



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO

ROBERTO LIMA FIGUEIREDO

**A CONFORMAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO
CONVIVENCIAL E SEUS REFLEXOS PATRIMONIAIS**

Salvador
2009

ROBERTO LIMA FIGUEIREDO

**A CONFORMAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO
CONVIVENCIAL E SEUS REFLEXOS PATRIMONIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho.

Salvador
2009

ROBERTO LIMA FIGUEIREDO

**A CONFORMAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA DO DIREITO
CONVIVENCIAL E SEUS REFLEXOS PATRIMONIAIS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho – Orientador

Dr. Washington Luiz da Trindade

Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo.

Salvador, de de 2009

Dedico esta monografia a meu inesquecível pai, Solon Figueiredo, que está presente em meus pensamentos todos os dias, pelo estímulo que ele sem perceber, nem falar, deu-me em seguir a carreira jurídica e pelo exemplo de honra, integridade, trabalho, respeito e amor incondicionado à família.

À minha amada mãe, Ozenir Lima Figueiredo, simplesmente por tudo que sou, por me carregar em seu ventre, por me dar a luz, acompanhado o meu crescer, dividido os bons e maus momentos em todos estes poucos anos da minha singela existência. Aos meus irmãos Teco, Tuca e Lú. Saudades do tempo no Shimidt. Amo vocês!

A minha família maravilhosa que cresceu exponencialmente ao longo desse Mestrado e está cada vez melhor, mais vivida, humana e divertida. A Tina, a minha mulher, o meu amor, a minha vida, o meu lugar. Eu sei o quanto subtraí preciosos tempos das nossas vidas por conta desta Dissertação de Mestrado. Graças a você pude prosseguir. Perdão pelas noites em claro no gabinete. Saiba que você está no meu coração em todos os segundos. Você é o grande amor da minha vida. Ao meu príncipe Bernardo, meu parceiro de folia, minha renovação, meu repetir melhorado, minha nova escola. E, finalmente, a minha amada princesa Beatriz, recém nascida. Muitas foram as noites acordadas a partir de então, mas o olhar iluminado de Bibia superava tudo. A Conceição, minha segunda mãe, pelo imenso apoio e carinho. Espero estar mais próximo de vocês agora com o término desse trabalho. Tenho certeza que iremos nos divertir ainda mais a partir de hoje. Amo muito vocês!

AGRADECIMENTOS

Agradecer, mais do que um gesto de humildade é um ato de respeito e Justiça. Tenho a satisfação de iniciar meus agradecimentos na pessoa do Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, do exímio professor, do distinto amigo e, principalmente, do amado irmão Luciano Lima Figueiredo. Foi ele quem me incentivou ao Mestrado. Certamente não estaria aqui acaso não houvesse esta intervenção amada, este cuidado, incentivo, e apoio no momento decisivo da inscrição. Lú, obrigado pelos telefonemas diários, pelas dicas e acima de tudo por estar ao meu lado não apenas nesta jornada, mas em todos os decisivos momentos de nossas vidas.

Mas é preciso voltar no tempo para um outro registro importante. Graças ao meu fraterno amigo Eugênio Kruschewsky, fui convidado a lecionar na Universidade Salvador – UNIFACS. A partir deste instante, criei gosto pela atividade acadêmica e pude seguir em frente alçando outros vãos. Não fosse você, Eugênio, talvez eu também não estivesse aqui neste momento. Receba o meu sincero obrigado.

Agora eu precisarei falar de uma outra pessoa extremamente fundamental para tudo isso. O meu orientador e hoje irmão fraterno o Doutor Rodolfo Pamplona Filho, de todos conhecidos, paradigma de integridade, genialidade, arte, versatilidade, sensibilidade e humanidade. Nunca me esquecerei do seu abraço amigo no momento mais difícil da minha vida, quando cheguei a pensar em desistir de tudo. Nunca me esquecerei da sua simplicidade. Como alguém da sua grandeza pôde dividir tempo tão precioso comigo? Choro enquanto escrevo para você, Mestre. Choro de felicidade por esse momento. Sei que não fiz a melhor dissertação do mundo. Sei que não estou entre os grandes alunos que já passaram por você. Talvez sequer faça Doutorado, ou obtenha projeção maior do que esta. Não estará esse trabalho nunca à altura de sua orientação. Apesar de tudo, apesar de tudo isto, estou muito feliz por dar o melhor de mim e porque você fez parte desta verdade. Deus esteja contigo em todos os seus momentos. Amém.

Finalmente, gostaria de homenagear o Escritório de Advocacia Pedreira Franco Advogados Associados do qual faço parte, pela paciência e compreensão ao longo desses dois anos incentivando-me a seguir em frente na atividade acadêmica como aspecto decisivo de uma capacitação apta a render frutos também na área profissional advocatícia. Aqui, aproveito ainda para agradecer ao meu dileto

estagiário Hugo Muniz que foi peça fundamental nesse meu caminhar, apoiando-me todos os dias nas mais variadas frentes, permitindo-me dedicar a esta escrita.

“Um dia, um doutor determinará que meu cérebro deixou de funcionar e que basicamente minha vida cessou. Quando isso acontecer, não tentem introduzir vida artificial por meio de uma máquina. Ao invés disso, dêem a minha visão ao homem que jamais viu o raiar do sol, o rosto de uma criança ou o amor nos olhos de uma mulher.

Dêem o meu coração a uma pessoa cujo coração apenas experimentou dias infindáveis de dor.

Dêem o meu sangue ao jovem que foi retirado dos destroços de seu carro, para que ele possa viver para ver os seus netos brincarem.

Dêem os meus rins às pessoas que precisam de uma máquina para viver de semana em semana.

Retirem os meus ossos, cada músculo, cada fibra e nervo do meu corpo e encontrem um meio para fazer uma criança inválida caminhar.

Explore cada canto do meu cérebro. Retirem as minhas células, se necessário, e deixem-nas crescerem para que, um dia, um menino mudo possa gritar em um momento de felicidade ou uma menina surda possa ouvir o barulho da chuva de encontro à sua janela.

Queimem o que restar de mim e espalhem as cinzas ao vento, para que elas ajudem as flores brotarem.

Se tiverem que enterrar algo, que sejam meus erros, minhas fraquezas e preconceitos e todo o mal que fiz aos meus semelhantes.

Dêem os meus pecados ao diabo e dêem a minha alma a Deus. Se, por acaso, desejarem lembrar-se de mim, façam isso com um ato de bondade ou dirijam uma palavra amiga a alguém que precise de vocês.

Se fizerem tudo o que pedi, estarei VIVO para sempre.”

Oração do doador desconhecido, 2006.

RESUMO

O objeto desta dissertação de mestrado é o Direito Convivencial entendido como um sub-ramo do Direito Civil que disciplina todas as relações familiares não matrimonializadas. O recorte acadêmico versa sobre a tentativa de harmonização dos aspectos patrimoniais e econômicos do fenômeno de migração das relações genésicas para o direito constitucional. Este Direito Convivencial, assim denominado nos manuais jurídicos brasileiros, carece de uma conformação principiológica que permita melhor compreender os efeitos patrimoniais e econômicos destas relações familiares não matrimonializadas. As recentes mudanças nos usos e costumes da sociedade permitiram reconhecer a legitimação de novos arranjos familiares fora do âmbito matrimonial e carecedores de disciplina jurídica ante a nova concepção paradigmática que se instaurou no Direito das Famílias. Dentro desta evolução dinâmica do signo família se fez mister analisar aspectos filosóficos e sociais de ontem e de hoje para estabelecer uma crítica ao atual paradigma de núcleo familiar. Constatada a necessidade de superação deste paradigma epistemológico, na busca de se perceber a razão de uma outra forma, socorreu-se aos princípios constitucionais, que foram depurados. Estava aberto o campo para a sistematização principiológica do Direito Convivencial, a permitir o estudo dos aspectos econômicos e patrimoniais destes arranjos familiares fora do casamento.

Palavras-chave: direito convivencial. Princípios. patrimônio.

ABSTRACT

The object of this Master of Law thesis is the Convivencial Law understood as the specific branch of civil law that discipline all the family relationships that has as its members non married persons. The academic cut treats about the tentative to harmonize the economic and patrimonial aspects related to the phenomenon of migration of relations genes for Constitutional law. As called on Brazilian legal manuals, the Convivencial law lacks of principles conformation that better understands the property and economic relations of these families whose members are non married. Recent changes in habits and customs of society have to recognize the legitimacy of the new family arrangements outside marriage and legal carecedores of law discipline on the new paradigmatic concept that has been developed between the Family Law. Within this dynamic evolution of the concept of family was important to analyze social and philosophical aspects of yesterdays and today to make a critic by the current paradigm of nuclear family. Noted the need to overcome the epistemological and no more existent paradigm, looking for understanding the reason for another way, helped with the constitutional principles, which were purified. It opened the field of principles systematization of Convivencial law to allow the study of economic and financial aspects of family arrangements outside the marriage.

Key-words: convivencial law. Principles. heritage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A NOVA CONCEPÇÃO PARADIGMÁTICA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	14
2.1 A ORIGEM DO SIGNO FAMÍLIA	15
2.1.1 A evolução do conceito na história	18
2.1.2 O momento de ruptura histórica com os antigos paradigmas	20
2.1.3 A importância do instituto para o direito	22
2.2 ASPECTOS FILOSÓFICO-SOCIAIS DE ONTEM E DE HOJE: UMA CRÍTICA AO PARADIGMA DE MODERNIDADE	23
2.2.1 O dilema político-ideológico entre regulação e emancipação (a idéia do pêndulo): em busca de paradigmas emergentes	25
2.2.2 O Advento da bioética: a nova concepção paradigmática	28
2.2.3 A ecosofia: a nova concepção paradigmática	35
3 O DIREITO CONVIVENCIAL	40
3.1 A NECESSIDADE DE SE PERCEBER A RAZÃO DE UMA OUTRA FORMA	42
3.1.1 O direito convivencial e a nova ordem mundial	46
3.1.2 A origem do direito convivencial	52
3.1.3 A razão sendo percebida de uma outra forma	55
3.1.4 Conceito, natureza jurídica e finalidade do direito convivencial	58
3.2 O DIREITO ECONÔMICO COMO ÓBICE (APARENTE) AO DIREITO CONVIVENCIAL	61
3.2.1 A influência econômica no passado	61
3.2.2 A influência econômica no presente	63
3.2.3 A função social do direito nos grupos não matrimonializados	65
3.2.2 A Autonomia do Direito Convivencial	67
4 O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A (RE) DESCOBERTA DA PRINCIPIOLOGIA	70
4.1 ANTES OS CÓDIGOS, HOJE AS CONSTITUIÇÕES	71
4.2 A (RE) DESCOBERTA DOS PRINCÍPIOS. UMA NOVA ORDEM JURÍDICA	73
4.3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA COMPLEXIDADE	76

4.4 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E SUA UTILIDADE	77
4.5 ETICIDADE, OPERABILIDADE E SOCIALIDADE	79
4.6 A NECESSIDADE DE SE DEPURAR A PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO CONVIVENCIAL	82
5 DEPURANDO A PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO CONVIVENCIAL	84
5.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONVIVENCIAL E PRINCÍPIOS OUTROS	85
5.2 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE E A INFORMALIDADE DA FAMÍLIA CONVIVENCIAL	85
5.2.1 Origem	86
5.2.2 Conceito	90
5.2.3 Importância	91
5.3 O PRINCÍPIO DA ESPECIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA: JUIZ NATURAL DE FAMÍLIA?	92
5.3.1 Aspectos processuais: breves comentários	94
5.3.2 Singelo histórico	99
5.3.3 Conceito e finalidade	101
5.3.4 O tribunal de exceção	102
5.3.5 O direito de família nesta ordem de idéias	103
5.4 O PRINCÍPIO DA FACILITAÇÃO DA CONVERSIBILIDADE EM CASAMENTO	105
5.4.1 Origem	107
5.4.2 Conceito	109
5.4.3 Fundamentação	110
5.4.4 Importância	112
5.5 O PRINCÍPIO DA ESPECIAL PROTEÇÃO: IMUNIDADE DA FAMÍLIA REGULAR	113
5.5.1 A idéia de proteção desde a origem do instituto família	114
5.5.2 A imunidade como noção ínsita no conceito de família	119
5.5.3 A especial proteção nos códigos de 1916 e 2002	121
5.5.4 A especial proteção na constituição federal de 1988	124
5.5.5 Monogamia versus Poliamorismo	126
5.6 O PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE DA LEGÍTIMA	129
5.6.1 O artigo 5º, inciso XXX, da Constituição de 1988	133

5.6.2 A máxima efetividade: proteção da legítima no direito convivencial. Breves Considerações	134
5.6.3 A necessidade de concretizar o princípio da intangibilidade da Legítima	136
6 A CONFORMAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO CONVIVENCIAL E SEUS REFLEXOS PATRIMONIAIS	138
6.1 A CONCRETIZAÇÃO DAS GARANTIAS PATRIMONIAIS DA SOCIEDADE CONVIVENCIAL	139
6.1.1 Efeito patrimonial <i>inter vivos</i> da convivência: regime de bens	141
6.1.2 Conceito e espécie de regime de bens no direito convivencial	143
6.1.3 Reflexos no regime de bens à vista da conformação principiológica	145
6.2 A CONCRETIZAÇÃO DAS GARANTIAS SUCESSÓRIAS DA SOCIEDADE CONVIVENCIAL	152
6.2.1 A legítima na sociedade convivencial	156
6.2.2 O testamento na sociedade convivencial	162
6.2.3 O artigo 1.790 do código civil brasileiro	165
6.2.4 Reflexos desta conformação principiológica na herança	169
6.2.5 A peculiar questão do concubinato	170
7 CONCLUSÕES	175
REFERÊNCIAS	179

1 INTRODUÇÃO

É possível, “buscando o utilitarismo dos conceitos científicos”¹, conformar principiologicamente o Direito de Família Convivencial para o fim de solucionar questões econômicas privadas oriundas destas famílias?

Em busca desta resposta é que trilhará a dissertação ora proposta. A Família “marcada pelo afeto e pelo amor [...] é o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa”². Dentro desta dinâmica, eclodem problemas carecedores de proteção jurídico-constitucional, cujos desafios se agravam quando o assunto é relação convivencial não matrimonializada.

Saber se um convivente pode acrescer ao seu o nome do outro, obter pensão deixada por servidor público, exercer a curatela em favor do respectivo parceiro, ignorar a monogamia, ratear *aquesto* ao término desta relação, receber herança, seguro de vida, legado, doação, ser juridicamente qualificado como herdeiro legítimo, constituir bem de família voluntário são alguns poucos exemplos desta dinâmica, a bem placitar uma necessidade de sistematização jurídica deste direito convivencial.

Ao abordar o que denominaria de família moderna e os novos fenômenos sociais, Silvio de Salvo Venosa adverte haver “inexoravelmente novos conceitos desafiadores a incitar o legislador e o jurista com premissas absolutamente diversas”³, assim concluindo:

Sem dúvida, o século XXI trará importantes modificações em tema que cada vez mais ganha importância. A seu tempo,

¹ Adota-se aqui para a definição de utilitarismo o escólio de Mônica Aguiar que, cotejando a doutrina de Maria Cecília Maringoni e Tércio Sampaio Ferraz Jr, adverte: A interpretação das normas legais atuais deve se pautar “buscando o utilitarismo dos conceitos científicos em face do direito e, em especial, atendendo à função social da dogmática jurídica como modificadora da conduta dos indivíduos e de suas concepções dos valores existentes, embora com as limitações que lhe sejam próprias”. (AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.41).

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.13.

³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.7.

quando a sociedade absorver os reclamos desses direitos, haverá a resposta legislativa e judicial adequada⁴.

Esta dissertação se propõe a apresentar este problema na tentativa de superá-lo pelo critério da conformação de princípios que podem servir de lastro a uma futura sistematização do direito convivencial. Antes disto, contudo, indagar-se-á:

- a) Existiria mesmo (e o que seria) um Direito Convivencial de Família?
- b) O Direito Convivencial de Família se encontraria sistematizado na Ordem Jurídica?
- c) O Direito Convivencial de Família seria passível de se submeter a uma principiologia?
- d) Quais os princípios das relações interparticulares - e do Direito em geral - que poderiam conformar o Direito Convivencial?
- e) Quais são os aspectos patrimoniais e econômicos das relações interparticulares dos membros da Família Convivencial?
- f) Como a Ordem Jurídica há de reger as questões privadas alusivas à união estável, ao concubinato, à união homoafetiva e a qualquer outra família convivencial?
- g) Há necessidade de tratar este tema à luz dos novos paradigmas constitucionais civis, especialmente o valor dignidade, que surge no Ordenamento Jurídico “como um elemento unificador das normas e categorias jurídicas, com forte influência nos direitos da personalidade”?⁵

A ausência de tratamento acadêmico da matéria sob este enfoque caracteriza a relevância teórica do assunto, como instrumento de saudável discussão científica e evidencia o “conservantismo na disciplina das relações de família” referido por Orlando Gomes⁶ e qualificado como uma “Influência do privatismo doméstico”, a exigir esta disciplina efetiva sobre o direito convivencial, que açambarca um grande número de famílias brasileiras, somadas as uniões estáveis, homoafetivas e concubinárias.

⁴ *Ibidem*, p.7.

⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.7.

⁶ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.15.

A dissertação considerará tais aspectos ao discorrer em derredor destes temas nos capítulos a seguir.

2 A NOVA CONCEPÇÃO PARADIGMÁTICA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

No escopo de harmonizar os aspectos econômicos do fenômeno de migração das relações genésicas para o Direito Constitucional, esta dissertação inevitavelmente perpassa pela conformação principiológica do Direito Convivencial e seus reflexos patrimoniais, núcleo central em torno do qual se construirá o raciocínio jurídico.

Optar-se-á pela expressão Direito Convivencial em detrimento de qualquer outra, tendo em vista ser esta a consagrada na maioria dos manuais e trabalhos jurídicos da atualidade, nada obstante reconhecer a imprecisão terminológica no particular, seja porque, em rigor, não se trata de um ramo do Direito, seja, particularmente, à vista de outros termos como Direito do Concubinato, ou Direito Concubinário.

Não é possível, contudo, dar início ao estudo do tema sem não antes analisar a nova concepção paradigmática do Direito de Família, o que pode ser feito partindo-se da origem do signo família, avaliando-se a evolução histórica deste conceito ao longo dos tempos e reconhecendo a importância do instituto para o Direito.

Todavia, uma correta visão acerca da aludida virada paradigmática somente poderá acontecer se também for realizada uma abordagem filosófica e social em torno do mesmo assunto (família), tendo esta dissertação optado por inserir dois momentos históricos considerados importantes para tanto: (i) o surgimento da bioética; (ii) o advento da ecosofia.

Seria possível, decerto, eleger alguns outros momentos da recente história que bem simbolizassem a nova concepção paradigmática. O recorte epistemológico realizado, nada obstante, dirigir-se-á em face da bioética e da ecosofia por qualificá-las como verdadeiros momentos de mudança do pensar jurídico a influenciar o Direito de Família.

Eis a nova concepção paradigmática do Direito de Família, objeto deste capítulo preparatório para o avanço no Direito Convivencial.

2.1 A ORIGEM DO SIGNO FAMÍLIA

Pesquisar a origem do signo Família importa numa inevitável questão prévia. Sobre qual origem se está a falar? Jurídica, sociológica, antropológica? Como isto será útil na compreensão da virada paradigmática que se pretende demonstrar?

A origem da família não foi percebida de imediato pelo Direito. Deu-se em um dado momento da história no qual sequer o Direito era qualificado como de família. O signo família, como fenômeno biológico e social, antecedeu ao signo Direito⁷.

Aliás, é sabido que o direito não acompanha os fatos dentro de um tempo socialmente desejado. Muitas vezes os contraria. Outras vem a reboque. Tal aspecto ganha relevo no que concerne à família: instituto natural anterior ao próprio direito, como já advertiu Mônica Aguiar⁸:

Muitas vezes, o propalar do descompasso entre os fatos e a lei faz necessária uma torção interpretativa que permita acolher novos tempos, ou seja, que possibilite a revisão das conclusões hermenêuticas tomadas em razão de mudanças nos fatos que normalmente ocorrem, *ed quod plerum, que accidit*.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁹ conceituam a família como sendo uma estrutura básica social de onde se inicia a modelagem das potencialidades do indivíduo com o propósito da convivência em sociedade, na busca da realização pessoal.

Além das atividades de cunho natural, é na família que o ser humano desenvolverá suas habilidades culturais, afetivas e profissionais dentro de uma ambientação

⁷ Este aspecto é observado quando se questiona a origem do Direito Convivencial e a sua dinâmica em vista das velozes mudanças nos costumes: será que na Grécia antiga um casal que estivesse a viver publicamente, de maneira estável e fiel, na posse do estado de casado, sem submeter-se ao matrimônio, não seria uma família convivencial? A resposta talvez seja negativa para o direito da época, apesar da inegável realidade fática passível de se apresentar diante das várias possibilidades de arranjos humanos.

⁸ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.60.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.2.

primária, constituindo-se verdadeiro fenômeno humano em que se funda a sociedade.

Este será o conceito de família adotado na dissertação, ancorado na doutrina acima identificada. É dizer: sob a ótica jurídica atual, constitui elemento de índole instrumental apta a promover a dignidade humana “deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo”¹⁰.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald o signo família etimologicamente detém origem na língua dos oscos, povo do norte da península itálica: “*fanel* (da raiz latina *famul*), com o significado de *servo* ou *conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão*”¹¹.

Este não é, contudo, o pensamento de Arnaldo Rizzardo para quem o radical *fam* teria origem no sânscrito, correspondente a um outro signo ariano *dhã*, cuja idéia é de fixação, ou de coisa estável, tendo a mudança do *dh* em *f* surgido no dialeto do Lácio com a palavra *faama* “depois *famulus* (servo) e finalmente família [...] o conjunto formado pelo *pater familias*, esposa, filhos e servos”¹².

Visível a mudança de significado quando se compara a origem da palavra família com a valoração axiológica conferida à mesma atualmente.

O Direito de Família é posterior, portanto, ao surgimento real das famílias, que se deu na chamada Fase Primitiva na qual os instintos humanos serviam como mote preponderante de fixação desses arranjos, tendo Paulo Luis Netto Lobo¹³ bem identificado essa mudança de perspectiva:

A família, ao converter-se em espaço de realização da atividade humana e da dignidade de cada um de seus membros, marca o deslocamento da função econômico-político-religiosa-procracional para essa nova função. Por seu turno, a função econômica perdeu o sentido, pois a família – para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos – não é mais unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja contribuição foi transferida para previdência social. Contribuiu para a perda dessa função as progressivas emancipações econômicas,

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.6.

¹¹ *Ibidem, loc.cit.*

¹² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.11.

¹³ LOBO, Paulo Luis Netto. A Repersonalização das Relações de Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 24, jun./jul. 2004, p.138.

social e jurídica femininas e a drástica redução do número médio de filhos das entidades familiares. Ao final do século XX, o censo do IBGE indicava a média de 3,5 membros por família no Brasil.

Mas, o recorte acadêmico que se pretende adotar não poderia deixar de utilizar ainda o termo origem dentro do ponto de vista legislativo como verdadeiro ponto de partida daquilo que se poderia denominar de “legisprudência”¹⁴ ou jurispolítica¹⁵: momento no qual o legislador entendera como possível, conveniente e oportuno introduzir o instituto na Ordem Jurídica positivada¹⁶, evitando-se digressões históricas.

O Direito de Família, por outro viés, pode ser conceituado nesta dissertação como o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e efeitos, assim como as relações pessoais não matrimonializadas, parentais ou não, sem perder de mira também os institutos assistenciais da guarda, adoção, tutela e curatela.

Afirma Maria Helena Diniz¹⁷ tratar-se de “ramo do direito civil concernentes à pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco” como também em face dos institutos complementares protetivos e que guardam conexão com o Direito De família.

Decerto que para se chegar a este conceito atual de família, como do próprio Direito das Famílias¹⁸, expressão que será utilizada doravante por se entender consentânea com a atualidade, foi preciso percorrer um longo caminho histórico onde, em cada momento, evoluções e mudanças foram sentidas.

⁹ O Professor Washington da Trindade, do Mestrado em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia prefere o signo jurispolítica.

¹⁵ Neologismo freqüentemente utilizado pela Doutora Marília Muricy, professora da Cadeira de Hermenêutica no segundo semestre do ano de 2007, no Mestrado em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia.

¹⁶ Não se acredita com isto que o presente trabalho seja rotulado como positivista, pois a simples noção principiológica que o delinea, casada com a busca de uma visão pós-moderna estariam longe desta rotulação. O objetivo aqui foi puramente o de se identificar um momento histórico seguro para início do debate acadêmico.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.V. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.4.

¹⁸ A doutrina atualizada tem preferido a expressão Direito das Famílias, ou simplesmente Famílias em detrimento da utilização do signo no singular, certamente como atitude simbólica e afirmativa deste caráter multifacetário, plural, instrumental, desbiologizado, democrático e aberto que se pretende dar a todos os arranjos familiares. Neste sentido basta conferir as produções dos manuais jurídicos de 2008, como os do Doutor Paulo Lôbo (Famílias) e Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (Direito das Famílias), devidamente identificados na referências que se encontram ao final desta dissertação.

Exatamente por isto é que se discorrerá agora em torno da evolução do conceito da família na história, partindo-se da fase primitiva até os dias atuais, para além da modernidade.

Contudo, o grande marco dentro do qual esta dissertação irá se debruçar a respeito do assunto será a Constituição Federal de 1988 por entender se tratar de momento histórico realmente ímpar para o Direito das Famílias.

De efeito, não apenas pela novel criação de capítulos específicos em favor de vários dos membros dos arranjos familiares (criança, adolescente e idoso), diante dos Direitos Fundamentais inaugurados sob a batuta do valor fonte dignidade humana foi que a referida Constituição Federal se apresentou, como verdadeiro divisor de águas no mundo jurídico brasileiro.

2.1.1 A evolução do conceito na história

Esta dissertação opta por dividir os momentos da evolução do conceito da família em cinco grandes grupos: o primitivo, o romano, o medieval, o moderno e o contemporâneo.

