas as relações que podem ser estabelecidas da ciência jurídica. Exatamente por isso, possuem as relações familiares um carácter acentuadamente privado, destinando-se à tutela do ser, em seus múltiplos interesses morais e materiais.⁶⁷

Diversas decisões do Tribunal Constitucional Português versam sobre a união de facto, decisões dentro do Direito das Obrigações e não dentro do Direito das Famílias, como:

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça “União de facto, Dissolução, Aquisição, Bem imóvel, Compropriedade, Doação, Enriquecimento sem causa - Revista nº 1129/18.4T8PDL.L2.S1 – 2ª Secção (Vieira e Cunha – Relator, Abrantes Geraldes, Tomé Gomes) de 17-06-2021”;⁶⁸
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça “Competência material, Aquisição da nacionalidade, União de facto, Reconhecimento, Tribunal de Família e Menores, Juízo Cível, Admissibilidade de recurso – Revista nº 286/20.4T8VCD.P1.S1 - 2ª

⁶⁴ PORTUGAL. Lei n. 9 de 2010, de 31 de maio: casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1249&tabela=leis&so_miolo. [Consult. 19-10-2021].

⁶⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporânea**, 2017, p. 547.

⁶⁶ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 17.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: famílias**, 2015, p. 15.

⁶⁸ DGSJ. Bases jurídico-documentais. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a804d9340bbd68888025875a003499b1?OpenDocument> [Consult em 19-12-2022].

Secção (João Cura Mariano – Relator, Fernando Baptista, Vieira e Cunha) de 17-06-2021⁶⁹

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça “União de facto, Princípios da ordem pública portuguesa, Analogia, Nacionalidade, Residência habitual – Revista nº 2247/20.4YRLSB.S1 - 2.ª SECÇÃO (Vieira e Cunha – Relator, Abrantes Geraldês, Tomé Gomes) de 23-09-2021”.⁷⁰

No Judiciário brasileiro, têm-se tomado decisões e aplicado os princípios e as normas previstos na Constituição Federal de 1988 em vigor, o que vem quebrando literalmente os dispostos constantes dela, como, por exemplo, a adoção de decisões da união estável heterossexual às uniões estáveis homossexuais, a partir de 2011, com o julgamento da ADI (Ação Direita de Inconstitucionalidade) n. 4277 e da ADPF 132. O Supremo Tribunal Federal atribuiu ao artigo 1.723 interpretação conforme à Constituição e passou a admitir a união estável entre pessoas do mesmo sexo.⁷¹

Diante do clamor social de grupos de interesses na promoção e na proteção dos homossexuais, defensores da proteção especial das novas formas familiares, conforme determina o artigo 226 da Constituição Federal do Brasil⁷², pediam para que essa proteção fosse estendida às uniões homoafetivas, com a argumentação de que tais situações seriam equivalentes às entidades familiares. Tais opiniões eram compartilhadas por alguns juízes que trabalhavam para que uniões homoafetivas alcançassem iguais direitos das situações familiares já postas, e eram decisões tomadas casuisticamente. Os casos individuais eram decididos por magistrados nesse sentido, mesmo à margem da lei, por vezes, contra a lei.

No entanto, em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4277, decidiu, de modo inédito, que se deveria aplicar o artigo 1.723 do Código Civil⁷³, que trata expressamente da união entre homem e mulher, à união entre pessoas do mesmo sexo, dando novo sentido, assim, ao artigo 226, parágrafo 3.º, da

⁶⁹ **Direito em dia.** Texto integral. Disponível em: <https://www.direitoemdia.pt/search/show/f2ba49afff2a0123a4a42bee90ab1c323053fe8eb2c383ce15ffe2b8de98b44c> [Consult em 19-12-2022].

⁷⁰ **DGSI.** Bases jurídico-documentais. Texto integral. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0ad9a653d026b8da8025875a0033f0c4?OpenDocument> [Consult em: 19-12-2022].

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Consult. em 07-10-2021].

⁷³ Art. 1.723 C.C.: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Constituição Federal⁷⁴, o qual servia de suporte ao dispositivo infraconstitucional questionado, de modo a enunciar que, para efeitos de especial proteção do Estado, a união deveria ser exclusivamente entre um homem e uma mulher.

Nesta linha, há o posicionamento de que o “Supremo Tribunal Federal fez-se acrescentar ao Texto Constitucional situação não prevista nem pelo constituinte, nem pelo legislador, transformando o Pretório Excelso em autêntico constituinte derivado, ou seja, acrescentando disposição constitucional que o constituinte originário não produziu”⁷⁵. Em outras palavras, conforme esse posicionamento, não respeitou o quorum constitucional, criou norma inexistente, acrescentando situações e palavras ao texto supremo.

Na Constituição brasileira de 1988, merecem destaque supra o conceito, os requisitos e os efeitos da união estável e seu confronto com o então casamento formal, além da nova forma de concubinato e, posteriormente, a conversão deste em casamento.

Pode-se observar, ainda, que, diante dos requisitos da união estável, o novo Código Civil brasileiro conceituou o concubinato em seu artigo 1.721, como “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”, relações essas as quais não podem constituir união estável.

De acordo com o mencionado anteriormente, as inovações apresentadas produziram um impacto significativo no texto “antiquado” do Código Civil de 1916. Imperava, no Brasil, até a Constituição da República de 1988, o modelo de família patriarcal e da consanguinidade. A Carta Constitucional promulgada em 1988 apresentou uma nova roupagem à família e ao Direito de Familiarista com os artigos 226 e 227, § 6.^o⁷⁶ No artigo 226, a família é taxada como alicerce da sociedade, merece amparo especial do Estado e inovou reconhecendo outras

⁷⁴ **Art. 226:** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 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.

⁷⁵ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; GOZZO, Debora; LIGIERA, Wilson Ricardo – **Direito e Dignidade da Família**, 2012, p. 15.

⁷⁶ **Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1.º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2.º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 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 sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6.º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8.º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

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

formas de famílias reconhecidas pelo Estado em seus parágrafos 3.º e 4.º, como a união estável e a família monoparental. Conforme já dito anteriormente, o artigo 227, § 6.º da CF de 1988 revolucionou o Direito de Família pátrio brasileiro, ao proibir expressamente de haver qualquer tipo de classificação ou discriminação dos filhos, sejam eles havidos ou não na constância do casamento e adotivos ou não.

A família é uma constante em desenvolvimento. Nessa mesma proporção, a sociedade sofre modificações e criam-se novas estruturas no intuito de serem adaptadas às necessidades que surgem, as quais são consequências de novas realidades nos âmbitos social, político e econômico, e o direito deve acompanhar as transformações familiares ao longo do tempo.⁷⁷

Como revela o doutrinador André Gonçalves Fernandes, em Portugal, não está sendo diferente, com muito mais cautela, mas a sociedade já está transformada, os arranjos também vêm prevalecendo, em que pese ele assinalar que “a ideia de matrimônio homossexual é uma mistificação que contradiz a própria essência”⁷⁸. O que nos vem à mente, a partir da leitura dos textos desse autor, é que o efeito das más leis é tal que outras ainda piores são necessárias para sustentar os infortúnios das primeiras.

Quando analisamos “o fato social da família, devemos fazê-lo em uma perspectiva imparcial, que tome por referência não dogmas religiosos, mas, sim, os princípios reguladores da matéria”⁷⁹, neste trabalho o raciocínio desde o início fora de caráter sócio afetivo e eudemonista do conceito de família, seria um indesejável contrassenso, negarmos qualquer reconhecimento de formatações familiares homoafetivas, monoparental, mosaico, anaparental e tantas outras com denominações diferentes mas com o mesmo afeto.

Os julgadores têm o poder de decidir sobre quem vive ou não em união estável, e as partes, ao contrário, têm poucos meios para dizer que não estão abrangidas pelo Direito de Família. “O legislador de 2002 pouco se interessou pelas mudanças sucedidas na sociedade brasileira nas últimas décadas”.⁸⁰ Como discorre o doutrinador brasileiro Rolf Hanssen Madaleno, o legislador “criou embaraços que interferem, infelizmente, na morte do cônjuge ou convivente, tornando o parceiro sobrevivente, muitas vezes, um indesejado herdeiro dos bens particulares do sucedido”.⁸¹

Essa função judicial prestigiada visa à proteção familiar, sem lei que a regule, e, sem qualquer requisito, equipara as relações de união estável heteroafetivas e homoafetivas

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito de Família**, 2021, p. 40.

⁷⁸ FERNANDES, André Gonçalves – **Direito e Dignidade da Família**, 2012, p. 121.

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**, 2023, p. 431.

⁸⁰ MADALENO, Rolf Hanssen – **Sucessão Legítima**, 2020, apresentação.

⁸¹ MADALENO, Rolf Hanssen – **Sucessão Legítima**, 2020, apresentação.

como casamento. Para exemplificar o assunto, uma jovem ou um jovem que morou com o namorado na época de estudante poderá bater às portas do judiciário para ver reconhecida sua união estável, com o mesmo peso do regime matrimonial, inclusive para fins sucessórios.

O afeto ou a afetividade converteram-se no principal alicerce de todos os vínculos familiares. A partir da morte ou da vontade de um de se desfazer desse afeto ou do fim dessa afetividade, torna-se judicializada a relação com inúmeros desdobramentos, como na partilha de bens, na pensão alimentícia, ou, ainda, o companheiro poderá ser herdeiro juntamente aos descendentes e/ou ascendentes, tanto nas relações heteroafetivas, quanto nas relações homoafetivas.

Em outras palavras, o Brasil, ou melhor, o judiciário brasileiro optou por um regime em que a união estável – tanto homoafetiva, quanto heteroafetiva – se finca na jurisprudência como um casamento forçado, como diz nosso professor Rodrigo da Cunha Pereira em suas exposições sobre o tema.⁸²

No ano de 2011, em julgamento das Ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal alargou a expressão de união estável para “uniões entre pessoas do mesmo sexo”:

[...] O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 05/05/2011, consolidou o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva. 2. Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. [...] (STF - RE: 687432 MG, Rel: Min. Luiz Fux, 1a Turma, pub. 02.10.2012).

Em 2017, o STF apreciando o Tema 809 (RE 878694 - MG) da repercussão geral, por maioria, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro e, conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002.⁸³

O que se tem conhecimento é que, somente no Brasil, ocorre toda essa formalidade sem formalidades, e, sem formalidades, as partes não detêm controle preciso sobre suas fronteiras. “A solução brasileira é diversa daquela que se verifica em outros países, em que as uniões de fato funcionam como uma alternativa ao casamento, com regime jurídico mais leve e com maior prestígio à autonomia das partes”.⁸⁴

⁸² PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2023, p.232.

⁸³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2023, p. 161.

⁸⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares de; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia García de (Coord.) – **Tratado da união de fato**: tratado de la unión de hecho, 2021, p. 61.

Um ponto muito delicado, como já exposto: o Brasil não exige as variáveis de tempo e a formalização para se caracterizar a união estável, o que aproxima os efeitos do casamento dentro da união estável e dá uma grande abertura para sempre desaguar no judiciário.

A buscar, do outro lado do Atlântico, o artigo 1576.º do Código Civil Português⁸⁵, este apresenta como relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Essas seriam as fontes de relação de família na órbita civilista; já o artigo 36.º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), “determina que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

“A doutrina dominante entende que não há mais relações jurídicas familiares para além das que se extraem do artigo 1576º do CCP”. O problema é normalmente discutido através da união de facto. E ainda, uma outra parte da doutrina consideram que uma relação jurídica familiar implica deveres familiares ou um estado pessoal.⁸⁶

Da diferença entre a realidade de cada país, cada qual possui regras nacionais para o tema da união estável ou de fato, tanto heteroafetivas, quanto homoafetivas, o que é bastante razoável, pois tanto Portugal Estado unitário, quanto o Brasil Federação prestigiam a ampla circulação de pessoas em seus territórios, e ambos buscam complementação dentro do judiciário, para ampararem famílias que não são fundadas no matrimônio.

Não se pode fazer comparações entre uma sociedade e outra, pois são sociedades totalmente diferentes no tempo e no espaço: o Brasil fora colonizado; a extensão territorial de Portugal é muito diminuta perto da extensão territorial do Brasil, com problemas de ordem continental. São culturas diferentes que impõem comportamentos diferentes também.

Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva.⁸⁷

Dentro do direito comparado, algumas tendências puderam ser observadas entre os ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil.

Em Portugal, a união de fato não exige formalização, razão pela qual dela derivam efeitos jurídicos amenos, se se estender, por analogia, a outras formas familiares; menor ainda são os efeitos jurídicos que atingirão essas tipologias, pois, em Portugal, exige-se monogamia

⁸⁵ **Art. 1576.º CCP:** São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção.

⁸⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte - **O Direito da Família Contemporâneo**, 2017, p. 33.

⁸⁷ **JUSBRASIL.** TJSE. Juiz reconhece união estável homoafetiva. Disponível em: <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2246146/tjse-juiz-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva/amp> [Consult. em 20-09-2022].

somente entre duas pessoas independentemente do sexo que vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos.⁸⁸

A idade mínima para a união de fato em Portugal também é de 18 anos; ademais, deve haver ausência de parentesco entre os conviventes. Também não há presunção de paternidade nessa relação e nem regime de bens, ou seja, a relação patrimonial entre os conviventes é aquela própria do direito das obrigações, vedado o enriquecimento sem causa.

“Há proteção do lar familiar após a dissolução da relação familiar. Não há direito sucessórios *ab intestat*, mas o cônjuge supérstite pode pleitear alimentos do espólio”⁸⁹, conforme preveem a lei n. 9 de 2010, de 31 de maio⁹⁰ e a lei n. 23 de 2010, CCP – CRP.

Os direitos, português e brasileiro definem o que é “família” para fins de regular-lhe os efeitos, em que pese existir uma distinção fundamental: Portugal não equipara as famílias matrimoniais e as uniões de fato, o que, no Brasil, é equiparado, como já exposto; em Portugal, as famílias que não são fundadas no matrimônio possuem sua regulação somente dentro do direito das obrigações e não são amparadas pelo direito sucessório, de modo que são reconhecidas judicialmente.

No Brasil, em 31 de agosto de 2016, o Supremo Tribunal Federal começou a julgar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro e a necessidade de equiparação da união estável ao casamento para os fins sucessórios. O julgamento foi encerrado em 10 de maio de 2017, reunido com outra demanda de debate sobre os direitos sucessórios advindos de união estável homoafetiva.⁹¹ Por maioria, foi firmada a seguinte tese, para os fins de repercussão geral: “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 artigo 1.829 do CC/2002⁹²” (publicada no Informativo n. 864 do STF):

⁸⁸ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS Martinez de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 20.

⁸⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares de; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia García de. **Tratado da União de Fato**: tratado de la unión de hecho, p. 58.

⁹⁰ PORTUGAL. **Lei n. 9/2010 de 31 de maio**: Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: http://bdjur.almedina.net/item.php?field=node_id&value=2096086. [Consult. 19-10-2021].

⁹¹ TARTUCCE, Flávio - Família e Sucessões: STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil. e agora? Migalhas, 31 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/259678/stf-encerra-o-julgamento-sobre-a-inconstitucionalidade-do-art--1-790-do-codigo-civil--e-agora> [Consult. 02-03-2023].

⁹² **Art. 1.829.** A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694) I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. 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. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição. 3. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da 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. (STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, com repercussão geral).

Houve, desse modo, uma pacificação sobre a temática, equiparando os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, ressaltando-se que as uniões estáveis formalizadas não buscam o judiciário, mas as uniões estáveis de fato ainda necessitam da declaração do Estado para que possam os conviventes participar da partilha.

O Direito de Família atual não poderia deixar de refletir e normatizar essa nova realidade de ambas as sociedades, diante de toda a evolução e a relevância das uniões de fato ou das uniões estáveis que, por meio do afeto, determinam diversos comportamentos familiares. A complexidade dos relacionamentos e das circunstâncias deve ser vista e regulamentada legalmente.

Se se pretende garantir o direito das novas famílias, devem existir ferramentas para isso, de sorte a se terem conceitos com os quais se possam lidar, conceitos desenvolvidos para os tipos de famílias, mas não somente um conceito de casamento, mesmo diante das alterações realizadas por meio do STF – Supremo Tribunal Federal – no Brasil, mesmo que isso tenha alterado um artigo do Código Civil Brasileiro. São conceitos elaborados que ficam em testes permanentes, mas que, dadas as mudanças, deverão ser alterados.

A proteção jurídica constitucionalmente assegurada à união estável, associada ao apego excessivo à segurança jurídica que prestigia sobremaneira os negócios jurídicos, parece ser o combustível determinante para a crescente e excessiva tendência de formalização da união estável, movimento incompatível com a sua natureza jurídica e social.⁹³

Como toda entidade familiar, a união de facto/estável tanto em Portugal quanto no Brasil geram efeitos sociais, patrimoniais e pessoais na esfera jurídica dos envolvidos.

⁹³ MENEZES, Joyceane Bezerra de - União Estável. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Clara Harmatiuk – **Direito das famílias: por juristas brasileiras**, 2022, p. 185.

Não iremos discutir a natureza jurídica da união de facto e a estável, uma vez que seria matéria para mais um capítulo, mas deixando a marca que especificamente o casamento seria um negócio jurídico para a maioria da doutrina e a união estável um ato fato jurídico.

Ressalta-se somente que é de suma importância pontuar que, se a união de facto ou estável fosse somente um negócio jurídico, somente a escritura pública lavrada no Cartório de Notas no Brasil e em Portugal na Junta de Freguesia por duas pessoas perante o notário competente, declarando viver em união estável ou união de facto entre si, bastaria para constituir a união estável e fazer produzir todos os efeitos correspondentes, independentemente da efetiva convivência afetiva e existência da entidade familiar; porém isso não ocorre porque não haverá união estável sem a comunhão plena de vida concretamente vivenciada e socialmente estabelecida como uma família.

A união estável marcou grande importância no Direito Português e principalmente no Direito Brasileiro, uma vez que várias teses sobre o tema são desenvolvidas ao longo dos anos, e no Brasil o Supremo Tribunal Federal julgou duas teses fundamentais, que são importantes vetores interpretativos para nortear o conceito, o delineamento e os efeitos do instituto, mas sempre com grandes repercussões jurídicas no dia a dia forense, pois, os judiciários dos dois continentes continuam a decidir o que é e o que não é união de facto ou estável.

E ainda, é importante tecer que, mesmo traçando todas as linhas de levam a união facto/estável, citando todas as leis tanto portuguesas quanto as brasileiras que abarcam a união de facto e a união estável, é certo que muitas dúvidas persistem, mormente porque o instituto é regulado especificamente apenas por cinco artigos do Código Civil Brasileiro, o que continua um instituto discutido casuisticamente, como já narrado.

3 O CASAMENTO EM PORTUGAL E NO BRASIL: DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

Como já abordado desde o início do nosso trabalho, existe a preocupação de se analisarem as questões atinentes à possibilidade de se encontrar uma forma de garantir que as novas tipologias familiares, diversas do casamento, possam alcançar direitos e, ainda, que tenham efeitos no direito sucessório, tanto no direito sucessório português, quanto no direito sucessório brasileiro.

Para que se alcancem objetivos necessários para a continuação desses estudos, faz-se necessário permear os direitos das pessoas casadas, para se chegar ao equilíbrio das outras tipologias familiares, como já abordado anteriormente. O direito, em regra, regulamenta e estuda as relações do par andrógino; é por meio do casamento que se reafirmam as uniões legalizadas ou sacramentais, deixando assim as relações familiares baseadas em outro comportamento sem a devida regulamentação.

“A palavra “matrimónio” deriva etimologicamente de “*mater*” e “*munium*” ou “*munus*”, ou seja, “ofício de mãe”. Acentua, pois, o papel da mãe na procriação e educação da prole”.⁹⁴ De fato, o matrimônio é, até nos dias de hoje, para a Igreja católica, um consórcio pela vida toda, com o pressuposto da indissolubilidade, sem perder de vista a diversidade de sexos e a sua complementação física e psicológica.⁹⁵

O Direito matrimonial canônico tem como fonte principal o título VII do IV livro do Código de Direito Canônico, cânones de 1055 a 1163. No título I do VII livro, parte III, cânones de 1671-1707, está contido no Direito processual.⁹⁶ Para os que seguem o Direito Canônico, o matrimônio não é uma simples comunhão de vida, de facto; é um pacto, e é um contrato juridicamente vinculante.

Para a doutrina que se alinha nessa busca contratual, o casamento é um ato de natureza especial, sem efeito patrimonial direto. A formação do ato que leva ao casamento depende da livre vontade das pessoas, e a escolha do regime de bens, ato jurídico em sentido amplo.⁹⁷

O casamento é um contrato. Essa definição é deveras tão controvertida que não nos caberá tal discussão, acrescentando tratar-se de um contrato de direito de família; porém, como assinala o doutrinador brasileiro Silvio Rodrigues: segundo importante corrente de pensamento que floresceu a partir do começo do século XVIII e que certamente inspirou o

⁹⁴ CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 159-160.

⁹⁵ CAMPOS, *Op. Cit.*, p. 160.

⁹⁶ CAMPOS, *Op. Cit.*, p. 159.

⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson - **Elementos Críticos do Direito de Família**, 1999, p. 112.

legislador francês de 1804, o casamento seria um mero contrato cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes.⁹⁸

Tal concepção representava uma reação à ideia de caráter religioso, que via no matrimônio um sacramento. A doutrina contratual trazia consequências importantes, pois, se o casamento representava um mero contrato, ele necessariamente se poderia dissolver por um distrato; assim, a sua dissolução ficaria na dependência do mútuo consentimento.

Ao analisar o tratamento legislativo conferido ao casamento, não podemos deixar de citar o “quarto livro da Parte Especial com as disposições gerais do matrimônio, como se fosse o modelo paradigma que ocuparia o topo de uma concepção hierarquizada das entidades familiares”.⁹⁹

Em rigor, se a mera ideia de um contrato, semelhante aos demais contratos do direito privado, não é suficiente para explicar a natureza do casamento, pelo menos como a lei o disciplina, o conceito de “instituição”, na forma anteriormente exposta, tampouco basta para explicá-la. Trata-se, sem dúvida, de um ato complexo, em que se une o elemento volitivo ao elemento institucional.

Muito se discute ainda sobre a natureza jurídica do casamento. No direito brasileiro é considerado o ato mais solene.

A natureza jurídica do casamento é dos temas nos quais medram tradicionalmente muitas opiniões doutrinárias. Para o direito Canônico, corrente doutrinária individualista, o casamento é um sacramento e também um contrato natural, decorrente da natureza humana. Os direitos e deveres que dele derivam estão fixados na natureza e não podem ser alterados nem pelas partes nem pela autoridade, sendo perpétuo e indissolúvel.¹⁰⁰

“Uma segunda corrente defende o ato como institucional destacando o conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes”.¹⁰¹

Como tal instituição interessa estreitamente ao Estado, é ela regida por normas cogentes; com efeito, o casamento é disciplinado por regras estritas, iniludíveis por acordo recíproco. Realmente, uma vez efetuado o casamento, dele decorrem direitos necessários, que a vontade das partes não podem afastar.¹⁰²

Ocorrido o enlace, o marido não mais poderá vender bens imóveis próprios ou do casal, sem a concordância de sua mulher, “outorga uxória” no Código Civil brasileiro no artigo 1.647¹⁰³, e no Código Civil Português 1682º-A¹⁰⁴.

⁹⁸ RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil: direito da família**, 1998, p. 17.

⁹⁹ XAVIER, Marília Pedrosa – Casamento Válido. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Clara Harmatiuk – **Direito das famílias: por juristas brasileiras**, 2022, p. 105.

¹⁰⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil: direito de família**, 2015, p. 27/28.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 148.

¹⁰² RODRIGUES, *Op. Cit.* p. 21.

¹⁰³ **Art. 1.647 CC/02:** Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo

As partes não podem ajustar que não se vincularão ao dever de fidelidade ou à obrigação de mútua assistência. Todos os efeitos do casamento manifestam-se automaticamente, impostos pela lei, que visa a preservar na sua estrutura a instituição do casamento.¹⁰⁵

“Uma terceira corrente chamada de eclética vê o casamento como um contrato quando de sua formação e uma instituição no que diz respeito ao seu conteúdo.”¹⁰⁶

É certo e incontroverso que o casamento é uma instituição histórica, trazendo consigo a marca da tradição e de inúmeros fatores que a ele se agregaram com o passar do tempo. É, enfim, uma instituição milenar, conglobando valores culturais, sociais, religiosos, biológicos e jurídicos.¹⁰⁷

Em apertada síntese, o casamento é dado por contrato com aceitação livre dos indivíduos nele dispostos, na condição de sua vontade estabelecendo uma sociedade conjugal, rotulando para o estado civil dos envolvidos, origem as famílias, que são regulamentadas por lei, e em pontos essenciais, normas de ordem pública.

Como examinamos, durante muitos séculos foi considerado ato de natureza religiosa e privativo da Igreja. No mundo ocidental, o papel da Igreja Católica foi fundamental nessa questão. A liberdade de crença e a multiplicidade de cultos prepararam terreno para a secularização do matrimônio. Hoje, embora ainda existam países de religião oficial na qual tem proeminência o conteúdo religioso, entre nós é negócio eminentemente civil¹⁰⁸.

Em Portugal, há uma definição legal no artigo 1577º do CPP, segundo o qual “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos e disposições deste Código”. Atualmente, desde a Lei 9/2010, de 31 de maio, é admissível o casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹⁰⁹

No Brasil, o casamento era indissolúvel, por força do artigo 175, § 1.º, da Constituição Federal de 1967, nos termos da Emenda Constitucional n. 1 de 1969. Dizia essa regra: “Art. 175. “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes públicos”¹¹⁰. § 1.º O casamento é indissolúvel”; portanto, por mandamento constitucional, o vínculo matrimonial não se dissolvia pelo divórcio naquela época.

remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

¹⁰⁴ **Artigo 1682.º-A** - (Alienação ou oneração de imóveis e de estabelecimento comercial) 1. Carece do consentimento de ambos os cônjuges, salvo se entre eles vigorar o regime de separação de bens: a) A alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre imóveis próprios ou comuns; b) A alienação, oneração ou locação de estabelecimento comercial, próprio ou comum. 2. A alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada da família carece sempre do consentimento de ambos os cônjuges.

¹⁰⁵ ACELINO, Pedro Guimarães – **Ações e Recursos: petições direito sucessório**, 1996, p. 69.

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 149.

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: famílias**, 2015, p. 141

¹⁰⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil: direito de família**, 2015, p. 29.

¹⁰⁹ FALCÃO, Marta; SERRA, Miguel Dinis Pestana; TOMÁS, Sérgio Tenreiro – **Direito de Família: da teoria à prática**, 2017, p. 21.

¹¹⁰ **Artigo 175, § 1.º**, da Constituição Federal de 1967, nos termos da Emenda Constitucional n. 1 de 1969.

A resistência às tentativas de estabelecimento do divórcio partiu principalmente da Igreja Católica, que, com pertinácia, combateu as várias tentativas que ameaçaram a indissolubilidade do vínculo; todavia não foi forte o bastante para vencer a derradeira, e o divórcio foi admitido entre os brasileiros pela Emenda Constitucional. n. 9, de 28 de junho de 1977¹¹¹, que alterou o § 1.º do art. 175 da Constituição, então em vigor.

Ainda, analisando a definição dada, verifica-se o emprego da expressão de “**conformidade com a lei**”, restringindo a extensão do substantivo contrato. Com efeito, em virtude da importância do casamento na vida social, o legislador emprestou a esse ato jurídico grande solenidade. Aliás, o casamento é mesmo o negócio jurídico mais solene que se conhece.