Na fase primitiva, a família se constituía realidade amplíssima de modo que o grupo familiar não se assentava em relações individuais.

Como afirma Sílvio de Salvo Venosa, ao constatar esta situação nas primeiras civilizações, tais como a egípcia, assíria, hindu, grega e romana: “as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia)”¹⁹. Destaca o autor ser este o momento no qual as primeiras manifestações contra o incesto naquele meio social surgiram (exogamia) dando início a atual inspiração monogâmica.

As manifestações contrárias à monogamia, contudo, apresentavam-se relacionadas muito mais a uma questão de seleção biológico-natural, à vista de defeitos genéticos constatados na filiação entre parentes, do que em decorrência de temas de índole supostamente ético-moral.

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.3.

O implemento da monogamia deu azo ao fortalecimento do poder paterno, tornando-se a família um fator econômico de produção. Passa-se, destarte, da fase primitiva para a fase romana:

Em Roma, o poder do *pater* exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos é quase absoluto [...] No Direito Romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo de ligação entre os membros da família. O *pater* podia nutrir o mais profundo sentimento por sua filha, mas bem algum de seu patrimônio lhe poderia legar²⁰.

A mudança da fase primitiva para a romana esta justamente neste viés da monogamia, casada com o fortalecimento do poder marital, sem perder de mira a importância do próprio culto familiar, pois a religião doméstica constituía importante fator cultural ante o hábito de rememorar os antepassados.

Esta família (a romana) seria tão somente a reunião de pessoas no mesmo lar com o objetivo de culto aos antepassados.

Na Roma Antiga, a família se apresenta como uma unidade política, econômica e religiosa cujo eixo era o *Pater*, tendo este modelo seguido ao longo da história.

O cristianismo se mostrou historicamente um divisor de águas a ponto de constituir fator relevante de influência ideológico-cultural ainda na Roma Antiga, potencializando-se na idade média.

O Imperador Romano Constantino, no século IV, passou a adotar uma concepção cristã da família por um sem número de justificativas, entre elas a de perpetuação no poder e unidade do império. Neste momento a antiga família sofre mudanças. Ainda não se falava de afetividade. O casamento se fortalece a ponto de simbolizar a única forma de família na era medieval, coisa que sequer ocorria na Roma Antiga, onde as uniões não matrimoniais também eram, em certo modo, consideradas:

Desaparecida a família pagã, a cristã guardou esse caráter de unidade de culto, que na verdade nunca desapareceu por completo, apesar de o casamento ser tratado na história recente apenas sob o prisma jurídico e não mais ligado à religião oficial do Estado²¹.

Neste momento histórico surgem os canonistas (defensores do Direito Canônico) que se opunham ao término do matrimônio em decorrência da falta de afeição ante o

²⁰ *Ibidem*, p.4.

²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.4.

fundamento religioso segundo o qual se trataria de um sacramento. A célebre máxima *quod Deus conjunxit homo non separet* (o que Deus uniu o homem não separa) ganha força sensível.

Adverte Carlos Roberto Gonçalves que “Durante a Idade Média as relações de família regiam-se pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido”²². Foi neste momento histórico que a família sofreu o mais profundo golpe, tornando-se não apenas hierarquizada, como já ocorria na Roma Antiga, como unicamente matrimonializada, biologizada e heterossexualizada.

Diante destas perspectivas históricas, a Constituição Federal de 1824, no artigo 72, §4º, prescrevia “A República só reconhece o casamento civil, que precederá sempre as cerimônias de qualquer culto”²³. Seria isto um efeito da era medieval?

2.1.2 O momento de ruptura histórica com os antigos paradigmas

Este modelo medieval, onde Estado e Religião se confundiam, como já afirmou Cláudia Maria da Silva²⁴, foi mantido na Modernidade pela burguesia (patriarcalismo puritano), particularmente diante da influência da Revolução Francesa e do Código Napoleônico sobre quase todos os Códigos Civis do ocidente, conforme afirma Cristiano Chaves de Farias²⁵:

O Código Civil de 1916, considerados os valores predominantes naquela época, afirmava a família como *unidade de produção*, pela qual se buscava a soma de patrimônio e sua posterior transmissão à prole.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.16.

²³ Constituição Federal de 1824.

²⁴ “O elo familiar era voltado apenas para a coexistência, sendo imperioso para o “chefe” a manutenção da família como espelho de seu poder, como condutor ao êxito nas esferas políticas e econômicas. Os casamentos e as filiações não se fundavam no afeto, mas na necessidade de exteriorização do poder, ao lado – e com a mesma conotação e relevância – da propriedade. O filho na família patriarcal era mais um elemento de força produtiva”. (SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização Por Danos à Personalidade do Filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n.25, ago./set. 2004, p.128).

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à Família: ou Famílias Sociológicas versus Famílias Reconhecidas pelo Direito: Um Bosquejo para uma Aproximação Conceitual à Luz da Legalidade Constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 23, abr./maio, 2004, p.4.

Naquele ambiente familiar – hierarquizado, patriarcal, matrimonializado, impessoal e, necessariamente, heterossexual – os interesses individuais cediam espaço à manutenção do vínculo conjugal, refletindo a desestruturação da própria sociedade. Sacrificava-se a felicidade pessoal em nome da manutenção da “família estatal”, ainda que com prejuízo à formação de crianças e adolescentes e da violação da dignidade dos cônjuges.

Também é fato, contudo, que em um determinado momento histórico foi possível constatar a atuação de algumas forças sociais desejosas de romper com essa tradição origem do signo família, na busca da inclusão de outras perspectivas familiares.

O advento da globalização, a mudança dos hábitos rurais para hábitos urbanos, a facilitação do transporte de seres humanos por todos os continentes terrestres, a industrialização, a descoberta de novas tecnologias, da televisão, a emancipação feminina, tudo isto ensejou um movimento social novo, de maior interação entre as pessoas, que passaram a se relacionar com outro nível de qualidade e independência.

Abriu-se, neste momento, a oportunidade social para uma mudança de hábitos no seio dos arranjos familiares. O casamento passou a sofrer ataques da própria comunidade, particularmente nos países em que o mesmo era indissolúvel.

A ruptura com os antigos padrões até então apresentados em termos de família restou latente.

A evolução aqui tratada, por conseguinte, partirá deste mesmo momento e lugar para, após, chegar ao cume constitucional de 1988, quando uma significativa alteração do comando conceitual ocorreu, podendo-se mesmo falar, a partir daí, em um Direito das Famílias multifacetário, afetivo, desbiologizado, desierarquizado, funcional e eudemonista.

A Constituição Federal de 1988 teria se atentado para o importante fato de não mais haver um só modelo de família, tendo em vista a noção de pluralismo, a integrar esta nova pauta jurídica constitucional e, portanto, todo o sistema, como adverte César Fiúza²⁶.

²⁶ “Com a Constituição de 1988, atentou-se para um fato importante: não existe apenas um modelo de família, como queriam crer o Código Civil de 1916 e a Igreja

Já se vê que este capítulo estaria longe de apresentar um discurso definitivo sobre o tema, colimando tão somente, ao lado de outras visões doutrinárias sobre a origem, evolução e importância do Direito Convivencial, estabelecer um contraponto próprio àquele sugerido outrora por Francis Bacon, quando escreveu:

é preciso que se saiba não ser nosso propósito colocar por terra as filosofias ora florescentes ou qualquer outra que se apresente, com mais favor, por ser mais rica e correta que aquelas. Nem, tampouco, recusamos às filosofias hoje aceitas, ou a outras do mesmo gênero, que nutram as disputas, ornem os discursos, sirvam o mister dos professores e que provejam as demandas da vida civil²⁷.

Ao que parece, a mais significativa alteração paradigmática do Direito das Famílias se deveu ao paulatino redimensionamento semântico do signo “família”, até então com significado unívoco (uma só família, um só direito, o matrimonial).

Ao se admitir hoje o caráter plurisemântico e multifacetário da palavra, como se conceito jurídico aberto e indeterminado se tornasse, abriu-se um leque de possibilidades hermenêuticas dignas de apreciação pela academia, daí a importância do instituto para o Direito, como se verá agora.

2.1.3 A importância do instituto para o direito

Cada vez mais a importância do instituto Família se apresenta para o Direito. A paulatina mudança social dos usos e costumes exige novas reflexões ante a

Católica. A idéia de família plural, que sempre foi uma realidade, passou a integrar a pauta jurídica constitucional, e, portanto, de todo o sistema. Reconhecem-se hoje não só a família modelar do antigo Código, formada pelos pais e filhos, mas além dela, a família monoparental, constituída pelos filhos e por um dos seus; a família fraterna, consistente na vida comum de dois ou mais irmãos; até mesmo as famílias simultâneas, dentre outras são reconhecidas. É óbvio, que, na esfera da simultaneidade, podem ocorrer ilicitudes, como as de homens que mantêm dois lares com mulher e filho em cada um. Em relação aos filhos, não há problemas; em relação às mulheres, entretanto, pode ser o caso de bigamia, o que levaria ao adultério e ao concubinato, ambos, direta ou indireta, ainda repudiados pelo direito” (FIÚZA, Cesar. **Direito Civil: Curso Completo**. 10.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.946).

²⁷ BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza**: 2.ed. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997, p.29.

aceitação social dos novos arranjos familiares, que passam a ser considerados sob o ponto de vista jurídico.

O Direito das Famílias evoluiu dentro de uma cotidiana reflexão dos Tribunais e da Doutrina. Exemplo ilustrativo foi a inicial controvérsia estabelecida sobre o concubinato, quando membros desta família recebiam, jurisprudencialmente, tratamento pela analogia às sociedades de fato, à luz do direito obrigacional²⁸.

Neste momento evolutivo, o Direito das Famílias reconheceu certos arranjos como entidades de segunda classe, inferiorizadas, tidas como de somenos importância, quando não marginalizadas e negligenciadas²⁹.

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia decidiu em 04 de abril de 2001 ser juridicamente possível reconhecer, como sociedade de fato, aplicando-se por analogia o regramento da união estável, as relações entre pessoas do mesmo sexo³⁰.

Mas será que seria mesmo uma sociedade de fato ou tais arranjos constituídos por pessoas do mesmo sexo mereceriam ser denominados de família? Seria mesmo possível um ser humano, ou uma família subjugada à outra?

Portanto, o signo família tinha, tem e terá uma importância destacada para o Direito dentro desta dinâmica dos fatos sociais. A dinâmica evolutiva desta signo bem evidencia a nova concepção paradigmática que se necessita emprestar ao termo.

²⁸ Neste sentido, vide STJ: REsp. 47.103-6-SP, 3ª Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 26.11.1994 e RSTJ, 138/262, quando ali se entendeu por dar ao concubinato disciplina da sociedade de fato, regida pelo direito obrigacional.

²⁹ No REsp. 50.111-RJ, relatado pelo Ministro Ary Pargendler e publicado no DJU de 01.07.1999 se entendeu que uma relação familiar estável de mais de 20 anos só teria o condão de garantir à concubina o que se chamou de “indenização pelos serviços domésticos prestados ao companheiro”. Aliás, o concubinato passou a ser visto de maneira inferior ao casamento desde Roma, já no final do século IX, proibido entre pessoas casadas ou parentes, como se vê no Digesto 23,02,56, referido por Eduardo de Oliveira Leite, em seu **Tratado de Direito de Família. Origem e Evolução do Casamento**. 1.ed. V. I. São Paulo: Juruá, 1991, p.80.

³⁰ Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação Cível nº 16313-9/99. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Mário Albiani. Julgado em 04/04/2001. Eis a ementa do julgado: “AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PARTILHA. Demanda julgada procedente. Recurso improvido. Aplicando-se analogicamente a Lei 9278/96, a recorrente e sua companheira têm direito assegurado de partilhar os bens adquiridos durante a convivência, ainda que dissolvida a união estável. O Judiciário não deve distanciar-se de questões pulsantes, revestidas de preconceitos só porque desprovidas de norma legal. A relação homossexual deve ter a mesma atenção dispensada às outras ações. Comprovado o esforço comum para a ampliação ao patrimônio das conviventes, os bens devem ser partilhados. Recurso Improvido”.

Exatamente por isto que se faz mister, antes mesmo de um avanço dogmático sobre o tema, reconhecer a importância do signo família, aspecto que impõe o aprofundamento de alguns elementos filosóficos e sociais, como verdadeiros e necessários pressupostos, que devem anteceder o aprofundamento da dissertação.

2.2 ASPECTOS FILOSÓFICO-SOCIAIS DE ONTEM E DE HOJE: UMA CRÍTICA AO PARADIGMA DE MODERNIDADE

A nova concepção paradigmática do Direito das Famílias se relaciona a recente doutrina que tende a se apresentar numa posição anti ou pós-positivista, à luz de um novo discurso que hoje se trava no enfoque do que Boaventura de Souza Santos resolveu denominar crise da modernidade³¹ e que também justifica, de certo modo, a postura inadequada do Direito frente às relações familiares convivenciais, fruto de um paradigma dominante incapaz de solucionar as atuais problemáticas. Eis a lição de Boaventura de Souza Santos³²:

a ciência, em geral, depois de ter rompido com o senso comum, deve-se transformar-se num novo e mais esclarecido senso comum.

[...]

³¹ Adota-se aqui como modernidade aquilo que foi constituído a partir da revolução científica do século XVI, desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Tal modelo de racionalidade, ainda que com o prenúncio no século XVIII, somente no XIX se estende às ciências sociais emergentes, dando azo a um modelo global racional e científico fora do qual estar-se-ia no campo da irracionalidade (não científico). Sendo global é totalitário quando nega outras formas de conhecer que não passem pelo filtro de seu método, nem de seus princípios epistemológicos. Só haveria, neste paradigma, uma forma de conhecimento, que passa pelo exame dos fenômenos naturais. A matemática fornece à ciência moderna um instrumento privilegiado de análise e uma lógica de investigação. Conhecer, nesta época, significa quantificar. O rigor científico afere-se pelo rigor das medições. As qualidades intrínsecas do objeto são desqualificadas e em seu lugar passam a operar as quantidades que eventualmente se possam traduzir. O que não é quantificável e cientificamente irrelevante. O método científico assenta-se na idéia de redução da complexidade, simplificação (dividir e separar para depois analisar as questões sistemáticas do que se separou). Privilegia-se o como funciona em detrimento de quem é o sujeito ou mesmo qual é a finalidade.

³² SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2006, p.9.

é possível dizer que em termos científicos vivemos ainda no século XIX e que o século XX ainda não começou, nem talvez comece antes de terminar.

E esta postura antipositivista encontrará apoio na matriz teórica doutrinária de Claus-Wilhelm Canaris³³, ao apresentar o conceito de “irrealismo metodológico”, como sendo um fenômeno histórico cultural cuja origem está na incapacidade do positivismo e formalismo solucionarem todos os problemas jurídicos, a par da especialização dos juristas e multiplicação das fontes do Direito em uma complexidade sem precedentes.

Para Claus-Wilhelm Canaris³⁴ este foi o dilema do século XX na Ciência do Direito perante o que denominou de problemas novos: ou se intensifica um metadiscurso metodológico irreal inaplicável a questões concretas (e logo indiferente ao Direito), ou se pratica um formalismo/positivismo incapaz de solucionar as novas questões. A nova concepção paradigmática do Direito das Famílias gira em torno desta compreensão filosófica e social: em ambos os casos acima citados, as soluções são inadequadas ou assentes em fundamentações aparentes, escapando ao controle da Ciência do Direito.

Para também se compreender a novel tábua paradigmática, impende admitir a insuficiência do projeto de modernidade na hipótese e abraçar o discurso do Direito das Famílias no viés da principiologia e da hermenêutica jurídica, numa visão de mundo pós-positivista, aproximada do senso comum e da noção de afeto.

Como já sustentou Cristiano Chaves de Farias, os novos valores que hoje inspiram a sociedade rompem com a concepção tradicional do signo família, impondo um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. Isto porque o escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social fincada no afeto, como “mola propulsora”³⁵.

³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3.ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, p.27-28.

³⁴ *Ibidem*, p.27-28.

³⁵ “Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora”.

As relações convivenciais não serão compreendidas (como jamais foram) senão entrelaçando-se as diversas áreas do conhecimento transdisciplinar, sob a perspectiva da análise do caso concreto, no escopo de sistematizar o tema dentro dos novos balizamentos acima vistos.

Na busca pelo justo, o Direito se vê no eterno dilema entre a regulação necessária e imprescindível à própria afirmação enquanto instrumento de manutenção da paz social e emancipação, como ator eficazmente apto à implementação dos avanços que uma sociedade merece experimentar.

Este eterno dilema há de ser melhor analisado, pois reflete não apenas um conflito inerente ao discurso jurídico, mas também um dado a ser explorado para fim de superação à vista dos aspectos filosóficos e sociais.

2.2.1 O dilema político-ideológico entre regulação e emancipação (a idéia do pêndulo): em busca de paradigmas emergentes

A função do jurista é complexa “e a sua atividade valorativa envolve um conjunto de aspectos que vão do ideológico e político ao social, ético e religioso”³⁶.

À vista destes aspectos ideológicos, políticos, éticos e religiosos, o aprofundamento sistêmico do Direito de Família Convivencial passa a constituir atividade valorativa atual, legítima, urgente e necessária à academia³⁷, melhor compreendida se preceder da invidiosa e explícita opção político-ideológica: ou pela regulação, ou pela emancipação.

Surge aqui a noção do pêndulo, como se o direito oscilasse entre o dilema da regulação e da emancipação, numa tentativa impossível de equilíbrio, ou ponto comum.

(FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p.4).

³⁶ PERLINGINERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil Constitucional. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2002, p.2.

³⁷ De fato, tais relações interparticulares estão a repercutir sobremaneira nos aspectos econômico-privados da Ordem Jurídica.

Perguntar-se-ia: atrás de qualquer discurso jurídico que se pretenda fazer sobre o Direito Convivencial de Família, qual opção política e ideológica balizará a hermenêutica?

O projeto de modernidade optou visivelmente pela regulação (garantismo). Apesar deste sensível dirigismo estatal, as liberdades e os direitos das minorias não conseguiram se implementar no capitalismo que se seguiu a este momento histórico, mesmo com a intensa produção legislativa.

O dirigismo estatal não pode ser efetivado de maneira desproporcional. Melhor seria dizer que a regulação exige sensibilidade e precisão social, legislativa, sob pena de se apresentar como retrocesso burocrático à ágil dinâmica civilizatória, naturalmente desenvolvimentista.

O homem é vocacionado para ser livre, mas nem sempre o Poder Público observa este Direito Natural. Ao revés, em produção legislativa desmedida, invade as prerrogativas e direitos humanos mais singelos, solapando garantias individuais em nome de um suposto interesse coletivo, ou moral, às vezes inexistente, às vezes inconsistente.

Esta visão crítica só é possível de ser feita quando se aprofunda o estudo filosófico e social de alguns destes aspectos, oportunidade em que fica melhor compreendida a crise da modernidade, o que enseja uma possível atitude contrária a este estado de coisa, no caso através de uma nova concepção paradigmática.

Esta dissertação opta explicitamente pela perspectiva político-ideológico da emancipação, imbuída do espírito principiológico que dignifique a condição humana destas famílias convivenciais a ponto de incluí-las juridicamente nos níveis do regime de bens e do direito hereditário. Marcha-se, portanto, em sentido contrário ao projeto regulador da modernidade ante a exacerbada invasão dos valores individuais, a par da intromissão indevida no sei das famílias, como se possível e legítimo fosse ao Estado impor um só projeto de vida familiar.

A noção de liberdade exige tal perspectiva emancipatória não se podendo admitir as interferências do Poder Público nos mais mezinhos assuntos da individualidade humana.

Se “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”³⁸, o estudo destas entidades familiares há de ser formulado na tentativa de emancipá-las, incluindo-as socialmente, erradicando qualquer tipo de discriminação dentro de um explícito objetivo da República Federativa do Brasil, lastreado na execução de políticas afirmativas e cidadãs³⁹.

A família somente tem a especial proteção do Estado porque é formada por seres humanos e estes, por razões óbvias, constituem o centro do arcabouço jurídico, ou melhor, o eixo em torno do qual os direitos são construídos no viés do valor fonte dignidade.

A busca de novos paradigmas dentro de uma reconstrução do Direito Civil constitucionalizado, funcional, sócio afetivo, desbiologizado, igualitário, acessível, democratizado, inclusivo, cidadão e digno tem sido a melhor direção à resolução dos conflitos sociais apresentados na contemporaneidade.

É dizer: fez-se mister para a filosofia perceber a razão de uma nova maneira. Restou-se imprescindível estabelecer critérios filosóficos fundamentais direcionados à melhor forma de superar tais desafios.

Eis a resposta, entre as diversas que poderiam ser apresentadas, escolhidas como ponto de partida: a Bioética, a Ecosofia e os Princípios.

As duas primeiras, Bioética e Ecosofia, como elementos gerais e filosóficos úteis a uma pré-compreensão.

Os princípios, numa perspectiva jurídica concretizadora, no plano dogmático, de um caminho adequado à disciplina das relações convivenciais afirmativas.

E aqui cabe um parêntese: seria a bioética efetivamente um tema atual e importante para este estudo?

³⁸ De efeito, o texto constitucional enceta à família uma valoração jurídica destacada que, só por isto, revela a importância que se deve dar ao tema. Determina ao Estado que dê especial proteção às entidades familiares, como se vê na cabeça do artigo 226 da Carta Magna. À propósito, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art.16.3 reza: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. No mesmo sentido a Cúpula Mundial da Família, realizada em Sanya, China, em dezembro de 2004, concluiu pela importância da família na garantia dos direitos humanos, especialmente os direitos de mulheres e crianças, exortando a realização de políticas públicas aptas em face das famílias.

³⁹ Neste sentido, o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Recentemente, a imprensa televisiva, escrita e falada apresentou à opinião pública o histórico julgamento iniciado no Supremo Tribunal Federal em 05 de março de 2008 sobre a Lei de Biossegurança, debatendo a utilização das células-tronco embrionárias humanas em pesquisas científicas. Ao que parece, destarte, trata-se de seara nova e relevante ao correto desenvolvimento do estudo jurídico na nova concepção paradigmática que se pretende encetar.

De fato, é possível que a bioética e a ecosofia constituam ferramentas críticas para a crise da humanidade pós-positivista.

Urge, contudo, entender como tais filosofias surgem na visão Ocidental, estabelecendo o movimento social que propiciou tal efetivação teórica, assim como o desenvolvimento disto, tudo no escopo de compreender os reflexos desta corrente no Direito Nacional de hoje à luz da virada da tábua paradigmática.

2.2.2 O advento da bioética: a nova concepção paradigmática

O reconhecimento da diversidade e a proteção à integralidade do patrimônio genético se apresentam como novel mudança de perspectiva filosófica alinhada a esta nova razão que, ontologicamente, deita raízes na contracultura e nos movimentos filosóficos acima identificados (Bioética e Ecosofia), tendo J. J. Gomes Canotilho, ao analisar as constituições elaboradas após a Conferência de Estocolmo de 1972, afirmado que estariam a surgir nisto novos direitos fundamentais⁴⁰.

Já em uma outra conferência apresentada na Faculdade de Medicina de Lisboa no dia 28 de junho de 1999 para o Mestrado em Bioética, visando traçar o enquadramento jurídico de alguns desafios do direito contemporâneo, Paulo Otero⁴¹ reconheceu o surgimento de uma nova geração de direitos fundamentais, reportando-se a revisão constitucional portuguesa ocorrida em 1997.

Trata-se da introdução ao artigo 26 da Constituição Portuguesa da expressa referência à garantia de identidade pessoal e genética do ser humano, como um dos primeiros textos constitucionais europeus a respeito do assunto.

⁴⁰ CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2006.

⁴¹ OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**. Coimbra: Almedina, 1999, p.83.

O advento da bioética se atrela a este reconhecimento da inviolabilidade do patrimônio genético humano (e, com isto, a impossibilidade de clonagem, de híbridos ou quiméricos, a fabricação de embriões nesta linha, manipulação de sexo, *et cetera*) e de um sem número de outros relevantes temas, inclusive os biotecnológicos.

E como isto interferiria na aludida virada paradigmática, sendo certo afirmar que estes inevitáveis desafios da sociedade de riscos placitaram o surgimento da Bioética?

A identidade genética e a verdade biológica constituíram a partir deste novo pensar uma das várias vertentes da verdade biológica (e da Bioética), a gerar o direito de cada ser conhecer e estabelecer sua ascendência biológica direta, sua descendência, a impossibilidade de se negar ligação biológica entre dois seres (esconder esta verdade – anonimato de doadores, mistura de sêmen ou óvulos de várias mulheres, vedação à investigação de paternidade), a defesa natural à verdade biológica, entre outros temas.

A virada paradigmática estaria por vir, sendo este um só aspecto do amplo espectro de estudos que a Bioética poderia oferecer. De fato, a história do direito brasileiro da segunda metade do século passado foi marcada por esta mudança epistemológica, quando do estudo das questões de Bioética.

Surgiram temas até então nunca abordados e que diretamente repercutiam no âmago das variadas famílias: clonagem humana, fertilização artificial, ortotanásia, adoção pré-natal, criopreservação de embriões, distanásia, pesquisas em células-tronco, anencefalia *et cetera*.

Nesta linha, Luis Gonzáles Moran⁴² sustenta não haver lugar, momento específico, nem alguém seguramente identificado para que se possa indicar, de modo preciso e indubitável, o nascimento da bioética. Nada obstante, os temas e desafios estavam à vista do Direito e dos demais ramos do saber.

A Bioética se constituiu em um movimento iniciado em meados de 1960 e dirigido contra as decisões médicas até então tomadas sem qualquer tipo de participação interdisciplinar, ou mesmo dos pacientes e familiares. Outros sujeitos de Direito,

⁴² MORAN, Luis Gonzáles. *De la bioética al bioderecho, libertad, vida y muerte*. Madrid: Comillas, 2006, p.26.

outros ramos do conhecimento, até então ignorados (como se certas famílias marginalizadas fosse) invocaram a necessidade de integrar este processo.