Em Portugal, o artigo 1577º do CCP, define o casamento como sendo um contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições do Código Civil Português. “Sendo que o artigo 1506º do CCP de 1867 também qualificava o casamento como um contrato perpétuo feito entre duas pessoas”.¹¹²

O mesmo autor e mestre Jorge Augusto Pais do Amaral ressalta que atendendo à importância pessoal e social do casamento, tem um significado diferente da capacidade negocial exigida para a generalidade dos negócios jurídicos e da capacidade contratual prevista para os contratos em geral.¹¹³

“A capacidade matrimonial, considerando que o casamento se destina à constituição da família, tem de ter em conta os requisitos essenciais à plena comunhão de vida. Existem incapacidades negociais que não obstam à realização do casamento”.¹¹⁴

3.1 Conflito entre a igreja e o estado em matéria matrimonial

É vetusto o conflito entre a Igreja e o Estado em matéria de direito matrimonial, e, por muito tempo, todo o assunto de celebração do casamento e suas nulidades vinha disciplinado pelo Direito Canônico. Em Portugal e no Brasil-Império, o casamento entre católicos foi sempre celebrado por sacerdotes dessa religião. Somente a lei de 1861 é que regulou o casamento dos não católicos.¹¹⁵

¹¹¹ BRASIL. **Emenda Constitucional. n. 9, de 28 de junho de 1977.** Inteiro teor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm [Consult. em 21-09-2022]

¹¹² AMARAL, Jorge Augusto Pais do - **Direito de Família e das Sucessões**, 2018, p. 45.

¹¹³ AMARAL, Jorge Augusto Pais do - **Direito de Família e das Sucessões**, 2018, p. 61.

¹¹⁴ AMARAL, *Op. Cit.*, p. 61.

¹¹⁵ RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil: direito de família**. 1998, p. 21-22.

O Código de Direito Canônico atentou-se ao caráter contratual do matrimônio, considerando-o sacramento, produzido pelo consentimento de pessoas capazes perante o direito. Esse consentimento gera a aliança matrimonial que, por sua vez, faz nascer o vínculo, a comunidade de toda a vida.¹¹⁶

É o teor do cânone 1055, § 1.º :

A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, ordenada, por sua índole natural, ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole foi elevada, entre os batizados à dignidade de sacramento.¹¹⁷

Com a proclamação da República do Brasil, em 1889, deu-se a separação entre a Igreja e o Estado, vindo o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, estabelecer o casamento civil neste país. Mais tarde, a lei n. 379, de 16 de janeiro de 1937, regulamentou o casamento religioso de forma que ele gerasse efeitos civis, uma vez cumpridas formalidades nela estabelecidas. Tal lei foi refundida pela lei n. 1.110, de 23 de maio de 1950 (v. art. 226, § 22, da Constituição de 5 de outubro de 1988).¹¹⁸

O casamento civil é aquele que é celebrado de acordo com as leis civis, perante o oficial do cartório de registro civil. É um contrato *sui generis*, cujos preparativos inicia-se com a habilitação, proclamas e se concretiza com a celebração perante o Juiz de Paz, instituindo-se aí uma família.¹¹⁹

O casamento religioso cuja celebração se faz em cerimônia religiosa, para que tenha efeitos civis, quando único.

Só tem eficácia se levado a efeito com todas as formalidades impostas pela lei n. 1.110 de 1950, das quais a principal é o processo de habilitação, idêntico ao reclamado para o casamento civil. A lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Registros Públicos), trata da habilitação para o casamento nos artigos 67 a 69. A experiência tem demonstrado ser insignificante o número daqueles que recorrem aos mandamentos da lei n. 1.110 de 1950, para se casarem exclusivamente no religioso.¹²⁰

O casamento era visto como uma instituição que guardava sua relevância dentro da sociedade e que proporcionava uma estabilidade social: a procriação mantinha a família unida para o trabalho, e o amor e o afeto não existiam, servia o casamento apenas como núcleo econômico.

Cada cultura está voltada para suas tradições, para seus costumes, principalmente na cerimônia dos esposais, com sua relevância institucional. Em Portugal, o direito canônico valeu também como direito preferencial e como direito subsidiário, aplicando-se inicialmente com primazia sobre o direito nacional e, depois, quando esse faltasse. “As próprias

¹¹⁶ AMARAL, Jorge Augusto Pais do - **Direito de Família e das Sucessões**, 2018, p. 101.

¹¹⁷ VATICAN. Disponível em: https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf. [Consult. em 16-02-2022].

¹¹⁸ RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil: direito de família**. 1998, p. 22.

¹¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2021, p. 113.

¹²⁰ RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil: direito de família**, 1998, p. 22.

Ordenações do Reino mandavam entre nós que o Direito Canónico prevalecesse sobre o Direito Romano quando tratasse de matéria que traga pecado”.¹²¹

Em 1769, por iniciativa do Marquês de Pombal, a por ele chamada “Lei da Boa Razão” proibiu aos Tribunais a aplicação do Direito Canónico; porém, apesar da proibição, continuou sua aplicação, bem como é sabido em outros países de raízes católicas, os quais exerciam sua aplicação dentro do regime jurídico dos casamentos católicos, e a autorização era para que a aplicação fosse exercida somente nas questões respeitantes à organização e ao funcionamento das pessoas jurídicas canónicas. Ainda hoje assim se sucede, por força da concordata celebrada entre Portugal e a Santa Sé: podem os católicos submeter-se voluntariamente ao Direito Canónico, requerendo aos tribunais eclesiásticos a resolução das causas respeitantes ao casamento católico.¹²²

No polo oposto dos sistemas jurídicos religiosos, situam-se os que se caracterizam, ao menos no plano formal, pela independência recíproca entre Direito e religião e que, nesta medida, se podem dizer laicos. Esses são, fundamentalmente, os sistemas jurídicos integrados nas famílias romano-germânicas e de *Common Law*. Em alguns desses sistemas jurídicos, admitem-se, não obstante o princípio da laicidade do Estado, relações de coordenação entre o Direito emanado deste último e o Direito eclesiástico.¹²³

Em Portugal, em Espanha e em Itália, em virtude das Concordatas celebradas entre países e a Santa Sé, por força delas, reconhecem-se efeitos na ordem jurídica interna desses Estados aos casamentos católicos e às sentenças proferidas sobre certas matérias pelos tribunais eclesiásticos.¹²⁴

Atualmente, a Instituição Família continua a ser a cédula fundamental da sociedade, aliás constitucionalmente protegida, artigo 67º da CRP, motivo pelo qual o legislador lhe presta particular atenção. Apesar da tendência de diversificação de modelos familiares que se distanciam velozmente do conceito tradicional de família, o legislador insiste em protegê-la, designadamente ao tentar regular com detalhe aspectos como a constituição ou extinção do vínculo familiar.¹²⁵

Hoje, como somos sabedores, por conta de inegável evolução conceitual, o Direito de Família ampliou o seu âmbito de incidência normativa, para regular não apenas o casamento, mas também todo e qualquer arranjo familiar, tipificado ou não, em seus aspectos pessoais ou patrimoniais, e a pergunta que não deixa de existir, mesmo com toda a evolução do Direito Civil nesta área, seria, afinal, o direito de família, direito público ou privado?¹²⁶

¹²¹ VICENTE, Dário Moura – **Direito Comparado**, 2018, p. 119.

¹²² VICENTE, Dário Moura – **Direito Comparado**, 2018, p. 120.

¹²³ VICENTE, Dário Moura – **Direito Comparado**, 2018, p. 77.

¹²⁴ VICENTE, *Op. Cit.*, p. 77

¹²⁵ FALCÃO, Marta; SERRA, Miguel Dinis Pestana; TOMÁS, Sérgio Tenreiro – **Direito de Família: da teoria à prática**, 2017, p. 15-16.

¹²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**, 2023, p. 24-25.

Retornando um pouco na história, desde a unificação religiosa dos diversos Estados do ocidente europeu, passou a ser reconhecido um único tipo de casamento, o casamento católico, já que se pressupunha que toda a população seguia essa religião.¹²⁷

Desde tempos muito recuados, à medida que a doutrina da Igreja se ia difundindo pelo Império Romano, e principalmente depois da conversão de Constantino, o direito matrimonial passou por importantes transformações. O casamento deixou de ser uma mera união de duas pessoas de sexo diferentes e foi erguido à categoria de instituição divina.¹²⁸

Com o crescimento do protestantismo, quebra-se a unidade de crença, houve que resolver os problemas criados pela miscigenação entre os católicos, protestantes, judeus; foi por essa altura que surgiu o casamento civil. “Surgiu como manifestação da tolerância religiosa”.¹²⁹ Nesse cenário, o Estado chama para si a competência exclusiva em matéria matrimonial, como sucedia na generalidade dos problemas normativos relevantes; assim, apenas a lei civil é competente para a regular.

Nos tempos modernos, o casamento civil foi instituído, pela primeira vez, na Holanda e na Frísia Ocidental em 1580; em 1656, o casamento civil começou a ser celebrado em todos os Estados Federados dos Países Baixos; já em 1653, na Inglaterra, foi o casamento civil tornado obrigatório; na Áustria, em 1783, foi proclamada a competência do direito civil sobre toda a matéria matrimonial.¹³⁰

Essa evolução encontrou-se, de algum modo, o seu ápice com a Constituição de 14 de setembro de 1791, em França, cujo artigo 7.º, Título II, considerava o casamento como um simples contrato civil. Norma que foi transposta para o Código de Napoleão. “Em Portugal, até o Código Civil de 1867, vigorou o sistema do casamento católico obrigatório”.¹³¹

Nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal brasileira, no seu artigo 1.º, III, consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana; e a Constituição da República Portuguesa nos seus artigos 13º, e 26º¹³², também ampara a pessoa e a família.¹³³

¹²⁷ CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 167.

¹²⁸ AMARAL, Jorge Augusto Pais do - **Direito de Família e das Sucessões**, 2018, p. 39.

¹²⁹ CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 168.

¹³⁰ CAMPOS, *Op. Cit.*, p.168.

¹³¹ CAMPOS, *Op. Cit.*, p.168.

¹³² **Art. 13.º** (Princípio da igualdade) 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

Art. 26.º (Outros direitos pessoais) 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

O afastamento do Estado em relação à igreja revolucionou os costumes e especialmente os princípios que regem o direito das famílias, provocando profundas mudanças no próprio conceito de família. Sobreveio o pluralismo das entidades familiares, escapando às normatizações existentes. Mas ainda, o direito das famílias é o campo do direito mais bafejado e influenciado por ideias morais e religiosas, e tendenciando o legislador a preservar os bons costumes e a moral conservadora.¹³⁴

3.2 A instituição casamento em Portugal e no Brasil

A primeira das relações familiares nomeadas pelo artigo 1576.º do Código Civil Português é o casamento. Já o artigo 1577.^{o135} define “casamento como um contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem construir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.¹³⁶

A constituição do vínculo matrimonial faz-se por um contrato que tem de ser celebrado perante entidade com competência funcional para o ato. “A relação matrimonial traduz-se na obrigação de plena comunhão de vida, que se concretiza em deveres recíprocos de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência e, de certa forma, num regime diferenciado em matéria de bens e dívidas, artigos 1672.^{o137} e 1678.^{o138} e seguintes”¹³⁹, todos do Código Civil Português.

No Brasil, dispondo sobre modelo de família, o artigo 233 do Código Civil brasileiro de 1916¹⁴⁰ estabelecia ao marido a chefia da sociedade conjugal, com poderes de

¹³³ DIAS, Maria Berenice. (19 de dezembro de 2006) **As Famílias e seus direitos**. IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/252/As+fam%C3%ADlias+e+seus+direitos#:~:text=A%20nenhuma%20esp%C3%A9cie%20de%20v%C3%ADnculo,%C3%A0%20dignidade%20da%20pessoa%20humana>. [Acesso 22-06-2023]

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 56.

¹³⁵ **Art. 1577.º** Noção de casamento: Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

¹³⁶ **Artigo 1577.º** do CCP. Disponível em: http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=972284

¹³⁷ **Art. 1672.º** Deveres dos cônjuges: Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

¹³⁸ **Art. 1678.º** Administração dos bens do casal: 1- Cada um dos cônjuges tem a administração dos seus bens próprios. 2- Cada um dos cônjuges tem ainda a administração: a) Dos proventos que receba pelo seu trabalho; b) Dos seus direitos de autor; c) Dos bens comuns por ele levados para o casamento ou adquiridos a título gratuito depois do casamento, bem como dos sub-rogados em lugar deles; d) Dos bens que tenham sido doados ou deixados a ambos os cônjuges com exclusão da administração do outro cônjuge, salvo se se tratar de bens doados ou deixados por conta da legítima desse outro cônjuge; e) Dos bens móveis, próprios do outro cônjuge ou comuns, por ele exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho; f) Dos bens próprios do outro cônjuge, se este se encontrar impossibilitado de exercer a administração por se achar em lugar remoto ou não sabido ou por qualquer outro motivo, e desde que não tenha sido conferida procuração bastante para administração desses bens; g) Dos bens próprios do outro cônjuge se este lhe conferir por mandato esse poder. 3- Fora dos casos previstos no número anterior, cada um dos cônjuges tem legitimidade para a prática de actos de administração ordinária relativamente aos bens comuns do casal; os restantes actos de administração só podem ser praticados com o consentimento de ambos os cônjuges.

¹³⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**, 2017, p. 34.

¹⁴⁰ **Art. 233.** O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I - A representação legal da família. II - A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto

representação e fixação do domicílio do casal, assistência aos atos negociais praticados por sua mulher e autorização para que ela viesse a exercer qualquer atividade remunerada.

Somente em 1962, com a vigência da lei n. 4.121 de 1962, o denominado Estatuto da Mulher Casada, é que houve alteração do caput do referido dispositivo que passou a vigorar com a seguinte redação: “Artigo 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”.¹⁴¹

No Brasil do século XIX, conceituava-se o casamento como um ato solene pelo qual duas pessoas de sexos diferentes se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão da vida, que transcende a lógica do contrato por dispor de interesses para além dos interesses meramente patrimoniais, criando a família legítima, reprimindo as paixões, providenciando sobre o futuro da prole e cercando a família, sobre a qual repousa a sociedade civil.¹⁴²

Já no século XX, começam a aparecer as famílias modernas, embora se mantenha a proteção à família burguesa, matrimonializada e com a proteção aos filhos nascidos do casamento ou por ele legitimados. Contudo, a força de outros modelos familiares já se fazia presente, e a manutenção da família burguesa como família padrão não pôde ser considerada como a única possibilidade histórica de construção da família no Brasil no final do século XIX e início do século XX.

Os espaços familiares e as transformações sociais que os influenciam sempre foram objeto de preocupação do Estado, especialmente a partir da lógica dos interesses individuais surgidos no Estado Liberal; entretanto, a liberdade de atuação na família permanecia essencialmente adstrita aos espaços particulares e submetidos à autoridade marital. A despeito desta instituição ser considerada, durante a primeira metade do século XX, como o núcleo social fundamental, fundava-se em um componente ético e de solidariedade familiar. Esse núcleo, fundado no casamento, tinha por fundamento a proteção aos filhos nascidos dessa união e a preservação do patrimônio do casal, ou seja, em tradução livre, o mais importante dentre os efeitos do casamento é, sem dúvidas, garantir aos filhos comuns o status de legítimos.¹⁴³

O projeto familiar, até então contido em um simbolismo mítico do papel do marido de chefe provedor, cabeça do casal, guardião moral da família, vem reivindicando e exercendo

antenupcial. III - O direito de fixar e mudar o domicílio da família. IV - O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal. V - Prover à manutenção da família, guardada a disposição do CCB/1916, art. 277.

¹⁴¹ **Artigo 233º.** do CCP. Disponível em: http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=972284

¹⁴² PEREIRA, Lafayette Rodrigues – **Direitos de Família: história do direito brasileiro**, 2004, p. 29-31.

¹⁴³ ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de – **Prática no Direito de Família**, 2021, p. 16.

novas funções dentro do núcleo familiar, em um comportamento mais participativo em relação à mulher e aos filhos.

Paralelamente à questão da liberação sexual, a emancipação feminina trouxe uma demanda por maior igualdade entre homens e mulheres quanto à livre expressão sexual e à diminuição gradativa da chamada "dupla moral" vigente especialmente até o final do século XX, qual seja, um conjunto de atitudes e preceitos que confere ao homem amplas liberdades, e à mulher, muito pouco dessa mesma liberdade.

Com as alterações das estruturas familiares ocorridas ao longo do último século, houve um enfraquecimento da noção de certeza jurídica estabelecida pelos ideais liberais, acarretando a ausência de respostas às novas formações dos vínculos familiares. A noção de família legítima, nascida do casamento, passa a conviver com a concepção de que a família decorre de um fato, de uma realidade que antecede o direito e que necessita de ser recebida pelo sistema jurídico como uma construção tópica e sistemática de soluções não previstas taxativamente no direito legislado e que instaura novos desafios para sua instituição e aplicação.¹⁴⁴

Instaura-se uma velocidade na transformação da família como instituição. Conviveram no século XX três tipos de família, a tradicional, como unidade de produção conjunta e sujeita à autoridade paterno-marital, a família moderna, nuclear e centrada no individualismo e afeição entre seus membros e a família pluralística ou pós-moderna, marcada pela diversidade de arranjos passíveis de constituição, menos permanente, mais flexível e igualitária.¹⁴⁵

Em uma análise doutrinária e jurisprudencial, tanto no Brasil, quanto em Portugal, as mudanças aconteceram na família nuclear, ocorridas até pela isonomia atribuída à mulher e ao homem, uma igualdade substancial, bem como a igualdade entre os filhos, qualquer que seja a sua origem. Na sociedade, inicia-se um processo de transformação familiar em que pensar as famílias de forma plural pode significar uma construção democrática baseada na tolerância com as diferenças. Com o novo papel permitido à mulher na entidade familiar, também se alterou a função procriacional da família, uma vez que cresce o número de casais que optam por uma relação sem filhos.

O casamento frente a tudo que gira em torno dele, qual seja, esse universo social e ideológico é uma característica que reflete ou deverá refletir na atividade legislativa; a legislação familiar apontada e que vigora no território português durante o período do Estado Novo é muito diferente da que vigorou após a Revolução de 25 de abril de 1974.

Havia uma visão religiosa, na qual não se podia dissolver pelo divórcio o casamento católico que tivesse sido celebrado a partir de 1.º de agosto de 1940 – antigo artigo 1790.º do

¹⁴⁴ FARIAS Cristiano Chave de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: famílias**, 2015, p. 175.

¹⁴⁵ JABLONSKI, Bernardo – **Até que a vida nos separe: a crise do casamento contemporâneo**, 1991, p. 66.

Código Civil Português de 1966¹⁴⁶; ao marido era também atribuída a qualidade de chefe da família; falava-se em filhos ilegítimos, e estes eram menos favorecidos; com a Constituição da República Portuguesa de 1976, o Código Civil foi ajustado de acordo com os princípios Constitucionais.

As transformações sociais ocorridas em ambos os países, em que pesem as diferenças entre os mesmos, encaminharam para a conformação da família instrumental. No Brasil, a partir da Carta Constitucional de 1988, constroi-se uma arquitetura do afeto e sem molduras prévias, dissecando limites e possibilidades da superação da vida, como se o casamento fosse uma ilha, promovendo a transposição do conceito da família matrimonializada para o conceito de entidade familiar, que visa a abarcar sob suas asas a pluralidade de arranjos familiares fundados em uma convivência livre, afetiva e solidária, de sorte a propiciar à sociedade a convivência simultânea com modelos plurais.¹⁴⁷

A permeabilidade das mutações sociais confronta com outros ramos do direito, e o Direito de Família é especialmente influenciado pelas modificações que se refletem nas estruturas sociais e políticas. “A noção de casamento, a admissibilidade ou inadmissibilidade do divórcio, a posição da mulher casada perante o marido, a situação dos filhos constituem matéria cuja solução tem sofrido grandes modificações.”¹⁴⁸

Nesse contexto, a crescente internacionalização do Direito da Família dos países dito ocidentais não conhece fronteiras. Diz o Professor Jorge Duarte Pinheiro que “a tendência para importar soluções provenientes de ordenamentos estrangeiros, associada a uma certa homogeneidade das várias sociedades nacionais, levou já à formação, quase espontânea, de um núcleo ocidental comum de Direito da Família”.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Disponível em: http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=368611

¹⁴⁷ ZAMATARO, Yves Alessandro Russo – **Direito de família em tempos líquidos**, 2021, p. 60.

¹⁴⁸ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 18.

¹⁴⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**, 2017, p. 57.

4 NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

“A Família mantém-se ainda a cédula fundamental da sociedade portuguesa mas, atendendo às novas e permanentes mudanças no contexto sócio-jurídico Português, vários desafios se impõe e variadas interrogações de ordem moral, ética, social e até biológicas são colocadas.”¹⁵⁰

Com essa nova principiologia que rege o direito das famílias, verifica-se a existência de diversas tipologias de constituição de família.

Foi a Constituição Federal brasileira de 1988 que, de forma expressa, previu a diversidade dos tipos familiares que, segundo a melhor interpretação, não são taxativos, ou seja, o artigo 226 descreveu novos modelos, mas o arcabouço da democratização das relações familiares permitiu ao intérprete a inclusão e percepção de outros tipos implícitos.¹⁵¹

A interpretação fora propiciada pela intitulada metodologia civil constitucional que, no amparo da teoria da eficácia imediata das normas constitucionais às relações privadas, promoveu a adoção dos princípios dentre os quais o da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa brasileira, admitindo assim outras tipologias familiares implícitas.¹⁵²

O novo formato de família dedicou maior importância à afeição, afeição esta que é considerada, na atualidade, como de maior valor que os próprios laços sanguíneos, capaz de garantir relações interpessoais mais fortalecidas; assim, prezando um direito das famílias, a sociedade está atenta à ética das relações de afeto e irá caminhar, conseqüentemente, para uma questão patrimonial quando houver sucessão.

O retrato da família não é mais a foto de um casamento, nem em Portugal nem no Brasil. Muitos fatores levaram ao esgarçamento do seu conceito. Passou-se a falar em entidade familiar, mas não exclusivamente em família matrimonializada. O distanciamento entre Estado e igreja, ou seja, a laicização retirou a aura, rasgou o véu do matrimônio. Também o movimento feminista tirou a pureza que existia envolto da virgindade da mulher. “O avançar dos direitos humanos colocou o indivíduo como sujeito de direito, e a dignidade humana tornou-se o valor maior”.¹⁵³

Com todos esses movimentos e os ingredientes que alteraram o comportamento humano, a sociedade mudou de feição, o que provocou grandes mudanças na estrutura

¹⁵⁰ FALCÃO, Marta; SERRA, Miguel Dinis Pestana; TOMÁS, Sérgio Tenreiro – **Direito de Família: da teoria à prática**, 2017, p. 9.

¹⁵¹ BRASILEIRO, Luciana; HOLANDA, Maria Rita de – União Simultâneas. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk – **Direito das Famílias: por juristas brasileiras**, 2022, p. 220.

¹⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil: direito de família**, 2003, p. 28.

¹⁵³ DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**, 2019, p.133.

familiar, alterações nos convívios familiares, surgindo, assim, o **direito das famílias** como forma de acolher todos os conceitos de entidade familiar, todas as tipificações que têm como elemento identificador o comprometimento mútuo decorrente do laço de afetividade.¹⁵⁴

De acordo com Maria Berenice Dias, “não só a família, mas também a filiação foi alvo de profunda transformação, o que levou a repensar as relações paterno-filiais e os valores que as moldam”.¹⁵⁵ As mudanças e as novas conformações sociais familiares não encontram chancela legal, nem no Brasil nem em Portugal, o que faz com que os arranjos familiares busquem o judiciário para a resolução das questões tanto entre vivos, quanto no pós-morte. Maria Berenice Dias traz, no “Manual de Direito de Família”, que o judiciário não consegue chancelar injustiças e, assim, encontrar formas de enlaçar no âmbito jurídico o que o legislador não previu.¹⁵⁶

A história portuguesa da legislação que inclui o divórcio é bem mais adiantada que a do Brasil, como já exposto: começa pouco depois da instauração da República, com a Publicação do decreto de 03 de novembro de 1910¹⁵⁷, que é conhecido como a “lei do divórcio”, a qual já conta com mais de 100 anos, uma das mais liberais do mundo.

Todavia, no início da II Guerra Mundial, é assinada a Concordata de 1940 entre Portugal e a Santa Sé, que proíbe o divórcio para os casamentos católicos que viessem a ser celebrados futuramente, o que representa um grande retrocesso na modalidade de dissolução do casamento.¹⁵⁸

Dos tempos idos até os dias atuais, muitas mudanças ocorreram até chegar ao divórcio direto, consubstanciado, na Constituição da República Portuguesa, no artigo 36, n. 2¹⁵⁹: admite-se a dissolução de qualquer casamento, seja civil ou religioso, por divórcio. Vez que o direito ao divórcio é irrenunciável, decorrendo este da conexão com a liberdade matrimonial e a tutela da personalidade, põe-se fim a um compromisso com alcance amplo no plano pessoal.

Com base na ressignificação da família de ambos os continentes – e por que não se pensar a nível de direito Europeu, vez que há “trabalhos destinados à uniformização e até à unificação do Direito da Família dos Estados Europeus; e dos Regulamentos da União Europeia com incidência familiar” – e, no plano normativo do Brasil, a partir da Constituição da República de 1988, o Direito de Família contemporâneo propõe um redimensionamento das relações familiares, acarretando um nítido movimento social na legitimação de modelos

¹⁵⁴ CASSETTARI, Christiano – **Elementos de Direito civil**, 2018, p. 537.

¹⁵⁵ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 44.

¹⁵⁶ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 12.

¹⁵⁷ PORTUGAL. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-8332-3-novembro-1910-498462-publicacaooriginal-1-pe.html>. [Consult. em 19-10-2021].

¹⁵⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**, 2017, p. 518.

¹⁵⁹ **Art. 36.º** Família, casamento e filiação: 2- A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.

que vão além da família matrimonializada, principal forma de organização familiar, como já pontuado.

Na orientação tradicional – e dentro dos quadros de nossa civilização –, a família constitui a base de toda a estrutura da sociedade. Nela se assentam não só as colunas econômicas, mas também as morais da organização social. O Estado tem total interesse na preservação de sua própria sobrevivência, da sua proteção por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais.¹⁶⁰

Diante da evolução galopante da sociedade, não se formula uma noção de família frente a tantas mudanças. Como aponta o professor Jorge Duarte Pinheiro:

A ausência de uma noção de família num diploma que geralmente não se inibe quando se trata de apresentar definições (exemplo os artigos 1577.^{o161}, 1578.^{o162}, 1584.^{o163}, 1586.^{o164}) talvez possa ser entendida como um sinal da dificuldade do recorte da própria instituição familiar.¹⁶⁵

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 promulga vários princípios, dentre eles o da Dignidade da Pessoa Humana, o que permite a promoção de uma releitura do Direito de Família, que, pelo Código Civil, é engessado e hierarquizado e, ainda, privilegia o homem em detrimento da mulher.

O Direito de Família sempre buscou ajuda em outros campos do conhecimento para ampliar a compreensão dos fenômenos jurídicos, como na história, na sociologia, economia, antropologia, na medicina, na engenharia genética.

“O Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais sofreu e vem sofrendo alterações no último século, em todo o mundo ocidental”¹⁶⁶ com todas essas mudanças o Direito de Família atual não poderia deixar de refletir e normatizar essa nova realidade.

Todo esse movimento que vem acontecendo, desde o declínio do patriarcalismo que, por sua vez, tem suas raízes históricas na Revolução Industrial e na Revolução Francesa, o que está pontuado neste trabalho, marcaram um novo ciclo histórico, nasce assim o Direito Contemporâneo, as novas tipologias familiares, com isso o Direito de Família evolui, e o

¹⁶⁰ DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 43/44.