Temas de Bioética ora se apresentam mais próximos, ora mais distanciados, dos assuntos relacionados às Famílias Convivenciais.

O neologismo bioética teria sido cunhado por Van Rensselaer Potter em um artigo publicado no ano de 1970 visando criar um projeto global de conhecimento biológico e dos sistemas de valores humanos. As iniciais teorias surgidas em sede de bioética abordam o tradicionalismo filosófico por meio dos princípios éticos⁴³.

Importante conceito é fornecido pela Encyclopedia of Bioethics⁴⁴ para o qual a bioética seria o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, à luz dos valores e princípios morais, da interdisciplinaridade:

Bioética é o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão e normas morais – das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar.

Ao revolucionar a maneira de se perceber a razão, inclusive no âmago dos arranjos familiares, a Bioética surge como fundamento para as graves questões existenciais humanas. Apresenta-se como um lugar comum dentro do qual podem ser debatidos todos estes temas, de maneira transdisciplinar⁴⁵.

As relações familiares, a natureza e os demais bens não humanos são também afetados por tais descontroles da própria essência humana. A homofobia seria um dos vários exemplos passíveis de consignação, ao lado de questões envolvendo os transexuais, o hermafroditismo e os travestis.

⁴³ O Relatório Belmont constitui um dos primeiros marcos históricos, tendo sido solicitado pelo Congresso dos Estados Unidos ante a ocorrência de inadequadas práticas em pesquisas científicas com seres humanos, tornando-se uma declaração principialista lastreada em três princípios: o respeito pelas pessoas (autonomia), o da beneficência e o da justiça.

⁴⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 3.

⁴⁵ O advento da Bioética modifica a visão paradigmática do Direito. Pode-se, com a mesma, afirmar que o ser humano, pelo que se constata de sua conduta ao longo da história, não se apresenta capaz de controlar a biotecnologia que criou. Ao se permitir colocar na condição de vítima da própria criação, coisificando-se, escravizando a si e aos outros, o ser humano exprime a fraqueza que lhe é inerente, abrindo espaço para o desenvolvimento de um campo de estudo específico que surge para combater este estado de coisas.

Inegável a influência de temas da Bioética sobre questões de família. A nova concepção paradigmática do Direito das Famílias não poderia ignorar tal circunstância.

Justamente por isto foi que a Bioética se apresentou apta a debater os limites necessários a este estado de coisas e exortar a necessidade da defesa de um novo modelo de vida digna, no qual se permita conciliar a lógica utilitarista e a razão consensualista⁴⁶.

A Bioética insere o homem na comunidade pela via da eticidade e constrói o desenvolvimento social deste não egoisticamente, mas dentro de possibilidades conjuntas do bem comum, inserindo a família neste contexto. Em uma só frase, de maneira resumida: a liberdade não será absoluta no âmbito bioético, mas justa e conforme os ideários da ética, da prudência e do bem comum.

Nesta virada paradigmática do Direito das Famílias, o limite entre a Ética e o próprio Direito constituirá um dos mais pesados desafios da filosofia contemporânea.

O Direito das Famílias pretenderá admitir o progresso e combater, ao mesmo tempo, o cientificismo jurídico irracional, quebrando paradigmas falidos, apresentando inéditas questões.

Os dilemas bioéticos, à vista desta nova realidade paradigmática, questionam a atual condição humana, seja para rechaçar a coisificação de pessoas, seja para advertir a respeito da impossibilidade de hierarquização entre seres humanos. Não podem existir homens de segunda categoria (sub-humanos), pois a simples condição humana basta para nivelá-los e tê-los isonomicamente como dignos à vista da natureza comum que possuem. Resgata-se o ideário e platônico pensamento a este respeito, num verdadeiro dever ser ético e jurídico no tocante aos extremos do surgimento e extinção da pessoa.

Nesta senda, poder-se-ia avançar para também se dizer: não é possível, ancorando-se no pensamento bioético, admitir sub-famílias, por construção de singelo silogismo. De efeito, se não há categorias hierarquizadas de seres humanos, sendo

⁴⁶ A ética da vida é a razão sendo vista de uma nova forma, na qual a integridade humana se torna imanente e se irradia de modo sistêmico, inclusive no campo das relações familiares.

a família formada por seres humanos, também não seria possível categorizar as famílias.

Como visto aqui, tais resgates aos nobres valores humanos são caros ao Direito das Famílias, especialmente no que concerne àqueles arranjos estigmatizados e marginalizados, evidenciando a nova paradigmática no particular.

Se a pessoa é constituída pela razão e consciência através das quais se percebe como sujeito ímpar, distinto do resto do mundo, esta perspectiva não apenas filosófica, como também bioética pode ser apresentada ao Direito das Famílias como uma perspectiva desta mesma pessoa se constituir numa qualidade ontológica tal que se baste para, só por isto, ter valor jurídico intangível⁴⁷.

A Bioética, atenta à isto, insurge-se para demonstrar ser possível a construção de alternativas novas, apresentando-se como ferramenta ímpar na análise das graves questões existenciais submetidas à cultura de hoje. O Direito das Famílias segue o mesmo caminhar.

Eis uma perspectiva axiológica importante. De fato, o advento da Bioética deve ser analisado antes as valorosas contribuições apresentadas pela mesma e que podem refletir na construção de uma novel tábua paradigmática para o Direito das Famílias.

Se a Bioética impõe uma atitude de respeito em relação a todos os seres humanos, qualquer que seja a condição destes, colocando-se de maneira contrária níveis de discriminações existentes, este elemento há de ser emprestado academicamente para novas reflexões extramuros.

Mesmos os seres humanos que vivem em relação familiar irregular merecem tutela jurídica, não sendo crível expô-los a tratamentos degradantes sem nenhuma observância dos limites éticos.

Ao se perguntar se um dado gene é bom ou ruim, ao passo da consideração a respeito da salutar diversidade genética, por que não relacionar isto à idéia da

⁴⁷ A Bioética resgata esta noção de igualdade ligeiramente perdida pela história recente, recordando que o ser humano basta em si. Diz-se na bioética que a pessoa não pode ser reduzida ao pensamento, ou à razão, ou ainda ao próprio corpo, sob pena de se ignorar, para não se dizer excluir, pessoas que não se apresentem com autoconsciência. No Direito das Famílias isto significa dizer que a simples condição humana justifica a tutela familiar.

“célula mater” da sociedade, para questionar também se possível seria falar-se em células boas ou ruins?

De fato, a sociedade nem se dá conta do risco que este comportamento representa, seja como um novo mecanismo eugênico sem precedentes históricos, no campo técnico biotecnológico, seja mesmo como se possível fosse, por equiparação, apelidar-se isto de eugenia cultural com as diversas “células sociais”, ou arranjos familiares tidos como ruins.

Não pretende a bioética por fim a todo e qualquer tipo de eugenia, mas verificar o nível de reprobabilidade da mesma à propósito da finalidade da própria medicina, na cura das doenças e na defesa da saúde humana. Perguntar-se-ia: será que este também não poderia ser o objetivo da conformação principiológica do Direito Convivencial, por analogia, no estudo das relações familiares não matrimonializadas?

Defende a Bioética o respeito às diferenças e à biodiversidade ao combater a eugenia vulgarizada que, acaso mantida como prática descontrolada e inquestionável, poderia dar azo à extinção da própria espécie humana. Será que isto também não aconteceria em termos culturais com a eugenia das famílias pelo Direito?

No dizer de Peter Singer⁴⁸, nosso século presencia mudanças drásticas no que concernem às atitudes morais, como a possibilidade de sexo fora do casamento, homossexualidade, eutanásia, clonagem, entre outras. Aborto, infanticídio, utilização do feto em pesquisas, feminismo, quando a vida começa e termina, genocídio, são problemas vulgarmente debatidos hoje na comunidade.

A bioética se apresenta ao lado da ecosofia, portanto, como relevante fundamento filosófico para as grandes questões existenciais surgidas a partir da contracultura.

Para Tom L. Beuchamp e James F. Childress⁴⁹ existiriam quatro princípios fundantes desta nova filosofia que têm sido utilizados não apenas nos tribunais, como em ternos acadêmicos, médicos e nas pesquisas científicas: o respeito à autonomia, a beneficência, a não-maleficência e a justiça.

⁴⁸ SINGER, Peter. **Ética Prática**: São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.25.

⁴⁹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Médica**. 4.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.20.

Este “princípioalismo”⁵⁰ também estaria presente na doutrina dos casuístas e de qualquer outro que os elevem ao centro dos estudos como normas morais, nada obstante a séria crítica apresentada à importação desmedida desta linha doutrinária, fincada numa moral média norte americana sem liame, muitas vezes, com a cultura que a importa.

As graves questões existenciais, agraciadas por este novo tipo de conhecimento bioético, repercutem na seara das famílias agraciando-as com inéditas perspectivas, firmando balizamentos às práticas sociais através de orientações gerais prospectivas.

A Bioética, como relevante fundamento filosófico para as questões existenciais, constitui uma nova razão apta à busca desta construção principiológica no Direito de Família.

A doutrina que se formava nesta nova linha filosófica⁵¹ resgatando a máxima grega segundo a qual haveria uma obrigação de não causar dano intencionalmente (o *non nocere* de Hipócrates), apresentava a não maleficência⁵² como um outro princípio, centro do sistema moral e passível de ser utilizado por analogia ao Direito das Famílias Convivenciais.

Não se ignora a crítica acadêmica apresentada às teorias de Childress e Beuchamp quando se sugere que o trabalho destes não teria sido a de criação dos princípios, mas sim de reunião dos mesmos: a justiça de Platão e Aristóteles; a não-maleficência e beneficência de Santo Tomás, e a autonomia de Locke e Kant. Mill, que, de igual maneira, traz importante influência⁵³.

⁵⁰ Adota-se aqui a expressão princípioalismo da mesma forma indicada por Tom Beuchamp e James Childress.

⁵¹ FERRER, Jorge José; ALVARES, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. 4.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p.128.

⁵² Enquanto a não-maleficência gera obrigações negativas, a beneficência gera positivas. O princípio da não-maleficência recorrentemente se apresenta relacionado ao dano (frustração ou prejuízo): as condutas danosas às vezes até seriam justificáveis. A não-maleficência admite o dano, mas não tolera a ofensa: (não matar; não lesar nem causar sofrimento, incapacidade; não ofender, etc). Já o princípio da beneficência exige a prática de atos positivos, como atos de bondade e caridade, ou mesmo quaisquer outros que utilitariamente melhorem a condição de alguém.

⁵³ Até 1990 tal proposta teve predomínio, sendo porém que a partir daí nasceram as críticas. Ponto de ruptura foi o artigo de Clouser e Gert publicado em 1990. As críticas foram resumidas em 1992 por Kevin W Wildes resumindo as críticas em três grupos: a) Não oferece justificativa convincente sobre a tábua de princípios adotadas, b) Não estabelece as vinculações entre os mencionados princípios; c) Não se explica suficientemente o significado dos princípios. Childress e Beuchamp adequaram sua

Maria Auxiliadora Minahim⁵⁴ entende que a Bioética questiona o papel da tecnociência no bem-estar da humanidade, razão pela qual, afirma-se agora neste trabalho, poderia a mesma influenciar positivamente as relações familiares. Propõe-se a funcionar como instância mediadora destes novos conflitos morais.

Nesta linha, o discurso Bioético no Direito Brasileiro deve se apresentar com destacada abertura, apta a viabilizar o pluralismo moral, em fiel comprometimento com o princípio da tolerância e respeito à diversidade. Agindo-se desta forma, permite-se atingir a virada paradigmática desejada.

Afirma a Bioética que o Direito Clássico na modernidade pretendeu abranger todas as expectativas aptas às soluções dos conflitos humanos, não sendo capaz de atingir este objetivo ante os novos desafios que a diversidade, típicos de um antagonismo estimulado, enseja: viver e conviver com as diferenças. Tolerar e aceitar, no plano jurídico, o pluralismo democrático. Relação maior com o Direito das Famílias não poderia ter estas assertivas, particularmente quando pensamos, por exemplo, nos arranjos homoafetivos.

O mesmo ocorre com a ecosofia, que encetou nova concepção paradigmática no Direito Brasileiro.

2.2.3 A ecosofia: a nova concepção paradigmática

Félix Guattari cunha o signo ecosofia⁵⁵ (que não possui ontologicamente perspectiva ambiental apenas, mas sociológica) ao denunciar o movimento de implosão e infantilização regressiva da sociedade, caracterizada pela inaptidão das instâncias políticas de apreender essa problemática e o conjunto de suas implicações (perspectiva tecnocrática). Assevera o autor:

obram então às críticas. São críticas ainda: ausência de uma teoria filosófica; falta de justificação dos princípios morais propostos e seu conteúdo. Com isso, resta estabelecida uma dificuldade de contemplar o consenso buscado entre os estranhos morais, pois acordos pressupõem o encontro dos conhecidos morais nos dizeres de Wildes. Ademais, a ausência de hierarquia é outro fator de crítica, pois prejudica a solução de conflitos no caso concreto, principalmente nas decisões clínicas. (FERRER, Jorge José; ALVARES, Juan Carlos, *Op. cit.*, 2005, p.128.).

⁵⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁵⁵ GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. São Paulo: Papiros, 1999, p.8.

uma articulação ético-política – a que chamo *ecosofia* – entre os três registros ecológicos (o do meio ambiente, o das relações sociais e o da subjetividade humana) é que poderia esclarecer convenientemente tais questões.

Nesta senda, diz-se que os modos dominantes de valorização das atividades humanas caracterizam o império do mercado mundial que lamina sistemas particulares de valor colocando no mesmo plano de equivalência bens materiais, culturais e naturais, ferindo as relações familiares.

Para Félix Guattari⁵⁶ há um paradoxo: o desenvolvimento científico oportunizou a solução de problemas ecológicos aptos a determinar o reequilíbrio da natureza. Entretanto, a incapacidade das forças sociais organizadas e das formações subjetivas constituídas de se apropriar desses meios e torná-los operativos é visível. O mesmo se diga no que concerne às mais singelas questões familiares.

A referência ecosófica indica uma recomposição da práxis humana nos mais variados domínios, numa perspectiva ético-política apta a modificar e reinventar maneiras de ser no seio do casal, da família, do contexto urbano, de trabalho, *et cetera*.

A par destas forças e correntes filosóficas, o movimento da contracultura já antevia o quadro atual. A crítica estabelecida à liberdade técnico-científica ante a dignidade humana é verificada no discurso contracultural.

Tudo isto interferirá na nova concepção paradigmática do Direito das Famílias evidenciando os relevantes aspectos filosóficos e sociais deste estudo.

Os movimentos contraculturais⁵⁷ desencadeados na França fizeram florescer, entre outros assuntos, a filosofia ecológica (ecosofia) e a bioética, além de um sem número de movimentos sociais como o *hippie*, o feminista, o *black power* e vários outros ligados à noção de pluralismo, biodiversidade, respeito à natureza e à ética.

⁵⁶ GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. São Paulo: Papiros, 1999.

⁵⁷ Os movimentos sociais alternativos emanados nos anos sessenta, da contracultura, fizeram-se constituir por vários e distintos segmentos da sociedades, tais como os moralistas ecológicos, à exemplo de Aldo Leopold e seus três temas convergentes na ética do solo (tese central), a saber: continuidade histórica da moralidade, solidariedade ecológica e amor alargado, cujo objetivo final seria introduzir o conceito da comunidade biótica estabelecida dentro de uma nova ética repleta de consciência ecológica.

Como tais acontecimentos filosóficos, sociais e culturais poderiam alterar a forma de se ver e admitir os novos arranjos familiares?

Antes de se responder esta questão, faz-se mister analisar o surgimento da ecosofia, contextualizando-a. É o que se fará agora.

Naquele tempo, as guerras mundiais recém experimentadas, a destruição em massa causada por bombas atômicas, os experimentos nos campos de concentração nazistas, o desenvolvimento de pesquisas em seres humanos sem qualquer tipo de cuidado moral, os desastres ambientais supranacionais, tudo isto importou no reconhecimento de uma necessidade social de perceber (no sentido de encontrar) uma nova razão apta a suplantar as crises do presente.

As mudanças culturais desencadeadas por aquele movimento rotulado ironicamente de anticultural deram azo a novas perspectivas de se enxergar os sujeitos de direito e os bens jurídicos, havendo uma forte tendência de publicização⁵⁸ de conceitos originariamente privados⁵⁹.

Apesar de ser denominado de contracultura, o que se estabeleceu em rigor foi justamente uma nova cultura, contrária a em curso, nada obstante a inevitável constatação de que se estaria a tratar verdadeiramente de um distinto movimento cultural.

Tais noções repercutiram no discurso da dogmática jurídica que passou a cobrar dos aplicadores do direito uma atitude mais efetiva e prospectiva, libertando-os da passividade e eqüidistância, especialmente no que concerne à atuação dos magistrados.

Antes mesmo de repercutir no campo doutrinário, o que se observou foi uma mudança nos usos e costumes, forte nos ideários contraculturais, numa atitude

⁵⁸ A publicização do direito ambiental seria uma resposta a gradativa privatização dos recursos naturais, que se deu dentro de um estado regulador com excessiva produção legislativa, como se possível fosse assim, dentro de uma dogmática interventiva legisferante suprir a secular omissão estatal.

⁵⁹ No campo ambiental esta questão é visível na reconstrução dos conceitos de propriedade, posse, flora, fauna, água e florestas.

libertária efetiva, como se toda e qualquer maneira de amar viesse a ser permitida. Tais circunstâncias influenciaram sobremaneira o estudo do Direito das Famílias⁶⁰.

Do homem anteriormente pertencente à terra, surge um “outro homem”, que estabelece sério conflito científico manipulador da matéria (de distanciamento e objetivização), posteriormente substituindo-se pelo “homem biônico”, numa atitude fusora de osmose com a natureza⁶¹.

E a família nesta ordem de idéias?

A idéia de que a diversidade da vida é um aspecto essencial e representa em si um valor, a mudança radical de política nos planos tecnológicos, econômicos e ideológicos, a passagem da teoria para a ação, seriam ilustrações dos fenômenos jurídicos que passaram a ser discutidos no Direito Brasileiro de hoje em face da ecosofia e da bioética⁶², em verdadeira humanização das relações familiares, num compasso incompatível com qualquer tipo de segregação destes membros.

A Carta Mundial da Natureza da Assembléia Geral das Nações Unidas de 28 de outubro de 1982, cujo preâmbulo vaticina: “toda a forma de vida é única e merece ser respeitada, qualquer que seja a sua utilidade para o homem”⁶³ evidencia quão o movimento da contracultura ultrapassa a questão estrita do meio ambiente.

Se toda a forma de vida é única, por que não se dizer: toda forma de família é única e há, também, de ser respeitada?

A *Deep Ecology*, corrente filosófica norte americana que cultiva a realização do sujeito e a ação política⁶⁴ reacendeu o debate ético e jurídico sobre a necessidade de uma séria mudança de perspectiva filosófica, distinguindo as solidariedades sem nivelar as hierarquias, influenciando a doutrina jurídica mundial e repercutindo nos

⁶⁰ Da utopia moderna inaugurada pela Nova Atlântica de Francis Bacon à fábula de Lichtenberg, o que se viu na década de 60 foi a situação do homem perante o mundo à luz de um momento filosófico carente de uma virada epistemológica, daí a ecosofia, contextualizada.

⁶¹ OST, François. **A natureza à margem da lei**: Lisboa: Instituto Bacet, 1995, p.171.

⁶² A idéia do paradigma relacional, o princípio da simbiose, do respeito pela complexidade, da interação cooperativa dos elementos naturais, a regra da autonomia local e o princípio da auto-suficiência são exortados sendo certo que os opostos não deixam de se misturar.

⁶³ OST, François. **A natureza à margem da lei**: Lisboa: Instituto Bacet, 1995, p.209.

⁶⁴ *Ibidem*, p.177.

estudos que projetam a implementação da igualdade em seus vários campos, inclusive o das relações familiares.

O mesmo se diga da *Shallow Ecology*, via intelectual menos radicalizada⁶⁵, cujo foco já teria um viés ambiental mais assinalado⁶⁶, nada obstante a reafirmação de um relevante dado para as relações de família, qual seja a questão da igualdade biocêntrica (todas as coisas neste mundo possuem valor intrínseco) que passa a se constituir num desafio da hermenêutica jurídica contemporânea, cujos efeitos já se vêem no estudo da doutrina e jurisprudência do Brasil, ainda que timidamente.

No acontecer destes novos fatos e pensamentos, conforme anota a doutrina especializada⁶⁷, importante decisão emitida pela Suprema Corte Americana em um determinado tema jurídico, ocorrida em 22 de janeiro de 1973 (caso *Roe x Wade*) deu início ao repensar do Direito, inclusive na seara da vida, e das relações familiares. Ao decidir pela legalidade do aborto no primeiro trimestre da gravidez, em detrimento de uma Lei do Estado do Texas, que considerava tal conduta ilícito penal, admitindo também o aborto no segundo e terceiro trimestres para os casos de comprovado risco de vida da genitora, a Suprema Corte Americana pôs fim a uma legislação vigente há um século e meio, reacendendo debates cujo pano de fundo, inegavelmente, fora a situação da mulher enquanto sujeito de direito dentro de um lar familiar.

Indiscutível a relevância histórica desta decisão na reconstrução dos arranjos familiares pela perspectiva feminista, inclusiva da mulher, em pé de igualdade e com poderes até então sequer consagrados às mesmas, como o de vida e de morte sobre filhos não nascidos.

A contracultura, a ecosofia e a bioética surgem ao mesmo tempo e, dentro deste avassalador período de mudanças biotecnológicas; importam em nítida virada paradigmática para todos os ramos do Direito, inclusive o das famílias,

⁶⁵ Os ecologistas radicais reagem a essa doutrina por não romper a perspectiva antropocêntrica, na medida em que a natureza se mantém dentro dos interesses da própria humanidade, considerando isto um vício fundamental de raciocínio que afeta todas as políticas de conservação dos recursos, de limitação de crescimento, bem como as cruzadas pelos direitos dos animais ou pela criação de parques naturais.

⁶⁶ OST, François, *Op.cit.*, 1995, p.181.

⁶⁷ MORAN, Luis Gonzáles. ***De la bioética al bioderecho, libertad, vida y muerte***. Madrid: Comillas, 2006.

redimensionando o papel de seus membros de acordo com a importância conferida aos sujeitos de direito historicamente subjugados.

A consolidação destes conhecimentos é aqui abordada quando se os define, apontando os caracteres e conteúdos históricos. Assim como a contracultura, a bioética e a ecosofia são sistemáticos, interdisciplinares, plurais e dialógicos, como se quer compreender nas relações familiares.

Estava aberto o campo para o Direito Convivencial decorrente da nova concepção paradigmática que surgira no Direito das Famílias.

3 O DIREITO CONVIVENCIAL

Postas estas premissas, observa-se aqui que o Direito Convivencial só agora passa a ser discutido pela doutrina civilista especializada, que sequer adota esta terminologia de modo uniforme⁶⁸. O instituto foi positivado no Brasil da primeira metade do século passado⁶⁹. O Código Civil de 1916 dedicou ao mesmo um só artigo⁷⁰, mantendo a tradição lusitana da época ao cuidou da espécie tão somente para marginalizá-la⁷¹.

Na origem, portanto, o Direito Convivencial não continha o substrato humanista e emancipador, ostentando de modo generalizado pejorativa alcunha de concubinato, ainda hoje trazida por alguns livros oferecidos como referências em Universidades de Direito do país⁷², de modo inadequado no sentir desta dissertação.

Conseqüência disto tem sido a identificação de decisões contraditórias em diversos tribunais do país e nos mais variados casos envolvendo o Direito Convivencial, em que pese se constatar o início de uma uniformização jurisprudencial sobre certos temas, à luz de fundamentos constitucionais.

A necessidade de se perceber esta razão de uma nova forma, inclusive ante a virada paradigmática do Direito das Famílias, começou a ser trilhada em alguns tribunais do país.

Para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, devendo-se admitir, como possível, a união homoafetiva com status de família.

⁶⁸ Para esta expressão, utilizam os doutrinadores dos termos: concubinato, sociedade de fato, união livre e união estável, muitas vezes gerando imprecisão científica, como observa Arnaldo Rizzardo, em **Direito de Família**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.892.

⁶⁹ Edgar Moura Bittencourt, forte na lição de Errazuriz, foi um dos primeiros doutrinadores a tratar o instituto utilizando-se da expressão concubinato em seu livro **O Concubinato no Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda, 1969, p.105-106. No mesmo sentido, hoje, Carlos Roberto Gonçalves em **Direito Civil Brasileiro**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.530.

⁷⁰ A única referência do Código Civil de 1916 a este instituto se deu no artigo 363, inciso I e assim o foi apenas para condicionar a vitória do autor de uma investigação de paternidade se este provasse que ao tempo da concepção a sua mãe estava concubina com o pretendido pai.

⁷¹ Neste sentido, o registro histórico das Ordenações Filipinas que, entre outras coisas, proibiam doações e disposições testamentárias à concubina.

⁷² À propósito, vide a doutrina de Maria Helena Diniz que até bem pouco tempo dividia o direito de família em quatro grandes ramos: (1) matrimonial; (2) patrimonial; (3) concubinário e (4) assistencial. Ainda hoje muitos doutrinadores usam os termos concubinato puro e impuro.

Neste julgado, foi-se mais além para afastar a própria sociedade de fato e permitir o reconhecimento de famílias decorrente de laços homossexuais⁷³. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem sido vanguardista no que concerne ao reconhecimento da competência das varas de família para processar e julgar questões homoafetivas, “em se tratando de situações para o julgamento da causa das varas de família”⁷⁴, à semelhança das separações ocorridas entre casais homossexuais assim também já decidiu.

No mesmo sentido da necessidade de se compreender a razões de uma nova maneira à luz da aludida virada paradigmática do Direito das Famílias, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, neste ano, reconheceu como juridicamente possível o pedido de união estável homoafetiva a ser formulado perante as varas de família, para tanto competentes:

Indeferimento da inicial. Reconhecimento de união estável homoafetiva. Pedido juridicamente possível. Vara de Família. Competência. Sentença de extinção afastada. Recurso provido para determinar o prosseguimento do feito⁷⁵.

A união estável somente restou constitucionalmente positivada no Brasil de 1988, à vista da Constituição Federal (artigo 226, § 3º)⁷⁶.

⁷³ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 598362655, Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em 01/03/00 e assim ementado: “HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais esculpados na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida”.

⁷⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 599075496, Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Breno Moreira Mussi. Julgado em 17/06/1999.

⁷⁵ Apelação: 5525744400, Órgão Julgador: Oitava Câmara de Direito Privado, Comarca: São Paulo, Relator: Caetano Lagrasta, Data de julgamento: 12/03/2008.

⁷⁶ Eis o teor do texto constitucional: “Para efeito de 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”.

Apenas no ano de 2002 foi que veio a lume a positivação desta família em um Código Civil⁷⁷. Posta esta realidade, a construção de um pensamento coerente ao novo diálogo social apresentado pela Constituição Federal de 1988 enceta contornos de relevância ao instituto objeto desta pesquisa, que está merecendo ser reconstruído no viés da dignidade.

Visível, portanto, é a dinâmica evolutiva que vem modificando a maneira de se enxergar as relações familiares não matrimonializadas, cuja importância para o Direito é indiscutível por constituir a família base da sociedade a interferir direta e imediatamente nos destinos de uma civilização.

3.1 A NECESSIDADE DE SE PERCEBER A RAZÃO DE UMA OUTRA FORMA

Iniciado o processo filosófico no qual se denunciava a necessidade de perceber a razão de forma distinta daquela até então observada, a bioética, a contracultura e a ecosofia, possibilitaram o surgimento de novas vozes mundiais, como a de Jurgen Habermas, em sua “Constelação Pós-Nacional”⁷⁸, que se apresenta sustentando uma preocupação com a legitimação social contemporânea: a necessidade de uma legitimação de ordem política, a par da legitimação do próprio Estado constitucional, através de novas ordens políticas que se alimentariam pela legitimidade do Direito.

A filosofia, em todo momento, demonstra ser necessário observar a razão por um novo enfoque.

Nesta senda, a estrutura do Direito se reflete no modo característico da validade jurídica que limita a faticidade da execução judicial estatal com a legitimidade de uma positivação jurídica. Em outras palavras: as normas jurídicas devem ser vistas sob o duplo aspecto de coagirem e, simultaneamente, garantirem a liberdade (a legitimação do Estado estaria em garantir esse duplo fundamento).

⁷⁷ Foi a primeira vez que um Código Civil Brasileiro positivou a união estável, quando então conferiu quatro artigos ao instituto (1.723 *usque* 1.726), apresentando os requisitos desta relação, os impedimentos, os efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais (regime de bens), além da forma de conversão em testamento. O Código Civil também conceitua o concubinato como a relação não eventual entre homem e mulher impedidos de casar (artigo 1.727), sendo digno de nota que o mesmo Diploma não ousou regulamentar a união homoafetiva, vale dizer, de pessoas do mesmo sexo, não impedidas de se relacionar.

⁷⁸ HABERMAS, Jurgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Saligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

O Direito Convivencial ganha legitimidade em decorrência destas mutações filosófico-sociais, apresentando importante o questionamento que se poderia formular com esteio no pensamento habermasiano: deveríamos ocidentalizar o oriente com os nossos valores?

A idéia de pluralidade, cara à nova concepção das famílias, talvez impeça uma resposta afirmativa.

A ecosofia, nesta ordem de idéias, coaduna-se com a crítica de Habermas para quem a teoria política não foi capaz de equacionar a tensão entre a soberania popular (liberdade dos antigos) e os direitos humanos (liberdade dos modernos).

Mas o fato é que sempre se precedeu à autonomia pública dos cidadãos em detrimento das liberdades não políticas dos indivíduos privados, inclusive na seara das famílias, para não se dizer principalmente: “O liberalismo, que remonta Locke, denunciou (ao menos desde o século XIX) o perigo representado pelas maiorias tirânicas e postulou a precedência dos direitos humanos com relação à vontade do povo”⁷⁹.

Na transição de uma sociedade marcada pelo Estado Nacional para uma cosmopolita não se sabe exatamente o que mais é perigoso: se o mundo dos sujeitos soberanos do Direito Internacional, que perderam a sua inocência, ou se a situação misturada e confusa das instituições supranacionais que podem atribuir legitimações questionáveis, mas que ainda continuam dependentes da boa vontade dos Estados poderosos e das alianças.

As relações familiares se encontram dentro desta realidade e, assim como todos os problemas acima identificados, carecem de abordagem crítica efetuada sobre estes paradigmas filosóficos.

Ao sustentar Habermas⁸⁰ a idéia de que os Direitos Humanos seriam a vontade (imposição) de uma determinada coletividade ocidental, que deveria observar o ponto de vista de outras culturas, sua filosofia se aproxima do movimento da contracultura e das três ecologias, sendo cara ao estudo das famílias no Direito Convivencial.

⁷⁹ HABERMAS, Jurgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Saligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p.170.

⁸⁰ *Ibidem*.

Na busca por esta necessidade de se perceber a razão de uma nova e melhor maneira, não se poderia ignorar, destarte, as opiniões de Habermas, refletindo-se em derredor das mesmas na tentativa de aproveitá-las no estudo do Direito das Famílias.

A tensão entre a liberdade e a cultura, no viés dos usos e costumes, de certo modo perpassa este problema, merecendo análise dentro do processo de legitimação da ordem política pelo Direito, tendo em mira a inclusão das minorias através de políticas afirmativas.

De fato, os filósofos têm firmado críticas a este estado de coisas na busca de uma verdade apresentada como solução às angústias humanas, mas que acaba por se aproximar do ideário da contracultura, da ecosofia e da bioética.

Heidegger, na busca “Sobre a Essência da Verdade”⁸¹, bem delineou o conceito medieval sobre aquilo que é verdadeiro e real, cuja realidade consiste na concordância com aquilo que previamente e constantemente entendemos (aquilo que está de acordo, que concorda, a adequação da coisa ao intelecto, ao conhecimento). Com se sabe, fora justamente na época medieval que a família sofrera o maior golpe, quando se impôs a construção da mesma tão somente pelo caminho do matrimônio. Este conceito, extraído da época medieval, adverte o filósofo, não exprime o pensamento transcendental de Kant, preocupado com a essência humana enquanto subjetividade.

Talvez, a reconstrução do Direito Privado no Brasil simbolize esta busca eterna pela verdade cujo ideário, de rigor, também está sendo redimensionado pela filosofia.

A essência da verdade adquire uma evidente validade para cada um, afirma Heidegger⁸². A essência da adequação se determina pela natureza da relação que reina entre a enunciação e a coisa. Todo o comportamento se caracteriza pelo fato de se manter referido àquilo que é manifesto como tal. O comportamento está aberto sobre o ente. Toda relação de abertura é um comportamento.

Nesta tentativa filosófica de busca da nova razão, ou seja, daquilo que se entende como mais legítimo e próximo de uma verdade momentânea, dirá Heidegger⁸³ que a

⁸¹ HEIDEGGER, Martins. **Sobre a essência da verdade**. Tradução de Carlos Marijão. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

essência da verdade é a liberdade, porquanto uma ação não se pode realizar a não ser através da liberdade de quem age⁸⁴.

Tais afirmações se revelam importantes ao Direito Convivencial, a necessidade de se perceber a razão de uma nova maneira e, também, à nova concepção paradigmática do Direito das Famílias.

Se a essência da verdade é a liberdade, como não se permitir o exercício desta pelos indivíduos de maneira consentânea com os ideários individuais sob a bandeira da defesa a qualquer preço de dados usos e costumes criados à vista da imposição de uma maioria que simplesmente exclui minorias, impedindo-as de serem livres? Como admitir isto em se tratando de famílias?

Esta é a realidade das atuais famílias convivenciais, algumas delas sequer assim admitidas, outras denominadas de meros entes familiares, como que de uma maneira estigmatizante.

A reflexão sobre o laço essencial entre verdade e liberdade é fundamental a este Direito das Famílias. Remete à busca da resposta ao problema da essência do homem dentro de uma perspectiva que permite a experiência de um fundamento original oculto, de modo que esta reflexão transporta primeiramente para o âmbito onde a essência da verdade se desdobra originariamente⁸⁵.

Nesta busca em se perceber a razão de uma outra maneira, mister considerar que a liberdade é o fundamento da possibilidade intrínseca da conformidade. Não é somente aquilo que o senso comum faz com facilidade circular sob tal nome. Também é a ausência pura e simples de constrangimento relativa às possibilidades

⁸⁴ Entende-se aqui por “essência” o fundamento da possibilidade intrínseca daquilo que imediatamente é admitido como conhecido. Todavia, no conceito de liberdade nós não pensamos a verdade e muito menos sua essência. A verdade é aqui deslocada para a subjetividade humana.

⁸⁵ Deixar-ser significa entregar-se ao aberto e à sua abertura, na qual todo entre entra e permanece e que cada entre traz consigo. Este aberto foi concebido pelo pensamento ocidental desde o seu começo através da palavra “desvelamento”, utilizada em lugar da “verdade” para compreender a indicação de repensar mais originalmente à noção corrente de verdade como conformidade da enunciação no sentido ainda incompreendido do caráter de ser desvelado e do desvelamento do ente. Deixar-se significa que nós nos expomos ao ente enquanto tal e que transferimos par o aberto todo o nosso comportamento. O deixar-se, isto é, a liberdade é exposição ao ente. A essência da liberdade aparece como exposição ao ente enquanto ele tem o caráter de desvelado.

de ação ou inação humanas. É o abandono ao desvelamento do ente como tal. Arremata Heidegger:

O homem se limita à realidade corrente e passível de ser dominada, mesmo ali onde se decide o que é fundamental. E se ele se decide alargar, transformar, se reapropriar e assegurar o caráter revelado do ente nos domínios mais variados de sua atividade, ele contudo, procura as diretivas para tal nos estritos limites de seus projetos e necessidades correntes.⁸⁶

Entretanto, tende-se a pensar que a verdade seria aquilo que o senso comum afirma sê-la, mesmo que de forma ilegítima ou diminuidora da essência de outras verdades das minorias.

As lições heideggerianas servem como fundamentos para esta nova razão que se faz necessária na sociedade. Se o homem erra e move-se dentro desta errância, como adverte Heidegger, e justamente porque insiste existindo e já se encontra desta maneira, sempre na errância, é que participa da constituição íntima do ser. É no pensamento do ser que a libertação do homem alcança a sua palavra (articulação protetora da verdade do ente em sua totalidade).

Nesta linha, no plano jurídico e infraconstitucional, a doutrina civil brasileira também apresenta diretrizes teóricas aptas à análise desta nova razão à luz de paradigmas contemporâneos, inclusive de índole filosófica para além da modernidade e na tutela das famílias.

E como estaria o direito convivencial nesta nova ordem?

3.1.1 O direito convivencial e a nova ordem mundial

A necessidade de se perceber a razão de uma nova maneira à vista da virada paradigmática do Direito das Famílias fortaleceu o próprio Direito Convivencial, que surgiu dentro desta inédita ordem mundial alterada pelos fatos relacionados no capítulo dois desta dissertação.

⁸⁶ HEIDEGGER, Martins. **Sobre a essência da verdade**. Tradução de Carlos Marijão. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p.40.

Surge uma nova ordem jurídica de família, como percebeu Maria Berenice Dias ao concluir que: “Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma **nova ordem jurídica** para a família, atribuindo valor jurídico ao **afeto**”⁸⁷.

De fato, a família, por ser socialmente estruturante, é normativamente vital, não poderia ser mitigada em nenhuma de suas modalidades. Neste sentido, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Carlos Pamplona Corte-Real, consigna a existência de uma “tentativa do acesso cognitivo aos valores superiores informadores de uma Ordem Natural Transcendental”⁸⁸ para demonstrar a presença de uma nova ordem jurídica disciplinadora do Direito das Famílias.

O mundo de hoje se submete a uma desorientação típica de uma era de incertezas talvez sem precedentes. A família matrimonializada, hierarquizada, biologizada, única, patrimonializada, modelada pela concepção judaico-cristã, é contraposta por várias outras formas de arranjos, alguns despatrimonializados, não hierarquizados, multifacetários e desbiologizados.

As relações familiares não matrimonializadas se fortalecem. Esta situação de mudanças e incertezas também é observada em vários outros campos da sociedade. Hoje, já não se tem mais certeza de quando a vida começa, nem mesmo quando termina. Os avanços da bioética exigem uma nova visão (revisão) sobre tais questões. O mesmo se poderia dizer sobre os debates que se travam quando o assunto é meio ambiente, ou tecnologia, fazendo surgir novas gerações (dimensões) de direitos.

A Constituição Republicana de 1988 alterou o eixo em torno do qual se vinha construindo o Direito, impactando as relações interparticulares da união estável, homoafetiva e concubinária, no que se fez surgir um novo regime jurídico familiar.

Este fenômeno constitui tendência passível de ser denominada como uma Nova Ordem Jurídica que passa a admitir a autonomização patrimonial das famílias antes

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3.ed. rev., atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2002, p.61. (Grifos da autora).

⁸⁸ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito da Família e das Sucessões**: Relatório apresentado no concurso para professor associado da Faculdade de Direito de Lisboa. 1.ed. Universidade de Direito de Lisboa: Lisboa, 1995, p.18.

esgrimidas dentro de um chamado direito à felicidade, instrumentalizado, multifacetário e eudemonista. Daí a assertiva de Luis Edson Fachin⁸⁹:

Numa sociedade de identidade múltiplas, da fragmentação do corpo no limite entre o sujeito e o objeto, o reconhecimento da complexidade se abre para a idéia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução. O presente plural, exemplificado na ausência de modelo jurídico único para as relações familiares, se coaduna como o respeito à diversidade, e não se fecha em torno da visão monolítica da unidade.

Mas esta proposta para um novo Direito das famílias não é tão confortável sob o ponto de vista jurídico o quanto parece. Submete-se a desafios aparentemente insuperáveis e não menos relevantes da parte do corpo social contrária a tais mudanças, pelos mais distintos fundamentos, entre os quais o fator patrimonial.

Interessa aqui, como já se alertou, o recorte metodológico no aspecto econômico desta interferência à luz da nova concepção paradigmática das famílias e da necessidade de se perceber a razão de uma nova maneira, pelo caminho da “despatrimonialização”, que supera o patrimonialismo (produtivismo e consumismo), adequando-se aos valores da existência (existencialismo) digna humana.

A Bioética, a Ecosofia, os Princípios e a Filosofia contribuíram para este avanço sociológico que fez criar doutrina fértil legitimadora dos discursos acadêmicos e jurídicos a respeito do assunto, propiciando a positivação consentânea a esta nova razão: o Direito Convivencial na nova ordem mundial.

Estava aberto o campo das mudanças legislativas. No Brasil não poderia ser diferente.

Como se sabe, a República Federativa do Brasil constitui Estado Democrático de Direito. Neste sentido, todos se submetem ao ordenamento jurídico que, por expressa imposição constitucional, é norteado pelos valores da cidadania e da dignidade:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. **O impacto das mudanças sociais no Direito de Família** (navegando entre dois Brasis: do casamento codificado às famílias não matrimonializadas na experiência brasileira). Disponível em: <http://www.unimar.br/cursos/fd/argumentum_1.pdf>. Acesso em: 06 out. 2007, p. 4.

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

II – a dignidade da pessoa humana;

A virada paradigmática no Direito Brasileiro acontece dentro destes balizamentos, com especial destaque para o princípio vetor dignidade humana, encontrando-se o Direito das Famílias submetido a tais balizamentos.

A virada paradigmática do Direito Brasileiro coincide com a perspectiva jurisprudencial da mais alta Corte de Justiça nacional. De fato, para o Supremo Tribunal Federal o:

postulado da dignidade da pessoa humana, o qual representa, considerada a centralidade desse princípio essencial, significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente no país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo⁹⁰.

Em termos de bioética, o Supremo Tribunal Federal também já foi instado a se manifestar, sendo digno de nota o debate que se travou em torno da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54⁹¹ e o voto proferido pela Relatoria daquele feito.

⁹⁰ Supremo Tribunal Federal. Recurso no Hábeas Corpus [94.358](#). Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 29-4-08. Informativo 504.

⁹¹ Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 27-4-05, *DJ* de 31-8-07. Eis o teor: “ADPF — Adequação — Interrupção da gravidez — Feto anencéfalo — Política judiciária — Macroprocesso. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental — como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade —, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF — Liminar — Anencefalia — Interrupção da gravidez — Glosa penal — Processos em curso — Suspensão. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF — Liminar — Anencefalia — Interrupção da gravidez — Glosa penal — Afastamento — Mitigação.

Portanto, os movimentos contraculturais de outrora também passaram a ser debatidos no Direito Brasileiro, submetendo-se ao mesmo diálogo/influência em relação aos arranjos familiares.

O Supremo Tribunal Federal teve ainda a oportunidade de consignar formalmente em um determinado julgado lastreado no princípio da dignidade humana a impossibilidade constitucional de se admitir a exploração do homem pelo próprio homem. Confira:

Sendo fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o exame da constitucionalidade de ato normativo faz-se considerada a impossibilidade de o Diploma Maior permitir a exploração do homem pelo homem⁹².

Debates sobre supostas distinções raciais entre arianos e judeus também chegaram ao exame do Supremo Tribunal Federal que, enfaticamente, repeliu esta prática com esteio na impossibilidade de discriminação eugênica em prejuízo de judeus⁹³.

Diga-se, então, assim, por analogia ao julgado: há de ser também intolerável a prática discriminatória e de intolerância contra as famílias de homossexuais, sendo condenável a homofobia, assim como também se deveria pensar em uma nova razão para as famílias concubinárias, ante o postulado da dignidade humana, que não admitiria a segregação destes sujeitos.

Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia”.

⁹² Supremo Tribunal Federal. [Recurso](#) Extraordinário 359.444. Relator para o Acórdão Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 24-3-04, *DJ* de 28-5-04.

⁹³ “Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País”. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424. Questão de Ordem. Relator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa. Julgamento em 17-9-03, *DJ* de 19-3-04.

Eis o Direito Convivencial nessa novel perspectiva contribuindo para uma percepção jurídica constitucionalizada e adequada ao novo pensamento filosófico e social.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.300, o Supremo Tribunal Federal abordou de maneira explícita, pela primeira vez, esta questão, assim restando configurada a ementa daquele julgado:

União Civil Entre Pessoas do Mesmo Sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Pretendida qualificação de tais uniões como entidades familiares. Alegada inconstitucionalidade do art. 1º da lei nº 9.278/96. Norma legal derogada pela superveniência do art. 1.723 do novo código civil (2002), que não foi objeto de impugnação nesta sede de controle abstrato. Inviabilidade, por tal razão, da ação direta. Impossibilidade jurídica, de outro lado, de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias (cf, art. 226, § 3º, no caso). Doutrina. Jurisprudência (STF). Necessidade, contudo, de se discutir o tema das uniões estáveis homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar: matéria a ser veiculada em sede de ADPF.⁹⁴

Portanto, numa visão hermenêutica construtiva sob a égide dos princípios fundamentais (como os da dignidade humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), o Supremo Tribunal Federal qualificou de admirável percepção, de alto significado, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, bem como a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva, como entidade familiar a permitir, em favor dos parceiros homossexuais, positivas garantias no plano do Direito e das relações sociais.

Não se poderia, portanto, legitimar hoje as resistências sociais que negam a necessidade de se atribuir o estatuto da cidadania às uniões entre pessoas do mesmo sexo, razão pela qual a doutrina vem construindo derredor deste relevante tema⁹⁵.

⁹⁴ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 3.300.

⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p.119-127. VARELLA, Irene Innwinkl Salem; SALEM, Luiz. **Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal. Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo**. 1.ed. Rio de Janeiro: Agá Juris Editora: 2000. RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS, ano, p. 97-128. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p.161-162. GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais**. Local: Livraria do Advogado Editora, 2005. FERNANDES, Taísa Ribeiro. **União Homossexuais: efeitos jurídicos**. São Paulo: Editora Método, 2004. GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica. **Revista da AJURIS**, n. 88. tomo I, dez./2002, p.224-252.

A nova concepção paradigmática do Direito das Famílias atingiu as relações familiares não matrimonializadas, exigindo uma nova perspectiva de análise jurídica desas pelo caminho da repersonalização.

Maria Berenice Dias⁹⁶ sustenta exatamente esta necessidade de postura vanguardista do intérprete enquanto a lei não acompanhar a evolução da sociedade, motivo que a faz defender a juridicidade das uniões extraconjugais. A autora reconhece a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva.

A publicização do Direito das Famílias no texto constitucional também é vista na jurisprudência brasileira ante o solidarismo positivo, sempre em favor de alguém ou de algo, simbolizando uma tríplice fratura do paradigma vigente: diluição da posição formal rígida entre credores e devedores; irrelevância da distinção entre sujeito estatal e privado e enfraquecimento das separações absolutas entre os componentes naturais do entorno (o objeto na dicção privatista) e os sujeitos da relação jurídica.

Compreendida a nova ordem, deve-se prosseguir pelo caminho da principiologia constitucional.

Este trabalho pretende encontrar uma conformação deste Direito Convivencial e os reflexos patrimoniais decorrentes, razão pela qual, antes disto, necessitará compreender a origem do próprio Direito Convivencial, especialmente no Brasil, como pressuposto necessário ao passo maior que se pretende dar.

⁹⁶ “Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. 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. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetiva - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade”. (DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito e a Justiça**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.10).

É o que será feito agora.

3.1.2 A origem do direito convivencial

Em primeiro lugar é bom que se consigne um relevante aspecto no exame da origem do Direito Convivencial: a união estável não se confunde com o namoro, circunstância que há de ser verificada no caso concreto quando do estudo dos efeitos sucessórios: o que caracteriza a união estável é o objetivo de constituição de família, não o tempo, a existência de prole ou a coabitação.

Diz-se isto porque recentemente, no Superior Tribunal de Justiça, pôde-se observar a preocupação deste em distinguir namoro de união estável para efeito de tutela jurídica⁹⁷.

⁹⁷ REsp 474.962/SP, Rel. MIN. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23.09.2003, DJ 01.03.2004: "DIREITOS PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. CONVIVÊNCIA SOB O MESMO TETO. DISPENSA. CASO CONCRETO. LEI N. 9.728/96. ENUNCIADO N. 382 DA SÚMULA/STF. ACERVO FÁTICO- PROBATÓRIO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. DOCTRINA. PRECEDENTES. RECONVENÇÃO. CAPÍTULO DA SENTENÇA. TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. HONORÁRIOS. INCIDÊNCIA SOBRE A CONDENAÇÃO. ART. 20, § 3º, CPC. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. I - Não exige a lei específica (Lei n. 9.728/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável. II - Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes. III - O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento, como no caso entendeu o acórdão impugnado. IV - Seria indispensável nova análise do acervo fático-probatório para concluir que o envolvimento entre os interessados se tratava de mero passatempo, ou namoro, não havendo a intenção de constituir família. V - Na linha da doutrina, "processadas em conjunto, julgam-se as duas ações [ação e reconvenção, em regra, 'na mesma sentença' (art. 318), que necessariamente se desdobra em dois capítulos, valendo cada um por decisão autônoma, em princípio, para fins de recorribilidade e de formação da coisa julgada". VI - Nestes termos, constituindo-se em capítulos diferentes, a apelação interposta apenas contra a parte da sentença que tratou da ação, não devolve ao tribunal o exame da reconvenção, sob pena de violação das regras tantum devolutum quantum appellatum e da proibição da reformatio in peius. VII - Consoante o § 3º do art. 20, CPC, "os honorários serão fixados [...] sobre o valor da condenação". " E a condenação, no caso, foi o usufruto sobre a quarta parte

Também se esclareça preliminarmente que a habitação comum não é necessária para caracterização da união estável, como assentado na súmula 382, do Supremo Tribunal Federal: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável para a caracterização do concubinato”.

Ao se trilhar o caminho pela busca da origem deste Direito Convivencial fora preciso estudar o dilema da emancipação *versus* regulação jurídica, sempre presente na história do Direito, quando então se esclareceu que os conflitos em busca dos ideários da liberdade e da igualdade hão de surgir toda a vez em que a civilização constatar a existência de legislações criadoras de fontes de privilégios indevidos.

Dividiu-se historicamente a família em cinco grandes fases: a primitivo, a romana, a medieval, a moderno e a contemporâneo.

Após relembrar este caminho já realizado no capítulo segundo desta dissertação, faz-se possível agora afirmar que o Direito Convivencial surgiu de modo tímido e destituído de análise crítica aprofundada na fase romana, quando tais arranjos, malgrado inferiores ao matrimônio, eram admitidos.

Contudo, a fase medieval foi responsável pela mitigação das famílias convivenciais e, por conseguinte, do Direito Convivencial que sequer era assim denominado ou reconhecido, tendo em vista a valoração exacerbada do casamento, a ponto de torná-lo o único modelo familiar permitido.

Nada obstante o período moderno repetir, em certo modo, o ideário medieval, noções jurídicas de inclusão familiar começaram a surgir, desembocando nesta nova formatação das entidades familiares agora já na era contemporânea.

Celso Antonio Bandeira de Mello⁹⁸ assim percebeu quando sustentou não ser possível a Lei constituir-se em fonte de privilégios, nem de perseguições, mas instrumento regulador eqüitativo da vida social, sendo mesmo necessário emprestá-

dos bens do de cujus. Assim, é sobre essa verba que deve incidir o percentual dos honorários, e não sobre o valor total dos bens.”

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.10. Eis a assertiva: “A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes”.

la conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e jurisdicizado pelos textos constitucionais em geral, como típico critério de justiça.

De fato, a pedra de toque que deu azo a esta mudança paradigmática tem sua origem no ano de 1627 com a *Petition of Rights* e no ano 1688, com a Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*). Na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão fortaleceram tais ideários dentro destes momentos históricos de evolução das forças sociais. A Carta da Concórdia, firmada entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do Rei Inglês, surgida na Inglaterra de 1215, já antevia a necessidade de séria acomodação das liberdades com o interesse público, dentro de um diálogo democrático e emancipador humano.