¹⁶¹ Art. 1577.^o **Noção de casamento**: Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

¹⁶² Art. 1578.^o **Noção de parentesco**: Parentesco é o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum.

¹⁶³ Art. 1584.^o **Noção de afinidade**: Afinidade é o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro.

¹⁶⁴ Art. 1586.^o **Noção de adoção**: Adoção é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973.^o e seguintes.

¹⁶⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**, 2017, p. 13.

¹⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2021 p. 77.

Direito das Sucessões, interligado ao Direito de Família, não evolui, o que reflete em todas as formas familiares.¹⁶⁷

O direito das sucessões, de fato, deveria caminhar ao encontro dessas novas tipologias, não fazendo delas um casamento forçado, mas dando-as proteção jurídica, descrevendo-as, protegendo-as; deveras, não somente no direito sucessório, mas também, se se pensar na sobrevivência, no direito aos alimentos, no direito à habitação, no direito previdenciário. Nesses últimos direitos, as novas formas familiares que existem de fato não encontram respaldo.

A seguir, podem-se verificar alguns exemplos de conceitos de famílias. A visão é de uma visão pluralista da família, pois abriga os mais diversos arranjos familiares. A busca é o “elemento que permita enlaçar, no conceito de entidade familiar, todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação”¹⁶⁸. O direito inevitavelmente deverá enfrentar essas uniões, amparando-as não somente em seus conceitos, mas também inserindo-as no Direito das Famílias, que tem, como elemento estruturante, o sentimento do amor. Isso pode gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos, fundindo assim patrimônios, retirando essas formações do direito obrigacional.

4.1 Família monoparental

Essa definição de família é constituída por uma pessoa, homem ou mulher (de fato, independentemente do sexo) que não possui um companheiro, mas possui, vive com um ou mais filhos. Exemplos de constituição monoparental ocorrem ao fim de um casamento, com a adoção, com a viuvez, com a separação, com o divórcio. A família agasalhada pela Constituição Brasileira (artigo 226, § 4.^{o169}) e pelo direito português, na Constituição da República Portuguesa (artigo 67.^{o170}), reconhece a família como elemento fundamental da

¹⁶⁷ PEREIRA, *Op. Cit.*, p. 77.

¹⁶⁸ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**, 2015, p.41.

¹⁶⁹ **Art. 226:** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁷⁰ **Art. 67.º** Família: 1- A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. 2- Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares; b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade; c) Cooperar com os pais na educação dos filhos; d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes; e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares; g) Definir,

sociedade, afirma que incumbe ao Estado definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado.¹⁷¹

No uso das técnicas de reprodução assistida, não é possível a identificação do doador do material genético¹⁷²; assim, surge uma família monoparental. O planeamento familiar tem previsão constitucional, como declara Maria Berenice Dias. Esse planeamento não está ao alcance somente de casais, já que outras famílias gozam desse instituto.¹⁷³

Como já pontuado, com o avanço dos direitos humanos, o indivíduo tornou-se sujeito de direitos, e a dignidade humana tornou-se o valor maior dentro da sociedade do final do século XX em diante. Com todos estes componentes, a sociedade transmutou, de modo que se tem dela, hoje, uma nova feição, o que provocou eco nas estruturas de convívio, “sendo o elemento identificador o comprometimento mútuo decorrente do laço de afetividade”.¹⁷⁴

Todas as situações reunidas, em ambos os continentes, não encontram previsão legal e assim batem às portas do Judiciário para a solução casuística. O judiciário, de uma forma geral, encontra formas de dar segurança jurídica a essas novas relações familiares que o legislador não previu. Maria Berenice Dias profetiza que não pode simplesmente condenar as novas formas familiares à invisibilidade e negar tutela ao que foge do modelo engessado na legislação. Complementa ainda que tal “postura dispõe de nítido carácter punitivo, pois deixa de reconhecer direitos sob a justificativa de o comportamento escapar do modelo recomendado pela lei”.¹⁷⁵

Para atribuir efeitos jurídicos às relações familiares, o Direito precisa eleger certos elementos fáticos e, assim, definir a família e cumprir sua finalidade de organização da sociedade. Se qualquer fato pudesse representar uma relação familiar, ao puro desejo subjetivo daqueles que o praticam, não haveria uma definição jurídica possível de família e, desse modo, estar-se-ia, na melhor das hipóteses, no plano do direito das obrigações, com todos os méritos que tem essa área do Direito Civil; porém, obviamente, suas fontes não se confundem com as do Direito de Família.¹⁷⁶

ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado; h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.

¹⁷¹ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 454.

¹⁷² A Resolução CFM nº 2.168/2017 permite que pessoas sem problemas reprodutivos diagnosticados possam recorrer a técnicas disponíveis de reprodução assistida, como o congelamento de gametas, embriões e tecidos germinativos.

¹⁷³ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 668.

¹⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 2019, p. 133.

¹⁷⁵ DIAS, Op. Cit., p. 133.

¹⁷⁶ CASSETTARI, Christiano – **Elementos de Direito Civil**, 2015, p. 535.

A família é um agrupamento humano, que se forma sem impedimento de ordem consanguínea, consubstanciado no afeto, dentro do qual os integrantes poderão desenvolver a vida social como famílias monoparentais, ou conjuntamente, como diversos tipos de família, independentemente se o elo entre elas é biológico ou socioafetivo.

O Direito de ambos os continentes define o que é família para fins de regular os efeitos. Em que pese existir uma distinção fundamental, Portugal não equipara as famílias matrimoniais e as uniões de fato, o que, no Brasil, é equiparado, como já exposto; em ambos os países, as famílias que não são fundadas no matrimônio (salvo a exceção anteriormente apontada no caso do Brasil) possuem sua regulação somente dentro do direito das obrigações e não são amparadas pelo direito sucessório, sendo reconhecidas somente judicialmente.

4.2 Família reconstituída

A expressão reconstituída deve traduzir –se aqui no sentido de recomeço. Essas novas famílias que são em número cada vez mais crescente, é o resultado da quebra do princípio da indissolubilidade dos casamentos, instalando-se uma lógica calçada no princípio da liberdade dos sujeitos, um dos pilares e base de sustentação da ciência jurídica. E assim, as pessoas são mais livres para desfazerem seus laços conjugais e constituírem outros.¹⁷⁷

Como se observa, essa nova concepção de família, pela própria constituição, reunião de filhos de casamentos anteriores, que são os meus e os seus, e na nova família virão os nossos, isto é, padrastos, filhos enteados, pais biológicos, socioafetivos, esta nova formação familiar, tem-se denominado família mosaico.

“Observa-se historicamente que poucos agrupamentos sobreviveram a tantas estocadas do tempo e das transformações sociais, religiosas, econômicas, políticas e culturais. A família, contudo, persiste, adapta e se amolda, inventa e se reformula”.¹⁷⁸ Em outras palavras, a família percorre todos os tempos e contextos sociais, em cada qual veste a concepção adequada para atender a interesses relevantes, e, conforme o tempo desgaste sua roupagem, tornando-a imprópria, desajustada, outros modelos vão surgindo. Diz Paulo Lobo que, no Brasil, os dados do IBGE de 2010 apontaram para a existência de 4,5 milhões de

¹⁷⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2021, p. 32.

¹⁷⁸MATOS, Ana Carla Harmatiuk - A Família Recompota: em busca de seu pleno reconhecimento jurídico. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk – **Direito das Famílias: por juristas brasileiras**, 2022, p. 257.

famílias recompostas: metade delas é integrada por filhos comuns e filhos remanescentes de cada pai.¹⁷⁹

Chamada também pelos termos “recomposta”, “pluriparental”, “ensamblada” ou “mosaico”, é a definição de uma família formada por um casamento ou união estável de um casal, em que um deles ou os dois têm filhos de relações anteriores à atual, surgindo assim a chance de uma nova estrutura de família.

Estas denominações, família reconstituída vem criando um embaraço já que não é reconstituída e nem recomposta é sim uma nova família, por esse motivo muitos doutrinadores traz a denominação de família mosaico. A expressão reconstituída deve traduzir um recomeço, recomeçar uma nova família conjugal.¹⁸⁰

Essas novas famílias, que são em número cada vez mais crescente, são o resultado da quebra do princípio da indissolubilidade dos casamentos, instalando-se uma lógica calcada no princípio da liberdade dos sujeitos, um dos pilares e base de sustentação da ciência jurídica. E assim, as pessoas são mais livres para desfazerem seus laços conjugais e constituírem outros.¹⁸¹

A junção de duas famílias monoparentais é que se admite a existência da família mosaico, preza pelo afeto e convivência continua, sendo uma reconstrução da família, fazendo-se valer de que os filhos tenham um ou mais pais e mães, sem, sobretudo, romper o vínculo de paternidade anterior.

As ideias acima abrem a janela do conceito de família e parentesco para além dos grilhões genéticos, identificando-se parentes afins que decorrem de compromissos afetivos (segundo o artigo 1.593 do Código Civil brasileiro e o artigo 1578º do Código Civil português (este somente na consanguinidade), isto é, do vínculo entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro (conforme artigo 1.595 do CCB e 1584º CCP – decorrentes do casamento).

No Brasil, mais uma tese de repercussão geral de número 622 define mais uma forma de família contemporânea. Em sessão plenária de 15 de setembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário 898.060 com origem no Estado de Santa Catarina e ao qual reconheceu Repercussão Geral por versar sobre a prevalência – ou não – do liame genético sobre a relação paterno-filial de socioafetividade.¹⁸²

Com o desfecho, a redação final da tese da Repercussão Geral acima ganhou o seguinte teor: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede

¹⁷⁹ **IBDFAM.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/4903/novosite> [Consult em 15-12-2022].

¹⁸⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2021, p. 29.

¹⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2021, p. 29.

¹⁸² TARTUCE, Flávio. Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos. **Jusbrasil**. Inteiro teor. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos> [Consult. em 19-12-2022].

o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.¹⁸³; assim, antigos participantes de núcleos familiares extintos conferem face nova a outra constituição familiar em cujo núcleo se encontram filhos de relação anterior com um pai ou mãe afetivos, para além dos vínculos biológicos e jurídicos.

“Dado ao caráter peculiar desta formatação familiar mais comum apenas recentemente, polêmicas questões ganham campo. Com efeito, recomposta a família, surgem relações afetivas em seu bojo que merecem proteção e invocam o repensar do Direito de Família”.¹⁸⁴

4.2.1 Filhos pluriparentais

“Pluriparental” ou “multiparental” é todo aquele que estabelece um vínculo parental com mais de duas pessoas (duas paternidades), vínculo este que se dá por meio de concepção geneticamente assistida ou da aquisição de nova união por pais separados, a pluriparentalidade no seio da família mosaico.

É a família que tem múltiplos pais/mães, isto é, mais de um pai e/ou mais de uma mãe. Geralmente, a multiparentalidade se dá em razão de constituições de novos vínculos conjugais, em que padrastos e madrastas assumem e exercem as funções de pais e mães, paralelamente aos pais biológicos e/ou registrais, ou em substituição a eles. A multiparentalidade é comum, também, nas reproduções medicamente assistida, e também pode se dar na adoção.¹⁸⁵

4.2.1.1 Reconhecimento e efeitos jurídicos da pluriparentalidade na família reconstruída

“Tendo alcançado elevada importância no direito das famílias brasileiras, a paternidade socioafetiva fez com que se reconhecesse a validade da família reconstruída e, em consequência, se admitisse a pluriparentalidade”¹⁸⁶. De igual modo, a posse do estado de filho (nome, fama e tratamento), como condição fundamental à socioafetividade, foi responsável por inúmeras modificações, inclusive legislativas, no que concerne à família ensamblada e à multiparentalidade.

¹⁸³ STF. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622> [Consult. em 19-12-2022].

¹⁸⁴ MATOS, Ana Clara Harmatiuk – A Família Recomposta: em busca de seu pleno reconhecimento jurídico. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Clara Harmatiuk – **Direito das famílias**: por juristas brasileiras, 2022, p. 272.

¹⁸⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2021, p. 25.

¹⁸⁶ SOARES NETO, Horígenes Fontes - A família reconstruída e o reconhecimento jurídico da pluriparentalidade. (1º de maio de 2017). Revista Ambito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/a-familia-reconstruida-e-o-reconhecimento-juridico-da-pluriparentalidade/> [acesso: 26-06-2023]

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência já reconheceram variadas consequências jurídicas da pluriparentalidade inserida na família mosaico, de modo a reafirmar o seu reconhecimento pelo Direito das Famílias, em atenção aos princípios da dignidade humana, à proteção integral e melhor interesse da criança, à afetividade e convivência familiar. Exemplifiquem-se algumas das incursões jurídicas no tema:

I) admissão pela lei de registros públicos de inclusão do sobrenome do padrasto no registro do enteado, sem excluir o nome do genitor, atendendo à posse do estado de filho (art. 57, § 8.º, da Lei 11.924/09¹⁸⁷);

II) adoção unilateral pelo companheiro do cônjuge do genitor, com a autorização deste (art. 41, § 1.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸⁸);

III) paternidade alimentar, reconhecendo-se ao padrasto o dever de prestar alimentos, comprovada a existência de vínculo afetivo entre ambos.

De igual modo, pela socioafetividade, é efeito jurídico da multiparentalidade a guarda, conforme apontada por jurisprudência brasileira.¹⁸⁹ Ressalte-se, também, que o direito à herança, embora limitado pelo art. 1.829, do Código Civil brasileiro¹⁹⁰, pode ser considerado efeito jurídico da pluriparentalidade.

“A decorrência da admissibilidade desta tese seria a multi-hereditariedade, na medida em que seria possível reclamar herança de todos os seus pais e de todas as suas mães. Isso

¹⁸⁷ **Art. 57. § 8º** O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.”

¹⁸⁸ **Art. 41. § 1º** Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

¹⁸⁹ PATERNIDADE SOCIOAFETIVA – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – MANTENÇA DA GUARDA COM O CASAL QUE VEM CRIANDO A MENOR – ARTIGOS 6.º E 33 DO ECA – PEDIDO INICIAL PARCIALMENTE PROCEDENTE – ÔNUS SUCUMBENCIAIS MODIFICADOS – RECURSO PROVIDO. Tendo como foco a paternidade socioafetiva, bem como os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do melhor interesse do menor, cabe inquirir qual bem jurídico merece ser protegido em detrimento do outro: o direito do pai biológico que pugna pela guarda da filha, cuja conduta, durante mais de três anos, foi de inércia, ou a integridade psicológica da menor, para quem a retirada do seio de seu lar, dos cuidados de quem ela considera pais, equivaleria à morte dos mesmos. Não se busca legitimar a reprovável conduta daqueles que, mesmo justificados por sentimentos nobres como o amor, perpetram inverdades, nem se quer menosprezar a vontade do pai biológico em ver sob sua guarda criança cujo sangue é composto também do seu. Mas, tendo como prisma a integridade psicológica da menor, não se pode entender como justa e razoável sua retirada de lugar que considera seu lar e com pessoas que considera seus pais, lá criada desde os primeiros dias de vida, como medida protetiva ao direito daquele que, nada obstante tenha emprestado à criança seus dados genéticos, contribuiu decisivamente para a consolidação dos laços afetivos supra-referidos. (TJSC. Apelação Cível n. 2005.042066-1. Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil. Julg. 01/06/2006).

¹⁹⁰ **Art. 1.829.** A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

sem esquecer a possibilidade de pleitear alimentos, acréscimo de sobrenome, vínculos de parentesco [...]”¹⁹¹ Enfim, como demonstrado, é fato que o Direito Brasileiro já reconheceu a multiparentalidade no interior da família reconstruída, não havendo que existir qualquer discussão a respeito de sua impossibilidade, embora inexista, na legislação, previsão expressa da mesma.

No regime português, a multiparentalidade, paralelamente à filiação biológica, e a filiação socioafetiva foram reconhecidos pelo Tribunal da Relação de Lisboa recentemente, o que seria manifesta contradição ao princípio estruturante do direito de filiação português: a verdade biológica neste regime é elemento preponderante, e aceitar a relevância dos laços socioafetivos para o estabelecimento da filiação conduziria a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado português.

Esta decisão fora proferida em procedimento administrativo de reconhecimento da maternidade socioafetiva, emitida por uma entidade brasileira competente para o efeito, com o respetivo ingresso no registo civil, tem sido entendimento uniforme que, embora não sendo uma sentença, essa decisão é passível de revisão e confirmação, desde que tal se revele compatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado português.¹⁹²

Ratifica que a multiparentalidade é reconhecida pelo direito brasileiro inclusive por via extrajudicial, em concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo pressuposto deste reconhecimento a inclusão de um ascendente socioafetivo ao lado de um ascendente biológico preexistente.

O respeito pelo princípio da afetividade. Reconhecida a dupla parentalidade, o filho socioafetivo terá todos os direitos inerentes à filiação, incluindo o direito a alimentos e os direitos sucessórios, dado que a existência de dois pais registais, um socioafetivo e outro biológico, visa a ampliar e não a restringir esses direitos do envolvido nesta relação.¹⁹³

Não reconhecendo o direito português a filiação socioafetiva, nem a multiparentalidade, através da adição de um pai ou mãe aos progenitores que já figuram no registo civil, estes colocariam “em crise o princípio da verdade biológica, pelo que colidem com o princípio fundamental do Estado Português que é o direito à identidade pessoal, sob a

¹⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, 2015, p.599.

¹⁹² PORTUGAL. Acórdão do Tribunal de Lisboa. **Processo 561/21.0YRLSB-7**. Relatora Micaela Sousa. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6fb3f73950a91a8f8025875f0037efdc?OpenDocument> [Consult. em 28-09-2022]

¹⁹³ PORTUGAL. 561/21.0YRLSB-7. Rel. Micaela Sousa. Revisão de sentença estrangeira. Filiação socioafetiva. Multiparentalidade. Termo de reconhecimento. Ordem Pública Internacional do Estado Português. Acórdão: 14 set. 2021. Votação: Unanimidade. Meio processual: Revisão de sentença estrangeira. Decisão: improcedente. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. [Consult. em 22-09-2023].

vertente do conhecimento da genética própria”¹⁹⁴, com reflexo em todo o sistema português de filiação.

Em Portugal, embora a verdade biológica não constitua um princípio absoluto, o mesmo não deixa de ser estruturante de todo o sistema legal português da filiação, de modo que a jurisprudência portuguesa tem sustentado que o superior interesse do filho é o de que a sua filiação, em regra, seja estabelecida em conformidade com a verdade biológica, sendo este um interesse de ordem pública, enquanto elemento catalisador da organização jurídico-social vigente na sociedade portuguesa.¹⁹⁵

“Desta forma, todos os direitos e deveres relativos ao estado de família farão parte da situação jurídica daquele indivíduo; assim, impedimentos matrimoniais, alimentos, direitos sucessórios, entre outros efeitos jurídicos, estarão no seu contexto”.¹⁹⁶

Ressalta ainda, que a lei brasileira admite a possibilidade da adoção pelo companheiro do cônjuge do genitor, que recebe o nome de adoção unilateral, assunto este que também ocuparia boas páginas de discussão.

4.3 Família anaparental

“É a família formada entre irmãos, primos ou pessoas que têm uma relação de parentesco entre si, sem que haja conjugalidade entre elas e sem vínculo de ascendência ou descendência. É uma espécie do gênero família parental”.¹⁹⁷

Por meio do vínculo da afetividade ou da afeição, pessoas agregadas que guardem uma mesma linguagem sanguínea ou não podem compor um núcleo familiar, deixando de lado a noção de que uma família abrange apenas o marido, a esposa e os filhos.

Transcreve-se como uma família anaparental uma adoção póstuma, por exemplo, em que dois irmãos possam agir como família, mesmo sendo de sexos opostos, formado pelo afeto, como o julgado do REsp 1.217.415-RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19 de junho de 2012 (jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – adoção póstuma – família anaparental).¹⁹⁸

¹⁹⁴ PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no processo n. 561/21.0YRLSB-7, de 14 de setembro de 2021 Código de Processo Civil, artigo 980.º alínea f) e 984.º Constituição da República Portuguesa, artigo 26.º n.º 1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6fb3f73950a91a8f8025875f0037efdc?OpenDocument> [Consult. em 18-04-2022].

¹⁹⁵ PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no processo n. 561/21.0YRLSB-7, de 14 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.lexpoint.pt/conteudos/1030/107427/acordaos/acordao-do-tribunal-da-relacao-de-lisboa-de-14092021> [Consult. Em 22-09-2022]

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Catarina; ROCHA, Patrícia Ferreira – Multiparentalidade. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Clara Harmatiuk – **Direito das famílias: por juristas brasileiras**, 2022, p. 398.

¹⁹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direitos das Famílias**, 2021, p. 23.

¹⁹⁸ Adoção Póstuma. Família Anaparental. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam, o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. Ademais, o § 6º do

A importância desse conceito e caracterização, assim como os das demais famílias, está no sentido de proteção jurídica, especialmente para efeitos de caracterização do bem de família e sua impenhorabilidade, conforme decisão apontada.

Na necessidade de se agasalhar esse tipo de família, sem previsão no Código Civil brasileiro, em relação ao direito real de habitação, para os novos arranjos familiares, no caso de família anaparental, por analogia, aplica-se o artigo 1.831 do Código Civil Brasileiro¹⁹⁹, com base na finalidade social da lei.

Esse arranjo familiar tem como elementos identificadores o afeto, o apoio emocional e financeiro, a permanência e o acolhimento e uma convivência de conhecimento público. É importante que não haja conotação sexual, pois, se houver, estaremos diante de outro tipo de família.²⁰⁰

A sucessão da família anaparental deve, como tantas outras, buscar guarida judicial. Outra forma de se garantir uma transmissão sem interferências judiciais seria a confecção de um testamento dentro dos parâmetros legais da legítima, se estiverem presentes os herdeiros necessários; na hipótese de não haver herdeiros necessários, seria possível o testamento dispor de 100%. No Brasil, não há, como há em Portugal, uma legislação específica para esse tipo de família. Em Portugal, é denominada de “pessoas que vivem em economia comum”.

Em Portugal, existe previsão legal a Economia Comum, conforme a lei n. 06 de 2001, em seu art. 2.º, n. 1, que expõe o conceito de uma relação anaparental, conforme pode ser

art. 42 do ECA (incluído pela Lei n. 12.010/2009) abriga a possibilidade de adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante no curso do respectivo procedimento, com a constatação de que ele manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.(...) Consignou-se, ademais, que, na chamada família anaparental – sem a presença de um ascendente –, quando constatados os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2º, do ECA. Esses elementos subjetivos são extraídos da existência de laços afetivos – de quaisquer gêneros –, da congruência de interesses, do compartilhamento de ideias e ideais, da solidariedade psicológica, social e financeira e de outros fatores que, somados, demonstram o animus de viver como família e dão condições para se associar ao grupo assim construído a estabilidade reclamada pelo texto da lei. Dessa forma, os fins colimados pela norma são a existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que pode gerar para o adotando. Nesse tocante, o que informa e define um núcleo familiar estável são os elementos subjetivos, que podem ou não existir, independentemente do estado civil das partes. Sob esse prisma, ressaltou-se que o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve ser ampliado para abarcar a noção plena apreendida nas suas bases sociológicas. Na espécie, embora os adotantes fossem dois irmãos de sexos opostos, o fim expressamente assentado pelo texto legal – colocação do adotando em família estável – foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si como para o infante, e naquele grupo familiar o adotando se deparou com relações de afeto, construiu – nos limites de suas possibilidades – seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, encontrando naqueles que o adotaram a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social de que hoje faz parte. Dessarte, enfatizou-se que, se a lei tem como linha motivadora o princípio do melhor interesse do adotando, nada mais justo que a sua interpretação também se revista desse viés. (REsp 1.217.415-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/6/2012).

¹⁹⁹ **Art. 1.831.** Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

²⁰⁰ MADALENO, Rolf Hanssen – **Sucessão Legítima**, 2020, p. 559.

verificado a seguir: “1 - Entende-se por economia comum a situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de ajuda ou partilha de recursos”.

Em Portugal, os requisitos para a configuração do regime são: número mínimo de 02 (duas) pessoas, independente de sexo, convivendo em regime de ajuda mútua e partilha de recursos, com comunhão de mesa e habitação, por mais de 02 (dois) anos ininterruptos; já no Brasil, no entanto, não se tem previsão legal para tanto, o que dificulta qualquer comparação dentro dos ordenamentos jurídicos.

Conforme a legislação portuguesa, tal conceito faz-se de maneira clara e objetiva, vez que estabelece alguns pressupostos: número mínimo de 02 (duas) pessoas (não possui limite máximo de pessoas); sem restrição de gênero (homem ou mulher), podendo ser este ainda indeterminado; compartilhamento e divisão de despesas e recursos, restringindo assim qualquer interpretação extensiva.²⁰¹

No intuito de se diferenciar essa formação familiar e a união de facto, a Relação de Coimbra, em uma de suas decisões, expôs detalhadamente a diferença entre os institutos em comento, em que a comunhão de cama se faz como diferença entre os institutos em análise, a saber:

I - A união de facto, traduzida como aquela em que as pessoas vivem em condições análogas às dos cônjuges, não pode ter outro sentido que não o de referir-se a duas pessoas que vivem uma com a outra como se fossem casados, apenas com a diferença que o não são.

II – Por conseguinte, para reconhecer a comunhão de vida em união de facto deve considerar-se que ela tem de ser material e sociologicamente igual a do matrimônio, devendo a coabitação entre seus sujeitos compreender os três aspectos em que se desdobra o dever de coabitação naquele: comunhão de leito, de mesa e de habitação.²⁰²

Existe um tipo de família, tratada por Rodrigo da Cunha Pereira, denominada de Família Coparental, a qual os membros se encontram apenas para ter filhos, de forma planejada, para cria-los em sistema de cooperação mútua, sem relacionamento conjugal ou mesmo sexual entre eles.²⁰³

²⁰¹ PITÃO, José António de França – **União de Facto e Economia Comum**, 2011, p. 306.

²⁰² PORTUGAL. Acórdão da Relação de Coimbra, de 26.02.2008, Coletânea de Jurisprudência, 2008, Tomo I, p. 35.

²⁰³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2023, p. 26.

O que se destaca nas famílias atuais, se assim podemos dizer é que o tripé que desde os primórdios sustentou o Direito de Família, que destaca o sexo, casamento e reprodução, se desconfigurou, já que o casamento não é mais legitimador das relações sexuais, e com a evolução da engenharia genética, não é mais necessário sexo para haver reprodução. Com isso o direito começou a distinguir conjugalidade de parentalidade.²⁰⁴

4.4 Família eudemonista

“Como já se pode notar de acordo com o que foi exposto, não é possível assentar um conceito preciso de família, por se tratar de ideia generalizante, sobre a qual podem se assentar diversos signos e significados”.²⁰⁵

De acordo com Maria Berenice Dias: “[...] Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual, vivendo um processo de emancipação de seus membros”.²⁰⁶

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal do Brasil: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.²⁰⁷

Pode-se citar, como exemplo, para este tipo de famílias jovens que deixam a casa dos pais em busca da realização pessoal.

A consideração do sujeito de desejo fez despertar uma nova consciência sob a não obrigatoriedade dos vínculos conjugais. Muitas foram as transformações sociais e tecnológicas que repercutiram na atual concepção de família eudemonista, e todas as mudanças que o direito ainda não alcançou estão associadas ao declínio do patriarcalismo.²⁰⁸

Na perspectiva teórica do Direito de Família contemporâneo, os modelos familiares estão eminentemente fundados no afeto, eixo central dessas relações que decorrem diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundante da nova ordem constitucional. Transcende-se ao espaço privado da família, configurando-a como um ambiente de vivências e valores de inegável significado e reconhecimento social.²⁰⁹

O afeto tornou-se elemento identificador das entidades familiares, sentimento que serve de parâmetro para a caracterização e levando ao surgimento da família denominada eudemonista, tendo a felicidade como núcleo formador do sujeito.

²⁰⁴ PEREIRA, *Op. Cit.*, p. 26.

²⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: famílias**, 2015 p. 57

²⁰⁶ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito de Família**, 2015, p. 143.

²⁰⁷ DIAS, *Op. Cit.*, p. 144.

²⁰⁸ PEREIRA, *Op. Cit.*, p. 76.

²⁰⁹ CARVALHO, Dimas Messias de – **Direito das Famílias**, 2020, p. 70.

A importância desse conceito e caracterização, assim como as demais famílias, está no sentido de proteção jurídica, especialmente para efeitos de caracterização do bem de família e sua impenhorabilidade, já que habitação é um direito fundamental.

4.5 Famílias simultâneas ou paralelas

As famílias simultâneas podem estar presentes em duas ou mais uniões estáveis ou a partir de uma ou mais uniões estáveis, em paralelo a um casamento. Vale ressaltar que a coexistência de casamentos é expressamente vedada em ambos os países (Portugal e Brasil), vez que a conduta é criminalizada como bigamia.²¹⁰

No Código Civil Português, não há previsão legal para a matéria; já o Código Civil Brasileiro prevê, em seu artigo 1.727²¹¹, que, nos casos em que há união estável, ainda que pública, se coexiste com um casamento, ela denominar-se-ia concubinato.

Tanto em Portugal, quanto no Brasil, o concubinato não parece ser considerado família aos olhos dos legisladores, pois ele chama para o debate o princípio da monogamia, o que desregula todo o sistema do direito. É uma discussão que escapa aos estritos limites desse texto, já que essa matéria de bigamia merece um estudo mais aprofundado mais apropriadamente dentro de seu próprio contexto.

“O fato é que as uniões simultâneas, expressão que vem sendo utilizada pela doutrina para se referir a relações de “conjugalidade” que coexistem, desafiam a concepção de monogamia como princípio ordenador das sociedades portuguesas e brasileira”.²¹²

O legislador não permite a atribuição de qualquer efeito jurídico às relações concubinárias, desconsiderando, na sua totalidade, aqueles que escolhem ter relações paralelas com famílias devidamente constituídas, salvo quando as famílias estejam de boa-fé dentro dessa relação, entregando somente alimentos.

A Jurisprudência brasileira tem flexibilizado o princípio da monogamia ao ponderá-lo com outros princípios norteadores do Direito de Família, como o da dignidade e responsabilidade, para atribuir direitos às famílias que se constituem paralelamente e um casamento ou a uma união estável.²¹³

²¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**, 2021, p. 35.

²¹¹ **Art. 1.727.** As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

²¹² BRASILEIRO, Luciana; HOLANDA, Maria Rita de – Uniões Simultâneas. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Clara Harmatiuk (Coord.) – **Direito das famílias: por juristas brasileiras**, 2022, p. 219.

²¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **O que significa união paralela? Conheça os 5 principais argumentos que justificam a necessidade de reconhecimento da União Paralela**. 12 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-significa-uniao-paralela-conheca-os-05-principais-argumentos-que-justificam-a-necessidade-de-reconhecimento-da-uniao->

Conforme se posicionou a jurisprudência pátria no julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – apelação n. 0142066-83.2009.8.19.0001 – RJ: "APELAÇÃO CÍVEL. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Sentença de procedência, com reconhecimento da entidade familiar entre 1985 e janeiro de 2008. Apelo do autor visando à declaração do término do vínculo familiar em outubro de 2006. Conjunto probatório que confere suporte bastante seguro para o reconhecimento da união até janeiro de 2008. Sentença que, todavia, declara comuns os bens onerosamente adquiridos até janeiro de 2009, merecendo reforma neste ponto, a fim de retificar-se o termo final para um ano antes. **MEACÃO SOBRE BENS ADQUIRIDOS DURANTE O CONCUBINATO. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO**". ²¹⁴

E no mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou caso similar, em que o desembargador José Antônio Dalto e Cezar reconheceu o direito da amante (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), AC 0140305.63.2019-8.21.7000-RS, fundamentando da seguinte forma:

Deixando de lado julgamentos morais, certo é que casos como o presente são mais comuns do que pensamos e merecem ser objeto de proteção jurídica, até mesmo porque o preconceito não impede sua ocorrência, muito menos a imposição do 'castigo' da marginalização vai fazê-lo. ²¹⁵

Ainda no mesmo caso, o desembargador Rui Portanova posicionou-se pelo reconhecimento da união, votando da seguinte maneira:

Não vejo como justo que um relacionamento que durou décadas, e que era de todos conhecido, pode simplesmente ser apagado do mundo jurídico [...]. A partir desse ponto de vista, é preciso buscar a interpretação da regra que melhor se aproxima do direito posto sem, contudo, permitir que qualquer das partes obtenha vantagem em detrimento do direito da outra. ²¹⁶

A Constituição Portuguesa consagra a família no seu artigo 36.º; já a Constituição Brasileira, no seu artigo 226, consagra a família e alarga o entendimento, compreendendo também a diversidade, a afetividade e a solidariedade como princípios jurídicos, que reconhecem a multiparentalidade como uma possibilidade, afastando o conceito binário de filiação; ademais, reconhece a filiação socioafetiva como gênero da espécie filiação.

[paralela/#:~:text=Tem%20o%20mesmo%20sentido%20de,ou%20a%20uma%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel. \[Consult. em 22-09-22\]](#)

²¹⁴ Inteiro teor: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/382762132/inteiro-teor-382762136> [Consult: 20-03-2023].

²¹⁵ Inteiro teor: [²¹⁶ **IBDFAM**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. TJRS reconhece união estável paralela ao casamento. Disponível em: \[64\]\(https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7951/TJRS+reconhece+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+paralela+ao+casamento. \[Consult. 17-03-2022\]</p></div><div data-bbox=\)](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1126753884#:~:text=Deixando%20de%20lado%20julgamentos%20morais,da%20marginaliza%C3%A7%C3%A3o%20vai%20faz%C3%AA%2Dlo. [Consult. 03-03-2023]</p></div><div data-bbox=)

Esse posicionamento é preocupante no atual estágio das doutrinas e da evolução do Direito de Família, porque penaliza os participantes dessas relações que têm status familiar assim como as outras. O desafio parece ser grande, embora os fatos sociais indiquem a presença de muitas famílias estabelecidas em núcleos paralelos que não podem ser desconsideradas pelo Estado.

O Supremo Tribunal Federal viu-se instado a se manifestar no tema por duas vezes em forma de repercussão geral, no tema n. 529 de repercussão geral, com entendimentos jurisprudenciais tendencialmente se formando para reconhecer efeitos sucessórios e previdenciários, a partir dos conceitos de triação e da possibilidade de divisão da pensão por morte entre companheiros. A tese firmada é a seguinte:

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil²¹⁷, 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 (*Leading case* RE 1045273, órgão de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe).²¹⁸

A ideia geral que se extrai dos votos vencedores desse tema é que o casamento seria uma relação hierarquicamente superior e que haveria insegurança jurídica diante do reconhecimento de famílias simultâneas, para além, é óbvio, da afirmação da monogamia como regra do sistema jurídico brasileiro; de outro lado, a facilidade de se descobrir a verdade genética, com significativo grau de certeza, desencadeou, como já dito anteriormente, verdadeira “corrida na busca da verdade real, atropelando a verdade jurídica, definida muitas vezes por meras presunções legais. À justiça coube a tarefa de definir o vínculo paterno-filial quando a estrutura familiar não reflete o vínculo de consanguinidade”.²¹⁹

Mas a realidade é que o novo formato de família dedicou maior importância à afeição, de modo a ser considerada, na atualidade, como de maior valor do que os próprios laços sanguíneos, capaz de garantir relações interpessoais mais fortalecidas, sempre prezando o melhor interesse do menor quando envolvido na situação e conseqüentemente melhor satisfazendo a questão patrimonial, quando houver sucessão.

Valoriza-se a família como um locus de exercício de solidariedade e de reciprocidade, que se refletem na construção da afetividade, valor que constitui, no campo jurídico, como a

²¹⁷ Art. 1.723. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

²¹⁸ STF. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%201045273%20&sort=score&sortBy=desc [Consult. em 18-03-2022].

²¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva e seus direitos**. Disponível em: <https://berenicedias.com.br/a-familia-homoafetiva-e-seus-direitos/> [Consult. Em 26-06-2023]

essência das relações familiares. O afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar.

O Brasil adota o princípio da monogamia na constituição da família, entretanto, as consequências jurídicas nas famílias paralelas vêm provocando debates na doutrina, com repercussões na jurisprudência, sobre a possibilidade de reconhecimento da união não agasalhada pelo direito, denominada concubinato impuro.²²⁰

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 226²²¹, um rol taxativo de novas famílias, o reconhecimento de um novo rol de entidades familiares para além da previsão expressa do texto constitucional, que transformou, de forma cabal, a percepção do que deve ser considerado como família no direito brasileiro do novo milênio.

“Chegam aos Tribunais como demandas de direito de família as questões referentes às pessoas de mesmo sexo, transpondo os limites impostos anteriormente, que situavam tais pretensões no âmbito das Varas Cíveis e adstritas aos seus aspectos patrimoniais e obrigacionais”.²²²

Há também que se considerar a naturalização e o reconhecimento judicial das relações de casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo. Afastando-se a expressão “perversão” como classificadora das práticas homossexuais, instalou-se um processo real e abrangente de reconhecimento dessas relações como parte do Direito de Família.²²³

Nos Tribunais Superiores, em 10 de agosto de 2010, foi publicada decisão proferida pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 27 de abril do mesmo ano, que teve como relator o Ministro Luiz Felipe Salomão, reconhecendo a possibilidade de adoção de dois irmãos biológicos pela companheira de sua mãe. Fundado no princípio do melhor interesse do menor, o ministro relator reconheceu a inexistência de prejuízo de qualquer natureza às crianças, ao contrário, sendo instrumento para o seu pleno desenvolvimento.²²⁴

Visto que criadas com amor – quanto mais se verificou cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos –, se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas compete

²²⁰ DIAS, Maria Berenice - **Direito das Famílias**, 2015, p. 137.

²²¹ **Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

²²² PIMENTEL, Fernanda Pontes – **O casamento e a família contemporânea: tradição ou fetiche? Publica Direito**, p. 17. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f718f9badf83a6aa> [Consult. 22-09-2022].

²²³ PIMENTEL, *Op. Cit.*, p. 17.

²²⁴ TJCE. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará. Disponível em: https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/07/Rev_Juris_TJCE_VOL_51_2014.pdf. [Consult. em 18-03-2022]

solidariamente, pois, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, à sucessão, ao convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e à inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária.²²⁵

Em Portugal, “a união de fato e a convivência em economia comum não são, pelo menos por enquanto, relações jurídicas familiares, elas se constituem e se extinguem livremente, sem que se imponha uma intervenção estatal”²²⁶. A convivência em economia comum refere-se à situação de duas ou mais pessoas “que vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecidos uma vivência em comum de entreajuda ou partilha de recursos”.²²⁷

O doutrinador Jorge Duarte Pinheiro ainda complementa que o Código de Registro Civil e o Tribunal podem determinar a constituição e a extinção dessas relações, que, na verdade, são tidas como relações parafamiliares. As relações parafamiliares dependem de uma similitude mínima com as relações familiares nominadas.

Seja como for e não obstante ser consensual a ideia de que a realidade familiar varia em função do tempo e do espaço, neste contexto, não se concebe negar tutela jurídica sob a singela desculpa da falta de norma legal, deixando assim desamparadas pessoas que se estruturaram durante uma vida. Inconcebível, na falta de um dos ali envolvidos na relação familiar, por não ter previsão legal, se negar a tutela jurídica sob a justificativa de o comportamento escapar do modelo recomendado pela lei.

A operação de interpretação e aplicação do Direito demanda concretização de valores que estes devem estar presentes no ordenamento jurídico, exigindo sempre a definição do objeto, o que se imagina, para as novas tipologias familiares, os caminhos pelos quais o Brasil seguirá e, do mesmo modo, Portugal, no outro lado do Atlântico.

Essas novas tipologias familiares, independentemente do enquadramento topológico, de impossível esgotamento, o que se tem de concreto é que, no âmbito do Direito de Família, afeto e afetividade passaram a constituir o principal elo de formação da família brasileira e, quiçá, das famílias europeias.

Desde que a família passou a ser espaço de afeto, do companheirismo, e as pessoas passaram a se casar por amor, múltiplas formas de conjugalidade estabelecem pautas para o Direito das Famílias contemporâneo, como as famílias democrática, patriarcal, conjugal,

²²⁵ Informativo nº 432 - Período: 26 a 30 de abril de 2010. REsp 889.852-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/4/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=889852&op> [Consult. em: 26-06-2023]

²²⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**, 2017, p. 44.

²²⁷ Art. 2º da Lei nº 6/2011, de 11 de maio.

parental, unipessoal, extensa, ectogenética, mútuas, nuclear, binuclear, natural, informal, avuncular, fissional, multiespécie, que desafiam a equalização da liberdade e solidariedade, pluralidade e efetiva proteção a todos que, no seio das famílias, se encontram em situação de vulnerabilidade.

É preciso adequar a Justiça à realidade de ambos os continentes e olhar para o passado não do Direito de Família centrado no matrimônio. Hoje, o Estado continua a determinar como as pessoas devem constituir família, e, mesmo com as evoluções até o momento trazidas o Direito das Famílias, desagua-se no judiciário, e quem decide então se vivem ou não em união estável, hétero ou homoafetiva, é o judiciário. Para que esses novos formatos familiares tenham amparo dentro do próprio direito de família, dentro do direito previdenciário, dentro do direito sucessório, deverá trazer para dentro do Direito de Família a ampliação da compreensão de conceitos jurídicos que permeiam todas essas relações familiares.

4.6 Famílias multiparentais

Após a aceitação no direito brasileiro da multiparentalidade, surge um questionamento quase de forma automática, qual seja: nos casos de multiparentalidade, haverá a possibilidade de uma pessoa herdar mais de uma vez de pais e mães diferentes, como efeito jurídico no âmbito sucessório? Um filho poderá herdar de dois pais? Um filho poderá herdar de duas mães e de um pai ou de dois pais e de uma mãe reconhecidos e registrados, poderia herdar três vezes?

A legislação brasileira não trata diretamente deste tema, tampouco a legislação portuguesa. Como visto, apesar da legislação brasileira não enfrentar o tema, cumpre notar que não há no ordenamento jurídico norma que inviabilize o recebimento de múltiplas heranças. Trata-se de uma análise superficial, pois o tema merece acompanhamento para o futuro desenrolar, cabendo aqui apenas uma retificação no trabalho.

O direito constitucional à herança é cláusula pétrea, artigo 5º, XXX, da CFB, e decorre diretamente da filiação, não sendo diferente no caso de filiação múltipla, haja vista ser um “efeito natural e consequente de quaisquer dos ascendentes a favor do descendente de primeiro grau”.²²⁸

²²⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, COELHO, Luiz Cláudio Guimarães – **Multiparentalidade e herança: alguns apontamentos** – **Revista IBDFAM**, famílias e sucessões, Belo Horizonte, n. 19, p. 11-24, janeiro/fevereiro 2017.

Outro vetor que orienta a resposta aos questionamentos apresentados é o consagrado princípio constitucional da igualdade da filiação, estampado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, parágrafo 6º, e repisado no artigo 1.596 do Código Civil brasileiro. Esse comando é expresso em afirmar que todos os filhos são iguais, vedadas quaisquer discriminações relativas à filiação.²²⁹

A partir dessas premissas constitucionais, parece que também a filiação na situação multiparental deve receber estas duas chancelas, ou seja, tanto pelo princípio da igualdade, quanto pelo direito de herança. A questão assentou-se no recente Enunciado 632, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, o qual preconiza: “art. 1.596: Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”.²³⁰

A justificativa é no sentido de aclarar que o filho terá direito à herança perante todos os ascendentes reconhecidos, isso porque, independentemente da forma de reconhecimento dos filhos, estes possuem os mesmos direitos, inclusive sucessórios. Em que pese o Código Civil brasileiro tenha tomado como referência a família nuclear, como já explorado neste trabalho, para disciplinar a transmissão patrimonial *causa mortis*, com o advento da multiparentalidade, a discussão passa a envolver os novos parâmetros a serem observados quanto à legitimidade sucessória e à delimitação dos quinhões hereditários.

4.7 Posicionamento quanto às tipologias familiares

Reconhecida constitucionalmente, a união estável, como entidade familiar no Brasil, teve uma mudança de paradigma, o que não foi recepcionado pela Justiça. Continuaram as demandas relacionados ao tema tramitando no Poder Judiciário, como já exposto anteriormente, mesmo com a lei n. 8.971 de 1994, que exigia o prazo de convivência de cinco anos ou a existência de filhos para o reconhecimento de alimentos e de direitos sucessórios. A lei n. 9.278 de 1996 veio eliminando o prazo de convivência e admitiu, como estáveis, as relações entre pessoas separadas de fato; ademais, reconheceu o direito real de habitação e, ainda, presumiu que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência eram frutos do esforço comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para a partilha.²³¹

²²⁹ CALDERÓN, Ricardo; FRANCO, Karina Barbosa – Multiparentalidade e Direitos Sucessórios: efeitos, possibilidades, Limites. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.) – **Direito das Sucessões: problemas e tendências**, 2021, p. 91.

²³⁰ **CJF.** Conselho da Justiça Federal. VIII Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf> [Consult. em 09-01-22].

²³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil: direito de família**, 2003, p. 57-59.

Mesmo com todas as normativas, o legislador socorre-se do casamento como parâmetro para conceder efeitos jurídicos à união estável. Limitou-se conforme reza o artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro.²³²

Não se pode duvidar de que haja quase uma simetria entre casamento e união estável; enfatiza-se, aqui, a palavra “quase”: por um lado, o legislador normatiza no sentido de que a união estável se transforme em um casamento forçado, mas, de um outro lado, quando a lei trata diferentemente o casamento e a união estável, por uma simples divergência quanto ao termo inicial de constituição, deve-se tê-la como inexistente e ineficaz, de modo que onde a lei trate de cônjuge se deva incluir o companheiro, tanto nas relações heteroafetivas, quanto nas relação homoafetivas, para que, assim, siga a linha sucessória.

Não há paradigma para o Código Civil Português, como anteriormente já explorado.

Há várias tipologias familiares criadas dia a dia no afeto e no respeito, que merecem um olhar legislativo: famílias que nascem da consolidação do vínculo de convivência, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas, da mistura de patrimônio que se tornam comuns.

Os Códigos Civis, tanto o brasileiro, quanto o português, não trazem um conceito de família. No Brasil, como já explorado, indicam-se os requisitos para o reconhecimento da união estável; porém, o que está exposto tanto na Constituição, quanto nas leis infraconstitucionais sobre as várias formas de uniões extramatrimoniais tem como referência a união matrimonializada.²³³

No desenvolver do trabalho, até o momento, há sempre um paradoxo entre casamento, união estável, união de fato, e, enfim, outras tipologias de família. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, adverte-se que: “Com isso, aos poucos, vai deixando de ser uma união livre, e fazendo um trocadilho, uniões livres, para se tornar [*sic*] uniões amarradas às regras impostas pelo Estado, e praticamente acabar com a liberdade de escolha que é a essência, ou seja, não estar preso às regras do casamento”.²³⁴

Deve-se analisar cada tipo de família, para assim se fazer ciência do direito de família, e boa ciência do direito. Não é possível saber como fazer direito para essas famílias, que se socorrem do judiciário cada vez que um participante desse núcleo falece, pois envolve várias

²³² **Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

²³³ VENOSA *Op. Cit.*, p. 57.

²³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direitos das Famílias**, 2021, p. 112.

matérias do direito, tais como: direito de família, direito previdenciário, direito sucessório, direitos fundamentais, como a moradia.

Os conceitos servem para delimitar direitos. Um exemplo brasileiro para o entendimento de um pensamento: quem viveu a geração dos anos de 1980 ou de 1990 conviveu com uma sigla que trazia um conceito, a sigla GLS – gays, lésbicas e simpatizantes. Essa expressão definia, conceituava, no Brasil, espaços, produtos, serviços e locais destinados ao público homossexual; se há um conceito, é difícilimo se desapegar dele – essa sigla que definia um lado mais colorido da vida não ficava somente na heterossexualidade; tratava-se, de fato, de um rol bem aberto, até porque nem se sabia o que eram simpatizantes, mas era um rol aberto para a época; hoje, esse conceito não serve mais. Com o passar do tempo, essa sigla, que significava um conceito de liberdade, revelou-se insignificante, castrador; a sigla hoje é **LGBTQQICAPF2K+**, que significa: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis, Queer, Questionando, Intersexo, Curioso, Assexuais, Pan e Polisssexuais, Aliados, *Two-spirit e Kink* e outros, o que é o “mais” emblemático. Hodiernamente, o panorama é muito mais complexo, de modo que, para não se ter uma mente perturbada com a evolução, há de se ampliarem nossos conceitos, para se compreender melhor a realidade. Deveria haver conceitos elaborados pela doutrina, para que, depois, se chegasse à teoria do processo para que se produzissem normas para tais. Deveria existir uma teoria geral para as novas formas familiares, a partir de conceitos doutrinários produzidos pelos pensamentos jurídicos, para, posteriormente, se proporem normas.

Neste caminhar, as lutas por direitos e pela inclusão no universo do jurídico foram essenciais. Seja com atuações no Legislativo ou no Judiciário; seja por necessidades profundamente práticas e cotidianas ou por uma demanda mais ampla de se ver incluído no conceito de cidadania e sujeito de direitos o movimento LGBTI+, juntamente com diversos juristas defensoras e defensores da igualdade e da diferença transformaram institutos clássicos do direito.²³⁵

Não é porque os direitos de Brasil e Portugal são distintos que não se podem ter conceitos de famílias que servem a ambos. Não se faz boa ciência jurídica, se não há ferramentas para isso. O conceito de família em ambos os continentes não funciona mais e precisa ser revisto. Deve-se fazer boa ciência do direito de família com novos conceitos de famílias, bons conceitos que definem famílias baseadas em afetos, e, assim, será possível caminhar para os efeitos sucessórios.

O desassossego eventualmente gerado pelas repercussões das novas formas familiares e que conseqüentemente desaguam na sucessão poderá até trazer algumas incertezas, mas, por

²³⁵ SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos; LIMA, Francielli Elisabet Nogueira – Famílias LGBTI+1. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Clara Harmatiuk – **Direito das famílias: por juristas brasileiras**, 2022, p. 234.

outro lado, demonstra claramente a vivacidade do direito de família contemporâneo, que apresenta em franco desenvolvimento.

5 DA SUCESSÃO

5.1 Breve descrição histórica da evolução do instituto das sucessões

Desde tempos longínquos na história da humanidade, o instituto das sucessões constituiu motivo de preocupação dos povos. Segundo Cunha Gonçalves, o instituto das sucessões já se encontrava regulado no Código de Hamurabi, rei da Babilônia, assim como no direito dos Hindus, dos Egípcios; porém, a maioria dos povos antigos só conhecia a sucessão legítima.²³⁶

Os Romanos, desde antes da Lei das XII Tábuas, conheciam a sucessão testamentária; essa sucessão prevalecia sobre a legítima, a qual só era admitida na ausência absoluta de testamento.²³⁷ Sob outro aspecto, o moderno direito das sucessões foi o produto de um embate prolongado entre o direito romano e o antigo direito germânico, com certa influência do direito canônico, como visto até o momento, no desenvolver desse trabalho.²³⁸

Efetivamente, caracterizou-se o direito romano pelo absoluto respeito à liberdade de testar, compreensiva de todo o patrimônio do testador. Essa liberdade constituía a mais enérgica expressão do individualismo romano: os romanos tinham verdadeiro horror pela morte sem testamento, como já abordamos. Para eles, nenhuma desgraça superava a de falecer *ab intestato*; maldição alguma era mais forte do que a de augurar a um inimigo o morrer sem testamento. Finar-se *ab intestato* redundava em uma espécie de vergonha.²³⁹

O velho direito germânico desconhecia, porém, a sucessão testamentária. Nele predominava a concepção de que os herdeiros são feitos por Deus. Só os herdeiros pelo vínculo de sangue são verdadeiros e únicos herdeiros. Tal ideia ainda permanece bem viva no camponês alemão, para quem (os bens correm como o sangue).²⁴⁰ A influência do direito canônico manifestou-se por meio do instituto da representação (substituição do herdeiro-defunto pelos respectivos sucessores), como se verá na ocasião oportuna. Vista no seu conjunto, a história do direito das sucessões, entre os diferentes povos, vem a ser, quase exatamente, a história de sua organização social e de suas instituições políticas.²⁴¹

Voltando um pouco na história, “a Lei Sálca, que apenas contemplava os varões na distribuição da propriedade imobiliária, constituía típico exemplo da exclusão das herdeiras mulheres. Assim também a Lei Vocônia, inspirada por Catão no intento de colocar um freio à dissipação e à independência das mulheres, vigorou no direito romano (160 a.C.), de modo a

²³⁶ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 265.

²³⁷ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 265.

²³⁸ AMARAL, *Op. Cit.* p. 265

²³⁹ MONTEIRO, *Op. Cit.* p. 4.

²⁴⁰ MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**, 2022, p. 5.

²⁴¹ MONTEIRO, *Op. Cit.*, p. 5

privá-las de capacidade testamentária passiva; porém, essa lei, que contrariava a equidade e a própria natureza, logo foi revogada”.²⁴²

Modernamente, a desigualdade dos sexos em matéria sucessória subsiste apenas na Escócia, na Sérvia e no direito islâmico. Neste último, o herdeiro varão continua a receber porção correspondente a duas mulheres.²⁴³

Mesmo entre os homens havia injustos privilégios hereditários, como o decorrente do direito de primogenitura. Esse princípio, de origem mui remota, como se depreende do episódio de Esaú e Jacó, encontrou no direito feudal a mais forte expressão impregnada do desejo de conservar a propriedade em mãos de um só ramo familiar. De acordo com o mesmo, recolhia o primogênito a totalidade da herança, permanecendo na opulência, enquanto os demais filhos jaziam na pobreza, subordinados, assim, social e economicamente, à autoridade do irmão mais velho, que herdara toda a fortuna.²⁴⁴

“Tais prerrogativas não mais prevalecem nas legislações contemporâneas. O direito de primogenitura só tem aplicação, presentemente, na Escócia, em contraste com outros costumes de certas regiões da Inglaterra. De modo geral, os privilégios resultantes da varonia e da primogenitura pertencem ao passado, definitivamente expungidos do direito civil”.²⁴⁵

O primitivo direito sucessório apresentava ainda outras características expressivas; por exemplo, o antigo direito francês estabelecia regimes diversos para a transmissão hereditária de fundos nobres e plebeus. Cada região possuía um direito hereditário próprio, só se obtendo uniformização com o Código Napoleão. Na Inglaterra, por seu turno, antes de 1925, deparavam-se igualmente mais de cem ordens diversas de sucessão, distinguiram-se duas modalidades sucessórias, a real e a pessoal. Além disso, imbuído do propósito de fortalecer a autoridade paterna, contemplava o antigo direito sucessório numerosas causas de deserção, algumas despidas de qualquer relevância.²⁴⁶

“Tudo isso se acha fundamentalmente inovado, ao influxo de novas ideias, mais generosas e justas. O direito moderno procura igualar e uniformizar a transmissão hereditária. Desapareceram, assim, paulatinamente, as restrições feudais e os privilégios sucessórios”.²⁴⁷

O direito das sucessões converte-se em um, em cada país. Aqui, neste trabalho, trata-se somente de Portugal e Brasil, com pinceladas leves de outras formas sucessórias estranhas as essas.