Mas, nesta época, o Direito Convivencial estava longe de ser reconhecido. Contudo, adotando esta dissertação, como já esclarecido, o critério legislado para efeito de marco histórico da origem do instituto, pode-se avançar agora para dizer que o Direito Convivencial ganhou força há vinte anos, com o advento da Constituição Federal de 1988, especialmente à vista do artigo 226⁹⁹.

A partir deste instante os operadores do direito passaram a perceber o Direito Convivencial, ainda que de maneira restrita à união estável, sem atentar, por exemplo, para a relevância de integração das famílias monoparentais e homoafetivas. A resistência de setores considerados de características mais conservadoras, casada com a própria fraqueza social destes arranjos, incapazes de falar ou de serem ouvidos, impediria tais avanços.

A origem do Direito Convivencial, conclui-se, esteve intimamente ligada à necessidade de se perceber a razão de uma nova maneira, bem como em decorrência da inédita concepção paradigmática do Direito das Famílias.

⁹⁹ Assim foi redigido o artigo 226 da Constituição Federal de 1988: “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. [...] 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

3.1.3 A razão sendo percebida de uma outra forma

Dentro desta evolução do Direito Convivencial que se apresentou ao longo da história, questões jurídicas passaram a ser repensadas pelos tribunais brasileiros, assim como no Direito Estrangeiro.

Contudo, alguns temas ainda não se encontram assentados, a exemplo da união estável entre pessoas do mesmo sexo. A jurisprudência é recalcitrante. Nesta linha, digna de nota a recente divergência ocorrida no Superior Tribunal de Justiça e divulgada na página oficial eletrônica no dia 02 de setembro de 2008, no link das notícias.

Naquela oportunidade, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união homoafetiva, em apertados três votos contra dois, determinando que a Justiça Fluminense retomasse o julgamento de uma ação neste sentido.

A razão estava começando a ser percebida de uma nova forma pelos tribunais superiores.

De acordo com notícia veiculada no sítio oficial do Superior Tribunal de Justiça, estima-se em cerca de 17,9 (dezenove vírgula nove) milhões a quantidade de pessoas homossexuais que ainda sofrem dificuldades de inclusão em plano de saúde, reconhecimento à herança ou transferência funcional.

Na decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça ficou estabelecido que não existe vedação legal para que se prossiga o julgamento do pedido de declaração de união estável ajuizado por casal homossexual¹⁰⁰.

¹⁰⁰ “PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a

Segundo o ministro Luís Felipe Salomão, que desempatou a questão, os dispositivos legais se limitam a estabelecer a possibilidade da união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua. Ao perceber a razão de uma nova maneira, admitiu-se neste momento a compreensão de que a legislação, apesar disto, não estaria a proibir a união entre dois homens ou duas mulheres.

Trata-se de questão relevante em todo o mundo a bem evidenciar esta necessidade verdadeira de percepção da razão de uma nova maneira.

Como anotam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁰¹, a Dinamarca, à título de exemplo, teria sido o primeiro país a reconhecer a união entre homossexuais, nos termos da Lei dinamarquesa nº 372, de 7 de junho de 1989, conhecida como *Danish Registered Partnership Act*.

No mesmo sentido a Lei sueca de parceria registrada (*partenariat*) aprovada em 23 de junho de 1994 e a Constituição da África do Sul, de 1996; esta considerada a primeira Constituição do mundo a proibir, explicitamente, a discriminação em face da orientação sexual. A Holanda, por sua vez, foi o primeiro país a autorizar o casamento civil entre homossexuais.

possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. Apesar da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 6. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 820475, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Data de Julgamento: 02/09/2008).

¹⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.61.

Visível que o modelo tradicional de família não pressuporia a negação de outros arranjos, inexistindo incompatibilidade relativa à união entre pessoas do mesmo sexo, razão pela qual é plenamente possível construir uma nova linha paradigmática.

O primeiro caso apreciado no Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto, e que exigiu a percepção pelos Julgadores da realidade de uma nova maneira, foi o Recurso Especial de nº 148.897, sob a Relatoria do ministro Ruy Rosado de Aguiar, no ano de 1998. Naquela oportunidade se decidiu que, em caso de separação de casal homossexual, o parceiro teria direito de receber metade do patrimônio obtido pelo esforço comum.

Também foi reconhecido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, desta feita no Recurso Especial nº 395.904, o direito de o parceiro receber a pensão por morte do companheiro falecido, sob o fundamento segundo o qual o legislador, ao elaborar a Constituição Federal, não excluiu os relacionamentos homoafetivos da produção de efeitos no campo de direito previdenciário, o que é, na verdade, mera lacuna que deve ser preenchida a partir de outras Fontes do Direito.

Em recente julgado, qual seja o Recurso Especial nº 238.715, o ministro Humberto Gomes de Barros autorizou fosse um companheiro homossexual que se encontrava há mais de sete anos em relacionamento homoafetivo, incluído na qualidade de dependente de um plano de saúde, destacando-se que a relação em destaque gera direitos analogicamente à união estável.

Importante referir-se ao julgado proferido em 2008 porque foi nele que o Superior Tribunal de Justiça, pela vez primeira, analisou direitos de um casal homossexual com o entendimento fincado no Direito de Família, e não do Direito Patrimonial.

A razão estava a ser percebida de uma nova maneira, pois, abrindo-se o caminho do Direito Convivencial na virada jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Tratava-se de processo envolvendo segredo de justiça por meio do qual um casal de homossexuais ajuizou reconhecimento da união na 4ª Vara de Família de São Gonçalo, no Estado da Rio de Janeiro, alegando vida estável e afetiva há 20 anos, de forma duradoura, contínua e pública.

O pedido foi negado e o processo extinto sem julgamento do mérito, dando ensejo à interposição de apelo cível, cujo provimento restou negado pelo Tribunal de Justiça

do Rio de Janeiro, sob o argumento da inexistência de possibilidade jurídica no caso concreto.

Apesar de legalmente casados no Canadá, o autores da aludida ação de reconhecimento da relação familiar homoafetiva buscavam a declaração de união estável no Brasil, no escopo de obter visto permanente para o canadense, de modo que os dois pudessem morar definitivamente no Rio de Janeiro.

O julgamento no Superior Tribunal de Justiça foi disputado. Os ministros Pádua Ribeiro (relator) e Massami Uyeda votaram a favor do pedido. Entenderam que a legislação brasileira não traz veda o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Deste entendimento divergiram os ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, que negaram provimento ao recurso especial por entenderem que a Constituição Federal só considera como união estável a relação entre homem e mulher.

O julgado em destaque bem simboliza a relevância atual do tema e a necessidade de se entender a razão de uma outra forma, a par da sensível polêmica mesmo nas Cortes Superiores Brasileiras sobre relevante assunto. Digno de nota ainda que o Superior Tribunal de Justiça somente possuía, até então, jurisprudência sobre questões patrimoniais (pensão, partilha de bens etc), como a do Recurso Especial nº 148897, relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar, que em 1998 admitiu, em um caso de separação de casal homossexual, o direito do parceiro de receber metade do patrimônio obtido pelo esforço comum.

Na mesma linha patrimonializada, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu no Recurso Especial nº 395.804 o direito subjetivo de um parceiro homossexual receber pensão por morte do companheiro falecido, também sendo digno de nota o Recurso Especial nº 773.136, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, que negou um pleito da Caixa Econômica Federal, que pretendia impedir a inclusão de um dependente homossexual no plano de saúde de seu respectivo parceiro.

Compreendida a necessidade de se perceber a razão de uma nova forma, considerando a historicidade acima identificada, assim como a mudança paradigmática sofrida, torna-se possível apresentar um conceito contemporâneo do Direito Convivencial, lastreado na natureza jurídica e na finalidade do instituto.

3.1.3 Conceito, natureza jurídica e finalidade do direito convivencial

Este trabalho dissertativo conceitua o Direito Convivencial como o campo de conhecimento jurídico inserido no Direito de Família, este sim verdadeiro ramo do Direito Civil, e que disciplina as relações não matrimonializadas, nos planos da existência, validade e eficácia (patrimonial e pessoal):

De qualquer forma, durante muito tempo nosso legislador viu no casamento a única forma de constituição da família, negando efeitos jurídicos à união livre, mais ou menos estável, traduzindo essa posição em nosso Código Civil do século passado. Essa posição dogmática, em um país no qual largo percentual da população é historicamente formado de uniões sem casamento, persistiu por tantas décadas em razão de inescandível posição e influência da Igreja católica. Coube por isso à doutrina, a partir da metade do século XX, tecer posições em favor dos direitos dos concubinos, preparando terreno para a jurisprudência e para a alteração legislativa¹⁰².

Os contornos do conceito que se vem a elaborar para o Direito Convivencial podem partir do artigo 1º, da Lei Federal nº. 9.278/96: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família”.

Mas a conceituação do Direito Convivencial exige uma compreensão prévia desta mudança histórica, principalmente na dinâmica do signo concubinato, antes utilizado como gênero dentro do qual o concubinato puro e impuro constituíam espécies.

Interessante notar que alguns elementos constitutivos destas famílias não matrimonializadas se apresentam de forma constante (uniforme), tais como: a estabilidade da união, a continuidade, a diversidade de sexos (para alguns), a publicidade e o objetivo de constituir família, aspecto relevante por facilitar a criação de um conceito geral.

¹⁰² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.35.

Como afirma Maria Berenice Dias, “apesar do nítido repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram”, sendo difícil mesmo a tentativa de conceituação¹⁰³:

Assim, como não define a maioria dos institutos que regulamenta, o Código Civil também não traz o conceito de união estável. Nem deveria fazê-lo. Não é fácil codificar tema que está sujeito a tantas transformações sociais e culturais. Aliás, esse é o grande desafio do direito das famílias contemporâneo, pois definir união estável, como bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, começa e termina por entender o que é família. E não é simples conceituar na atualidade família, que deixou de ser núcleo econômico e de reprodução para ser espaço de afeto e de amor. Este novo conceito de família acabou consagrado pela **Lei Maria da Penha** (L. 11.340/2006), que identifica como família qualquer relação íntima de afeto¹⁰⁴.

Tudo isto influenciará a construção deste conceito, como também a identificação da natureza jurídica e finalidade do instituto que tantas modificações sofrera na sua dinâmica história.

Para Salvio de Salvo Venosa, o “concubinato apresenta o sentido etimológico de comunhão de leito: *cum* (com) *cubare* (leito)”¹⁰⁵.

Assim como para o casamento, o conceito de união livre ou concubinato também é variável. A união estável ou concubinato, por sua própria terminologia, não se confunde com a mera união de fato, relação fugaz e passageira. Na união estável existe a convivência do homem e da mulher sob o mesmo teto ou não, mas *more uxório*, isto é, convívio como se marido e esposa fossem. Há, portanto, um sentido amplo de união de fato, desde a aparência ou posse de estado de casado, a notoriedade social, até a ligação adúltera. Nesse sentido, a união estável é um fato jurídico, qual seja, um fato social que gera efeitos jurídicos. Para fugir à conotação depreciativa que o concubinato teve no passado, com frequência, a lei, a doutrina e a jurisprudência já não se referiam a *concubinos*, mas a *companheiros*. Como vimos, essa opção é a vencedora na lei e na doutrina e assim deveremos tratar da problemática doravante.¹⁰⁶

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.155.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p.157-158.

¹⁰⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.35.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p.36.

Para Caio Mário da Silva Pereira o companherismo se contrapõe ao matrimônio¹⁰⁷, sendo a ausência de casamento o elemento distintivo conceitual entre a Família Matrimonial e a Família Convivencial.

À vista da doutrina acima citada, este trabalho classifica o Direito Convivencial em três grandes institutos.

(1) A União Estável, disciplinada nos artigos 1.722 à 1.726 do Código Civil de 2002, como uma relação pública, monogâmica e duradoura entre homem e mulher desimpedidos e desejosos de conviver como efetiva entidade familiar.

(2) O concubinato, previsto como uma relação civil familiar ilícita, nos termos do artigo 1.727 do Código Civil de 2002, firmada de maneira duradoura entre homem e mulher impedidos de casar.

(3) A União Homoafetiva, ainda não positivada, porém, à semelhança da união estável, conceituada como uma relação pública, monogâmica e duradoura entre pessoas do mesmo sexo desimpedidas e desejosas de conviver como família.

A classificação acima traz consigo a própria noção conceitual de tais institutos evidenciando claramente ainda que, por ser a família convivencial produto de uma cultura jurídica aberta e multifacetária, não se poderia admitir uma classificação fechada, mas sim meramente exemplificativa, diante da possibilidade de surgimento de outros legítimos arranjos familiares.

Quanto à natureza jurídica, pode-se dizer que o Direito Convivencial é um sub-ramo do Direito Civil de Família, cuja finalidade é disciplinar todas as relações familiares não matrimonializadas entre seres humanos nos planos da existência, validade e eficácia (patrimonial e pessoal).

Neste sentido, Maria Berenice Dias para quem: “nasce a união estável da simples convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam desta relação”¹⁰⁸ do que também não destoa Silvio de Salvo Venosa:

O concubinato ou a união estável são fatos sociais e fatos jurídicos. Essa é sua natureza (Bittencourt, 1985:15). Por outro

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979,p.36.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.158.

lado, como vimos, o casamento é um fato social e um negócio jurídico. Fato jurídico é qualquer acontecimento que gera conseqüências jurídicas. A união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico.¹⁰⁹

Fixados o conceito, natureza jurídica e finalidade do Direito Convivencial, passa-se ao estudo dos aspectos econômicos dessa conformação principiológica na tentativa de responder a seguinte questão: será que o Direito Econômico constituiria óbice ao Direito Convivencial?

3.2 O DIREITO ECONÔMICO COMO ÓBICE (APARENTE) AO DIREITO CONVIVENCIAL

3.2.1 A influência econômica no passado

No início dos tempos o homem se relacionava basicamente por extintos, no afã de perpetuar a própria espécie, preservando-a economicamente através da busca constante por alimentos, tudo isto dentro de um pequeno círculo social e rudimentar.

A economia, assim naquela época, como ainda nos dias de hoje, constituiu-se na grande matéria prima do Direito, interferindo diretamente na construção deste, fato perceptível tanto na origem das famílias (fase primitiva), quanto em outras épocas (fases romana, medieval e moderna).

Mas será que o Direito Econômico inevitavelmente seria obstáculo ao Direito Convivencial?

De fato, afirma Sílvio de Salvo Venosa que a família monogâmica se converte em um fator econômico de produção “pois esta se restringe quase exclusivamente ao interior dos lares, nos quais existem pequenas oficinas”¹¹⁰ reconhecendo a relevância do viés econômico na construção do núcleo familiar aspecto que “não se alterou muito com a sociedade urbana”¹¹¹. Este mesmo autor reconhece também

¹⁰⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.39.

¹¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.3.

¹¹¹ *Ibidem*, p.5.

que “a família atual, contudo, difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel”¹¹².

A família ocidental européia serviu de esteio à estruturação das relações brasileiras, tendo o sistema patriarcal de colonização portuguesa - bem simbolizado pela casa-grande - viabilizado a imposição imperialista racial que deu azo a cultura familiar de hoje.

Tem-se, pois, nas raízes sociológicas brasileiras o regime de economia patriarcal.

A preponderância do elemento econômico pode ser verificada no Brasil Colônia que não contemplava dentro de sua estrutura familiar as escravas e os filhos destas com os senhores de engenho, ante o elemento ideológico de ocultação de uma realidade opressora.

Portanto, a economia constitui elemento relevante, verdadeira matéria prima para o Direito de Família. Ao longo da história, muitas relações familiares foram estabelecidas na preponderância do fator econômico, bastando-se recordar o regime de bens do dote, que persistiu no ordenamento jurídico até 10 de janeiro de 2003, quando o Código Civil de 1916 perdeu a vigência.

Tão importante se constitui o elemento econômico que, ilustre-se, a simples passagem da economia agrária à industrial redimensionou por si somente a família. De efeito, há de ser citada a industrialização como forma de demonstrar as modificações sofridas na composição atual dos arranjos familiares, inclusive pela diminuição do número de nascimento de filhos nos países mais desenvolvidos.

Ao deixar a família de ser uma unidade de produção capitaneada pelo *Pater*, considerando a inserção da mulher como força produtiva, o efeito econômico desta nova realidade torna o núcleo familiar reduzido, daí a expressão família em sentido estrito nas áreas urbanas.

De igual modo, o avanço econômico deu azo à melhoria das condições de vida humanas, permitindo uma longevidade até então desconhecida. Este outro elemento econômico propiciou a inserção da figura do idoso nos arranjos familiares, quando então várias gerações passam a conviver.

¹¹² *Ibidem, loc.cit.*

Portanto, difícil negar a assertiva segundo a qual os conflitos sociais mudam em decorrência da realidade econômica.

3.2.2 A influência econômica no presente

O móvel econômico que justificou historicamente o primeiro elemento estrutural da família vem sendo mitigado pelo conceito contemporâneo da afetividade, no qual o “amor familiar”¹¹³ se apresenta como fundamento e finalidade destes arranjos, aspecto constatado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Outrossim, deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avança-se para uma compreensão ético-afetiva (como expressão de afeto e entre-ajuda), e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares¹¹⁴.

Mas, o elemento econômico deveria mesmo constituir aspecto negativo apto a obstruir a concretização destes novos arranjos familiares não matrimonializados também na fase contemporânea?

A bem da verdade, em outros momentos históricos, muito mais importante que o sentido pessoal de realização afetiva por meio da convivência familiar eram as funções institucionais/econômicas da família, também variáveis ao longo dos tempos, como bem adverte Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk¹¹⁵.

O elemento econômico esteve (e está presente) em toda a histórica evolutiva dos vínculos familiares, recebendo cuidadosa proteção por parte do Direito, justificando quase sempre (para não se dizer sempre) tais laços de família.

Para Friedrich Engels¹¹⁶, a proibição do incesto no atendimento de uma necessidade de sobrevivência do próprio grupo constituiu fator muito mais relevante que a

¹¹³ D'ADOSTINHO, Francesco. **Filosofia Della Famiglia**. Milano: Editora Giuffré, 1999, p.10.

¹¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.6.

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.8.

¹¹⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Vitória, 1960, p.40.

questão biológica: foi o primeiro princípio estável na evolução das formações familiares de hoje, representando o rompimento com a era primitiva de promiscuidade, situando a monogamia surgida no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie, entre os gregos, como segundo princípio estável.

Será que a monogamia hoje haveria de se manter como um valor absoluto fincado no elemento econômico? Voltaríamos à barbárie se a abandonássemos?

É certo que, tanto em Roma Antiga, quanto na idade média, no período do iluminismo, e no Brasil Colônia, a história viu a preponderância do patrimonialismo nas relações familiares. Mas ainda hoje isto seria necessário, cabível, correto, justo?

Não se poderia olvidar que tal cultura ainda hoje reverbera no inconsciente coletivo e se encontrará presente em várias das relações familiares contemporâneas, por mais que se exorte a despatrominialização do Direito das Famílias, relacionada à funcionalização da mesma na busca da realização da vida digna e liberta.

O Direito Convivencial não se encontra divorciado desta realidade. Ao revés, sofre a influência direta do materialismo histórico seja *inter vivos*, no plano da eficácia patrimonial desta relação familiar (regime de bens), seja *mortis causae*, quando se analisa o aspecto hereditário de um ente que vem a óbito no seio desse arranjo familiar.

O elemento econômico ainda há de interferir no presente em face da conformação principiológica do Direito Convivencial obstruindo, em certos casos, o ideário de emancipação de alguns dos arranjos familiares.

Nada obstante, é chegado o momento de se repensar o Direito das Famílias com esta constiência na busca de superação do viés econômico, pois a razão merece ser pensada de uma nova maneira e assim exige a nova concepção paradigmática dos arranjos familiares.

O caminho a seguir nesta incessante busca de superação do óbice econômico, dorante visto apenas como óbice aparente ante a convicção de estar o mesmo superado na pós-modernidade, será o da função social, como princípio apto a redimensionar o pensamento econômico.

3.2.3 A função social do direito nos grupos não matrimonializados

Sem dúvida uma das mais importantes decisões da comissão que elaborou o atual Código Civil, como afirmam Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, foi “modificar o princípio básico do individualismo, que marcou o Código de 1916, pelo princípio da socialidade”¹¹⁷, ante a influência sofrida na legislação pelo denominado Culturalismo de Miguel Reale para quem “se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da socialidade”¹¹⁸.

Segundo Miguel Reale, “desde Marx não se pode filosofar com abstração de sua socialidade”¹¹⁹, sendo marcante a prevalência de valores coletivos no Código Civil de 2002. Nesta senda, uma nova ordem jurídica foi consagrada na contemporaneidade sob a égide do interesse coletivo de modo a superar a doutrina clássica burguesa sopesando as liberdades individuais à vista da sociedade em si, como sustenta Silvio de Salvo Venosa:

Na contemporaneidade, a autonomia da vontade clássica é substituída pela autonomia privada sob a égide de um interesse social. Neste sentido o atual Código. Aponta para a liberdade de contratar sob o freio de função social. Há, portanto, uma nova ordem jurídica contratual, que se afasta da teoria clássica, tendo em vista mudanças históricas tangíveis. O fenômeno do interesse social na vontade privada negocial não decorre unicamente do intervencionismo do Estado nos interesses privados, com o chamado dirigismo contratual, mas da própria modificação de conceitos históricos em torno da propriedade. No mundo contemporâneo, há infindáveis interesses interpessoais que devem ser sopesados, algo nunca imaginado em passado recente, muito além dos princípios do simples contrato de adesão¹²⁰.

A função social tem se apresentado como um dos mais importantes princípios brasileiros, cuja máxima efetividade há de ser exortada na intensa busca pela concretização do Estado Democrático de Direito. Exatamente por isto é que a função social não mais é vista tão somente nos negócios jurídicos contratuais ou mesmo na

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.49.

¹¹⁸ REALE, Miguel. **Memórias**. v.2. A balança e a espada. São Paulo: Saraiva, 1987, p.19.

¹¹⁹ *Ibidem*, loc.cit.

¹²⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.349.

propriedade, atingindo também o campo do Direito das Famílias que atende à socialidade, como já anotaram Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco:

A socialização dos modelos jurídicos é uma das características mais marcantes do novo Código e seu significado é o da prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, e da revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador¹²¹.

A todo momento se verifica o regramento legislativo em derredor do princípio da função social. No plano constitucional, diz-se que “a propriedade atenderá a sua função social”¹²² sendo esta (função social da propriedade) um dos princípios da ordem econômica, à vista do artigo 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

O Código Civil brasileiro condiciona a liberdade de contratar aos limites da função social dos contratos¹²³, o que também ocorre no direito da propriedade, submetido que se encontra a socialidade, nos termos do artigo 1.228, daquele Diploma Cível¹²⁴.

No Direito das Famílias, a função social ganha relevo particularmente no tocante à reconstrução do denominado “poder familiar” diante da emancipação da mulher, como sugerem Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco:

As conseqüências imediatas de tal princípio deram-se em relação ao poder familiar que demonstra a recepção da emancipação da mulher, assim como o surgimento da posse *pro labore*; em consonância com os fins sociais da propriedade¹²⁵.

Portanto, o direito econômico não constitui óbice algum à efetivação destes novos paradigmas, na medida em que a função social bem delinea os limites do valor econômico e prospecta as relações jurídicas, otimizando-as de acordo com a socialidade.

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.49.

¹²² Artigo 5, inciso XXIII.

¹²³ Artigo 421, do Código Civil.

¹²⁴ Artigo 1.228, parágrafo 1, do Código Civil: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Op.cit.*, 2002, p.49.

Para Carlos Roberto Gonçalves o Direito de Família é “de todos os ramos, o mais intimamente ligado à própria vida [...] provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência”¹²⁶, motivo pelo qual: “as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a *função social* da família no direito brasileiro”¹²⁷.

Deve-se compreender a socialidade como elemento intrínseco dos arranjos familiares a otimizar as relações humanas, para onde há de convergir o aspecto patrimonial do direito de família, até então analisado sob uma perspectiva de domínio de certos entes, que subjugavam outros.

Exatamente por isto é que não se pode negar a necessidade de as famílias não matrimonializadas serem tratadas à luz da função social, de maneira a concretizar a dignidade humana dos membros que a compõem, sendo visível o caráter funcional destes arranjos.

Compreendida a concepção autônoma do Direito Convivencial, não se pode deixar de verificar, até mesmo para afirmação dessa autonomia, a existência de princípios próprios. Todavia, para isto ocorrer é mister redescobrir a principiologia. Faz-se, portanto, necessário compreender o que são princípios jurídicos hoje e quais os pensadores que se apresentam nesta nova concepção contemporânea dos princípios.

3.2.2 A Autonomia do Direito Convivencial

Importante pergunta que se faz é sobre a possível autonomia do Direito Convivencial. Até que ponto se pode chamá-lo de Direito? Seria este efetivamente um ramo do Direito? Qual o nível de autonomia que se deve emprestar ao Direito Convivencial?

A expressão Direito Convivencial vem ganhando força nos últimos anos entre os especialistas em Direito de Família como uma forma de fugir dos termos

¹²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.1

¹²⁷ *Ibidem*, p.19.

concubinato, ou mesmo Direito do Concubinato, aspecto que também é observado no avanço legislativo codificado, como pontuam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Ao revés do seu antecessor, o Código Civil de 2002 dedicou um livro específico à união estável, notadamente em seus arts. 1.723 a 1.727. em linhas gerais, a legislação codificada absorve algumas orientações já consagradas em sede doutrinária e jurisprudencial [...] ¹²⁸.

Por exigência pedagógica, ao se estudar o Direito das Famílias, costuma-se dividi-lo em quatro grandes blocos, alusivos aos seguintes assuntos: matrimônio, relações de parentesco, relações convivenciais e relações assistenciais.

A estes departamentos (conteúdos programáticos), costuma-se inserir a expressão Direito: Direito Matrimonial, Direito Convencional, Direito Parental e Direito Assistencial. Neste sentido, à título ilustrativo, cite-se a doutrina de Maria Helena Diniz, que adota esta classificação e assim afirma:

Porém, é preciso deixar bem claro que o direito de família, em qualquer de suas partes (direito matrimonial, convencional, parental ou tutelar), não tem conteúdo econômico, a não ser indiretamente, no que concerne ao regime de bens entre os cônjuges ou conviventes, à obrigação alimentar entre parentes, ao usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores, à administração dos bens dos incapazes, e que apenas aparentemente assume fisionomia de direito real ou obrigacional ¹²⁹.

Quase todos os manuais se utilizam destas expressões para o que aqui será denominado sub-ramos do Direito das Famílias.

Apesar da falta de técnica, na medida em que não se está efetivamente diante de ramos do Direito, o fato é que tais termos restaram consagrados na comunidade jurídica como símbolos que bem identificam os signos de comunicação.

Este acontecimento não se afigura exclusivo no Direito das Famílias. Visite-se o atual Direito Empresarial e constate-se como o signo empresa ganhou distintos conteúdos semânticos ao longo de sua historicidade, a ponto de açambarcar o

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.375.

¹²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.V. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.4.

Direito Comercial. A propósito, o signo empresa chega a ser utilizado no Direito do Trabalho como sinônimo ora de empregador, ora de estabelecimento, ora de atividade.

Feitas estas considerações, pode-se mesmo concluir que não seria correto, dentro de uma pureza técnica, falar-se em Direito Convivencial, na medida em que este sequer constitui ramo do Direito.

Tal circunstância não impede, contudo, que se reconheça a importância que este instituto vem ganhando na recente construção de um Direito de Família melhor, inclusive diante dos recentes temas enfrentados na jurisprudência envolvendo relacionamentos convivenciais. Esta autonomia é defendida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Por isso, impõe-se ao jurista exercer um controle cuidadoso da constitucionalidade das normas infraconstitucionais – inclusive daquelas que dizem respeito à união estável, analisando a sua adequação aos princípios e regras constitucionais¹³⁰.

Diante deste quadro, optar-se-á nesta dissertação por utilizar a consagrada expressão Direito Convivencial, reconhecendo-o como um sub-ramo do Direito das Famílias este sim, finalmente, um ramo do Direito Civil. Esta seria a extensão da aludida autonomia nas relações convivenciais.

Importante, em derredor deste assunto, as considerações seguidas pela mesma doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

E, de mais a mais, o sentido emancipatório das liberdades dos cidadãos afirmado pela Constituição, representado pelo conjunto de direitos fundamentais e de valores que os sustentam, é umbilicalmente conexo com a realidade presente, viva. Isso significa dizer que o sistema de direitos fundamentais construído constitucionalmente representa um conteúdo mínimo para o significado social e para a construção do Direito, precisando ser reconhecida a aplicabilidade dessas liberdades na constituição das entidades familiares.¹³¹

O Direito Convivencial, portanto, goza de prestígio e autonomia, exigindo um estudo dedicado e profundo dos mais variados temas que dentro dele se encontram,

¹³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.375.

¹³¹ *Ibidem*, p.376.

particularmente porque neles também se encontrarão relevantes dramas humanos que necessitam de atenção jurídica.

4 O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A (RE) DESCOBERTA DA PRINCIPIOLOGIA

Este capítulo tem como objetivo demonstrar quão relevante foi o advento da Constituição Federal de 1988 para a virada paradigmática do Ordenamento Jurídico, dando azo a uma nova forma de se enxergar o Direito nos mais diversos ramos de atuação.

A nova concepção que se instalou a partir do aludido marco constitucional pode ser bem identificada na seara dos princípios jurídicos, antes utilizados como técnica secundária de integração da norma e, agora, alçados ao status da própria norma em si.

De fato, os princípios foram redescobertos e eleitos pelos aplicadores do Direito como um novo mecanismo de solução das variadas questões jurídicas, motivo este que exige a construção de um capítulo no qual se analise, em um primeiro momento, como as constituições passaram a substituir os códigos na hierarquia normativa, reconstruída com o chamado neo-constitucionalismo.

A redescoberta dos princípios será abordada como uma decorrência natural desta nova ordem jurídica que se instalou.

Contudo, esta análise dos princípios constitucionais leva ao reconhecimento da complexidade destes, constituindo-se tema seguinte, e não menos relevante, ao estudo realizado no presente capítulo.

Nesta senda, a técnica da ponderação e sua utilidade na superação de alguns dos complexos problemas principiológicos haverá de se analisar também.

Os princípios civis da eticidade, operabilidade e socialidade arrematarão o presente capítulo, oportunidade na qual se avaliará a possível necessidade de depurar a principioologia do Direito Convencional, estabelecendo uma relação direta entre os princípios e o Direito das Famílias.

4.1 ANTES OS CÓDIGOS, HOJE AS CONSTITUIÇÕES

Inegavelmente, um novo modelo de hermenêutica deve surgir para o Direito das Famílias: a norma constitucional civilista que antes enfatizava o patrimônio, agora observa o indivíduo (e porque assim não dizer a própria família) sob a perspectiva social da funcionalidade/instrumentalidade, ensejando alterações de perspectiva na solução das questões patrimoniais e econômicas.

Hoje, as Constituições Federais acabam por preponderar sobre todas as demais fontes do direito, substituindo-se à pujança dos Códigos de outrora.

Adverta-se, como já o fez Judith Martins-Costa: “o quadro que hoje se apresenta é o da reação ao excessivo individualismo característico da Era codificatória oitocentista que tantos e tão fundos reflexos ainda nos lega”¹³².

Destarte, “se às constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar – é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação”¹³³ denominado isto de “diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos objetivos fundamentais da República”¹³⁴.

Sim. Há pouco tempo, o maior impedimento para uma proteção mais efetiva destas proposições decorria da “atitude ultrapassada de grande parte dos juristas para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no formalismo jurídico que tem dominado gerações de operadores do Direito, especialmente durante o tempo autoritário”, como destaca o Doutor em Direito pela Frei Univeritat Berlin, Andreas J. Krell¹³⁵.

¹³² MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.15.

¹³³ *Ibidem, loc.cit.*

¹³⁴ *Ibidem, loc.cit.*

¹³⁵ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (dez) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p.71. Vide ainda José Alcebíades de Oliveira Jr.

Noberto Bobbio já denunciava esta herança má compreendida do jus-positivismo, enfatizadora da interpretação lógica operacional com prejuízo da finalidade, da realidade social e dos conflitos de interesses substanciais¹³⁶.

Enquanto o positivismo jurídico formalista exigia a “neutralização política” dos operadores do Direito, que deveriam ser racionais, imparciais e, portanto, neutros, aplicando o Direito Legislado de modo lógico-dedutivo, o atual Estado há de conceber juristas preparados a realizar as exigências do direito material, “ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico”¹³⁷.

Não há dúvida que este novo pensar altera a perspectiva de compreensão do Direito Convivencial, humanizando-o pela via principiológica cível antes inexistente.

Tudo isto altera a perspectiva econômica das relações intersubjetivas familiares, sendo a problemática central desta dissertação o desejo de balizar o direito convivencial via conformação principiológica, para dirimir tanto os conflitos patrimoniais, como todo e qualquer efeito econômico destas relações interparticulares.

A visão oitocentista, napoleônica, individualista e liberal do patrimônio destas famílias, vítimas de históricas discriminações, preconceitos e exclusões, típicas de uma sociedade fincada em valores jurídicos ultrapassados, cede espaço para o surgimento de um novo valor, fonte “de todos os demais valores, como assentara Reale já nos anos 40¹³⁸, e continuou a afirmar nos mais significativos trabalhos de sua vasta obra”. O valor humano, centro do sistema repersonificado, exige perspectiva hermenêutica social, inclusiva e funcional para as relações interparticulares, inclusive na área do Direito das Famílias, à luz da dignidade. Neste sentido, consigna Miguel Rodrigues Pineiro, magistrado do Tribunal Constitucional da Espanha:

a dignidade, a liberdade, a privacidade, o livre desenvolvimento da personalidade devem ser tutelados não

Os Dez Anos da Constituição Federal: O Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. **Anais do Seminário Democracia e Justiça**. 1998, p.93.

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone Ltda, 1995.

¹³⁷ APOSTOLOVA, Bistra S. **Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fábris, 1998, p.145.

¹³⁸ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.15.

apenas em face do Estado e dos poderes públicos, mas também em face dos particulares. Daí a irrupção da Constituição nas relações entre particulares, pois doravante ninguém escapa da sua *longa manus*¹³⁹.

Esta irrupção constitucional nas relações entre particulares há de servir para regular o patrimônio e a economia dos membros de uma família convivencial, sendo certa a lição de Edson Fachin no sentido de que: “a propriedade deve ser democratizada, para torná-la menos exclusão e mais abrigo, menos especulação e mais produção”.

A democratização da família para este fim, multifacetária, humana por natureza, “celula mater” da sociedade, equacionará as questões patrimoniais dos mais diversos tipos de entidades, beneficiando as uniões homoafetivas, heteroafetivas, concubinárias, carentes que se encontram de emancipação, em prol da sociedade.

4.2 A (RE) DESCOBERTA DOS PRINCÍPIOS. UMA NOVA ORDEM JURÍDICA

Conceitua Humberto Ávila¹⁴⁰ os princípios como normas finalísticas para cuja concretização estabelecem menor determinação de qual é o comportamento devido e que, por isso, dependem da relação com outras normas e atos institucionalmente legitimados de interpretação para determinação da conduta devida.

Certamente por isto é que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”, constituindo isto a “mais grave forma de ilegalidade” por simbolizar nítida contrariedade a todo Ordenamento Jurídico, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴¹.

Antes considerados fontes subsidiárias do Direito numa dogmática tradicional e compatível com o Direito romano-germano, quase sempre utilizados como formas de

¹³⁹ PINERO, Miguel Rodrigues *apud* SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. V.1. 22.ed. São Paulo: LTR, 2005, p.143.

¹⁴⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.167. Para este, princípios seriam “Normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para determinação da conduta devida”.

¹⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.842.

integração da norma à vista do dogma do *no liquet*¹⁴², os princípios estão sendo redescobertos hoje como técnica redimensionada, sem a qual se tornaria difícil solucionar os problemas da pós modernidade¹⁴³.

À vista desta nova concepção, alguns princípios acabam sendo alçados à qualidade de normas constitucionais em decorrência da distinta relevância que possuem. Poder-se-ia afirmar que tais valores devem ser universalmente reconhecidos como invariantes axiológicas. Entende-se desta maneira com espeque no que já sustentou Miguel Reale e dentro desta conformação principiológica objeto da dissertação na busca de: “Valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como invariantes jurídico-axiológicas, como a Declaração Universal dos Direitos dos Homens”¹⁴⁴.

O artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, assim como o artigo 126 do Código de Processo Civil¹⁴⁵, placitam a exata dimensão desse momento histórico, que ainda persiste no direito posto nacional de maneira inadequada, como se os princípios constituíssem elementos de somenos relevância aplicáveis somente quando nenhuma outra alternativa restasse ao hermeneuta, daí a observação de

¹⁴² Entende-se o *no liquet* como um dogma jurídico segundo o qual ao magistrado se impõe o dever de julgar sempre, solvendo, liquidando o conflito jurídico, como prescreve o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto, *Op.cit.*, 2006, p.80. Afirma ele: “os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituírem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido.”

¹⁴⁴ REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito. Para um Novo Paradigma Hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.13.

¹⁴⁵ Eis o que dizem tais preceitos da legislação ainda vigente: Art. 4º da LICC: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 126 do CPC: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Paulo Bonavides¹⁴⁶ para quem seriam válvulas de segurança que não superariam a lei.

Em termos de origem e evolução histórica, na senda de Paulo Bonavides, destacavam-se três fases distintas dos princípios, a saber: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista¹⁴⁷. A primeira fase (jusnaturalista) guarda direta relação com a perspectiva histórico-cultural de surgimento da burguesia, contrário ao regime monárquico¹⁴⁸.

A burguesia originariamente formada, contrariando o regime absolutista da época, sustentava a necessidade de se positivar alguns princípios (visão kelseniana), surgindo neste momento uma segunda fase, a do positivismo, quando se passou a considerar norma exclusivamente aquilo que estivesse escrito, posto em uma legislação, sendo digno de nota a referência à Hans Kelsen, para quem regras¹⁴⁹ configurariam julgamentos hipotéticos vinculados a certas conseqüências e condições¹⁵⁰, consideração que mereceu a crítica de Machado Neto¹⁵¹.

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.262. Para quem: “os princípios entram nos Códigos unicamente como válvulas de segurança, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo.”

¹⁴⁷ BONAVIDES, Paulo, *Op. Cit.*, 2003, p.259.

¹⁴⁸ TÂMEGA, Bruna Carolina. **A Concretização dos Princípios Constitucionais pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_03/ANO1_VOL_3_01.pdf>. Acesso em: 25 maio 2007, p. 4-5: “A corrente filosófica do jusnaturalismo defende a existência de um direito natural, consubstanciado em valores e pretensões desvinculados da norma jurídica emanada/positivada pelo Estado, legitimado por uma ética superior e limitadora da própria norma estatal. Apesar de suas múltiplas facetas, apresenta-se basicamente, num primeiro momento, como uma lei advinda da vontade de Deus (antiguidade clássica e época medieval) e posteriormente como uma lei ditada pela razão (a partir da Idade Moderna).”

¹⁴⁹ O positivismo imaginara possível utilizar métodos das ciências exatas para as sociais, como se fórmulas legislativas fossem capazes de disciplinar todas os conflitos jurídicos futuros sem qualquer preocupação com o elemento valorativo, moral, época bem caricaturada pela insígnia do suposto legislador racional.

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.64.

¹⁵¹ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.20: “Aí defende o mais estrito positivismo legal, doutrinando que a sentença judicial deve fundamentar-se exclusivamente no texto legal. A interpretação é mera exegese dos textos e sua finalidade, a descoberta da intenção psicológica do legislador.”

Neste afã regulatório que se seguiu, a conclusão a que se chegou foi a de que o positivismo não foi capaz de superar os surpreendentes desafios jurídicos surgidos posteriormente com a evolução social, daí a terceira fase, neoconstitucionalista, advinda após a Segunda Guerra Mundial, quando os princípios foram inseridos no eixo do Direito, como fontes de um sistema menos literalista.

A Ronald Dworkin coube o registro desse momento ímpar de redescoberta dos princípios: “Os juristas e juízes, ao debaterem e decidirem ações judiciais invocam não somente a essas regras em negrito, como também outros tipos de padrões que denominei de princípios jurídicos”¹⁵² sendo preciosa, depois disto, a orientação de Paulo Bonavides para quem: “a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições”¹⁵³.

Uma nova ordem jurídica fora construída, destarte, sob a égide dos princípios constitucionais, circunstância que exige uma análise crítica aprofundada em derredor dos mesmos, particularmente ante a específica complexidade que possuem.

4.3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA COMPLEXIDADE

Não se pode tratar dos princípios constitucionais sem relembrar a noção da dignidade humana, sob pena de se ignorar o mais importante valor inserto na Constituição Federal de 1988.

Antes disto, contudo, há de se referir ao pensamento de Immanuel Kant que bem relaciona a capacidade de autodeterminação com a dignidade:

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim [...] No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.73.

¹⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.281.

preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade¹⁵⁴.

A Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade humana à qualidade de fundamento do Estado Democrático de Direito, logo em seu primeiro artigo 1º¹⁵⁵, inciso III. Trata-se de valoração jurídica que se encontra acima dos demais princípios que se seguem apresentados ao longo do Texto Constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵⁶ considera a dignidade qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade dando azo a um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem tutelas contra qualquer ato de cunho degradante que firam as condições existenciais mínimas:

Os autores, em maioria, compreendem que a dignidade humana se coloca em situação de prevalência à vista dos princípios jurídicos, como pode-se aferir, ilustrativamente, da leitura de Robert Alexy¹⁵⁷.

¹⁵⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.75.

¹⁵⁵ Este é o texto constitucional referido: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.62: “Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. [...] Assim, precisamente no âmbito desta função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo – aqui também afinados com o pensamento de Juarez Freitas – de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente “o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida”.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Traduzido por Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.108-109: “*El principio de la dignidade de la persona puede ser realizado en diferentes grados. El que bajo determinadas condiciones con un alio grado de certeza, preceda a todos los outros principios no fundamenta ninguna absolutidad del principio sino que simplemente significa que casi no existen razones jurídico-constitucionales inconvencibles para una relación de preferencia en favor de la dignidad de la persona bajo determinadas*”

Esta constatação é relevante na premissa segundo a qual os princípios a serem apresentados quando da tentativa de conformação principiológica hora perseguida devem ser reconstruídos a partir do fundamento republicano da dignidade.

Neste sentido Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco:

Terá assim a pessoa humana, além de uma valência específica no plano ontognoseológico, outra no plano ético, aí como “critério objetivo e primordial de aferição da experiência ético-jurídica, pois *a priori* pode considerar-se injusta toda ordem social que redunde em diminuição da dimensão já adquirida *in concreto* pela pessoa humana em cada ciclo histórico”¹⁵⁸.

Nesta busca histórica pela conquista da plena tutela da sua humanidade, não apenas enquanto realidade, mas principalmente enquanto idealidade, o ser humano se coloca em uma visão antropocêntrica do direito, constituindo eixo em torno do qual o ordenamento jurídico é construído como verdadeira invariante axiológica, daí as noções de eticidade, operabilidade e socialidade, constituídas a partir deste paradigma dignidade.

4.4 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E SUA UTILIDADE

Hoje, portanto, é possível se afirmar que as normas jurídicas que sustentam a força normativa da Constituição se apresentam como um gênero dentro do qual princípios e regras são espécies, daí a assertiva de Robert Alexy¹⁵⁹ segundo a qual os princípios seriam mandamentos de otimização realizáveis.

condiciones. Pero, una tesis tal de posición central vale también para otras normas de derecho fundamental. Ella no afetcha el carácter do principio. Por eso, puede decirse que la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto. La impresión de absolutidad resulta del hecho de que existen dos normas de dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona, como así también del hecho que existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio de la dignidad de la persona, con un alto grado de certeza, precede a todos los demás principios”.

¹⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.183.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Traduzido por Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.89: “*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios sin normas que ordenam que*

No resgate axiológico da predominância da ética em sua magnitude, forte na perspectiva de equidade, os princípios injetam valor moral às condutas e aquecem a frieza da letra legislativa.

Na verdade, “uma lei não deve ser interpretada segundo a sua letra, mas consoante o seu espírito”¹⁶⁰, no que também concorda Paulo Bonavides¹⁶¹.

O critério da ponderação é posto à baila sempre que surgir aparente conflito entre dois ou mais princípios, circunstância que não acontecerá no toante às regras, oportunidade em que eventual conflito enceta tão somente, para estas últimas, ao contrário dos princípios, a inaplicabilidade de ambas, que não poderiam ser sopesadas.¹⁶²

Esta é a mesma perspectiva em derredor dos princípios agora à luz de J. J. Gomes Canotilho:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência

algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, esta permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principios desplazado ni que en el principios desplazado haya de incluir una causa de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa.”

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.49.

¹⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.281: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (*aplicable in all-or nothing fashion*). Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. [...] Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa do gênero”.

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Almedina: Coimbra, 2002, p.1116.

(impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, a lógica do tudo ou nada), consoante seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos¹⁶³.

A utilidade da técnica da ponderação é visível, pois permite realizar o Direito da melhor maneira possível, utilizando-se da equidade e razoabilidade sempre quando necessário e através de uma autorização legal principiológica.

Verifica-se nesta linha de raciocínio que a indicada eficácia interpretativa dos princípios enceta a concretização dos objetivos republicanos que estão submetidos a uma pauta axiológica a bem placitar a unidade e a harmonia do Ordenamento, no dizer de José Afonso da Silva¹⁶⁴.

Nesta intelecção, podem os princípios atuar para invalidar normas contrárias aos mesmos (negativamente, função limitadora), ou ainda de maneira prospectiva, otimizando as relações e comportamentos jurídicos (positivamente, função otimizadora).

A redescoberta dos princípios dentro desta nova concepção de ordem jurídica foi importante para o Direito das Famílias por permitir uma reconstrução deste ramo, particularmente na seara convivencial.

Contudo, esta reconstrução não poderá ser realizada sem não antes compreender bem os princípios constitucionais, de modo a dominar a técnica jurídica de aplicação. De efeito, os princípios constitucionais possuem grau de complexidade a exigir aprofundamento acadêmico para o correto desenrolar desta dissertação. É o que se fará agora.

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Almedina: Coimbra, 2002, p.1116.

¹⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.157.

4.5 ETICIDADE, OPERABILIDADE E SOCIALIDADE

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o Código Civil de 2002 “está fundado em três princípios norteadores que lhe permitem sonhar com uma vida ainda mais longa do que a do Código revogado”¹⁶⁵. Referem-se aos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade para vaticinar: “É com essa nova principiologia que o civilista do século XXI deverá preparar-se para os desafios que se avizinham”.

O Direito Privado sofre o redimensionamento axiológico conferido pela história atual à pessoa e aos bens, não mais se reduzindo a este viés patrimonialista exclusivamente, pois uma nova dimensão social surgiu, motivo pelo qual:

Em vários artigos pode-se observar, como uma das mais salientes características do novo Texto Civil, a valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como conseqüência da proteção da confiança que deve existir como condição *sine qua non* da vida civil, seja como *mandamento de equidade*, seja, ainda, como dever de proporcionalidade¹⁶⁶.

Destarte, tais princípios civilistas são frutos da reconstrução do Direito que vem sendo realizada a partir da perspectiva constitucional do valor fonte dignidade, acima vista.

Do grego “Ethos”, ética, para Silveira Bueno, é o estudo dos juízos de apreciação que se referem à conduta humana “susceptível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente à determinada sociedade, seja de modo absoluto”¹⁶⁷.

Preocupações com o interesse social, com a ética ou com a operabilidade (concretude) do Direito, de rigor, não seriam novidades, nem sequer princípios civilistas de hoje, senão quando se observa a redescoberta da principiologia, redimensionada, e as conseqüências disto na hermenêutica jurídica contemporânea.

¹⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.51-52.

¹⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.133.

¹⁶⁷ BUENO, Silveira. **Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD, 1996, p.276.

Judith Martins Costa sugere que “o objeto da ética é a moralidade positiva, ou seja, o conjunto de regras do comportamento e formas de vida através das quais tende o homem a realizar o valor do bem”¹⁶⁸.

E é nesse sentido que se irá, agora, evidenciar o fato de a Ordem Jurídica comportar no atual estágio de sua evolução novos princípios, aptos à proteção patrimonial e econômica das relações interparticulares, necessitando-se apenas conformá-los para uma melhor compreensão da técnica jurídica, especialmente diante da relevância do assunto em face dos sérios efeitos deste fenômeno na ordem econômica, considerando o grande número de famílias submetidas à informalidade, a par de outras indagações como a da possível existência de “famílias marginalizadas” e suas relações interparticulares, sejam entre pessoas do mesmo sexo, seja até mesmo no concubinato.

Miguel Reale observa que o Código Civil de 2002 confere ao intérprete a possibilidade de aplicar o direito “de conformidade com os valores éticos”¹⁶⁹ aspecto que levou Maria Berenice Dias à deduzir que: “a ética enfeixa em si mesmo o direito e a moral, servindo-lhes de esteio e sustentação”¹⁷⁰.

A eticidade está presente no Direitos das Famílias e das Sucessões:

A igualdade entre homem e mulher, no casamento, também decorrente de uma nova ética nas relações entre os sexos, reflete-se na modificação no regime de bens [...] e, no Direito Sucessório, na mudança da regra pela qual o cônjuge supérstite não concorria com descendentes e ascendentes ¹⁷¹.

Quanto a socialidade (função social), esta foi nacionalmente assimilada pela influência do direito estrangeiro, à exemplo do que ocorrera com o Direito Francês quando da reforma do Código Civil (Lei nº 72-3, de 03 de janeiro de 1972), e do

¹⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Op.cit.*, 2002, p.42.

¹⁶⁹ REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto do Código Civil**. 1998. Disponível em: <<http://www1.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2004, p.4.

¹⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **A Ética do Afeto**. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 31 mar. 2007, p.3.

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.142.

Direito Português, no qual o afeto concretiza a função social da família, quando permite a presunção de paternidade em decorrência do estado de posse de filho¹⁷²:

Está inserida no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos, que desde o final do século XIX vem promovendo a reconstrução de institutos centrais do Direito Moderno, tais quais a propriedade e o contrato com a tentativa de “buscar um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e as necessidades da coletividade”¹⁷³.

Não se ignore que este sentido social interpretativo está presente no Ordenamento Jurídico brasileiro desde o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.547/42), segundo o qual a lei deve atender aos fins sociais aos quais se destina.

A operabilidade (qualidade de ser operável) se apresenta como princípio concretizador do Direito Civil neste viés da hermenêutica civil-constitucional fincada no valor fonte pessoa/dignidade. É operável o Direito Convivencial brasileiro quando se utiliza de conceitos jurídicos abertos, promove o diálogo com os demais ramos e fontes jurídica, utiliza-se da coloquialidade na busca de expressões compreensíveis para a população em geral, *et cetera*.

A operabilidade implementa a eticidade e a socialidade sendo mister o recorte destes três princípios no paradigma do afeto humanizador de cada família, como já advertiu Pietro Perlingieri:

O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar¹⁷⁴.

4.6 A NECESSIDADE DE SE DEPURAR A PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO CONVIVENCIAL

¹⁷² Conforme artigo 1.871, alínea a, do Código Civil Português: Art. 1.871 - A paternidade presume-se: quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretense pai e reputado como filho também pelo público.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Op.cit.*, 2002, p.145-146.

¹⁷⁴ PERLINGINERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil Constitucional. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2002, p.244.