“O regime jurídico português da sucessão tem como trave-mestre uma classificação a que alude o artigo 2026º CCP, situado no primeiro título do livro do Direito das Sucessões”.²⁴⁸ As causas de deserção, fundadas exclusivamente em razões graves tornam-

²⁴² MONTEIRO, *Op. Cit.* p. 2.

²⁴³ MONTEIRO, *Op. Cit.* p. 7.

²⁴⁴ MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**, 1998, p. 2-3.

²⁴⁵ MONTEIRO, *Op. Cit.*, p. 3.

²⁴⁶ MONTEIRO, *Op. Cit.*, p. 3.

²⁴⁷ MONTEIRO, *Op. Cit.*, p. 3.

²⁴⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito das Sucessões Contemporâneo**, 2013, p. 38.

se taxativas, conforme o artigo 2166.º do Código Civil Português²⁴⁹ e os artigos 1691 a 1695 do Código Civil Brasileiro.²⁵⁰

“O Código Napoleão começou, no entanto, a restringir o círculo dos sucessíveis, fixando-o n.º 12.º grau (art. 755). O Código Italiano de 1865 baixou-o para o 10.º grau (art. 742). Os Códigos posteriormente promulgados delimitaram-no ainda mais, havendo alguns, como os da Romênia, Bélgica e Países Escandinavos, que o situaram no 4.º grau, para não se mencionar a Rússia, que só admite à sucessão parente até o 3.º grau.”²⁵¹

“O direito à legítima foi estabelecido em tempos do Imperador Trajano”, imperador Romano, que governou entre os anos 98 a 117 d.C.: sua dinastia não estava baseada em relações de parentescos; com isso, sua reação foi contra o abuso de testadores que deserjavam parentes próximos, muitas vezes em proveito de mentirosos.²⁵²

A quota legitimaria, ao princípio não era determinada; os juízes é que a fixavam. Mais tarde foi fixada na quarta parte da herança; porém, para Justiniano, imperador Romano, sob outro aspecto, o moderno direito das sucessões foi o produto de um embate prolongado entre o direito romano e o antigo direito germânico, com certa influência do direito canônico, conforme anteriormente mencionado. Vista no seu conjunto, a história do direito das sucessões, entre os diferentes povos, vem a ser, quase exatamente, a história de sua organização social e de suas instituições políticas.²⁵³

No que tange às controvérsias sobre o direito das sucessões, esse direito tornou-se alvo preferido de numerosas impugnações. A herança converteu-se em um dos institutos jurídicos mais discutidos, tendo sofrido persistentes ataques dos jusnaturalistas e escritores da escola de Montesquieu e Rousseau, bem como dos socialistas, na atualidade. Dizem aqueles que a

²⁴⁹ **Artigo 2166.º** - (Deserção) 1. O autor da sucessão pode em testamento, com expressa declaração da causa, deserdar o herdeiro legítimo, privando-o da legítima, quando se verifique alguma das seguintes ocorrências: a) Ter sido o sucessível condenado por algum crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou de algum descendente, ascendente, adoptante ou adoptado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão; b) Ter sido o sucessível condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas; c) Ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos. 2. O deserdado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais.

²⁵⁰ **Art. 1.961 C.C.:** Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão. **Art. 1.962 C.C.:** Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserção dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserção dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

²⁵¹ MONTEIRO, *Op. Cit.* p. 3.

²⁵² AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 265.

²⁵³ AMARAL, *Op. Cit.* p. 266.

sucessão, como a propriedade, constitui pura criação do direito positivo, e que este pode consequentemente eliminar, logo que isso interessa às conveniências sociais.²⁵⁴

Em Portugal, a sucessão legítima, durante séculos, fora regulada pela Novela 118 de Justiniano, e o Império Romano foi detentor de diversas normas sancionadas em períodos distintos. Justiniano houve por bem organizar as sucessões *ab intestado* e determinou sua organização em três graus, a saber: ascendentes, descendentes e colaterais, silenciando assim quanto ao cônjuge, por motivos de que a mulher não testava e nem era contada para qualquer formação familiar; o que, no entanto, fora totalmente reproduzido pelo Código Visigótico.²⁵⁵

O Código Civil Brasileiro de 1916, por sua vez, no artigo 1.612²⁵⁶, restringiu para o 6.º grau a ordem de vocação hereditária, mas, atualmente, por força do estatuído no Decreto-lei n. 9.461 de 15 de julho de 1946²⁵⁷, isso não vai além do 4.º grau, na linha colateral ou transversal.

5.2 Considerações introdutórias e conceituais

Nessa seção, serão discutidos, quanto ao direito das sucessões, os seguintes temas: as acepções da palavra “sucessão”; as controvérsias sobre o direito das sucessões e os fundamentos desse direito.

Sobre o conceito de sucessão, destaca Washington de Barros Monteiro:

Num sentido amplo, a palavra “sucessão” significa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra pessoa, investindo-se, a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam. Nesse sentido, diz-se, por exemplo, que o comprador sucede ao vendedor no que concerne à propriedade da coisa vendida. De forma idêntica, ao cedente sucede o cessionário, e o mesmo acontece em todos os modos derivados de se adquirir o domínio ou o direito.²⁵⁸

No direito das sucessões, entretanto, emprega-se o vocábulo em um sentido mais restrito, para designar tão somente a transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, seja em virtude de testamento. A sucessão, no questionado ramo do direito civil, tem, pois, como pressuposto, do ponto de vista subjetivo, a morte do autor da herança. Antes desse

²⁵⁴ MONTEIRO, *Op. Cit.* p. 6.

²⁵⁵ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 266.

²⁵⁶ **Artigo 1.612**, CC/1916: Se não houver cônjuge sobrevivente, ou êle incorrer na incapacidade do Artigo 1.611 serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau..

²⁵⁷ BRASIL. Decreto-lei n. 9.461, de 15 de julho de 1946. Dá nova redação ao art. 1.612 do Código Civil. Presidência da República, Eurico G. Dustra, Rio de Janeiro, 15 de julho de 1946.

Art. 1º, O art. 1.612 do Código Civil passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1.612 Se não houver cônjuge sobrevivente, ou êle incorrer na incapacidade do artigo 1.611 serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”. Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação e se aplica aos casos de sucessão aberta desde que os bens do espólio não tenham sido incorporados ao patrimônio da União, dos Estados ou do Distrito Federal em virtude de decisão judicial transitada em julgado. Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

²⁵⁸ MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**, 1998, p. 1.

evento, o titular da relação jurídica é o de cujus (abreviação da expressão de cujus hereditatis agitur).²⁵⁹

A palavra “sucessão” designa também, do ponto de vista objetivo, a própria universalidade, o próprio acervo transmitido pelo finado; por outro lado, frequentemente, emprega-se, ainda, como sinônimo, tanto em uma, quanto em outra acepção, o vocábulo herança.²⁶⁰

Embora o direito sucessório tenha o próprio significado na ideia da morte – e somente a partir desse fenômeno emergem as grandes questões a serem elucidadas –, não será nas sombras do perecimento que se haverá de buscar seu fundamento.²⁶¹

O direito sucessório é a parte do direito civil que regula os efeitos patrimoniais do fim da personalidade, principalmente no que respeita à transmissão patrimonial aos herdeiros e legatários. No que tange a esse direito, algumas indagações podem ser suscitadas: por que herdamos? Qual o fundamento dessa notável mutação patrimonial que favorece alguns e desfavorece outros, sem o concurso do trabalho ou do esforço?

“A sucessão, que é regulada pelo direito das sucessões, sucessão por morte ou *mortis causa*, tem origem no facto “morte”; aqui a morte é a causa, o fato determinante, ou principal, da aquisição de situações jurídicas”.²⁶²

Sem entrar na controvérsia de quando começa a vida, o certo é que ninguém quer que ela acabe com a morte. O desejo de transcender para além da existência corpórea encontra respostas nas religiões cada qual com seu posicionamento: “A ideia de perenidade da vida está muito ligada à questão sucessória, que se afirma como complemento natural à perpetuação da família”.²⁶³

Nas sociedades organizadas em bases capitalistas, como em Portugal e no Brasil, o direito sucessório surge com o reconhecimento natural da propriedade privada. A disciplina de sucessão “*mortis causa*” é um problema jurídico que se estende desde os primórdios dos tempos. O direito sucessório não contemplou diretamente o domínio individual, e muito menos se consideravam os vínculos familiares como são apresentados hoje. Inicialmente, os pequenos agrupamentos eram tribais e praticavam um direito coletivo sobre os bens, mas não existiam donos dos bens; esses bens, quando do falecimento de um membro, sempre voltava para a coletividade.²⁶⁴

O direito sucessório tem origem remota. Desde que o homem deixou de ser nômade e começou a amealhar patrimônio, os bens que antes eram comuns passaram a pertencer a quem deles se apropriou. Quando a sociedade se estruturou em famílias,

²⁵⁹ MONTEIRO, Op. Cit., p. 1-2.

²⁶⁰ MONTEIRO, Op. Cit., p. 1-2.

²⁶¹ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares – **Novo Direito Sucessório Brasileiro**, 2009, p. 41.

²⁶² MODESTO, Ivânia Cristina Camin Chagas – **Direito Civil Avançado Direito das Sucessões – Sucessão legítima – Portugal x Brasil**, 2020, p. 5.

²⁶³ DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**, 2019, p. 43.

²⁶⁴ MADALENO, Rolf Hanssen – **Sucessão legítima**, 2020, p. 12.

surgiu a propriedade privada, cada núcleo familiar com seus bens e sua religião. Por muitos séculos, os direitos patrimoniais não se partilhavam, pertenciam àquela sociedade familiar.²⁶⁵

Em Roma e na Grécia antiga, a religião, a família e a propriedade estavam intimamente alinhadas, atadas por um vínculo que, aparentemente, as tornava indissociáveis uma da outra. De tão visceral a ligação, podia-se imaginar que aqueles institutos não tivessem autonomia, mas integrassem um instituto único, maior e fundamental. Segundo Fustel de Coulanges: “a ideia de propriedade privada já estava encerrada na própria religião. Cada família possuía seu fogo doméstico e seus ancestrais. Tais deuses podiam somente ser venerados por ela, só a ela protegiam – eles eram sua propriedade”.²⁶⁶

Por ser o direito de propriedade uma derivação do culto doméstico, sua transmissão aos herdeiros significava a própria e indeclinável continuação da religião. O culto deveria sobreviver ao indivíduo e, com ele, a propriedade, que jamais deixaria o seio da família. Aquele que sucedia ao *pater familias* recebia o encargo de dar prosseguimento ao culto. Nesse sentido, o direito de herdar era, fundamentalmente, uma imposição religiosa.²⁶⁷

A reflexão filosófica sobre a sucessão tem ocupado também pensadores desde a Grécia clássica. Pode-se começar pelos jusnaturalistas.²⁶⁸

Grotius entendia que todas as coisas eram, originariamente, comuns a todos os homens.²⁶⁹ Considerava que havia algo de natural nos desenvolvimentos que conduziam à instituição da propriedade privada, do direito humano básico e inerente de usar o mundo material, não havendo necessidade de qualquer tipo de acordo; seria apenas necessário o trabalho, qualquer que ele fosse. Mais tarde, por meio de uma convenção, constitui-se o direito de propriedade. É do direito de propriedade que resulta o direito de testar, fundando-se a sucessão legítima (“*ab intestat*”) na vontade implícita do “*de cuius*”.²⁷⁰

Samuel Pufendorf rejeitou esta análise: o filósofo definiu o fundamento da teoria jusnaturalista, ao defender a tese segundo a qual, independentemente das leis civis e anterior à sua convenção humana, existem a ordem moral e a regra de justiça universal (as leis da natureza), que indicam ao homem os seus deveres e o proíbem de fazer o mal; e, ainda, analisou que o homem tem a capacidade e o dever de criar as condições propícias para um

²⁶⁵ DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**, 2019, p. 46.

²⁶⁶ COULANGES, Fustel de – **A cidade antiga, estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**, 2009, p. 12.

²⁶⁷ COULANGES, Fustel de – **A cidade antiga, estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**, 2009, p. 65.

²⁶⁸ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS Martinez de – **Lições de Direito das Sucessões**, 2018, p. 12.

²⁶⁹ CAMPOS, *Op. Cit.*, p. 12.

²⁷⁰ CAMPOS, *Op. Cit.*, p. 12.

bom relacionamento com os outros indivíduos da mesma espécie²⁷¹; no que diz respeito à sucessão, diz que o testamento não poderia resultar do direito de propriedade, pois aquele produz efeitos para depois da morte, e a propriedade extingue-se com a morte.²⁷²

Leibniz conclui que, uma vez que a alma é não só imortal, mas também imperecível, ela “guarda vestígios em sua substância de tudo que lhe acontece”. A partir da escolha de Deus de um Adão entre todos os possíveis, Ele escolheu toda sua hereditariedade; assim, a história humana e cada substância individual já estavam conhecidas, invocando a imortalidade da alma: depois da morte persistiria a vontade do defunto que teria, no herdeiro, um mandatário.²⁷³

Rousseau fazia ver, para fundar (com forte acento prático) a sucessão “*mortis causa*”, que os herdeiros teriam contribuído para a formação do património familiar e que seria necessário evitar desordens provocadas pelas mudanças contínuas no estado e nas fortunas dos cidadãos.²⁷⁴ Tem sido com base em considerações semelhantes que o fenómeno sucessório tem sido fundamentado até hoje.

5.3 Da sucessão legítima ou legitimária portuguesa

Em Portugal, continua a ser muito pertinente a análise efectuada por Pamplona Corte-Real nas décadas de oitenta e noventa, na qual ele disserta que o Direito das Sucessões “por um lado tem vegetado à sobra de pressupostos historicistas algo desencontrado e por outro vem caindo na consagração de soluções tantas vezes formais e afastadas da realidade vivida que deveria enquadrar”.²⁷⁵

O regime jurídico português da sucessão tem como base o artigo 2026º CCP²⁷⁶, a classificação, permite identificar quatro espécies de sucessão, sendo a sucessão legítima, a sucessão legitimária, a sucessão testamentária e a sucessão contratual.

Nos termos dos artigos 2132º e 2133º do CCP, a sucessão legítima, opera na ausência de vontade válida e eficaz do *de cuius*, conforme determina o artigo 2131º do CCP, a qual falaremos oportunamente em capítulo próprio.²⁷⁷

²⁷¹SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva – Teorias da Lei Natural: Pufendorf e Rousseau. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 30, n. 2, p. 219-234, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732007000200014&lng=en&nrm=iso. [Consult. em 14-01-2020].

²⁷²CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Martinez de – **Lições de Direito das Sucessões**, 2018, p. 12.

²⁷³CAMPOS, *Op. Cit.*, p. 12.

²⁷⁴CAMPOS, *Op. Cit.*, p. 12.

²⁷⁵PINHEIRO Jorge Duarte - **O Direito das Sucessões Contemporâneo**, 2013, p. 41.

²⁷⁶Artigo 2026.º - (Títulos de vocação sucessória): A sucessão é deferida por lei, testamento ou contrato.

Nos termos do artigo 2157º do CCP, a sucessão legitimaria reserva uma porção de bens de que o *de cuius* não pode dispor, conforme determina o artigo 2156º do CCP, ao cônjuge e aos parentes em linha recta do falecido.

A sucessão testamentária tem como fonte o testamento, negócio jurídico unilateral.²⁷⁸

A sucessão por morte divide-se em duas grandes modalidades: a legal e a voluntária. A sucessão legal é a que decorre da lei; a sucessão voluntária é a que se baseia em um negócio jurídico.

A sucessão legal pode ser legítima e legitimária; e a sucessão voluntária será testamentária ou contratual.

A sucessão contratual tem como base um contrato, a qual não será desenvolvida neste trabalho, já que se tratará aqui das sucessões legitimárias, as quais decorrem da lei, que determinam a transmissão de uma quota da herança do *de cuius* para certos parentes próximos.²⁷⁹

A família é a referência para a devolução da herança, desde os primórdios como já exposto, como nos dias de hoje. A sucessão legal determina que uma parte importante dos bens, que poderá chegar a dois terços, pertence, “legitimamente”, a certos parentes mais próximos, como cônjuges, ascendentes e descendentes.²⁸⁰

O montante da quota indisponível varia em razão da qualidade e da quantidade dos sucessíveis.

É de um terço quando os legitimários chamados sejam apenas ascendentes do 2.º grau e seguintes, artigo 2161º, número 2, do CCP. É de metade quando ao autor da sucessão sobreviva só pai e mãe, unicamente um deles, um descendente ou somente o cônjuge, artigos 2158º, 2159º, número 2, e 2161º, número 2. Será de dois terços nas demais hipóteses, sendo a existência de vários filhos, artigo 2159º, número 2, concurso de cônjuge com parentes na linha recta, artigo 2159º, número 1, e 2161º, número 1.²⁸¹

As liberalidades *inter vivos* possuem uma ordem, que se divide em três categorias: uma primeira categoria são as doações as quais são realizadas em vida isoladamente em favor de sucessíveis legitimários, que se sujeitam à colação; uma segunda categoria são as doações também isoladas e não sujeitas à colação; e uma terceira categoria são as doações integradas em uma partilha em vida.²⁸²

Ressalta-se que a partilha em vida no Brasil, no pacto sucessório, também conhecido como pacta corvina, refere-se a medida expressamente proibida, consubstanciada no artigo

²⁷⁷ PINHEIRO Jorge Duarte - **O Direito das Sucessões Contemporâneo**, 2017, p. 39.

²⁷⁸ CAMPOS, Diogo Leite – **Direito Da Família e das Sucessões**, 2018, p. 464.

²⁷⁹ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito das Sucessões**, 2008, p. 28.

²⁸⁰ CAMPOS, *Op. Cit.*, p. 28.

²⁸¹ PINHEIRO, Jorge Duarte - **O Direito das Sucessões Contemporâneo**, 2013, p. 323.

²⁸² PINHEIRO, Jorge Duarte - **O Direito das Sucessões Contemporâneo**, 2013, p. 47.

426 do CCB: trata-se de figura jurídica nominada como o acordo que tem por objeto a herança de pessoa viva. A partilha em vida em Portugal é uma doação verdadeira e própria, sujeita às regras da doação, revogável por ingratidão.²⁸³

“A sucessão legítima teve um tratamento importante nas Ordenações portuguesas, desde as Ordenações Afonsinas (D. Afonso III), passando pelas Manuelinas (D. Manuel I), até as Filipinas (Felipe I). Começou com um sistema de quota fixa”.²⁸⁴

No âmbito das sucessões testamentárias e legítimas, os sucessores possuem uma expectativa de fato, ou seja, de virem a receber a herança. A herança traduz uma importante limitação dos poderes de disposição por parte do respectivo titular. O direito atribuído aos donatários (doação) ou testamentários (testamento) estará sempre sujeito a ser revogado ou limitado quanto ao seu objeto, já que tudo dependerá de saber se, no momento da morte do *de cuius*, o valor dos bens doados ou deixados afeta ou não a quota destinada aos herdeiros legítimos.²⁸⁵

Ressalta-se que o artigo 242.º, número 2, do CCP²⁸⁶ atribui aos herdeiros legítimos a faculdade de arguirm a nulidade dos negócios simulados celebrados pelo autor da herança, com o intuito de os prejudicarem. Trata-se, deveras, de figura jurídica que não se irá adentrar, pois seria necessário um capítulo especial sobre os defeitos dos negócios jurídicos, tanto em Portugal, quanto no Brasil.

Já se tratou, nesta pesquisa, do conceito de sucessão “*mortis causa*”, e continuar-se-á a tratar dele nas linhas subsequentes, já que Portugal possui um complexo cálculo da legítima (ou quota indisponível) dos sucessíveis legítimos.

A sucessão legítima abre-se quando não há testamento, ou o testador só dispôs de parte dos seus bens; mas também, quando o testamento não é válido, ou não é eficaz porque foi revogado ou caducou, fundamento do artigo 2131.º, do CCP.²⁸⁷

A sucessão testamentária e a sucessão legítima cumprem bem a função de garantir aos herdeiros mais próximos do de cujus uma parte da herança que sirva para dar continuidade do património no âmbito familiar, de modo a não se precisar de uma imposição legal que obrigatoriamente destine uma parte da herança para determinados herdeiros, denominados herdeiros legítimos.²⁸⁸

²⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito Civil: sucessões**, 2000, p. 99.

²⁸⁴ PROENÇA, José João Gonçalves de – **Direito da Sucessão**, 2009, p. 113-114.

²⁸⁵ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito das Sucessões**, 2018, p. 54.

²⁸⁶ Artigo 242.º (legitimidade para arguir a simulação) 2. A nulidade pode também ser invocada pelos herdeiros legítimos que pretendam agir em vida do autor da sucessão contra os negócios por ele simuladamente feitos com o intuito de os prejudicar.

²⁸⁷ Artigo 2131.º - (Abertura da sucessão legítima): Se o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor para depois da morte, são chamados à sucessão desses bens os seus herdeiros legítimos.

²⁸⁸ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 374.

O artigo 2156.º do Código Civil Português descreve a legítima sob duas perspectivas: a do autor da sucessão e a dos herdeiros legitimários. Para o autor da sucessão, a legítima é a porção de bens de que não pode dispor; para os herdeiros legitimários, a legítima é a porção de bens que lhes é legalmente destinada. Coincidem, assim, as noções de legítima (para os herdeiros legitimários) e de quota indisponível (para o autor da sucessão).²⁸⁹

A legítima é variável: “oscila entre $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$ e $\frac{2}{3}$ da herança. Não basta pois que alguém tenha sucessíveis legitimários para que logo saiba qual será a sua legítima. Esta só se fixa à abertura da sucessão, com a determinação dos sucessíveis prioritários”.²⁹⁰

Conforme leitura do artigo 2162.º, do CCP, “para o cálculo da legítima deve atender-se ao valor dos bens existentes no património do autor da sucessão à data da sua morte, ao valor dos bens doados, as despesas sujeitas à colação e às dívidas da herança”.²⁹¹ O cálculo da legítima é uma realidade complexa, o que, de uma forma mais simplificada, se passa a expor.

²⁹²

Para se calcular a legítima segundo aquele preceito, deve-se ter em conta: 1) valor dos bens existentes no momento da morte do *de cujus*; 2) valor dos bens doados; 3) valor das despesas sujeitas à colação; 4) as dívidas da herança. Corrigindo esse preceito, a ordem do cálculo da legítima ficará a seguinte: 1) em primeiro lugar, deve-se atender o valor dos bens existentes; 2) em segundo lugar, do valor dos bens existentes se subtraem as dívidas da herança, dívidas que o autor tinha antes de falecer e não pagou juntamente às dívidas da administração da herança; 3) em terceiro lugar, somam-se as doações; 4) por fim, mas não menos importante, calculam-se as despesas.²⁹³

Se existirem dívidas da herança, “manda a lei que se proceda ao cômputo das dívidas da herança, pois que, devendo essas dívidas ser suportadas pela massa hereditária, só com o seu cálculo se pode saber qual o valor do património de que o “de cujus” podia efetivamente dispor (quota disponível) e que a “porção de bens” (a legítima) de que não podia dispor”.²⁹⁴

O artigo 2162.º do Código Civil Português, fixa a massa de cálculo da legítima, e como já referido, a legítima é uma certa quota da herança. Para se atender a este cálculo da legítima, tem-se em conta o valor dos bens existentes no património do autor da sucessão à data da sua morte, ao valor dos bens doados, às despesas sujeitas à colação e às dívidas da

²⁸⁹ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS Mónica Martinez de – **Lições de Direito das Sucessões**, 2018, p. 156.

²⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito Civil Sucessões**, p.353.

²⁹¹ Disponível em: <http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=id&value=973009#:~:text=Entende%2Dse%20por%20leg%C3%AADtima%20a,legalmente%20destinada%20aos%20herdeiros%20legitim%C3%A1rios>. [Consult 03-03-2023]

²⁹² CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS Mónica Martinez de – **Lições de Direito das Sucessões**, 2018, p. 44.

²⁹³ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito das Sucessões Contemporâneo**, 2013, p. 319-320.

²⁹⁴ PROENÇA, José João Gonçalves de – **Direito das Sucessões**, 2009, p. 124.

herança. Deve-se primeiramente, para seguir no cálculo, determinar os herdeiros legítimos, e se houve alguma liberalidade realizada por conta da legítima.²⁹⁵

“O art. 2134.º, do CCP, consagra o princípio da preferência de classes, o que significa que os herdeiros de cada uma das classes de sucessíveis preferem aos das classes imediatamente”.²⁹⁶

Segue-se o princípio da preferência de grau de parentesco dentro de cada classe, já que só são chamados os sucessíveis da classe imediata, se os da anterior não quiserem ou não puderem aceitar, conforme a tratativa do artigo 2135.º, do CCP²⁹⁷. Como exemplo, na primeira classe, existindo vários (filhos) descendentes do *de cujus*, estes preferem em relação aos netos. Já na segunda classe, existindo (pais) ascendentes do falecido, estes preferem em relação aos avós, e assim por diante.

A última regra da sucessão legítima é a divisão por cabeça consagrada no artigo 2136.º, do CCP. Conforme regulamenta esse preceito “os parentes de cada classe sucedem por cabeça ou em partes iguais (salvo exceções previstas neste código)”.²⁹⁸

A primeira classe de sucessíveis é formada pelo cônjuge sobrevivente e pelos descendentes. O cônjuge é considerado herdeiro do *de cujus* e é chamado à herança, se o casamento subsistir, sem mutabilidade algum como (divórcio, separação judicial de pessoas e bens e invalidade do ato de casamento), à data da morte do autor da herança.

Somente depois de efetuadas todas estas operações é que se poderá efetivamente calcular o valor do acervo hereditário, formado pelos bens sobranes não comprometidos para pagamento das dívidas, assim como pelos bens doados em vida, igualmente não atingidos por aquelas dívidas, e ainda pelas despesas sujeitas à colação. É sobre esse valor total que será então calculada a porção legítima de um terço, metade, dois terços, de que o “de cujus” não poderá dispor por ser reservada por lei aos herdeiros legítimos e aquela de que ele poderia dispor porque abrangida pela sua capacidade de disposição, ou seja, quota disponível.²⁹⁹

Como claramente resulta do exposto, os sucessores legítimos, chamados à sucessão da quota disponível do “de cujus”, na falta de disposição deste em contrário, não são convocados conjuntamente. A lei estabelece algumas regras a esse propósito que importa respeitar designadamente.

- a) Os sucessíveis são agrupados em 5 classes, tal como dispõe o artigo 21339. Do Código Civil Português;
- b) Os herdeiros de cada classe preferem aos das classes imediatas;
- c) Dentro de cada classe, os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado;
- d) Os parentes de cada classe sucedem por cabeça ou em partes iguais, com algumas exceções.³⁰⁰

²⁹⁵ CAMPOS, Diogo Leide de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões**, 2008, p. 607.

²⁹⁶ CAMPOS, Diogo Leide de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões**, 2008, p. 598.

²⁹⁷ Art. 2135.º Dentro de cada classe os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado.

²⁹⁸ Disponível em:

<http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=id&value=972982#:~:text=Os%20parentes%20de%20cada%20classe,diplomas%20nas%20suas%20publica%C3%A7%C3%B5es%20oficiais>. [Consult. 03-03-2023]

²⁹⁹ PROENÇA, José João Gonçalves de – **Direito das Sucessões**, 2009, p. 124.

³⁰⁰ PROENÇA, *Op. Cit.*, p. 88-89.