Após a compreensão da teoria geral dos princípios do Direito Civil de hoje, vistos não mais de maneira subalterna, típica de um sistema de integração normativo onde a lei seria apenas a regra, deve-se dar o próximo passo pela via da depuração principiológica, a fim de identificar quais os princípios existentes na ordem jurídica seriam efetivamente integrantes do direito de família convivencial.

De efeito, quando é analisada a literatura especializada em Direito das Famílias, constata-se a indicação, por alguns doutrinadores, de supostos princípios deste ramo do Direito Civil.

Nada obstante, um aprofundamento crítico a este respeito evidencia realidade outra, qual seja a do equívoco doutrinário ao se indicar, por exemplo, a igualdade, a autonomia da vontade, a liberdade, entre tantos outros, como possíveis princípios do Direito das Famílias. Neste sentido, cite-se a doutrina de Rolf Madaleno em recente livro¹⁷⁵.

Como se sabe, a igualdade é princípio específico da Constituição Federal de 1988, assim como a liberdade e a autonomia da vontade.

Nesta senda, impende reconhecer a necessidade de se depurar a principiológica do Direito Convivencial ante a conformação principiológica pura que se intenciona realizar nesta dissertação, no afã de indicar tão somente princípios próprios para o ramo do Direito de Família não matrimonializado.

¹⁷⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.17-62.

5 DEPURANDO A PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO CONVIVENCIAL

A depuração da principiologia específica do direito convivencial se apresenta necessária. Não se pode confundir a principiologia constitucional, ou mesmo os princípios gerais e informativos do direito de família, com o sistema jurídico específico convivencial.

É chegada a hora de separar os verdadeiros princípios na busca de uma pureza sistêmica. Esta necessidade de aperfeiçoamento acadêmico coincide com a mudança das práticas familiares.

De fato, na medida em que os usos e costumes passam a aceitar os mais diversos arranjos familiares não matrimonializados, a ciência jurídica carece estar atenta a esta nova perspectiva a fim de discipliná-la dentro de um diálogo legítimo e consentâneo com os novos padrões.

Até mesmo a relação de namoro passa, em certos casos, a ser considerada “relação íntima de afeto sujeita à aplicação da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria

da Penha”¹⁷⁶, a bem placitar este redimensionamento dos arranjos familiares, como entendeu o Superior Tribunal de Justiça em 17 de novembro de 2008, no julgamento do *Habeas Corpus* n° 92.875

O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica¹⁷⁷.

Neste depurar da principiologia, far-se-á mister distinguir aquilo que efetivamente constitui princípio específico do Direito Convivencial daquilo que, nada obstante qualificar-se como princípio, detém origem constitucional, ou cível, em geral. Busca-se com isto uma melhor pureza sistemática do trabalho dissertativo.

¹⁷⁶ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 92.875. Relatora: Ministra Convocada, Desembargadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais Jane Silva. Impetrante: Flávio Barros Pires. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Publicado no Diário Oficial da União do dia 17 de novembro de 2008.

¹⁷⁷ “LEI MARIA DA PENHA. **HABEAS CORPUS**. MEDIDA PROTETIVA. RELAÇÃO DE NAMORO. DECISÃO DA 3ª SEÇÃO DO STJ. AFETO E CONVIVÊNCIA INDEPENDENTE DE COABITAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A MEDIDA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DECURSO DE TRINTA DIAS SEM AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir os conflitos n°s. 91980 e 94447, não se posicionou no sentido de que o namoro não foi alcançado pela Lei Maria da Penha, ela decidiu, por maioria, que naqueles casos concretos a agressão não decorria do namoro. 2. Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação. 3. O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica. 4. O princípio da isonomia garante que as normas não devem ser simplesmente elaboradas e aplicadas indistintamente a todos os indivíduos, ele vai além, considera a existência de grupos ditos minoritários e hipossuficientes, que necessitam de uma proteção especial para que alcancem a igualdade processual. 5. A Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, justificando-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar” (Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 92.875. Relatora: Ministra Convocada, Desembargadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais Jane Silva. Impetrante: Flávio Barros Pires. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Publicado no Diário Oficial da União do dia 17 de novembro de 2008).

5.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONVIVENCIAL E PRINCÍPIOS OUTROS

Esta nova concepção paradigmática do Direito das Famílias exige uma cuidadosa depuração principiológica, diante das inevitáveis interseções que se apresentam na mudança comportamental humana.

O receio neste momento é o de se confundir princípios como o da dignidade humana, ou ainda o da socialidade, justiça distributiva, dentre outros, como as fontes principiológicas típicas do direito convivencial.

Neste sentido, os princípios destacados como do direito não matrimonializado no entender desta dissertação são os seguintes:

5.2 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE E A INFORMALIDADE DA FAMÍLIA CONVIVENCIAL

A preponderância da verdade real sobre a verdade formal se apresenta como um valor ínsito ao conceito de justiça, preceito ético a impor àqueles que operam com o Direito uma luta constante pela prevalência da substancia, do material, do real, utilizando-se da verdade formal tão somente como um critério subsidiário, na presunção de que esta seria compatível com os fatos e diante da eventual impossibilidade de se atingir a primazia da realidade.

Esta noção é considerada no Direito do Trabalho, que alçou a primazia da realidade ao status de princípio específico daquele ramo jurídico.

Também é possível constatar a presença desse valor em sede de Juizados Especiais Cíveis, pela simples leitura do artigo 2º, da Lei Federal n. 9.099/95, que contempla a primazia da realidade pelo viés da informalidade e simplicidade, erigindo alguns critérios específicos que devem orientar aquele microsistema¹⁷⁸.

Neste capítulo, serão abordados a origem, o conceito e a importância da primazia da realidade para o Direito para, após, estabelecer um diálogo das fontes jurídicas de

¹⁷⁸ Eis o conteúdo do artigo 2º, da Lei 9.099/95: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

modo a verificar a possibilidade de utilização desse princípio em prol do Direito das Famílias como técnica apta a concretização dos valores constitucionais capitaneados pela dignidade humana.

5.2.1 Origem

No dia 12 de novembro de 2008, o Superior Tribunal de Justiça divulgou noticiário¹⁷⁹ relativo ao julgamento de uma investigação de paternidade na qual se determinou, de ofício, a nulidade de todo o processo sob o argumento de que “o exame de DNA é imprescindível para apuração da verdade real”¹⁸⁰, oportunidade em que o Ministro Aldir Passarinho Júnior advertiu que o fato de o processo já se encontrar em segunda instância não seria impedimento para a determinação da colheita de novas provas na busca da verdade.

Mas, esta noção acerca da possível existência de uma Primazia da Realidade tem nascedouro, segundo escólio de Luiz de Pinho Pedreira da Silva, no pensamento crítico de Deveali, concernente na preponderância da situação de fato sobre a ficção, circunstância que exige um aprofundamento do estudo do Direito Laboral, no viés da teoria do contrato-realidade, capitaneada por Mário de La Cueva¹⁸¹.

Em termos de Código Civil, pode-se dizer que o artigo 112 traz consigo, dentro de um ideário de eticidade, a noção de preponderância da verdade real quando afirma:

¹⁷⁹ Disponível em: <www.stj.gov.br>. Ver link de notícias do referido site que não disponibilizou o número do processo nem o nome das partes por se tratar de questão submetida ao segredo de justiça. Acesso em: 12 nov. 2008. Vide também o Boletim Informativo Juruá volume 470 onde também circulou a notícia em destaque.

¹⁸⁰ Malgrado o Superior Tribunal de Justiça não informar o número deste processo, nem o nome das partes, diante do segredo de justiça, o Boletim Informativo Juruá de n. 470, à página 6, que circulou nacionalmente entre 16 de novembro de 2008 e 30 de novembro de 2008, deu significativo destaque a este julgado. Eis a ementa: “STJ. Investigação de paternidade. Verdade real. Segunda instância. Novas provas. Designação. Possibilidade. O juízo de segundo grau, em caso de dúvida diante das provas produzidas, pode tomar a iniciativa de anular a sentença e determinar a realização de novas provas. O entendimento da 4ª Turma do STJ mantém a decisão que determina a realização de exame de DNA para a confirmação ou não de paternidade. O relator, Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, entende não haver dúvidas de que, diante da incerteza da paternidade, o exame de DNA é imprescindível para a apuração da verdade real. Para ele, o fato de o processo já se encontrar em segunda instância não é impedimento para a determinação de colheita de novas provas, pois os desembargadores possuem as mesmas prerrogativas dos magistrados de primeiro grau na busca da verdade”.

¹⁸¹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTR, 1999, p.205.

“Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem”.

Atribui-se ao Ministro da Suprema Corte de Justiça do México, Alfredo Inarritu, a origem da expressão contrato realidade¹⁸². Na seara do Direito Civil, o debate sobre a União Estável Putativa constitui indicativo relevante a respeito da importância da Primazia da Realidade, especialmente quando as noções de confiança, segurança jurídica, aparência, boa fé objetiva se mostram sensíveis, no caminho de redimensionamento constitucional.

Perguntar-se-ia: se uma pessoa casada (e que ainda mantém sociedade conjugal) mantiver relação concubinária com outra que, de boa-fé, ignora o status matrimonial do seu companheiro, poderia invocar no viés da especial proteção dada às famílias e diante da teoria da aparência (putatividade) fosse aplicado o contrato-realidade, ou melhor, o princípio da primazia da realidade?

O Superior Tribunal de Justiça, ignorando a questão alusiva à primazia da realidade, já se pronunciou a este respeito de maneira negativa:

União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei nº 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido¹⁸³.

Como se pode verificar, esta dissertação não anui com a orientação do julgado acima identificado por compreender possível, em certos casos e com a prudência natural ao exame das questões jurídicas, reconhecer à luz da primazia da realidade o poliamorismo, vale dizer, a existência de relações familiares estáveis não monogâmicas.

De efeito, o que se deve fazer diante de uma primazia da realidade que evidencie, por exemplo, a existência de um triângulo amoroso e estável? No dia 13 de

¹⁸² *Ibidem*, p.208.

¹⁸³ REsp 789.293/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 16.02.2006, DJ 20.03.2006.

novembro de 2008 o juiz de Direito Theodoro Naujorks Neto¹⁸⁴, da 4ª Vara de Família e Sucessões de Porto Velho, se viu diante desta realidade e concluiu pelo reconhecimento de uma união simultânea de um homem com a esposa legal e com a companheira, reconhecendo direitos iguais para ambas no tocante ao patrimônio, assim sustentado:

a etologia, a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante das espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo¹⁸⁵.

A primazia da realidade identificada no caso em exame levou o magistrado a aplicar o princípio da isonomia e, com arrimo no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, o princípio da facilitação da conversão da união estável em casamento, determinando a “triação” dos bens (subdivisão da meação), de modo que o patrimônio levantado desde 1979, quando o relacionamento fora do casamento começou, teve de ser dividido entre o falecido, sua esposa (também morta) e a companheira, cabendo aos filhos as partes respectivas.

Mas o princípio da primazia da realidade não é de hoje. Positivado pela primeira vez no Uruguai, na Legislação Trabalhista, assim restou redigido o artigo 14 da Lei do

¹⁸⁴ Neste processo judicial restou evidenciada a existência de duas famílias na mesma cidade, Porto Velho. Com cinco filhos do casamento e três fora do leito conjugal, ao morrer, o bígamo deixou patrimônio significativo, restando provado nos autos por testemunhas que ambas se conheciam e se toleravam, e que os filhos da companheira chegavam a ser recebidos pela esposa do *de cujus*. Apesar de o artigo 1.521, inciso VI, e o artigo 1.723, parágrafo 1º, ambos do Código Civil qualificarem a situação jurídica em destaque como concubinato, entendeu-se no caso em destaque, com esteio em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (REsp 742.685-RJ), do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (MS 6.648/96) e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Apelação Cível 1997.01.00.057552-8/AM), pela existência de direito subjetivo em favor da concubina quanto ao recebimento de pensão após a morte do companheiro. Por analogia, o juiz entendeu que a jurisprudência poderia ser estendida aos bens, já que o tempo decorrido de relacionamento com a companheira permitiu a construção de patrimônio comum, além do fato de que os filhos do relacionamento extraconjugal eram economicamente dependentes do falecido: “Deve caber tal reconhecimento para fins de divisão do patrimônio amealhado pelos três durante a relação dúplice”.

¹⁸⁵ Disponível em: <www.tj.ro.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2008. O Tribunal de Justiça divulgou apenas o número do processo, qual seja 001.2008.005.553-1. Os nomes das partes foram omitidos porque o processo tramita em segredo de justiça imposto.

Contrato de Trabalho daquele país, que inaugurou o Direito Legislado a respeito do assunto¹⁸⁶:

Será nulo todo contrato pelo qual as partes hajam procedido com simulação ou fraude à lei trabalhista, seja aparentando normas contratuais não laborais, interposição de pessoas ou qualquer outro meio. Em tal caso, a relação ficará regida por esta lei.

A primazia da realidade há de ser maximizada inexistindo justo motivo para não torná-la comum aos demais ramos do Direito sendo recomendável dosá-la com maior intensidade em termos de aplicação para além da Justiça Laboral.

O Código Civil brasileiro consagra em algumas passagens esta noção. O artigo 1.830, por exemplo, afasta o direito sucessório para certos casos de separação de fato. Da mesma maneira, reconhece a união estável tão somente diante do preenchimento factual dos requisitos do artigo 1.723, tais como publicidade, habitualidade, diversidade de sexos e intenção de constituir laço familiar, como se diante de um contrato-realidade estivesse.

O Direito das Famílias há de se submeter ao princípio da primazia da realidade diante da qualidade do bem jurídico tutelado neste ramo merecedor de uma especial proteção do Estado. Em outras palavras, se a família constitui a base da sociedade e merece uma especial proteção do Poder Público, a persecução desse mandamento constitucional deve ser realizada pelo caminho de um critério de Justiça verdadeira, sendo a primazia da realidade o melhor critério seguro para a conformação principiológica que se pretende formular com amparo em valores ínsitos à dignidade humana.

Acresça-se a isto que a jurisprudência de família vem dando destaque à primazia da realidade. A este respeito, as súmulas 35 e 380 do Supremo Tribunal Federal, ao admitir a partilha dos aquestos mesmo na hipótese de concubinato:

Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

¹⁸⁶ Tanto na América Latina, como no Brasil, na Argentina, quanto na Europa, doutrinadores exortam a primazia da realidade. Citem-se na Espanha Manuel Alonso Olea e Maria Emilia Casas Baamonde e no Brasil Arnaldo Sussekind, Francisco Meton Marques de Lima, Cesarino Junior, Sergio Pinto Martins, Orlando Teixeira da Costa, Cláudio Armando Couce de Menezes e Maurício Goudinho Delgado.

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

É dizer: quanto o Judiciário reconhece a união estável ainda que inexistam documento, ou mesmo contrato específico assinado pelas partes e mesmo quando uma delas nega tal ocorrência, ou apresenta contrato de namoro em sentido contrário, nada mais se fez senão exortar a primazia da realidade preponderando-a em detrimento da forma.

Tanto se submete, o Direito Convivencial, à primazia da realidade quanto se pode reconhecer, por exemplo, ser a união estável “um fato jurídico, um fato da vida, uma situação fática com reflexos jurídicos”¹⁸⁷.

A este respeito Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho¹⁸⁸ possui texto específico relacionado com o tema em destaque quando aborda famílias simultâneas, em análise acadêmica sobre o instituto do concubinato, com esteio na Primazia da Realidade.

Reconhecida a legitimidade deste princípio no direito das famílias, que vem ganhando corpo nos ambientes da doutrina, jurisprudência e legislação, pode-se dar início a uma abordagem conceitual do mesmo.

5.2.2 Conceito

Trata-se de um princípio jurídico que elege a preponderância da substância em detrimento da forma como mecanismo de identificação dos fatos jurídicos, de acordo com o verdadeiro comportamento subjetivo adotado, nos limites da realidade, ainda que isto não se compatibilize com os elementos escritos, solenes, elaborados em sentido contrário ao que efetivamente aconteceu, no escólio de Américo Plá Rodriguez:

¹⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.178.

¹⁸⁸ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino**. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 15 jun. 2008.

O Princípio da Primazia da Realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge dos documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos¹⁸⁹.

A maior parte dos conceitos acadêmicos conhecidos no que concerne à primazia da realidade se encontra afetado pelo viés do direito do trabalho. Nesta senda, leciona Arnaldo Sussekind¹⁹⁰ para quem o que importa é a relação objetiva demonstrada nos fatos, e não o posto no papel, fundamento de certo modo também sustentado por Maurício Godinho Delgado:

O princípio da primazia da realidade sobre a forma amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através do que transpareceu a vontade dos agentes¹⁹¹.

Nem sempre a incompatibilidade entre o que é formalmente inserido no papel e aquilo que efetivamente acontece no mundo real decorre de um *animus*, de uma manifesta intenção de fazer o mal, particularmente na seara de família, onde sentimentos e aspectos do inconsciente se revelam de modo mais significativo. A questão é outra: aferir o melhor direito, a verdadeira realidade jurídica, valorando corretamente o plano dos fatos, extraindo a essência da verdade, aspecto que, no direito, ostenta grande importância ante a idéia do justo.

5.2.3 Importância

Embora o Código Civil brasileiro não preveja expressamente o princípio da primazia da realidade, pode-se encontrar fundamento para esta disciplina nos artigos 112 e 113, senão veja-se:

Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁸⁹ RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: São Paulo, 1996, p.207.

¹⁹⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. V.1. 22.ed. São Paulo: LTR, 2005, p.145.

¹⁹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6.ed. São Paulo: LTR, 2007, p.208-209.

O mesmo se diga pela dicção do artigo 1.830 do Código Civil brasileiro que considera relevante a separação de fato para efeito de, nos casos ali previstos, desconstituir direitos sucessórios, exortando-se a realidade fática em detrimento da forma.

Há julgados no país que indicam esta tomada de posição favorável à primazia da realidade¹⁹².

Eis aí o Princípio da Primazia da Realidade e sua relação com o Direito de Família, apresentando-se como mecanismo decisivo na solução de um sem número de conflitos humanos na busca da essência da verdade e da justiça.

Siga-se na conformação principiológica, agora no estudo do Juiz Natural e da Especialização da Justiça, aspectos de igual maneira primordiais à correta compreensão dos efeitos patrimoniais e econômicos destas relações particulares não matrimonializadas.

¹⁹² “PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - ESPOSA E CONCUBINA – REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS POR AMBAS - CONCURSO - PARCIAL PROVIMENTO. 1.- Em se tratando de pensão por morte deixada por segurado casado,mas que mantinha relação de concubinato que se enquadra nos requisitos da lei previdenciária, para os fins de dependência econômica, a jurisprudência tem determinado a divisão do benefício entre a esposa e a concubina. neste sentido, a súmula n. 159 do extinto tribunal federal de recursos. 2.- Tanto a esposa como a concubina são beneficiadas pela presunção de dependência econômica em relação ao segurado falecido, cabendo a cada uma desconstituí-la, caso pretenda impedir o concurso. 3.- Presentes os requisitos legais, e intocada a presunção de dependência, impõe-se a divisão equânime da pensão deixada pelo segurado. 4.- Efeitos da decisão a contar do requerimento administrativo, respeitada a prescrição quinquenal. juros e correção monetária na forma da lei. 5.- Custas divididas igualmente entre as partes, honorários advocatícios reciprocamente compensados. 6.- apelação parcialmente provida”. (Apelação Cível, Processo nº: 93.03.005258-7, Órgão Julgador: Segunda Turma, Rel. Juíza Sylvia Steiner, Data de Julgamento: 26/02/1997). E mais: “PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. DIVISÃO. CONCUBINA E VIÚVA. 1. O fato da companheira manter atividade comercial própria não obsta seu direito à pensão. A dependência de que se cogita para fins previdenciários não necessita ser plena, bastando restar comprovada a sua existência. 2. Mantinha o falecido, ao mesmo tempo, a esposa e a concubina. O conjunto probatório nos autos demonstra que a autora viveu e dependeu do segurado até o falecimento deste. Restou demonstrado a situação de concubinato, que merece ser reconhecida para os pretendidos fins previdenciários, não sendo impedimento para tanto a existência simultânea de esposa. 3. Diante das novas orientações constitucionais, que fazem emergir a isonomia entre o casamento e a união estável, é de se reconhecer os efeitos que gera o concubinato, mesmo impuro, no âmbito previdenciário. 4. Concorrendo ao benefício a esposa e a concubina, a solução admitida de forma uníssona pela jurisprudência é a divisão da pensão. 5. Recurso improvido.” (Apelação Cível, Processo nº 2000.04.01.037649-5, Órgão Julgador: Sexta Turma, Rel. Néfi Cordeiro, Data da Decisão: 20/08/2002).

5.3 O PRINCÍPIO DA ESPECIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA: JUIZ NATURAL DE FAMÍLIA?

Objetiva-se, agora, abordar uma das questões mais relevantes à efetividade dos Direitos das Famílias não matrimonializadas, passível de ser implementada através do respeito à especialização da Justiça. De maneira oblíqua, questionar-se-á também nesta oportunidade se o Princípio do Juiz Natural é desrespeitado, ou mesmo se teria alguma relação com o próprio significado do verbo especializar.

Na Inglaterra da Idade Média, no ano de 1215, tem-se a Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês¹⁹³, comumente chamada de Magna Carta como marco histórico a partir do qual se admite inserir a expressão Juiz Natural no campo acadêmico.

Naquele documento, em um momento embrionário do Estado Democrático de Direito, reconheceu-se que o próprio Rei estaria submetido ao império da lei. Também se instituiu a renúncia a certos direitos e o respeito a certos procedimentos legais, entre os quais o de que ninguém poderia ser julgado por autoridade excepcionalmente determinada, razão pela qual José Frederico Marques¹⁹⁴ identifica, na Magna Carta, o surgimento deste Princípio do Juiz Natural.

De efeito, temas como a prerrogativa de foro, competência material, juiz natural e especialização da Justiça se misturam na prática forense, em que pese constituírem institutos nitidamente distintos.

Interessa neste momento abordar a especialização da Justiça com destaque tão somente à questão do Juiz Natural que, no entender deste trabalho, não é agredido pelos tribunais.

Todavia, o início deste estudo exigirá uma análise prévia, ainda que sumária, sobre alguns aspectos processuais na seara das famílias e das sucessões, a fim de se construir uma compreensão apta a viabilizar a apreciação do instituto objeto desta análise.

¹⁹³ Na língua original inglesa: *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*.

¹⁹⁴ MARQUES, Jose Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4.v.1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

É o que se fará neste momento.

5.3.1 Aspectos processuais: breves comentários

Sem dúvida, a especialização da Justiça constitui mecanismo ímpar ao aprimoramento da jurisdição, permitindo o desenvolvimento de debates mais qualificados e precisos acerca dos temas que estão sendo submetidos aos julgamentos.

A especialização do Direito permite o aprofundamento de certos temas, o que é importantíssimo diante da grande produção legislativa, casada com as complexidades das relações interparticulares nos dias de hoje.

Portanto, abordar o Princípio da Especialização da Justiça é, a um só tempo, estudar a relação do Direito das Famílias com o Princípio do Juiz Natural, a fim de identificar se há um efetivo respeito ao aludido princípio sobre os institutos do Direito Civil, e compreender os aspectos processuais, particularmente diante das inovações a respeito da matéria.

Ao se buscar compreender a especialização da Justiça, é preciso que se verifiquem os dois campos naturais de concretização deste estudo na prática forense: relações humanas familiares *inter vivos*, nos diversos aspectos processuais de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens, e as relações *mortis causae*, quando heranças são disputadas na Justiça em face destes relacionamentos de família.

Recentemente, a Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia modificou, para repartir, as competências cíveis de família e de sucessões em visível sinal de especialização. Trata-se da Lei Estadual nº 10.845, de 27 de novembro de 2007, que regulou as atividades de competência do Poder Judiciário do Estado da Bahia.

Desta forma, foi criada de maneira inédita na Bahia as Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, como se vê do artigo 73 da referida Lei de Organização Judiciária, em nítido caminho pela busca da especialização:

Art. 71 - As Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher têm competência para processamento, julgamento e execução das causas cíveis e criminais, decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, na conformidade da Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.

De igual maneira, o Estado da Bahia separou as Varas de Família (artigo 73) das Varas de Sucessões, distinguindo as competências específicas de cada uma destas¹⁹⁵.

No campo do Direito Hereditário, a Lei de Organização Judiciária inova ao criar Varas de Sucessões, Órfãos e Interditos (artigo 74), com destacadas atribuições¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Assim restou delimitada a competência no âmbito do Direito das Famílias: “Art. 73 - Aos Juízes das Varas de Família compete: I - processar e julgar: a) as causas de nulidade e anulação de casamento, de divórcio, de separação judicial e as causas relativas à união estável, ao estado e à capacidade das pessoas; b) as ações de investigação de paternidade, cumuladas, ou não, com a petição de herança; c) os feitos concernentes ao regime de bens do casamento; d) as ações de alimentos e as de posse e guarda de filhos menores, quer entre os pais, quer entre estes e terceiros; e) as ações de suspensão e extinção do poder familiar e as de emancipação, salvo em relação à criança ou ao adolescente em situação de risco; f) quaisquer outras ações concernentes ao direito de família; II - homologar o pedido de habilitação de casamento e presidir a sua celebração, que somente será realizada no edifício em que funcionar o Juízo, salvo nos casos de doença grave de qualquer dos nubentes ou de outro motivo de força maior; III - suprir o consentimento do cônjuge e dos pais, ou tutores, para casamento dos seus filhos, ou tutelados; IV - autorizar os pais, tutores e curadores a praticarem atos dependentes de consentimento judicial; V - exercer as demais atribuições que lhes forem conferidas por lei, regimento ou outro ato normativo”.