A presença do "cônjuge" entre os herdeiros legitimários é, no direito português, relativamente recente. Deve-se a uma determinação expressa nesse sentido do Decreto-Lei número 496/77, de 25 de novembro, responsável pela Reforma do Código Civil para sua adaptação à nova Constituição da República Portuguesa, promulgada em 1986.³⁰¹

A presença do "cônjuge" a partir do momento em que o cônjuge fora incluído entre os herdeiros legitimários, os descendentes compartilham com ele essa qualidade, quando sobrevivam, em conjunto, ao "de cujus". E ainda, quanto ao montante da legítima que num e noutro caso lhes compete, ele será de dois terços se entre os herdeiros legitimários concorrerem dois ou mais descendentes isolados; será de metade se apenas concorrer um descendente, artigo 2159º. do Código Civil Português.³⁰²

Pela ordem do artigo 2133º do Código Civil, se não houver descendentes, o cônjuge concorre à sucessão conjuntamente com os ascendentes. Na falta de cônjuge, os ascendentes são chamados à sucessão da totalidade da herança. A partilha entre os ascendentes far-se-á de acordo com o princípio da preferência de graus de parentesco, isto é, os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado.³⁰³

5.4 Sucessão legítima brasileira

A denominada "sucessão legítima" traduz o conjunto de regras que disciplina a transferência patrimonial *post mortem*, sem a incidência de um testamento válido. Nos termos do Código Civil brasileiro, reza o artigo 1.788 que: "morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento, e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo".³⁰⁴

A existência de testamento, porém, não significa a exclusão da sucessão legítima, os pressupostos para o testador obedecer, são legais e existem para total preservação da parte indisponível, pois o testamento somente vai versar sobre parte do seu patrimônio. Isto ocorre, por exemplo, quando há herdeiros necessários, hipótese em que a parte indisponível, ou legítima, deve ser dividida de acordo com as regras legais, a lei determina até quanto poderá testar e o testador está obrigado a seguir, o seu patrimônio não é disponível na sua totalidade.

Nesse sentido, se não houver testamento, a própria lei cuida de imprimir destinação ao patrimônio, segundo uma suposta vontade presumível do autor da herança. É possível também

³⁰¹ PROENÇA, *Op. Cit.*, p. 90.

³⁰² PROENÇA, *Op. Cit.*, p. 86

³⁰³ PROENÇA, *Op. Cit.*, p. 92

³⁰⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm [Consult. 03-03-2023]

simplificar o conceito, de modo a dizer que a sucessão legítima ocorre sempre que não houver interferência da vontade. Por não estar adstrita à vontade do morto, a sucessão legítima também é denominada “*ad intestato*” ou sem testamento. A sucessão será legítima quando a vontade do testador, a despeito de manifestada por meio do testamento, for prejudicada pela nulidade, anulabilidade ou caducidade, figuras jurídicas que não serão abordadas neste trabalho: de fato, são institutos valiosos, mas que remeterão a outros caminhos que não os propostos aqui.

5.4.1 Da ordem de vocação hereditária

A ordem de vocação hereditária é a essência material da sucessão legítima. Essa concentra-se, fundamentalmente, na ordem de vocação hereditária, que está disciplinada nos artigos 1.829 e seguintes do Código Civil Brasileiro. “Trata-se de um elenco de sucessores postos em ordem de preferência, organizados em classes e graus de parentesco, conforme a proximidade e o gozo presumido da afeição do autor da herança”.³⁰⁵

A primazia dos sucessores é definida pela classe em que são postados na ordem de vocação hereditária, em que são contempladas 04 (quatro) classes de sucessores, descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais: nas duas primeiras, há a concorrência do cônjuge, novidade introduzida pelo Código Civil brasileiro de 2002, como já pontuado anteriormente, observado sempre o regime patrimonial dos bens estabelecido com o casamento – se for a de união estável, obedece-se ao regime da comunhão parcial de bens.³⁰⁶

O regime de bens assumido quando do casamento reflete a legitimação sucessória do cônjuge que concorre com descendentes, em um sistema que busca favorecer o supérstite com a certeza de sua participação na sucessão, seja a título de meação, seja a título de herança. Tampouco existe limitação de grau para a legitimação sucessória dos descendentes, inobstante a ressalva de que o parente de grau mais próximo exclui o de grau mais distante.

Código Civil de 2002 trouxe mudanças significativas para o cônjuge sobrevivente, ampliou os direitos de forma substancial, contudo, e mais uma vez, o mesmo elogio à atual codificação, não pode ser dito em relação ao tratamento sucessório dos companheiros, que sofreu um inegável maltrato legislativo, que tem sido abrandado, paulatinamente, pela

³⁰⁵ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares – **Novo Direito Sucessório Brasileiro**, 2009, p. 280.

³⁰⁶ DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**, 2019, p. 186.

jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, por força da decisão proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646.721³⁰⁷ e 878.694³⁰⁸.

Com a entrada do Código Civil brasileiro de 2002, o casamento passou a conferir um status sucessório até então inexistente. O viúvo ou a viúva, outrora casado, não apenas manteve um importante direito sucessório paralelo, como o direito real de habitação, artigo 1.843 do CCB, mas também, a par de ser erigido à categoria de herdeiro necessário, passou a concorrer com os sucessores das classes anteriores (ascendentes e descendentes), em uma clara mitigação da tradicional regra, em que o herdeiro mais próximo excluiria o mais remoto.³⁰⁹

Em sentido estrito, no entanto, a sucessão legítima é aquela cuja transmissão da herança tem como único balizador a norma jurídica, sem nenhuma manifestação da vontade do falecido. A atribuição dos quinhões hereditários aos sucessíveis faz-se com base na afeição

³⁰⁷ Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. 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) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da 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. (STF - RE: 646721 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 10/05/2017, Tribunal Pleno).

³⁰⁸ Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. 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. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da 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”. Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 10/05/2017 Publicação: 06/02/2018.

³⁰⁹ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares – **Novo Direito Sucessório Brasileiro**, 2009, p. 33.

presumida do autor da herança, captada e traduzida pelo legislador na ordem de vocação hereditária descrita no artigo 1.829 do Código Civil Brasileiro.³¹⁰

“Os herdeiros necessários são aqueles que a lei protege e aos quais assegura que tenham direito pelo menos à metade do monte-mor, não podendo ser excluídos da herança, salvo por declaração judicial de ato de indignidade ou de deserdação”.³¹¹

Também são conhecidos como herdeiros forçados, reservatários, obrigatórios ou legitimários e guardam sempre uma maior aproximação no que diz com o grau de parentesco e de afetividade para com o sucedido, como ocorre com os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro (artigo 1.845 do CCB³¹² e STF – RE 646.721/RS e RE 878.694/MG).³¹³

O legislador pátrio havia-se omitido de incluir no rol de herdeiros necessários o companheiro sobrevivente da união estável, anomalia que foi corrigida pelo STF, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CCB por via dos Recursos Extraordinários RE 646.721/RS e RE 878.694/MG.³¹⁴

O artigo 1.829 do CCB observa a ordem de vocação hereditária. Na linha dos colaterais herdeiros facultativos, o parentesco é de quarto grau, os quais podem ser excluídos da herança por meio de testamento que não os contemple (consoante artigo 1.850 do CCB), de modo a favorecer “outras pessoas físicas ou jurídicas, com a totalidade da herança, pois os herdeiros facultativos, embora sejam herdeiros legítimos legalmente amparados, não são herdeiros necessários e, desse modo, não têm direito à legítima”.³¹⁵

A reserva de pelo menos metade dos bens do *de cujus* aos herdeiros necessários, na classe dos descendentes, ascendentes, cônjuges ou conviventes sobreviventes, consubstanciados no artigo 1.846 do CCB, encontra sua raiz na proteção dos interesses da família.

5.5 A legítima – Portugal e Brasil

A sucessão *causa mortis* abre-se com a morte do autor da herança. No momento exato do falecimento, o domínio e a posse da herança transmitem-se aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cujus*, quer estes tenham ou não ciência daquela circunstância. Ressalte-se, nessa oportunidade, que tanto no direito português, quanto no direito brasileiro, a

³¹⁰ Art. 1.829 do CCB: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694) I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

³¹¹ MADALENO, Rolf Hanssen – **Sucessão Legítima**, 2020, p. 71.

³¹² Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

³¹³ MADALENO, *Op. Cit.*, p. 71.

³¹⁴ MADALENO, *Op. Cit.*, p. 71.

³¹⁵ MADALENO, *Op. Cit.*, p. 71.

personalidade civil, ou seja, a capacidade da pessoa humana para ser titular de direitos e obrigações na órbita do direito extingue-se com sua morte, artigos 2031º e 2032º do CCP e 1.784 e 1.785 do CCB.

Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários, conforme os artigos 2156º do CCP e 1.846 do CCB.

O artigo 2156º, do CCP, descreve a legítima sob duas perspectivas: a do autor da sucessão e a dos herdeiros legitimários. Para o autor da sucessão, a legítima é a porção de bens de que não pode dispor; para os herdeiros legitimários, a legítima é a porção de bens que lhes é legalmente destinada.

Toda sucessão legítima toma por base dois fundamentos, quais sejam: se o falecido não deixou testamento, presume a lei sua vontade; determinando assim o destino dos bens, presume-se a afetividade do falecido para com seus parentes, cônjuges e, no Brasil, os companheiros, como já exposto anteriormente.³¹⁶

Ora, como já visto, reforça-se que não se pode conceber direito subjetivo sem titular: a titularidade dos direitos do *de cujus* deve-se transmitir, desde o preciso instante de sua morte, a seus sucessores a título universal. Não se permite nem em Portugal nem no Brasil que o patrimônio fique sem dono. Essa é a regra do artigo 2031º do Código Civil Português³¹⁷ e do artigo 1.784 do Código Civil Brasileiro.³¹⁸

A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que, naturalmente, se regulará conforme a lei então em vigor, pois, como é no momento do falecimento que o herdeiro é chamado a suceder, pois o herdeiro que sobrevive ao *de cujus*, ainda que por um instante, faz sua a herança por aquele deixada. Com efeito, ao menos por uma fração de segundo, os bens do finado incorporam-se ao patrimônio de seu sucessor.

Nos primeiros tempos do direito romano, o princípio da liberdade de testar não encontra limites. Ele só esbarra em restrições a partir da República, com a admissão da *querela inofficiosi testamenti*, que é a ação visando à rescisão de liberalidade. Tal ação representa remédio judicial concedido quer a descendentes e ascendentes injustamente afastados da sucessão.³¹⁹

Na doutrina, a tese da liberdade de testar, adotada em alguns países e apregoadada por muitos autores, funda-se em respeitáveis argumentos, tanto de um lado quanto do outro.

O patrimônio do falecido é dividido em **legítima e quota disponível**.

³¹⁶ CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito da Família e das Sucessões**, 2008, p. 599.

³¹⁷ Artigo 2031.º do CCP: (Momento e lugar) A sucessão abre-se no momento da morte do seu autor e no lugar do último domicílio dele.

³¹⁸ Art. 1.784, CC/2002. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

³¹⁹ RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil: Direito das Sucessões**, 1993, p. 19.

“Em razão da existência de herdeiros necessários, o patrimônio do falecido se divide em duas partes: a legítima e a quota disponível. Enquanto a primeira pertencerá aos herdeiros necessários, a segunda pode ser objeto de testamento pelo falecido”.³²⁰

A legítima é sempre calculada sobre o valor dos bens existentes no momento da abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação, esta é a regra do artigo 2162º do Código Civil Português³²¹ e do artigo 1.847 do Código Civil Brasileiro³²².

Para maior elucidação passa a expor um exemplo, em Portugal, se o pai falece e deixa como únicos herdeiros dois filhos, cada um deles terá o direito a 33% dos bens a título de legítima. Não poderia o pai, com relação à legítima, deixar 40% (quarenta por cento) de seus bens para um filho e 10% (dez por cento) para o outro – cada um tem que receber 2/3 da herança, ou seja, nesse caso ilustrado, 33% (vinte e cinco por cento) cada. Já sobre a quota disponível 33%, a liberdade de testar é plena, conforme o artigo 2159º, n. 2. do Código Civil Português³²³; já no Brasil, se o pai falece e deixa como únicos herdeiros dois filhos, cada um deles terá o direito a 25% dos bens a título de legítima. Não poderia o pai, em relação à legítima, deixar 40% (quarenta por cento) de seus bens para um filho e 10% (dez por cento) para o outro – cada um tem que receber a metade, ou seja, nesse caso ilustrado, 25% (vinte e cinco por cento) cada. Já sobre a quota disponível de 50%, a liberdade de testar é plena, artigo 1.846 do Código Civil Brasileiro³²⁴.³²⁵

O instituto da legítima concilia a liberdade do testador, que pode beneficiar com a parte disponível os seres que lhe são mais caros, e o imperativo de ordem pública que impõe a colaboração e a solidariedade entre os membros da mesma família.³²⁶

A legítima, portanto, assegura 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do morto para os herdeiros necessários no Brasil e de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do morto ou de 2/3 – (33,33%) em Portugal, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais.³²⁷

³²⁰ TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando – **Direito Civil: Direito das Sucessões**, 2013, p. 272.

³²¹ Artigo 2162.º do CCP: (Cálculo da legítima) 1. Para o cálculo da legítima, deve atender-se ao valor dos bens existentes no património do autor da sucessão à data da sua morte, ao valor dos bens doados, às despesas sujeitas a colação e às dívidas da herança. 2. Não é atendido para o cálculo da legítima o valor dos bens que, nos termos do artigo 2112.º, não são objecto de colação.

³²² Art. 1.847, CC/2002. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

³²³ Artigo 2159.º - (Legítima do cônjuge e dos filhos) 2. Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais.

³²⁴ MODESTO, Ivânia Cristina Camin Chagas – **Direito Civil Avançado Direito das Sucessões – Sucessão legitimária – Portugal x Brasil**, 2020, p. 11.

³²⁵ Art. 1.846, CC/2002. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

³²⁶ DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**, 2019, p. 369.

³²⁷ MODESTO, Ivânia Cristina Camin Chagas – **Direito Civil Avançado Direito das Sucessões – Sucessão legitimária – Portugal x Brasil**, 2020, p. 11.

A liberdade absoluta de dispor se apresenta como um corolário do direito de propriedade. Se este é assegurado, aquela decorre como consequência já analisava Silvio Rodrigues em sua obra.³²⁸

A fração do acervo sucessório reservada aos herdeiros necessários é intocável, e a transmissão da herança a eles independe da vontade do “de cujus”.

5.5.1 Restrições à liberdade de disposição por morte

“Na época clássica, entendia-se que não estava no seu perfeito juízo todo aquele que morria sem deixar em testamento os bens aos seus parentes mais próximos”.³²⁹

“Na legislação portuguesa, assim como na brasileira, existem restrições à liberdade de testar, ou seja, de dispor do património, restrição à liberdade de disposição por morte. Tanto no Brasil, quanto em Portugal, entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários ou legítimos”.³³⁰

Em razão da existência de herdeiros necessários, o patrimônio do falecido divide-se em duas partes: a legítima e a quota disponível. Enquanto a primeira pertencerá aos herdeiros necessários, a segunda pode ser objeto de testamento pelo falecido.³³¹

Dentro da época clássica, os parentes mais próximos que sobreviviam tinham a faculdade, mediante comprovação de insanidade mental do testador, de requerer a nulidade do testamento. Para se evitar o grande desencadeamento de situações como esta, foi fixada a “*portio legitima*”, ou seja, que o testador teria que reservar obrigatoriamente parte dos seus bens aos seus parentes.³³²

Esse mesmo instituto permanece no direito português e no direito brasileiro, qual seja: a disposição de bens não poderá ser total, quando houver a necessidade de preservação da legítima, como já mencionado. A disposição em ambos os países somente se dará de forma total quando inexistirem herdeiros legitimários ou necessários, descendentes, ascendentes ou cônjuges (no Brasil, abarca-se o companheiro), consubstanciados nos artigos 2158º, 2159º, 2160º do CCP e artigo 1.846 do CCB.

Como já salientado anteriormente, a sucessão legitimária “portuguesa” e sucessão legítima “brasileira” é uma forma de sucessão legal que não pode ser afastada por vontade do

³²⁸ RODRIGUES, Silvio - **Direito Civil: direito das Sucessões**, 1998, p. 19.

³²⁹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 373.

³³⁰ MODESTO, Ivânia Cristina Camin Chagas – **Direito Civil Avançado Direito das Sucessões: Sucessão legitimária – Portugal x Brasil**, 2020, p. 11.

³³¹ MODESTO, *Op. Cit.*, p. 11-12.

³³² AMARAL, *Op. Cit.*, p. 373.

autor da sucessão. São herdeiros legitimários ou necessários: o cônjuge, os descendentes e os ascendentes. O cônjuge e os descendentes integram a primeira classe de sucessíveis. Na falta de descendentes, são chamados o cônjuge e os ascendentes.³³³

Em Portugal, a porção da legítima é diferente do Brasil, que se resume em 50% (cinquenta por cento), ou seja, a porção dos bens de que o testador não pode dispor (legítima) está disposta da seguinte forma: I- a legítima do cônjuge e dos filhos é de dois terços da herança; II- se o autor da herança não deixar descendentes nem ascendentes, a legítima do cônjuge é de metade da herança; III- se o autor da herança não deixar cônjuge, mas deixar filhos, a legítima é de metade da herança caso exista um só filho, e de dois terços da herança, caso existam dois ou mais filhos; IV- a legítima dos descendentes do segundo grau e seguintes é aquela que caberia ao seu ascendente; V- se não houver descendentes, a legítima do cônjuge e dos ascendentes é de dois terços da herança; VI- se não houver descendentes nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos pais é de metade da herança; se forem chamados ascendentes de segundo grau e seguintes, a legítima destes é de um terço da herança; artigos 2158³³⁴ a 2161^o do Código Civil Português.³³⁵

A família é o quadro normal da devolução sucessória. A sucessão legal, legítima ou legitimária é uma sucessão familiar, em ambos os continentes, os bens são devolvidos aos familiares mais próximos, segundo a ordem legal, já aqui exposta.³³⁶

Se a família for decomposta anteriormente, o cônjuge não é chamado à herança se, à data da morte do autor da sucessão, se encontrar divorciado ou separado judicialmente por sentença transitada em julgado ou que venha a transitar. Quando, à data da morte do autor da sucessão, estiver pendente ação de divórcio ou separação judicial, os herdeiros podem prosseguir com a mesma (ação de divórcio ou separação judicial) para efeitos patrimoniais. Nesse caso, sendo decretado posteriormente o divórcio ou a separação, o cônjuge também não é chamado à herança.³³⁷

³³³ MODESTO, *Op. Cit.*, p. 12.

³³⁴ **Artigo 2158.º** do CCP: (Legítima dos filhos) 1. A legítima dos filhos é de metade da herança se existir um só filho, e de dois terços se existirem dois ou mais. 2. Concorrendo filhos legítimos ou legitimados e filhos ilegítimos, a repartição entre eles faz-se nos termos declarados no n.º 2 do artigo 2139.º

³³⁵ MODESTO, *Op. Cit.*, p. 12.

³³⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de – **A Família e o Direito de Personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada.** In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Clara Harmatiuk (Coord.) – **Direito das famílias:** por juristas brasileiras, 2022, p. 49.

³³⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de - **Cônjuge do hereditando, separado de fato por ocasião do falecimento, recolhe direito sucessório legal deste último?** Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/449434687/conjuge-do-hereditando-separado-de-fato-por-ocasio-do-falecimento-recolhe-direito-sucessorio-legal-deste-ultimo> [Consult. 06-02-2023].

Mas, ainda, na ausência de testamento, 100% (cem por cento) do patrimônio do falecido será dividido nas proporções dispostas nos artigos 1.829 e seguintes do CCB³³⁸ e no artigo 2156.^o ³³⁹e seguintes do CCP. São herdeiros legítimos o cônjuge, os parentes pela ordem seguinte: a) cônjuge e descendentes; b) cônjuge e ascendentes; c) irmãos e seus descendentes; d) outros colaterais até ao quarto grau.

Ressalta-se que fora prolatada, em 2017, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil Brasileiro³⁴⁰. Por maioria de voto, entendeu-se pela equiparação sucessória total entre o casamento e a união estável; assim, introduziu-se no sistema de concorrência sucessória o companheiro.³⁴¹

Como aponta Diogo Leite de Campos, este regime apontado implica uma intromissão na esfera patrimonial daquele que detém os bens, intolerável, e ainda, que nos quadros da sociedade portuguesa de hoje, as razões fundamentantes da sucessão legitimaria, antes da morte do “de cuius”, os presumidos herdeiros legitimários possam intervir na administração que este faça dos seus bens.³⁴²

Se o detentor de bens em geral, tem liberdade de dispor, ou seja, se o proprietário pode livremente dispor de seus bens em vida, não é lógico restringir tal liberdade na morte, não é lógico cercear a vontade após a morte do testador, de distribuir seus bens da maneira que desejar.

5.5.3 Competência em matéria sucessória

No momento da morte ocorre a sucessão hereditária. Independentemente de qualquer formalidade, o acervo patrimonial do falecido transmite-se aos herdeiros. “Esse movimento é

³³⁸ **Art. 1.829** do CCB: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.

³³⁹ **Artigo 2156^o** do CCP: Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legítimos.

³⁴⁰ **Art. 1.790** do CCB: A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.

³⁴¹ Supremo Tribunal Federal – Informativo n. 864 da Corte. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm> . [Consult. 06-02-2022]

³⁴² CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de Direito de Família e das Sucessões**, 2008, p. 503.

chamado de “**princípio de saisine**”, palavra de origem francesa que significa agarrar, prender, apoderar-se”.³⁴³

“O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte”.³⁴⁴ Só será herdeiro do falecido aquele que, no momento de sua morte estiver vivo. Ilustrando, se o filho morreu segundos antes de seu pai, não poderá ser seu herdeiro, por lhe faltar capacidade de direito decorrente da personalidade jurídica material.³⁴⁵

O domínio dos bens da herança transfere-se, portanto, ao herdeiro do *de cujus* automaticamente no momento do passamento, mas não no instante da transcrição da partilha feita no inventário, artigos 2031º. do CCP³⁴⁶ e artigo 1.784 do CCB.

A competência em matéria sucessória depende da circunstância da herança ser litigiosa (aceitação a benefício de inventário) ou não (aceitação pura e simples). Na questão que envolve os notários e as conservatórias dos registros, estes são competentes em matéria de heranças não litigiosas. Nesse caso, eles têm competência para a habilitação de herdeiros e para a respectiva partilha, e os tribunais são competentes em matéria de herança.³⁴⁷

Como assinala Maria Berenice Dias, a sociedade atual ainda se funda no direito patrimonial. A herança é um dogma formidável e multissecular, e o legislador não se importou com o desenvolvimento da sociedade, com as diversas e variáveis legislações que giram em torno do direito das sucessões, tanto no Brasil, quanto em Portugal, como a filiação socioafetiva, a multiparentalidade, como as famílias mosaicas e tantas outras que já citamos anteriormente. Os efeitos do direito sucessório não parecem alcançar essa gama de famílias que vivem e que se organizam, de modo que, quando morre um dos envolvidos delas, não se tem coerência para a aplicação do direito sucessório, o que cria embaraços e deixa muitos desafortunados pelo caminho.³⁴⁸

Salienta-se muito pormenorizado, que leva-se em consideração nessa linha da competência sucessória a pluralidade dos juízos sucessórios é uma matéria para uma nova

³⁴³ DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**, 2019, p. 153.

³⁴⁴ TARTUCCI, Flávio. **Manual de Direito Civil: direito das sucessões**, 2018, p. 1644.

³⁴⁵ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares – **Novo Direito Sucessório Brasileiro: totalmente idealizado sob os novos paradigmas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002**. Atualizado com a Lei 11.441/2007, 2009, p. 99.

³⁴⁶ **Artigo 2031.º** - (Momento e lugar) A sucessão abre-se no momento da morte do seu autor e no lugar do último domicílio dele.

³⁴⁷ ARAÚJO, Nadia de; SPITZ, Lidia; NORONHA, Carolina - Jurisdição Brasileira e Lei aplicável à sucessão hereditária quando os bens deixados pelo falecido estão situados no Brasil e no Exterior. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia – **Direitos das Sucessões: problemas e tendências**, 2021, p. 135.

³⁴⁸ DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**, 2019, p. 45.

dissertação, já que muitas perguntas e pontos que deveriam ser desenvolvido e que não caberia neste tema, citando como exemplos:

Qual seria a eficácia de uma sentença brasileira dispondo sobre bens situados em outras jurisdições não brasileiras? Por que um outro país, igualmente soberano, deveria aceitar que a Justiça brasileira intervisse diretamente em seu território, determinando a partilha de um bem ali situado? ³⁴⁹

Uma descrição simplificada de retratar regras de competência envolvendo patrimônio diverso.

5.6 Da sucessão testamentária

5.6.1 Sucessão testamentária e seus aspectos

Ao lado da sucessão legítima, que se processa por força de lei e nos casos analisados, encontra-se a sucessão testamentária, que deriva da manifestação de última vontade, revestida da solenidade prescrita pelo legislador.

A sucessão testamentária tem sua história (a qual será aqui abordada em breves referências), para que, após, se possa fazer a diferenciação entre as duas legislações.

“A palavra testamento parece ter origem em duas palavras latinas *testatio* mentis, testemunho da vontade da pessoa enquanto viva, para produzir efeitos jurídicos após a sua morte”. ³⁵⁰

O testamento desfrutava de grande favor entre os romanos. Diziam estes que tal ato era de direito público, constituindo de certa forma uma vergonha morrer *ab intestato* (sem deixar testamento). “Tão persistente foi essa mentalidade, que muito tempo depois, quando alguém falecia sem testamento, o que dificultava a inumação, pediam os herdeiros permissão para testar em nome do extinto, salvando-lhe assim a honra”. ³⁵¹

Modernamente, essa forma de sucessão continua a ter seus adeptos fervorosos, que identificam o testamento com a própria liberdade, de que constitui prolongamento natural.

Sendo assim, a sucessão testamentária subsiste em todas as legislações contemporâneas.

³⁴⁹ ARAÚJO, Nadia de; SPITZ, Lidia; NORONHA, Carolina - Jurisdição Brasileira e Lei aplicável à sucessão hereditária quando os bens deixados pelo falecido estão situados no Brasil e no Exterior. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia – **Direitos das Sucessões: problemas e tendências**, 2021, p. 137.

³⁵⁰ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 389.

³⁵¹ MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**, 1998, p. 87.

Explica Giselle Oliveira de Barros, tabeliã há 12 anos e presidente do Colégio Notarial do Brasil (CNB) – Conselho Federal:

E ainda, com a pandemia o número de testamentos registrados em cartórios de notas aumentou 41,7% no país no primeiro semestre de 2021, comparado com igual período do ano passado, foram 17.538 documentos lavrados de janeiro a junho deste ano, contra 12.374 no mesmo período de 2020. São pessoas que anteciparam a vontade de fazer um testamento, estimuladas pelo medo generalizado causado pela onda de mortes provocadas pelo coronavírus.³⁵²

“O direito mais antigo cogitava também dos pactos sucessórios, por meio dos quais se dispunha convencionalmente dos bens para além da morte”.³⁵³

5.6.2 Da sucessão testamentária portuguesa

Em Portugal, vigora um sistema individual-capitalista mitigado. A liberdade de testar constitui um valor fundamental que, no entanto, sofre fortes restrições quando ao *de cuius* sobrevivam familiares próximos (cônjuge e parentes na linha recta, que assumem a condição de herdeiros legitimários).³⁵⁴

Como já dito, a sucessão por morte divide-se em duas grandes modalidades: legal e voluntária. Aqui neste subcapítulo trataremos somente da voluntária testamentária, já que se divide em testamentária e contratual.

O artigo 68º, no 1, do CCP, determina que: 1- “A personalidade cessa com a morte”. Com isso o testador pretende que a sua vontade subsista num momento em que já deixou de existir, isto é, em que já cessou a sua personalidade jurídica.

O artigo 2179º, no 1, do CCP, determina que: 1 – “Diz-se testamento o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles”; com isso, entende-se que o testamento é um ato unilateral e revogável, já que o próprio testador poderá alterá-lo ou anulá-lo, por meio do qual o testador dispõe, para depois da morte, de todos os bens ou de parte deles.

A lei consente que o testamento possa conter disposições de carácter não patrimonial, como se verifica do disposto no número 2 do mesmo artigo 2179º do CCP. “Esta disposição, de uma forma genérica, permite inserir no testamento **disposições de carácter não**

³⁵² G1: Por causa da pandemia, procura por testamentos aumenta 41,7% em um ano no país; SP lidera ranking nacional Disponível em: <https://cnb.org.br/2021/07/05/g1-por-causa-da-pandemia-procura-por-testamentos-aumenta-417-em-um-ano-no-pais-sp-lidera-ranking-nacional/> [Acesso: 13-03-2023]

³⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros - **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**, 1998, p. 91.

³⁵⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte - **O Direito das Sucessões Contemporâneo**, 2017, p.491.

patrimonial, se fizerem parte de um ato revestido de forma testamentária, ainda que nele não figurem disposições de carácter patrimonial”.³⁵⁵

Assim, o testamento pode servir para os pais designarem tutor ao filho ou procederem à sua revogação, conforme resulta do disposto no artigo 1928º, n. 3, do CCP³⁵⁶,

O testamento também é utilizado para a perfilhação, de acordo com o artigo 1853, alínea b do CCP, “A perfilhação pode fazer-se: b)- por testamento”. Trata-se de um negócio unilateral não recetício, o que significa que a declaração de vontade do testador não necessita de ser dirigida e levada ao conhecimento de determinada pessoa.³⁵⁷

Também deve-se observar o artigo 2181º do CCP: “Não podem testar no mesmo acto duas ou mais pessoas, quer em proveito recíproco, quer em favor de terceiro”.

O testamento também não pode ser realizado por representante. O artigo 2182º do CCP assim determina: o testamento tem um carácter pessoal. Ressalte-se que o testamento tem suas formas, as que não serão estudadas neste trabalho, já que o desenvolvimento é voltado para famílias e sucessão.

De um modo geral, todas as pessoas gozam da faculdade de dispor do seu patrimônio para depois da sua morte. O artigo 2189º do CCP reza que podem testar todos os indivíduos que a lei não declare incapazes de realizar o ato. Um conceito de testamento caberá nesta linha de pensamento, já que é um negócio jurídico unilateral, não receptivo, pessoal, individual, *mortis causa*, formal e estranho ao comércio jurídico, por meio do qual o testador dispõe dos seus bens (embora possa aí planear outras declarações de vontade – como reconhecimento de filho havido fora do casamento).³⁵⁸

A sucessão testamentária é uma sucessão de expectativa de fato, uma espécie de esperança de vir a receber os bens, o que depende totalmente da vontade do titular desses bens, ou seja, do testador, que poderá revogar a qualquer momento.

A sucessão testamentária em Portugal é disciplinada no artigo 2.179.º, n. 01, do Código Civil Português.³⁵⁹ Na sucessão legítima, os herdeiros são definidos pela lei em ordem de vocação hereditária e pelo modo como se darão as percentagens que caberá a cada um, portanto, quando a disposição de vontade por parte do sujeito for ausente de testamento, aplica-se o critério sucessório.

³⁵⁵ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 390.

³⁵⁶ **Artigo 1928º**, n. 3 do CCP: A designação do tutor e respectiva revogação só têm validade sendo feitas em testamento ou em documento autêntico ou autenticado.

³⁵⁷ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 390.

³⁵⁸ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS Mónica Martinez de – **Lições de Direito das Sucessões**, 2018, p. 44.

³⁵⁹ **Art. 2179.º** 1. Diz-se testamento o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles.

A defesa da manutenção da legítima vem, metodicamente, por fundamentos, como a proteção da família, o exercício da solidariedade, pois o direito de propriedade não é absoluto. A legítima é considerada um instituto de verdade incontestável tanto em Portugal, quanto no Brasil. Mesmo havendo a manifestação de vontade livre, é controlado pelo Estado o “quantum” se pode testar; tal declaração volitiva, por sua vez, para que seja considerada válida, deve ser emanada de forma livre, de boa-fé e dentro da cota disponível; caso reconhecido o vício, o testamento será nulo ou anulável.³⁶⁰

Todo esse desenvolvimento de reservar parte da sua herança que não pode ser testada ou que não se pode dispor de forma livre, fere, de forma que atinge tanto a autonomia da vontade, quanto a autonomia privada do testador ou do doador.³⁶¹

5.6.3 Da sucessão testamentária brasileira

O testamento é a principal forma de expressão e exercício da autonomia privada, como típico instituto *mortis causa*. Enquanto na sucessão legítima os bens do falecido seguem a ordem de vocação hereditária, em se tratando de sucessão testamentária, a vontade do morto é que determinará o encaminhamento dos seus bens.³⁶²

“Falar de testamento é tratar, acima de tudo, da expressão da vontade. Da realização da vontade do autor da herança para que fique gravada e executada fazendo sua voz ecoar com o seu desaparecimento físico”.³⁶³

A sucessão testamentária, com foco na legítima, o que envolve diretamente o direito de família, desenvolve uma análise sob a ótica do negócio jurídico, da autonomia da vontade e autonomia privada. O assunto é de grande relevância, já que a legítima é uma privação para se testar o “quantum” e para quem se pode testar.^{364 365}

³⁶⁰ OLIVEIRA, Lígia Ziggiotti de – Perspectivas Críticas de Gênero, autonomia Privada e Direito Sucessório. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia – **Direitos das Sucessões: problemas e tendências**, 2022, p. 203-204.

³⁶¹ MODESTO, Ivânia Cristina Camin Chagas – **Direito Civil Avançado Direito das Sucessões: Sucessão legitimária** – Portugal x Brasil, 2020, p. 13.

³⁶² RIBEIRO, Paulo Hermano Soares – **Novo Direito Sucessório Brasileiro: totalmente idealizado sob os novos paradigmas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002**. Atualizado com a Lei 11.441/2007, 2009, p. 435.

³⁶³ MUCILO, Daniela de Carvalho - A Interpretação dos Testamentos na Visão dos Tribunais. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia – **Direitos das Sucessões: problemas e tendências**, 2022, p. 287.

³⁶⁴ MODESTO, Ivânia Cristina Camin Chagas – **Direito Civil Avançado Direito das Sucessões: Sucessão legitimária** – Portugal x Brasil, 2020, p. 8

³⁶⁵ OLIVEIRA, Lígia Ziggiotti de – Perspectivas Críticas de Gênero, autonomia Privada e Direito Sucessório. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia – **Direitos das Sucessões: problemas e tendências**, 2022, p. 206.

A vontade do morto na sucessão testamentária não será absoluta, e, no Brasil, assim como em Portugal, a vontade estará sempre nos limites da lei; caso inobservados esses limites, podem-se gerar vícios insanáveis e a nulidade do ato de última vontade.³⁶⁶

No Brasil, por fatores, como a falta de patrimônio para dispor, como o pavor em pensar no planejamento da “morte” e por acreditar que a ordem de vocação hereditária prevista na lei é a correta, não há o costume de se elaborarem testamentos.³⁶⁷

Sobre as características, o testamento é indicado como um negócio jurídico, negócio pessoal, unilateral, de última vontade, essencialmente formal, pelo qual uma pessoa dispõe sobre a própria sucessão, acrescentando ainda que é eminentemente revogável. Ao lado do contrato, o instituto que representa importante forma de manifestação da liberdade individual ou, pelo menos, deveria representar.³⁶⁸

E que “em razão da existência de herdeiros necessários, o patrimônio do falecido se divide em duas partes: a legítima e a quota disponível. Enquanto a primeira pertencerá aos herdeiros necessários, a segunda pode ser objeto de testamento pelo falecido”.³⁶⁹

Com única manifestação de vontade, ou seja, a vontade do declarante (testador), o testamento constitui um negócio jurídico unilateral e produz, conseqüentemente, efeitos jurídicos.³⁷⁰

É dado como um negócio *mortis causa*, pois produz efeitos após a morte do testador; de fato, o testamento, antes da morte, é um ato ineficaz sem prejudicar sua validade, conforme reza artigo 1858 do CCB.³⁷¹

No entanto, a legítima sempre deverá ser respeitada quando há herdeiros necessários, e tem o testador toda a parte disponível do seu patrimônio para dispor por meio desta figura jurídica que é o testamento; porém, se não houver legítima a preservar, poderá o testador dispor de todo o seu patrimônio, da forma como lhe aprouver. Ressalte-se que uma das faculdades do direito de propriedade é justamente o poder de dispor.

No Brasil, ao lado do casamento, o testamento é o negócio jurídico que apresenta o maior número de formalidades, necessárias à sua validade. É óbvio que, na sua falta ou, ainda,

³⁶⁶ MODESTO, Ivânia Cristina Camin Chagas – **Direito Civil Avançado Direito das Sucessões: Sucessão legítima – Portugal x Brasil**, 2020, p. 8.

³⁶⁷ MONTEIRO, Washington de Barros - **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**, 1998, p. 97.

³⁶⁸ MUCILO, Daniela de Carvalho - A Interpretação dos Testamentos na Visão dos Tribunais. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia – **Direitos das Sucessões: problemas e tendências**, 2022, p. 291.

³⁶⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando – **Direito Civil: direito de família**, 2007, p. 272.

³⁷⁰ MONTEIRO, Washington de Barros - **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**, 1998, p. 98.

³⁷¹ **Artigo 1858** do CCB: O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo. O testamento é ato personalíssimo, isto é, somente o titular pode fazer seu próprio testamento.

havendo falhas, a sanção será a nulidade do testamento. Como é sabido, o princípio da autonomia privada, que rege a vontade da pessoa humana, vem encontrando limites previstos na legislação, principalmente em normas de ordem pública.³⁷²

Como aponta o artigo acima, o testamento é um ato revogável, personalíssimo, em que o testador faz disposições de caráter patrimonial ou não, para depois de sua morte. Não existe relação necessária entre testamento e patrimônio. Nada impede que o testador só mencione questões patrimoniais em seu ato de última vontade; pode, também, nada dizer a esse respeito, já que poderá conter disposições de caráter patrimonial e não patrimonial.³⁷³

Diz ainda o artigo 1.976 do Código Civil Brasileiro: “O testador pode nomear um ou mais testamenteiros, conjuntos ou separados, para lhe darem cumprimento às disposições de última vontade”. Tal pessoa é encarregada de vigiar o cumprimento de seu testamento ou de executar no todo ou em parte.

No que concerne aos seus deveres, prevê o artigo 1.980 do Código Civil Brasileiro que o testamenteiro é obrigado a cumprir as disposições testamentárias, no prazo marcado pelo testador, e a prestar contas do que recebeu e despendeu, substituindo sua responsabilidade enquanto durar a execução do testamento.³⁷⁴

Ao testamenteiro cabe defender a validade do testamento, deve sempre afastar as alegações de nulidade do ato de última vontade, preservando ao máximo a autonomia privada do falecido. De caráter personalíssimo ou intuito personae, não se transmite aos herdeiros do testamento e nem é delegável. Há uma retribuição para o testamenteiro, salvo o que não seja herdeiro ou legatário, para o encargo exercido.³⁷⁵

5.6.4 A questão da legítima

A legítima é a maior limitação à liberdade de testar prevista pelos ordenamentos, tanto portugueses quanto brasileiro. “Entre a autonomia ampla do Direito romano e as restrições de ordem pública do Direito germânico, chegou-se a um espírito de compromisso. É a legítima o grande e atual tema de debate em termos de reforma do Direito Sucessório”.³⁷⁶

Nota-se que, no Brasil, historicamente, a legítima era de 2/3 do patrimônio do falecido: isso depreende-se das Ordenações do Reino. Em Portugal, a legítima ainda é de 2/3

³⁷² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando – **Direito Civil: direito das sucessões**, 2013, p. 286.

³⁷³ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando – **Direito Civil: direito das sucessões**, 2013, p. 288.

³⁷⁴ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**, 2018, p. 1803.

³⁷⁵ MODESTO, Ivânia Cristina Camin Chagas – **Direito Civil Avançado Direito das Sucessões: Sucessão legitimária – Portugal x Brasil**, 2020, p. 9.

³⁷⁶ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando – **Direito das Sucessões: um recorte pretérito, um recorte excepcional e um recorte de futuro**. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 151, p. 50, set. 2021.

nos dias de hoje. Da mesma forma dispunham as Ordenações Manuelinas; já nas Ordenações Filipinas, apenas descendentes e ascendentes eram herdeiros necessários.³⁷⁷

A alteração da legítima no Brasil ocorreu em 1907, por força da Lei Feliciano Penna (decreto n. 1.839, de 1907), que traz no seu artigo 2º. “O testador que tiver descendente ou ascendente succesível só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima daquelles, observada a ordem legal”.³⁷⁸

É nesse momento que nasce a regra que marcaria o sistema jurídico brasileiro de maneira indelegável. A legítima determina que o testador deve reservar 50% do seu patrimônio, o que fora amplamente aceito e devidamente incorporado na vida dos cidadãos brasileiros. O artigo 1.576 do Código Civil brasileiro de 1916, da **lei n. 3.071 de 01 de Janeiro de 1916**, determina que: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.³⁷⁹

Ressalte-se nesta oportunidade que a legítima é fixa, sendo 50% no Brasil; já em Portugal, desde 1867, com o Código Seabra, o percentual da legítima depende não apenas do número de herdeiros de uma certa classe, mas também, com o CCP de 1966 e as reformas de 1977, da concorrência com o cônjuge sobrevivente.³⁸⁰

Com o fim das principais guerras e suas terríveis consequências, muitas modificações se implementaram no campo do Direito, especialmente para afirmar a importância da pessoa como um valor central. Em razão da subjetividade dos novos tempos expandem os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, cujo foco primordial é a pessoa.

A proteção da família passa a se justificar no seu aspecto funcional de proteger e promover o desenvolvimento da pessoa. Perde sua natureza de guardião dos bons costumes e da tradição para amparar, abrigar e fomentar a emancipação da pessoa como um sujeito livre e capaz de autodeterminação.³⁸¹

³⁷⁷ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando – **Direito das Sucessões: um recorte pretérito, um recorte excepcional e um recorte de futuro**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 152, p. 50, set. 2021.

³⁷⁸ BRASIL. Decreto n. 1.839 de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança do caso da sucessão ab intestato. **Diário Oficial da União**, Seção 1, 8 de janeiro de 1908. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html#:~:text=a%20qualquer%20dellas,-.Art.,daquelles%2C%20observada%20a%20ordem%20legal>. [Consult. em 09-01-22]

³⁷⁹ JUSBRASIL. Artigo 1576 da lei n. 3071 de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11377346/artigo-1576-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916> [Consult. 09-01-22].

³⁸⁰ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando – **Direito das Sucessões: um recorte pretérito, um recorte excepcional e um recorte de futuro**. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 151, p. 52, set. 2021.

³⁸¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de – **A Família e o Direito de Personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada**. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Clara Harmatiuk (Coord.) – **Direito das famílias**: por juristas brasileiras, 2022, p. 61.

5.6.5 Autonomia da vontade e autonomia privada

Embora se possa aduzir que a sucessão testamentária, compreendida como aquela que tem por base o elemento volitivo do autor da herança (e que esta é a regra geral dos sistemas no direito português e brasileiro), não se pode negar que mesmo essa modalidade de sucessão está presa dentro de limites estreitos postos no ordenamento jurídico.

“A vontade do autor da herança, por exemplo, é incapaz de subverter a ordem de vocação hereditária, e inoperante para vencer a intangibilidade da legítima”.³⁸²

A vida social é composta por infinitas relações inter-humanas, mas apenas uma parte delas juridiciza-se. Mundo fático e mundo jurídico não são coextensivos. Os interessados apenas podem tornar jurídicos certos atos sociais, quando uma regra jurídica preveja a manifestação de vontade como suporte fático. Os homens têm, pois, autonomia para, consoante a própria vontade, estabelecerem as mais diversas relações entre si, mas somente poderão fazer com que tais interações configurem relações jurídicas e, por conseguinte, tenham eficácia jurídica, se tal condão for dado à vontade humana pela previsão de incidência da norma. Não se faz jurídico tudo o que a vontade quer que se faça, mas apenas o que a norma prevê.³⁸³

As principais considerações neste sentido partem das intensas transformações ocorridas na disciplina jurídica das relações familiares, as quais não se projetaram para as regulações causa mortis das novas conjugalidades e dos parentescos contemporâneos.

As transformações, as conquistas sociais, a modificação dos costumes, a quebra de muitos preconceitos, o despontamento de novas necessidades da pessoa humana e, sobretudo, a valorização da afetividade, contribuíram para o rompimento das amarras de um conceito de família clássico, gerando assim maior autonomia os seus membros.

Desses novos entrelaçamento, resultam consequências jurídicas como já dito ao longo desse trabalho, incomuns e instigantes que reclamam do estudioso o constante repensar do Direito de Família, e consequentemente a sucessão dessas novas tipologias familiares, e que atinge diretamente a autonomia privada de cada indivíduo dessas novas relações.

No conceito de autonomia privada, mais restrito, corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, à liberdade negocial. Entende-se, em geral, autonomia

³⁸² RIBEIRO, Paulo Hermano Soares – **Novo Direito Sucessório Brasileiro**, 2009, p. 278.

³⁸³ BARROS, Regis Pedrosa – Autonomia privada versus autonomia da vontade: para além de uma mera preferência terminológica. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/autonomia-privada-versus-autonomia-da-vontade-para-alem-de-uma-mera-preferencia-terminologica/#_ftn3. [Consult. em 19-01-2020].

privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo, para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações.³⁸⁴

A autonomia privada pode ser definida como “o poder concedido ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico”; integra, portanto, o conceito de autonomia privada além da vontade das partes, os limites estabelecidos pelo direito, nos quais, na leitura atual, se incluem tanto as vedações legais com definições expressas, quanto as cláusulas com conteúdo mais aberto, como os da boa-fé, a função social.³⁸⁵

A autonomia privada é a capacidade de os indivíduos criarem regras para si próprios, e essas regularem as suas vidas. O princípio da autonomia privada está presente no Direito Privado, mas é no Direito Civil que ele predomina.

Contudo, contrariamente ao que se infere do Direito das Famílias, em que se diagnostica, com frequência, um aumento de liberdade no eixo conjugal, para o Direito das Sucessões, isso não parece óbvio.³⁸⁶

Pode-se apreciar que no Brasil houve uma abertura maior no direito das sucessões, onde além do conjugue ser herdeiro necessário, recentemente o STF acendeu esta condição aos companheiros, o que ainda traz várias complicações familiares para dentro do judiciário.

A sucessão legitimária (Portugal) assume um papel preponderante no Direito das Sucessões, porque as normas jurídicas que a regulamentam são injuntivas e, por isso, não podem ser afastadas pela vontade do autor da sucessão. De facto, a sucessão legitimária impõe ao autor da sucessão que uma porção dos bens que compõe o seu património – a legítima ou quota indisponível – seja destinada aos seus sucessores, designados herdeiros legitimários, não tendo, deste modo, autonomia para dispor gratuitamente da totalidade do seu património.³⁸⁷

Com a morte do autor da herança, ocorre o que se denomina de sucessão. Cessa a capacidade jurídica do falecido e começa a de outra pessoa (sucessor) em relação aos seus bens. Ou seja, com a morte do autor da herança, nasce o direito do herdeiro aos bens do falecido. O momento da morte é o fator determinante para o direito

³⁸⁴BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro – **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**, 2005, p. 46-47.

³⁸⁵DANTAS, Renata Marques Lima – **Autonomia privada no direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da legítima**. *Revistas*, 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br>. [Consult. em 14-01-2020].

³⁸⁶MENEZES, Joyceane Bezerra de – A Família e o Direito de Personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da **vida privada**. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Clara Harmatiuk (Coord.) – **Direito das famílias: por juristas brasileiras**, 2022, p. 200.

³⁸⁷ENES, Andreia Filipa Gonçalves – A sucessão legitimária e as restrições ao princípio da autonomia privada. Dissertação de Mestrado. **Repositorium**, 2016. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/44765>. <http://hdl.handle.net/1822/44765> [Consult. em: 14-01-2020].

sucessório. Com a morte do autor da sucessão, os sucessíveis que a ela sejam chamados adquirem o direito de aceitar ou repudiar a herança.³⁸⁸

Conforme Maria Berenice Dias em seu livro “Manual das Sucessões”, “o fundamento jurídico da transmissão das obrigações *mortis causa* consiste em não permitir que, com a morte do *de cujus*, seu patrimônio não seja “*res derelicta*”, ou melhor, que não se torne coisa sem dono”.³⁸⁹

Com a morte, abre-se a sucessão. O principal fundamento do direito das sucessões é a continuidade do acervo hereditário do *de cujus*, ou seja, é a permanência do seu patrimônio na titularidade do seu sucessor, escolhido pelo mesmo ou por meio da sucessão legítima.³⁹⁰

É certo que o poder jurídico da autonomia privada, assim como qualquer outro poder ou direito, não é absoluto, possuindo limites que, a dependerem do universo que estejam, irão variar. No que se refere a alguns direitos de personalidade ou até no direito de família, a autonomia privada é mais restrita que no campo das obrigações.³⁹¹

Gonçalves de Proença em sua obra “Direito das Sucessões” transcreve que, “sendo a legítima uma percentagem ou porção aritmética” da herança do falecido, que corresponde a um terço, metade ou dois terços, “para determinar essa quota, é preciso indicar o *todo* em relação a qual deve ser estabelecida”.³⁹²

Pode-se retirar da leitura dos artigos 2158 a 2161, do CCB, que, dependendo da quantidade e da qualidade dos sucessíveis chamados, a legítima objectiva pode ter valores distintos de 1/3, 1/2 ou mesmo 2/3 da herança, sendo tal medida apurada na abertura da sucessão.³⁹³

Conforme resulta do artigo 2162 do CCB, “para o cálculo da legítima deve atender-se ao valor dos bens existentes no patrimônio do autor da sucessão à data da sua morte, ao valor dos bens doados, as despesas sujeitas à colação e às dívidas da herança”. Tal preceito, como veremos, está sujeito à correcção por parte da doutrina.³⁹⁴

O cálculo da legítima, de acordo com o artigo 2162, do CC, é uma realidade complexa que não será desenvolvida neste trabalho, salvo a porcentagem que incide na sucessão sobre os cálculos. Trata-se de um aprofundamento que não se faz pertinente, mediante o objetivo dessa pesquisa. Pode, futuramente, ser tratado especificamente em um artigo científico.

³⁸⁸ DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**, 2019, p. 100.

³⁸⁹ DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**, 2019, p. 26.

³⁹⁰ DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**, 2019, p. 145.

³⁹¹ DANTAS, Renata Marques Lima – Autonomia privada no direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da legítima. **Revistas**, 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br>. [Consult. em: 14-01-2020].

³⁹² PROENÇA, José João Gonçalves de – **Direito das Sucessões**, 2009, p. 123.

³⁹³ PROENÇA, *Op. Cit.*, p. 123-124

³⁹⁴ PROENÇA, *Op. Cit.*, p. 123-124

Como já dito anteriormente, no Brasil, há os herdeiros necessários, cônjuge sobrevivente, descendentes e os ascendentes; em Portugal, há três categorias de sucessíveis legitimários, os herdeiros necessários, cônjuge sobrevivente. Na parte final do preceito, diz-se que esses sucessíveis se ordenam segundo as classes da sucessão legítima, devendo-se, nesse caso, remeter para as regras da sucessão legítima.³⁹⁵

“Segundo se introduziu, observa-se da doutrina que a autonomia privada só tem tido avanços no âmbito do Direito de Família e permanece estanque no campo das sucessões”.³⁹⁶

A conformação legislativa atual da sucessão testamentária acerca da proteção da legítima não faz mais sentido, uma vez que seu principal objetivo é alcançar a proteção e solidariedade familiar; no entanto, falha em sua missão, ao mesmo tempo em que suprime de forma demasiada a autonomia da vontade do testador, de maneira a permitir que ele destine apenas metade da sua herança no Brasil e uma variável em Portugal, da forma que achar melhor, no caso de existirem herdeiros necessários sobreviventes; portanto, quando se discute a necessidade de manutenção da legítima, o princípio da solidariedade familiar pode e deve ser conformado com a autonomia privada do testador.³⁹⁷

Para repensar a proteção da legítima na sucessão testamentária, é essencial analisarmos os fundamentos desse instituto e, a partir daí, mostrar que as razões que sustentam a proteção dos herdeiros necessários não encontram mais uma correspondência na atualidade.³⁹⁸

Conforme se observa dentro das sociedades, tanto brasileira como portuguesa, as críticas civilistas contemporâneas quanto ao fechamento do Direito Sucessório às transformações sociais são providas de sentido. Para se aproveitar o movimento de pressão doutrinária em prol de sua repaginação, incluiríamos, portanto, à análise um necessário incremento de proteção quanto às relações produtoras de vulnerabilidade agravada, que parecem figurar como o mais novo ponto de implosão ao antropocentrismo liberal dominante do Direito Civil clássico.

Com visões bem alargadas, atualmente herdeiros maiores e capazes são pessoas estabelecidas na vida financeira, muitas vezes com mais posses do que os próprios pais, mas

³⁹⁵ FERNANDES JÚNIOR, Wagner Luiz (2014). **Da “Obrigatoriedade” da sucessão legítima como forma de privação da liberdade do “de cujus” em dispor do seu patrimônio**. Dissertação de Mestrado em Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream>. [Consult. em 14-01-2020].

³⁹⁶ MADALENO, Rolf apud MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Clara Harmatiuk (Coord.) – **Direito das famílias**: por juristas brasileiras, 2022, p. 206.

³⁹⁷ ROSA, Conrado Paulino da; COELHO, Fernanda Rosa - Critérios Diferenciadores da Doação e Partilha em Vida *In* Teixeira, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luíza Maia (Coord.) - **Direito das Sucessões: problemas e tendências**, 2022, p. 251.

³⁹⁸ AMARAL *Op. Cit.*, p. 376.

deve-se levar ao debate os vulneráveis de uma forma geral, principalmente economicamente desprotegidos, que são as crianças, adolescentes, pessoas com deficiência que não possam se sustentar ou outras pessoas que dependam economicamente, no caso em questão, do falecido.

Verificar quem são os vulneráveis no direito sucessório é identificar aqueles que, figurando no rol dos herdeiros legítimos, devem ser alimentados. Como se sabe, há possibilidade de dever alimentar entre colaterais; entretanto, na vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do Código Civil brasileiro³⁹⁹, os colaterais não são herdeiros necessários ou legitimários, em que pese o fato de serem legítimos.

Admitir, por exemplo, a instituição de uma obrigação alimentar a ser suportada pela herança, para aquelas pessoas que dependiam economicamente do autor da herança, seria uma forma eficaz e proporcional de atender o dever de mútua assistência decorrente da solidariedade familiar e, ao mesmo tempo, não limitar a autonomia do testador.

A vulnerabilidade econômica no direito sucessório não se refere à pessoa que se releva com menos recursos financeiros, mas sim àquela que não possui condições de, por si mesma, assegurar as condições materiais necessárias à proteção de sua dignidade. Podem ser identificadas nessa condição a criança e o adolescente, pois estes ainda não possuem capacidade plena para estabelecerem economia própria, são pessoas em formação e “não têm maturidade suficiente para compreender o mundo através de suas próprias capacidades”. A dependência das crianças e adolescentes revela diversos aspectos existenciais, mas é claro que o suporte patrimonial é instrumento sem o qual os menores não conseguem viver dignamente.⁴⁰⁰

No que tange aos demais vulneráveis mencionados e que possam figurar na qualidade de herdeiros, será imprescindível, sob a ótica das sucessões, verificar a existência de vulnerabilidade econômica, entendida como aquela que ensejaria o dever de alimentar por parte do autor da herança. Em que pese serem reconhecidas diversas situações de vulnerabilidade, cada uma possui aspectos próprios que ensejam tutela própria.⁴⁰¹

³⁹⁹ **Art. 1.829.** A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694). I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

⁴⁰⁰ MODESTO, Ivânia Cristina Camin Chagas – **Direito Civil Avançado Direito das Sucessões – Sucessão legitimária – Portugal x Brasil**, 2020, p. 17.

⁴⁰¹ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando – **Direito das Sucessões: um recorte pretérito, um recorte excepcional e um recorte de futuro**. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 151, p. 53, set. 2021.

“A Constituição brasileira, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar”.⁴⁰² A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo dos laços de solidariedade, mas a noção de autonomia da vontade não caminhou como geradora de efeitos jurídicos nas relações familiares.

Mas, quem mais aparenta deter autonomia em relações privadas costuma ser quem mais se favorece com os critérios de hierarquização social. Não por menos, a causa do vazio patrimonial de titularidade delas costuma ter íntima relação com os vínculos de cuidado demandados por cônjuges, companheiros e parentes, em um cenário que não se reproduz para eles, os quais constituem os principais destinatários deste tempo e deste esforço não remunerado.

Cabem, pois, verdadeiros “mecanismos de intervenção reequilibradora do ordenamento” em prol da igualdade material. Portanto, as travas e as aberturas sucessórias devem ser lidas através do enfrentamento das situações de maximização de vulnerabilidade familiar, extrapolando, com isso, as narrativas sobre autonomia privada.⁴⁰³

⁴⁰²DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 46.

⁴⁰³ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Clara Harmatiuk (Coord.) – **Direito das famílias: por juristas brasileiras**, 2022, p. 205.

6. O DESAFIO DA PÓS-MODERNIDADE

Quando se pensa em família, ainda vem à mente o modelo tradicional, como um homem e uma mulher e sua prole – este casal fora unido pelo matrimônio sagrado, com o dever de gerar filhos, até que a morte os separe, ou seja, mesmo que eles tenham barreiras e outras dificuldades, deverão permanecer “casados”.

As normas de direito de família têm caráter imperativo regulando as modalidades, os requisitos e a forma de casamento, definem os deveres e os direitos pessoais dos cônjuges, as que enumeram os fundamentos do divórcio, as que disciplinam as responsabilidades parentais, o direito a alimentos e o instituto referente a adoção.⁴⁰⁴

Como na exposição de todo o trabalho, estudamos a modificação total da estrutura familiar. Hodiernamente, as pessoas, tanto no Brasil, quanto em Portugal, parecem já estar mais acostumadas com as famílias que se distanciam do perfil tradicional.

Quando confrontado com outros ramos de direito, o Direito de Família é especialmente influenciado pelas modificações que se refletem nas estruturas sociais e políticas. A noção de casamento, a admissibilidade ou inadmissibilidade do divórcio, a posição da mulher casada perante o marido, a situação dos filhos constitui matéria cuja solução tem sofrido grandes modificações.⁴⁰⁵

Nesse contexto de extrema mobilidade das novas tipologias familiares, as novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade, que não se alterou, de se criarem os filhos, daí a necessidade de se flexionar igualmente o termo que identifica a família atual, de modo a albergar todas as suas conformações.⁴⁰⁶

Vale ressaltar que já há a aplicação de tal princípio neste campo do direito, mas de forma mitigada, com a limitação legal embasada em fatores que não se amoldam à realidade social, de modo que possam englobar a fluidez familiar e as diversas formas de relação afetiva.

Esse limite está contido na previsão de existência de uma meação necessária destinada obrigatoriamente a um rol de herdeiros definidos em lei, que não contempla todas as formas de relação familiar, por privilegiar o laço sanguíneo. No Brasil, o STF decidiu em relação ao cônjuge equipará-lo ao companheiro, mas ainda há a debilidade em relação a outros graus de afinidade.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ AMARAL, Jorge Augusto Pais de - **Direito da Família e das Sucessões**, 2018, p. 18.

⁴⁰⁵ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; Marcos Ehrhardt Junior - **A Importância do Direito Comparado no Estudo do Direito das Sucessões** In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.) - **Direito Das Sucessões: problemas e tendências**, 2022, p. 459.

⁴⁰⁶ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 46.

⁴⁰⁷ PINHO, *Op. Cit.*

Apesar do exposto, a primazia da sucessão legítima como principal modelo de aplicação à relação hereditária ainda encontra guarida no argumento de proteção familiar, sem, contudo, englobar a fluidez na formação familiar presente na sociedade.⁴⁰⁸

As múltiplas entidades familiares atreladas a uma nova compreensão da função da família na sociedade civil, entendida como um espaço de desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros, sendo uma consequência atualmente quase que natural, já que vivenciamos em ambos os continentes uma especial proteção destinada aos vulneráveis, como crianças, idosos e mulheres, vem colocando em xeque esse engessamento da sucessão legítima, desafiando novos espaços de autonomia do titular do patrimônio, sem descuidar de seu fundamento, qual seja, a solidariedade familiar.

Nesse sentido, há a necessidade de se realizar uma reforma legislativa para adequar o direito sucessório aos novos moldes sociais, de forma que este possa englobar as diferenças contida nos países, tais como o Brasil e Portugal, além de confiar ao proprietário do patrimônio o direito de dispor de acordo com seu juízo; desta forma, privilegiam-se os laços afetivos construídos em vida, além de permitir ao autor da herança que exerça seu direito com justiça, em relação aos possíveis herdeiros e em relação a si mesmo.

Deveras, paulatinamente, a cultura de se criar expectativa patrimonial perante a morte de alguém esvair-se-ia pela incerteza dos beneficiados, gerando uma nova cultura de autonomia e independência individual.⁴⁰⁹

Nesse ponto, as relações teriam o afeto como principal justificativa para ocorrerem, inclusive no âmbito familiar, em que as cisões e as intrigas em relação a essa questão sucessória minguariam. Ora, cumpre ressaltar que ninguém poderia julgar melhor quais relações e experiências são mais importantes na vida de alguém do que senão o próprio sujeito que as vivenciou. Não vale prosperar a indignação dos não contemplados na escritura.⁴¹⁰

Apesar dos argumentos expostos, a sucessão testamentária é alvo de diversas críticas, como a possibilidade de desamparo familiar, de fraudes, as possíveis cisões familiares e a persuasão. Trazendo à baila, todos esses problemas encontram resolução, seja no seio do próprio sistema hereditário discutido, seja por meio de ações judiciais de garantia.⁴¹¹

⁴⁰⁸PINHO, *Op. Cit.*

⁴⁰⁹PINHO, *Op. Cit.*

⁴¹⁰PINHO, Caio Bezerra de – Autonomia privada no Direito das Sucessões: os problemas decorrentes da aplicação da sucessão legítima no direito brasileiro. **Revista Jusbrasil**. Disponível em: https://cbpinho10.jusbrasil.com.br/artigos/705176107/autonomia-privada-no-direito-das-sucessoes?ref=topic_feed. [Consult. 17-01-2020]

⁴¹¹PINHO, *Op. Cit.*

Não obstante, é cediço que, ainda que possam existir tais procedimentos judiciais, haveria um processo de redução de demandas, já que a questão sucessória estaria vinculada à vontade do falecido. Apesar das críticas formuladas e às teses que defendem a imposição da legítima, a aplicação da sucessão testamentária em ambos os ordenamentos jurídicos mostra-se mais arrazoadada, sob a perspectiva da ocorrência de diversos benefícios sociais, do privilégio conferido à dignidade da pessoa humana e da contribuição para a formação cultural de independência e autonomia individual.⁴¹²

⁴¹²PINHO, *Op. Cit.*

7 CONCLUSÃO

Em relação aos objetivos dessa pesquisa, tentou-se persegui-los, a fim de que fosse possível conduzir o estudo do Direito das Famílias e Sucessões, para um olhar social e legiferante. A família é, portanto, aquela que se forma sem impedimento de ordem consanguínea e moral.

Compreende-se que o Direito define os conceitos das novas tipologias familiares e declinam os efeitos jurídicos, consoante os anseios sociais, realizando seu dever organizacional desses novos núcleos que também são “famílias”. O Direito define, portanto, o que é família para fins de regular-lhe os efeitos, sendo que o Código Civil Brasileiro tem um olhar para família matrimonial, com alterações vindas do judiciário na regulamentação das uniões estáveis heteroafetivas e homoafetivas, e que a equiparação da relação familiar é fortemente baseada no casamento.

Não se tratou neste trabalho em regime de bens, já que teria outro foco, o que deverá ser analisado caso a caso, com exceção da união estável em que o adotado é o regime da comunhão parcial de bens, o que em nada alterou o conceito de família. O que se vê no Brasil e em Portugal é que as relações não baseadas no casamento, que passam pela morte de um dos cônjuges, são judicializadas, ou seja, sempre se atribui caráter jurídico para essas relações.

Em Portugal, até a profunda reforma do Direito de Família operada pelo Decreto-Lei n. 496 de 1977, de 25 de novembro, essas situações apenas eram consideradas, excepcionalmente, para a consagração de efeitos completamente alheios ao reconhecimento de qualquer estatuto jurídico a essa realidade. Prova disso são os artigos 1860.^o ⁴¹³ e 1862.^o ⁴¹⁴, ambos do CCP, que incluíam, como uma das situações em que se admitia a ação de investigação de paternidade, a existência de uma comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges. “Contudo, a crise do casamento que se manifestou nas últimas décadas do século passado, acompanhada de uma crescente opção pelo estabelecimento de

⁴¹³ **Artigo 1860.^o** 1. A perfilhação é anulável judicialmente a requerimento do perfilhante quando viciada por erro ou coação moral. 2. Só é relevante o erro sobre circunstâncias que tenham contribuído decisivamente para o convencimento da paternidade. 3 - A ação de anulação caduca no prazo de um ano a contar do momento em que o perfilhante teve conhecimento do erro ou em que cessou a coação. 4 - Se o perfilhante for menor não emancipado ou maior acompanhado com restrições ao exercício de direitos pessoais, a ação não caduca sem ter decorrido um ano sobre a maioridade, emancipação, cessação ou modificação bastante do acompanhamento.

⁴¹⁴ **Artigo 1862.^o** Se o perfilhante falecer sem haver intentado a acção de anulação ou no decurso dela, têm legitimidade para a intentar no ano seguinte à sua morte, ou nela prosseguir, os descendentes ou ascendentes do perfilhante e todos os que mostrem ter sido prejudicados nos seus direitos sucessórios por efeito da perfilhação.

relações de união de facto, deu força a uma realidade social cuja importância não podia mais deixar de suscitar a intervenção do Direito”.⁴¹⁵

Como se vem declinando na exposição de todo o trabalho, a família mudou em ambos os continentes. Hodiernamente, portugueses e brasileiros parecem já estar mais acostumados com as famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com as famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas e tantos outros modelos impõe que se reconheça que seu conceito se pluralizou.

No primeiro capítulo, analisou-se o desenvolvimento familiar ao longo dos tempos, das mais primitivas até as contemporâneas, o alargamento desses novos arranjos familiares de ambos os países. Revisitou-se os conceitos de famílias de vários doutrinadores que escrevem sobre família e ou famílias, demonstrando assim a transcendência do conceito.

Ainda no primeiro capítulo faz-se um apanhado Constitucional de posicionamento do Direito de Família, como se comportou este dentro das várias constituições, deixando assim transparecer que este Direito fora humanizado para fora das Constituições. O agrupamento familiar deixou de ser considerado um estado civil nominado; nos agrupamentos familiares não há mais uma chancela do estado civil nas pessoas, como no casamento, onde se altera.

As novas tipologias familiares é uma situação de fato, não há nenhum ato formal nas suas constituições, somente interesses afetivos.

Nesse contexto de extrema mobilidade das novas tipologias familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade, que não se alterou, de se criarem os filhos, daí a exigência de se flexionar igualmente o termo que identifica a família atual, de modo a se albergarem todas as suas conformações.

No segundo capítulo, apresentam-se as formas de sucessão, tanto do direito português, quanto do direito brasileiro, conduzindo o leitor a uma releitura do ramo de Direito de Família e Sucessões, em que, apesar da delicadeza do assunto, a morte afeta diretamente as relações de afeto. Hoje, as leis regulamentadoras das sucessões, tanto portuguesas, quanto brasileiras, encontram-se descoladas da realidade de ambos os países. É necessário trazer nova moldura social às questões que necessitam ser reguladas para depois da vida.

Observa-se que o princípio da autonomia privada, produto de modelação histórica, tornou-se parte do bloco de constitucionalidade que rege o ordenamento brasileiro. Nesse sentido, tal princípio mostra-se como um dos principais motivos do fenômeno de

⁴¹⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. 2010, p. 10. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/34/ponencia%20portugal%202010.pdf> [Consult. em 12-02-2021].

constitucionalização do direito civil no Brasil⁴¹⁶, o que serviria perfeitamente para o direito Português; sua observância, pois, garante a execução de diversas liberdades garantidas pela Carta Magna, ou seja, tal princípio tornou-se inerente à dignidade da pessoa humana. Sua aplicação deve ser estendida aos demais institutos do direito civil, entre eles a sistemática sucessória.⁴¹⁷

Como já dito, a falta de previsão legislativa não pode servir de justificativa para a Justiça negar a prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a existência de direito merecedor da garantia jurídica. Como o legislativo é silente em razão das novas tipologias familiares, pois há sempre um descompasso entre a realidade e direito, fica a cargo dos magistrados, que criam “leis” para o caso concreto, decidirem, muitas vezes, sem o amparo legal, embora essa seja a função criadora da Justiça, a qual, muitas vezes, se busca por meio de um ativismo judicial proteger estas famílias.

As novas famílias precisam ser vistas de uma forma legislativa, precisam ser conceituadas, precisam ser codificadas, precisam ser consolidadas, já que são várias tipologias, para que delas extraiam os efeitos jurídicos.

O estudo e o aprofundamento da pesquisa em direito comparado são de grande importância sob os mais diversos aspectos, destacando-se, como afirmado, a compreensão de determinada categoria, instituto ou mesmo dispositivo legal de certo ordenamento jurídico ante outro sistema, com vistas à igual compreensão do mesmo ponto no próprio sistema ou ao seu aperfeiçoamento, à sua transformação através de eventual alteração legislativa.

Como já dito, e para finalizar, o direito das sucessões tem estreita interlocução com o direito de família e outras situações jurídicas existenciais, como alimentos, habitação, previdência, e tantas figuras jurídicas do direito civil, como doação, fideicomisso, direito patrimonial e geral, direito de propriedade, e ainda, criança e adolescente, mulher em especial, idoso, pessoa com deficiência, entre outros, tendo em vista as grandes transformações sociais ocorridas nos últimos 100 anos, muitas delas ocorridas pelos atores dos direitos acima citados, cada país com seus variados propósitos para a solução de problemas práticos da contemporaneidade, tratando assim de uma jornada instigante e reveladora, que serve aos mais variados projetos, podendo ser visitados ou revisitados.

⁴¹⁶PINHO, Caio Bezerra de – **Autonomia privada no Direito das Sucessões: os problemas decorrentes da aplicação da sucessão legítima no direito brasileiro**. Revista Jusbrasil, 2019. Disponível em: https://cbpinho10.jusbrasil.com.br/artigos/705176107/autonomia-privada-no-direito-das-sucessoes?ref=topic_feed. [Consult. em 17-01-2020].

⁴¹⁷PINHO, *Op. Cit.*

Doutrinadores e estudiosos têm o seu olhar voltado para o direito das sucessões, em um movimento que chama a atenção demasiadamente pela complexidade das normas e pelas diferenças continentais de cada país, sendo que a motivação deste trabalho é trazer reflexões de juristas portugueses e brasileiros sobre várias implicações das importantes transformações havidas no Direito das Famílias, e quais serão os reflexos no Direito das Sucessões.

Já se faz hora para a revisitação das normas em direito sucessório frente à desenvoltura do direito de família, e a comparação é um veículo que pode simplificar muito os caminhos a serem percorridos, mesmo com todas as diferenças que se fazem presentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACELINO, Pedro Guimarães – **Ações e Recursos: petições direito sucessório**. 3. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira LTDA, 1996.

ALMEDINA. Disponível em: http://bdjur.almedina.net/item.php?field=node_id&value=369671. [Consult. em 16-09-2021].

ALMEIDA, Felipe Cunha de – **Responsabilidade civil no direito de família: angústias e aflições nas relações familiares**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. ISBN 978-85-9590-089-9.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7680-5.

ALVES, Fernando de Brito – A homossexualidade e o princípio constitucional da igualdade. Argumentar: **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI**. Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 6, 2006.

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de – **Prática no Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021. ISBN 978-85-97-02648-1.

ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito Civil Sucessões**. 5. ed. Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0932-2.

BARROS, Regis Pedrosa (2017) – **Autonomia privada versus autonomia da vontade**: para além de uma mera preferência terminológica. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/autonomia-privada-versus-autonomia-da-vontade-para-alem-de-uma-mera-preferencia-terminologica/#_ftn3. [Consult. em 15-01-2020].

BELTRÃO, Tatiana. (04 de dezembro de 2017), **O divórcio demorou a chegar no Brasil**. Senado Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>. [Consult. 19-10-2021].

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro – **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva. 2005.

CALMON, Rafael – Manual de Direito Processual das Famílias. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. ISBN 978-65-5362-3

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS Martinez de – **Lições de Direito das Sucessões**. Coimbra: Edições Almedina S.A: 2018. ISBN 978-972-40-6873-2.

CAMPOS, Diogo Leite de;– **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A: 2008.

CARBONERA, Silvana Maria – **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. Anais do I Congresso de Direito das Famílias, Belo Horizonte, 1988, p. 486. Disponível em: http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v02n03art02_dias.pdf [Consult. 22-09-2022].

CARVALHO, Dimas Messias de – **Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. ISBN 978-65-5559-185-9.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, COELHO, Luiz Cláudio Guimarães – **Multiparentalidade e herança: alguns apontamento** – Revista IBDFAM, famílias e sucessões, Belo Horizonte, n. 19, p. 11-24, janeiro/fevereiro 2017.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de - **Cônjuge do hereditando, separado de fato por ocasião do falecimento, recolhe direito sucessório legal deste último?** Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/449434687/conjuge-do-hereditando-separado-de-fato-por-ocasio-do-falecimento-recolhe-direito-sucessorio-legal-deste-ultimo> [Consult. 06-02-2023]

CASSETTARI, Christiano – **Elementos de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-472-2896-5.

CASSETTARI, Christiano. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015. ISBN 978-85-309-5886-2.

CITIUS. Inteiro teor disponível em:
<https://www.citius.mj.pt/portal/article.aspx?ArticleId=2194> [Consult. em 20-09-2022].

COSTA, Dilvanir José da – A Família nas constituições. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92305/Costa%20Dilvanir.pdf> [Consult. em 15-12-2022].

COULANGES, Fustel de – **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Martin Claret, 2009. ISBN 978-85-7232-780-0

DANTAS, Renata Marques Lima (2015) – Autonomia privada no direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da legítima. **Revistas**, 2015. Disponível em:
<https://revistas.unifacs.br>. [Consult. 14-01-2020].

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-6001-9.

DIAS, Maria Berenice – **Manual das Sucessões**. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. ISBN 978-85-442-2812-8.

DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. ISBN 978-65-5680-354-8.

DGSI. Bases jurídico-documentais. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a804d9340bbd68888025875a003499b1?OpenDocument> [Consult. 19-12-2022].

DRESCH, Márcia. (01º de setembro de 2016). A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica. JUS.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica> [Consult. Em 19-10-2021].

ENES, Andreia Filipa Gonçalves – **A sucessão legítima e as restrições ao princípio da autonomia privada**. Dissertação de Mestrado, 2016. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/44765>. [Consult. em 14-01-2020].

FACHIN, Luiz Edson – **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. ISBN 85-7147-112-6.

FALCÃO, Marta; SERRA, Miguel Dinis Pestana; TOMÁS, Sérgio Tenreiro – **Direito de Família**: da teoria à prática. 2. ed. rev. e atualizada. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6577-9.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: direito das famílias. 6. ed. vol. 6. rev, amp e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. ISBN: 857761897-8.

FERNANDES JÚNIOR, Wagner Luiz– **Da “obrigatoriedade” da sucessão legítima como forma de privação da liberdade do “de cujus” em dispor do seu patrimônio**. Dissertação de Mestrado em Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream> [Consult. 15-02-2020].

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: obrigações. 10. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN: 978-85-02-07523-8.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. ed. 6. vol. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. vol único, 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. ISBN: 978-85-536-1466-0

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. ISBN: 978-65-5362-528-0.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. ISBN: 978-65-5362-596-9.

HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando – **Direito das Sucessões: um recorte pretérito, um recorte excepcional e um recorte de futuro**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 151, p. 50, set. 2021.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/4903/novosite> [Consult. 15-12-2022].

INFOESCOLA. Disponível em: <https://www.infoescola.com/direito/codigo-napoleonico/>. [Consult. 16-09-2021].

JABLONSKI, Bernardo – **Até que a vida nos separe: a crise do casamento contemporâneo**. Rio de Janeiro: AGIR, 1991.

LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (Coord.) – **Dicionário de direito de família**, volume 1: A-H. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-97-00164-8.

LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (Coord.) – **Dicionário de direito de família**, volume 2: I-Z. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-97-00208-9.

LEITE, Sidney Alan – **A bíblia da mulher: leitura, devocional, estudo/gêrencia**. São Paulo: Mundo Cristão, 2003. ISBN 85-7325-299-5.

MADALENO, Rolf – **Sucessão Legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-85-309-9032-9.

MADALENO, Rolf Hanssen; MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rafael – **Sucessão Legítima**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 978-65-596-4108-6

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Clara Harmatiuk (Org) - **Direito das famílias**: por juristas brasileiras. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. ISBN 978-65-5515-563-1.

MODESTO, Ivânia Cristina Camin Chagas – Direito Civil Avançado Direito das Sucessões – Sucessão legitimária – Portugal x Brasil. 15-01-2020.

MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de Direito Civil**: direito das sucessões. 28. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1993. ISBN 85-02-00379-8.

MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de Direito Civil**: direito das sucessões. 32. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1998. ISBN 85-02-02268-7.

MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de Direito Civil**: direito de família. 30. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998. ISBN 85-02-00375-5.

MUNDO E EDUCAÇÃO. **Brasil Colônia**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/brasil-colonia.htm> [Consult. 19-10-2021].

OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de – Da necessidade de Repensar a Legítima. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5658, 28 dez. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66911> [Consult. 13-02-2020].

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; GOZZO, Debora; LIGIERA, Wilson Ricardo – **Direito e dignidade da Família**: do começo ao fim da vida. São Paulo: Editora Almedina, 2012. ISBN 978-85-63182-30-2.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues – **Direitos de Família**: história do direito brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN: 978-85-309-9297-2.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha – **Direito das Famílias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. ISBN: 978-65-5964-800-9.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha - **O que significa união paralela?** Conheça os 05 principais argumentos que justificam a necessidade de reconhecimento da União Paralela. Publicado em: 12-09-2019. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-significa-uniao-paralela-conheca-os-05-principais-argumentos-que-justificam-a-necessidade-de-reconhecimento-da-uniao-paralela/#:~:text=Tem%20o%20mesmo%20sentido%20de,ou%20a%20uma%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel>. [Consult. 22-09-22]

PIMENTEL, Fernanda Pontes – O casamento e a família contemporânea: tradição ou fetiche? **Publica Direito**, p. 17. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f718f9badf83a6aa> [Consult. 22-09-2022].

PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**. 5. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6763-6.

PINHO, Caio Bezerra de – **Autonomia privada no Direito das Sucessões: os problemas decorrentes da aplicação da sucessão legítima no direito brasileiro**. Revista Jusbrasil. Disponível em: https://cbpinho10.jusbrasil.com.br/artigos/705176107/autonomia-privada-no-direito-das-sucessoes?ref=topic_feed. [Consult. 17-01-2020]

PITÃO, José António de França – **Unões de facto e economia comum**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2011. ISBN: 978-972-40-4616-7.

POPPER, Karl Raimund – **A lógica da pesquisa científica**. 9. ed. São Paulo: Editora Pensamento, 1993.

PORTUGAL. **Lei mostra articulado**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1262&tabela=leis. [Consult. 16-09-2021].

PROENÇA, José João Gonçalves de – **Direito das Sucessões**. Lisboa: Quid Juris, 2002. ISBN 972-724-146-8.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares – **Novo direito sucessório brasileiro**: totalmente idealizado sob os novos paradigmas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002. Atualizado com a Lei 11.441/2007. Leme: JH Mizuno, 2009. ISBN: 978-85-7789-055-2.

RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil: direito de família**. 23. ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 1998. ISBN: 85-02-02175-3.

RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil: direito das sucessões**. 18. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1993. ISBN: 85-02-00364-X

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva – **Teorias da Lei Natural: Pufendorf e Rousseau. Trans/Form/Ação**, Marília, v. 30, n. 2, p. 219-234, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732007000200014&lng=en&nrm=iso. [Consult. 14-01-2020].

SILVA, Regina Beatriz Tavares de; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alicia García de – **Tratado da união de fato**: tratado de la unión de hecho. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. ISBN: 978-65-562-7204-7.

SOARES NETO, Horígenes Fontes - **A família reconstruída e o reconhecimento jurídico da pluriparentalidade**. Âmbito Jurídico. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/a-familia-reconstruida-e-o-reconhecimento-juridico-da-pluriparentalidade/#_ftn4 [Consult. 21-09-2022].

SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel – **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. ISBN: 978-85-7700-592-5.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando – **Direito Civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando - **Direito Civil: direito das Sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. ISBN: 978-85-309-4472-8.

TARTUCE, Flavio – **Manual de Direito Civil**: volume único. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. ISBN: 978-85-309-7796-2.

TARTUCE, Flávio - **Direito Civil**: direito da família. 18. ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TARTUCE, Flávio - **Família e Sucessões: STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil. e agora?** Migalhas, 31 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/259678/stf-encerra-o-julgamento-sobre-a-inconstitucionalidade-do-art--1-790-do-codigo-civil--e-agora> [Consult. 02-03-2023].

TARTUCE, Flávio. **Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos**. Jusbrasil. Inteiro teor. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos> [Consult. 19-12-2022].

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.) – **Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. ISBN: 978-65-5515-228-9.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.) – **Direito das Sucessões: problemas e tendências**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022. ISBN: 978-65-5515-384-2.

TRATADO DA UNIÃO DE FATO: tratado de la unión de hecho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/34/ponencia%20portugal%202010.pdf> [Consult. 16-09-2021].

VATICAN. Disponível em: https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonicali/portuguese/codex-iuris-canonicali_po.pdf. [Consult. em 16-02-2022].

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil**: direito da família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN: 85-224-3326-7.

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil:** direito da família. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN: 978-85-224-9642-6.

VICENTE, Dário Moura – **Direito Comparado:** introdução, sistemas jurídicos em geral. 4. ed. vol. 1. São Paulo: Almedina, 2018. ISBN: 978-85-8493-436-2

WEBER, Max – **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo.** São Paulo: Martin Claret, 2007.

ZAMATARO, Yves Alessandro Russo – **Direito de família em tempos líquidos.** 1.ed. São Paulo: Almedina, 2021. ISBN 978-65-5627-223-8.