¹⁹⁶ “Art. 74 - Aos Juízes das Varas de Sucessões, Órfãos e Interditos, compete: I - processar e julgar: a) os inventários e arrolamentos, as causas relativas à herança ou sucessão legítima e testamentária, bem como doações, usufrutos e fideicomissos, quando relacionados com a sucessão; b) as causas de interdição, bem assim as de tutela de menores, órfãos ou filhos de interditos e ausentes; c) os feitos de nulidade e anulação de testamentos e os pertinentes à sua execução; d) os pedidos de alvarás relativos a bens de espólio, de interditos, ausentes ou de menores sujeitos à sua jurisdição; e) as ações de prestação de contas de tutores, curadores, testamentários, inventariantes e demais administradores de bens sujeitos à sua jurisdição; f) as causas referentes a bens vagos e a herança jacente, salvo as ações contra a Fazenda Pública; II - conceder prorrogação de prazo para encerramento de inventários; III - proceder à liquidação de firmas individuais, em casos de falecimento de comerciante, e à apuração de haveres do inventariado, em sociedade de que tenha participado; IV - abrir os testamentos particulares, ordenando, ou não, o registro, arquivamento e cumprimento deles, assim como dos testamentos públicos; V - prover, na entrega de legados e bens, o fiel cumprimento das disposições testamentárias e zelar pelo destino dos bens e valores partilhados a

Evidenciada esta postura legislativa em prol da especialização, considerando a divisão básica no campo processual entre o Direito das Famílias e o Direito Sucessório. Nesta tentativa de conformação principiológica, impende erigir à categoria de princípio específico do Direito das Famílias a Especialização, colimando sistematizar este campo do conhecimento jurídico.

Evidentemente que a especialização não constitui princípio absoluto nem se justifica em qualquer hipótese, razão pela qual há de ser ponderada diante de outros princípios constitucionais como o da razoabilidade e da supremacia do interesse público.

Diante disto, justificável será em muitos casos a existência da chamada vara única com jurisdição plena em comarcas de menor porte sob pena de se distorcer a própria perspectiva de bom senso natural ao estudo jurídico.

Ainda nestas breves considerações processuais serão enfatizados basicamente os aspectos procedimentais das relações hereditárias, tendo em vista a existência de um destaque específico ao regime de bens em momento posterior do trabalho dissertativo.

No que concerne às questões *mortis causae* o aspecto processual lembrado de imediato para concretude do Princípio da Especialização diz respeito à ação de inventário e partilha para as relações não matrimonializadas, enquanto procedimento conjugado numa série de atos praticados cujo objetivo é apurar a situação econômica do *de cuius*, para efeito de partilha de bens.

O processo de inventário tramita em uma Justiça Especializada e colima atingir a partilha. Constitui processo judicial que se destina a apurar bens deixados pelo finado, procedendo-se a relação e a descrição dos bens deste.

menores e incapazes; VI - deliberar sobre a forma de liquidação, divisão ou partilha dos bens inventariados, na forma da lei processual; VII - ordenar o cancelamento de gravames, ou gravação de bens, assim como a entrega ou o recolhimento de dinheiro, valores e bens, em cumprimento de decisões que houver proferido em processo de sua atribuição; VIII - instruir e julgar todas as ações relativas a heranças liquidadas e partilhadas em seu Juízo, bem como as que lhes forem acessórias ou oriundas de outras, sentenciadas ou em curso; IX - exercer as demais atribuições que lhes forem conferidas por lei, regimento ou outro ato normativo”.

Com o advento da Lei Federal nº 11.441 de 04 de janeiro de 2007 tornou-se possível também a deflagração de processo administrativo de inventário, a tramitar perante Tabelionatos e desde que presentes certos requisitos: ausência de litígio entre as partes e inexistência de incapazes.

Alterado, portanto, restou o artigo 982 do Código de Processo Civil passando a exigir o ajuizamento da ação de inventário judicial ou extrajudicial dentro de sessenta dias a contar da abertura da sucessão, sob pena de multa¹⁹⁷ a ser fixada pelo Estado-Membro da Federação e considerada constitucional pela Súmula nº 542, do Supremo Tribunal Federal: “Não é inconstitucional a multa instituída pelo Estado-membro, como sanção pelo retardamento do início ou da ultimação do inventário”.

Enquanto não se compreender a necessidade da especialização, insistindo-se por desconsiderar que as relações concubinárias, ou mesmo entre pessoas do mesmo sexo, também constituem laços de família passíveis de ensejo a efeitos hereditários, o Princípio em destaque (da Especialização da Justiça) continuará sendo negado para estes arranjos familiares, negando-se vigência à garantia constitucional da herança, particularmente esculpida no artigo 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988.

Exemplifique-se: reza o art. 987 do Código de Processo Civil competir a quem estiver na posse e administração da herança requerer a abertura do inventário, aspecto relevante para o estudo em destaque.

Perguntar-se-ia: e quando o possuidor da herança for companheiro homoafetivo ou mesmo convivente em união estável? E quando se estiver diante de famílias paralelas?

A falta do reconhecimento da importância em se especializar a Justiça pode dar azo ao processamento de questões como estas em Varas Cíveis, ao revés das Varas de Famílias, em nítido prejuízo à especial proteção que o Estado deve conferir a todos os arranjos familiares.

¹⁹⁷ A Lei 10.705/00, do Estado de São Paulo, em seu art. 21, observa que se o inventário não for aberto no prazo de 60 dias do óbito, o imposto será calculado com o acréscimo de multa de 10% sobre o valor do imposto e se o atraso exceder a 180 dias, a multa será de 20%. Vide também, como bem leciona Silvio Rodrigues, a lei 10.992/01. Vide ainda a Lei Federal 11.441/07 que inaugurou o inédito inventário extrajudicial.

Em outras palavras: aberto o inventário, como primeira medida, o juiz nomeará o inventariante, que é o representante e administrador do espólio. Neste momento, embaraços de hermenêutica decorrentes da má compreensão do Direito das Famílias não matrimonializadas podem render ensejo a decisões judiciais equivocadas. Raros não são os casos de animosidade, que exigem uma postura séria e conhecedora da causa pelos tribunais especializados que, muitas vezes, optam pela designação de inventariante dativo.

Foi o que fez o Superior Tribunal de Justiça no dia 21 de outubro de 2008¹⁹⁸:

A ordem de nomeação de inventariante, prevista no art. 990 do CPC, não apresenta caráter absoluto, podendo ser alterada em situação de fato excepcional, quando tiver o Juiz fundadas razões para tanto, forte na existência de patente litigiosidade entre as partes.

Poderia nesta hipótese nomear o magistrado o parceiro homossexual como inventariante, enquadrando-o em algumas das hipóteses do artigo 990 do Código de Processo Civil? E diante de famílias paralelas, o que fazer? Seriam tais casos situações de fato excepcionais, de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça?

O respeito ao Princípio da Especialização poderia ser útil à solução destes problemas. Ganha relevância diante do que prescreve o artigo 1.991 do Código Civil,

¹⁹⁸ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.055.633 (Processo nº 2008/0099095-1). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: M R T e Outro. Advogado: Caio Julius Bolina e Outro(s). Recorrido: G F de M T (Menor). Representado por: M T F De M. Advogado: Maria Regina Oliveira Salles dos Santos Cruz e Outro(s): “Direito processual civil. Sucessões. Recurso especial. Nomeação de inventariante. Regra do art. 990 do CPC. Caráter não absoluto. Convicção do Juízo formada a partir dos elementos fáticos do processo. Vedado o reexame na via especial. - A ordem de nomeação de inventariante, prevista no art. 990 do CPC, não apresenta caráter absoluto, podendo ser alterada em situação de fato excepcional, quando tiver o Juiz fundadas razões para tanto, forte na existência de patente litigiosidade entre as partes. Evita-se, dessa forma, tumultos processuais desnecessários. - Se o Tribunal de origem atesta a ocorrência de situação de fato excepcional consubstanciada na existência de animosidade entre as partes, admite-se o temperamento da ordem legal de nomeação de inventariança, conforme firme convicção do Juiz que repousa na ponderada análise dos elementos fáticos do processo. - Esquadrinhar o convencimento motivado do Juízo calcado em circunstâncias fáticas constantes dos autos é procedimento vedado na via especial. Recurso especial não conhecido.”

segundo o qual a administração da herança será exercida pelo inventariante desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha.

Nesta senda, o conhecimento especializado sobre os novos paradigmas do Direito das Famílias não matrimonializadas será imprescindível à correta designação para a inventariança¹⁹⁹, preservando-se ainda o Direito de Propriedade.

Agrava-se o assunto diante do aspecto jurídico segundo o qual todas as questões de alta indagação ou mesmo aquelas que dependam de dilação probatória devem ser apreciadas em ação ordinária perante Juiz Competente, consoante previsão do art. 984 do Código de Processo Civil²⁰⁰.

Dentro desta quadra, de aferir breves considerações sobre os aspectos procedimentais entrelaçados do Direito das Famílias e das Sucessões, não se poderia ignorar a questão de alta indagação, a fortalecer a idéia de defesa e respeito ao Princípio da Especialização da Justiça, afinal de contas a família é a base da sociedade e detém especial proteção do Estado.

Típico problema desta natureza é a séria a dúvida sobre a qualidade de herdeiro declarada pelo inventariante: qual seria o juiz competente em se tratando de conflito envolvendo a configuração de união homoafetiva? O cível? O de família? O de Sucessões? Neste caso, estaria violentado o Princípio da Especial Proteção?

A especialização da Justiça pode ser considerada uma zona de intersecção que este trabalho dissertativo apresenta entre o exame do Juiz Natural e a dinâmica processual acima desdobrada.

Na busca de uma tentativa de conformação principiológica ao Direito das Famílias não matrimonializadas, parte-se da premissa de que se deve especializar a Justiça e, simultaneamente, respeitar o princípio do Juiz Natural, diligências sem as quais restaria afetada toda a conformação principiológica que se pretende deduzir aqui.

A conclusão que se chega à vista desta constatação é a de que muitos operadores do Direito ainda não observam este ponto de vista jurídico por um sem número de

¹⁹⁹ Feitas as primeiras declarações, o juiz ordenará a citação dos interessados que será dispensada se os outros herdeiros e o testamenteiro se apresentarem espontaneamente e se derem por cientes. A Fazenda e o MP, em geral, dão-se por cientes aos lhes ser remetido os autos pelo próprio cartório à primeira vez que lher competir falar no feito. Findas citações os interessados podem impugnar as primeiras declarações, quando então surgem as questões processuais de fato e de direito.

²⁰⁰ Quanto ao conceito de questões de alta indagação, o STJ reiteradamente vem explicitando-o como, por exemplo, no Recurso Especial de n. 4.625/SP, de consulta recomendada.

considerações que se poderiam fazer, desde os preconceitos que carregam à vista das famílias não matrimonializadas, até a simples ausência de visão crítica constitucional derredor de tais temas.

Esta dissertação defende a idéia segundo a qual não é mais possível se admitir questões de família sendo decididas em várias cíveis. Tais processos são nulos ante a incompetência absoluta dos julgadores à vista da matéria posta ao exame dos mesmos, que não é cível comum, por não se tratar de sociedade de fato, mas sim familiar.

Esta é a dinâmica que entrelaçará o tradicional procedimento judicial (daí as breves considerações sobre os aspectos processuais), a especialização da Justiça (sem a qual não se conseguiria aperfeiçoar os modelos jurídicos que surgem) e o Juiz Natural (garantia do Estado Democrático de Direito).

Assim compreendida a problemática, deve-se avançar indicando a origem do Juiz Natural para, somente após, questionar se o mesmo efetivamente está sendo respeitado ou não no Brasil.

5.3.2 Singelo histórico

O recorte acadêmico que se necessita oferecer a esta dissertação não permite um aprofundamento em derredor da historicidade construída à vista do juiz natural e da especialidade da Justiça, sob pena de se desvirtuar do foco mais importante da problemática monográfica que é a conformação principiológica do Direito Convivencial e seus reflexos econômicos.

Resta dizer tão somente que significativos momentos históricos balizaram no Direito Estrangeiro o Princípio do Juiz Natural.

No ano de 1627, a *Petition of Rights* e em 1688, em consequência da Revolução Inglesa, a Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*), que contemplou expressa inadmissibilidade ao tribunal de exceção, como se infere do artigo 3º daquele documento, simbolizam importantes momentos históricos²⁰¹: “que tanto a Comissão

²⁰¹ Direitos Humanos na Internet. Declaração de Direitos 1689 (Bill of Rights). Tradução. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>>. Acesso em: 03 out. 2008, p. 2.

para formar o último Tribunal, para as coisas eclesiásticas, como qualquer outra Comissão do Tribunal da mesma classe são ilegais ou perniciosas”.

Também na França, digna da nota é a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão cujo artigo 8º delineou os atuais contornos do Juiz Natural²⁰²: “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

A Constituição da França de 1814 foi a primeira no mundo a utilizar a expressão juiz natural, assim asseverando: “ninguém poderá ser subtraído aos seus juízes naturais”.

Em que pese este movimento liberal do Direito Estrangeiro, em termos de Brasil, a Constituição Federal de 1937 previa, em descompasso com a mais comezinha noção democrática, já no preâmbulo, a permissividade do tribunal de exceção “atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente [...]”.

Os atrasos sociais brasileiros foram superados somente com a Constituição Federal de 1988 que aboliu a prática dos tribunais *ad hoc*.

Apresentada esta breve reflexão histórica, em apertado esforço de síntese, passa-se à conceituação do instituto em destaque à luz de uma visão finalística do mesmo.

5.3.3 Conceito e finalidade

Entende esta dissertação que o Juiz Natural constitui verdadeiro princípio com assento constitucional pétreo necessário à garantia do Estado de Direito por meio do qual se implementam dois outros princípios, o da imparcialidade da jurisdição e o da impessoalidade da administração pública, através da estipulação de uma obrigação de não fazer em face do próprio Estado-Juiz, proibindo-o de designar julgadores de

²⁰² BIBLIOTECA Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. França, 26 de agosto de 1789. Tradução. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html>. Acesso em: 02 set. 2008, p.2.

conflitos sociais após a ocorrência do aludido fato conflitante e exigindo o respeito às regras prévias de distribuição das competências constitucionais dos magistrados.

Somente por órgão previamente estabelecido na Constituição Federal pode ser exercida a jurisdição, nisto perpassando o conceito do Juiz Natural Constitucional, segundo José Frederico Marques²⁰³, no que também não destoa Humberto Theodoro Júnior²⁰⁴.

A finalidade do aludido princípio é limitar o poder estatal evitando prudentemente abusos, excessos e perseguições, porquanto a indicação de órgão julgador após a ocorrência do fato permitira indesejadas perseguições em prejuízo de parcelas da comunidade, afetando o conceito de democracia e do Estado de Direito, a par da agressão aos princípios da eticidade e moralidade da Administração Pública.

Desta maneira, Humberto Theodoro Júnior apresenta a estruturação dos organismos judiciários nos limites do quanto definido pela Constituição Federal, insurgindo-se contra qualquer movimento infra-constitucional contrário a isto.

O Princípio do Juiz Constitucional ou Natural concretiza a imparcialidade da jurisdição e exorta o Princípio da impessoalidade da Administração Pública, realizando a exigência do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, sendo este o pensamento de Cândido Rangel Dinamarco²⁰⁵.

Ada Pellegrini Grinover²⁰⁶ triparte a garantia do Juiz Natural da seguinte maneira: Em primeiro lugar, enquanto delimitação de Poder dos órgãos jurisdicionais exclusivamente pela Constituição. Em segundo lugar, como mecanismo de proibição de tribunais *ad hoc*, que poderiam ser criados para julgar após a ocorrência do fato jurídico. Finalmente, impedindo a discricionariedade na indicação de magistrados.

²⁰³ MARQUES, Jose Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974.

²⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.38: “[...] só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna.”

²⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.1. São Paulo: Malheiros, 2004, p.189.

²⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.52.

Fixadas as noções alusivas ao conceito e a finalidade do juiz natural há de se tecer algumas considerações também em face do chamado tribunal de exceção, colimando delinear compreensões prévias aptas a construção de uma conformação principiológica cara ao Direito Convivencial para, somente após, compreender-se os efeitos patrimoniais desta análise.

5.3.4 O tribunal de exceção

Deve-se, à vista do estudo que se faz a respeito do Princípio do Juiz Natural, compreender o que o termo tribunal de exceção significa para o tema e, principalmente, de que maneira tal expressão surgiu.

O tribunal de exceção caracteriza-se por ser formado após a ocorrência do fato da vida sobre o qual aquele (tribunal de exceção) julgará. Intuitivamente se infere a gravidade ético-moral desta conduta antidemocrática, a par da séria ferida ao princípio da impessoalidade da Administração Pública da Justiça, previsto no artigo 37 da Constituição Federal e desdobrada na noção de imparcialidade no âmbito do Judiciário.

Tratar-se-ia de um tribunal *ad hoc, post factum* que já esteve presente em alguns momentos históricos de rejeição dos valores republicanos e democráticos, quando se promoveu uma verdadeira caça às bruxas mediante a criação destes ilegítimos órgãos de julgamento, como adverte Misael Montenegro Filho²⁰⁷:

Portanto, o tribunal de exceção fulmina a intuitiva idéia segundo a qual as pessoas devem ser processadas e julgadas por órgão judicial pré-constituído, sob pena de violência aos princípios da impessoalidade, igualdade, Justiça, dignidade e,

²⁰⁷ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. V.1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.48: “A atuação de tal ou qual magistrado para a solução do conflito de interesses atrela-se ao que foi determinado pelo comando constitucional, não podendo o magistrado indicado pelo Texto Maior declinar da sua competência, estabelecendo ele, ou a lei ordinária, outro juiz como o responsável pela solução esperada. Fosse possível a adoção dessa medida, estaríamos diante do denominado *juízo ou tribunal de exceção*, repudiado pelo inciso XXXVII do art. 5º da Carta Magna. O princípio a ser aplicado, em contraposição a essa descabida situação jurídica, é o do *juiz natural*.”

principalmente, ante o Estado Democrático e de Legalidade Jurídica Republicana no qual se vive.

O Princípio do Juiz Constitucional, portanto, não tem sido agredido nos processos envolvendo os direitos das famílias não matrimonializadas. Nada obstante o Princípio da Especialização da Justiça não é respeitado quando assuntos típicos do Direito das Famílias são processados e julgados em Varas Cíveis Comuns, ao invés das Varas de Famílias, como se verificará agora ao abordar o direito de família nesta ordem de idéias.

5.3.5 O direito de família nesta ordem de idéias

O Princípio Constitucional do Juiz Natural se relaciona com o Direito das Famílias? Vem sendo respeitado neste ramo específico do direito? E o Princípio da Especialização da Justiça? O que dizer?

A Constituição de 1988, nos incisos XXXVII e LIII, do artigo 5º, é pedagógica no combate aos tribunais de exceção, em fiel respeito à noção do Juiz Natural. De igual modo, o Poder Constituinte Originário erigiu o caráter de especialidade quando afirmou em seu artigo 226 que a família, base da sociedade, detém *especial* proteção do Estado.

Se a família detém especial proteção do Estado, significa dizer que há um Princípio maior, da Especialização destas Justičas que devem existir para a proteção das famílias, matrimonializadas ou não.

Malgrado José Afonso da Silva²⁰⁸ qualificar o Juiz Natural como “princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional” que “Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais” é Alexandre de Moraes que sustenta de maneira explícita a necessidade de dar²⁰⁹ interpretação ampliativa ao mesmo:

²⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.402.

²⁰⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p 82: “O juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal. Assim, afirma

Entretanto, quando se agrediria o Princípio do Juiz Natural? Veja-se o que pensa José Frederico Marques²¹⁰:

O que, no entanto, constitui regra indefectível e imperativa, é o seguinte: órgão judiciário que não encontrar, na Constituição, sua origem e fonte criadora, não está investido de atribuições jurisdicionais, o mesmo se verificando com os órgãos que não se estruturam segundo o previsto na Lei Maior.

A *fortiori*, não cabe a órgão judiciário exercer atribuição jurisdicional além dos limites traçados na Constituição.

O Princípio do Juiz Natural, destarte, não está sendo violentado à vista dos posicionamentos doutrinários acima vistos. Nada obstante, extraído-se da Constituição Federal de 1988 esta necessidade de se conferir as famílias especial proteção estatal - a se implementar através de Justiças Especializadas - poder-se-ia dizer que o Princípio da Especialização da Justiça nem sempre é observado.

A insistência em se processar e julgar questão de família em juízo cível, por exemplo, desatende a noção de Justiça Especializada, como também a exigência do Juiz Natural, sendo precisa a afirmação de Misael Montenegro Filho²¹¹:

O que o Texto Magno veda é a criação de *tribunais de exceção*, não de Justiças Especializadas ou Especiais, às quais é atribuída a tarefa de julgar conflitos de interesses específicos, geralmente em decorrência das pessoas que se encontram no processo (como se dá, por exemplo, com a criação de uma Vara, no âmbito da Justiça Comum Estadual, para processar e julgar as causas que envolvem o chamado *pobre na forma da lei*), e das matérias discutidas (como se dá, por exemplo, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, os quais se ocupam das questões de menor complexidade jurídica).

Celso de Mello que somente os juízes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na Constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo. O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador.”

²¹⁰ MARQUES, Jose Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974, p.73.

²¹¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. V.1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.23.

Afirme-se que as Justiças Especializadas não desatendem o Princípio do Juiz Natural, nem poderiam se configurar tribunais de exceção diante de tudo quanto se constatou nas linhas anteriores e, ainda, à vista da assertiva de Alexandre de Moraes²¹² sobre o tema:

As justiças especializadas no Brasil não podem ser consideradas justiças de exceção, pois são devidamente constituídas e organizadas pela própria Constituição Federal e demais leis de organização judiciária. Portanto, a proibição de existência de tribunais de exceção não abrange a justiça especializada, que é atribuição e divisão da atividade jurisdicional do Estado entre vários órgãos do Poder Judiciário.

Este mesmo pensamento segundo o qual a criação de Justiças Especializadas não farpeiam o Juiz Natural, ao contrário, implementam a força normativa da Constituição Federal, está dimensionada por André Ramos Tavares²¹³:

Pela aplicação do princípio ora em apreço não se afasta a possibilidade de juízos especializados, tal como aquele admitido expressamente pela Constituição para dirimir conflitos fundiários em questões agrárias (art. 126, *caput*).

As Justiças Especializadas dão efetividade à Constituição Federal de 1988 e não afligem o Princípio do Juiz Natural desde que criadas de maneira prévia, sob pena de configurar-se tribunais de exceção.

5.4 O PRINCÍPIO DA FACILITAÇÃO DA CONVERSIBILIDADE EM CASAMENTO

Sem dúvida alguma, o mais perceptível e específico princípio do Direito Convivencial é o da Facilitação da Conversibilidade em Casamento, explicitamente previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 226, particularmente na última parte do parágrafo 3º assim redigido: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

²¹² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.83.

²¹³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p.510.

A leitura da norma constitucional remete a algumas considerações. Em primeiro lugar, verifica-se que o Poder Constituinte. Poder-se-ia questionar, por exemplo, se o aludido dispositivo constitucional seria auto-aplicável, ou se careceria de elaboração legislativa ordinária para, somente assim, dotar-se de eficácia plena.

Maria Helena Diniz sustenta a não auto-aplicabilidade do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988 e qualifica-o como norma de eficácia relativa complementável de princípio intuitivo²¹⁴.

Discorda-se, nada obstante o respeito acerca do aludido pensamento, da opção de hermenêutica abraçada por Maria Helena Diniz isto porque, diante da máxima segundo a qual a família há de receber especial proteção do Estado, a conclusão possível é somente uma: todos os dispositivos jurídicos que conferem proteção às famílias merecem imediata aplicação com a máxima efetividade possível, isto porque a Constituição Federal de 1988 explicitamente adotou esta opção.

Nesta senda, a Constituição Federal de 1988 se mantém coerente com os fundamentos republicanos de inclusão social, atenta à cidadania e às políticas afirmativas, de modo a contemplar regramento próprio à união estável “para efeito de proteção do Estado”²¹⁵.

A tutela afirmativa constitucional não parou por aí. Foi além, para dinamizar tal proteção de maneira a orientar o legislador infra-constitucional no sentido de “facilitar a conversão”²¹⁶ da união estável em casamento.

Nada obstante, Maria Helena Diniz²¹⁷ adverte também que a união estável foi reconhecida para fins de proteção especial do Estado como entidade familiar sem equipará-la ao casamento.

A par desta consideração, diz o Poder Constituinte que o legislador infra-constitucional haverá de facilitar a conversão das relações convivenciais em

²¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.V. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.402: “[...] norma de eficácia relativa complementável de princípio institutivo, pois dita o princípio de que a união estável é uma entidade familiar, tendo aplicação mediata por depender de lei posterior que lhe desenvolva a eficácia, para fins de sua conversão.”

²¹⁵ Artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

²¹⁶ Artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

²¹⁷ DINIZ, Maria Helena, *Op. cit.*, 2007, p.377. Assim afirma: “A união estável foi reconhecida, para fins de proteção especial do Estado, como *entidade familiar* pelo art. 226, § 3º, da CF/88 (primeira parte), sem equipará-la ao casamento.”

relações matrimoniais. Como poderia atuar o legislador ordinário para atender ao mandamento da Constituição Federal?

De várias formas: a título exemplificativo, poderia o legislador prescindir da publicação de editais, ou mesmo permitir que tal conversibilidade fosse dirigida ao Oficial de Registro. Todavia, como se verificará nas próximas linhas, o Poder Legislativo não tem se mostrado atento a esta diretriz. Em certos casos, inadvertidamente, feriu-se o princípio constitucional em destaque.

Antes de desenvolver tais questões, contudo, impende formular uma breve exposição histórica a respeito da origem do instituto, apresentando o conceito, a fundamentação, bem como todos os elementos necessários à sua compreensão.

5.4.1 Origem

Sensível às mudanças nos usos e costumes do brasileiro, o constituinte originário convenceu-se de inovar a ordem jurídica de modo a inserir norma, sem precedentes, apta a transformar laços não matrimonializados, desde que sem impedimentos e duradouros, em casamento.

A origem do princípio da facilitação da conversibilidade da união estável em casamento é constitucional. Surgiu em 05 de outubro de 1988. Apesar disto, o legislador infra-constitucional somente disciplinou a matéria seis anos depois, através da Lei Federal nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, objeto de alteração nos dois anos subseqüentes, com o advento da Lei Federal nº 9.278, de 10 de maio de 1996, cujo artigo 8º possui o seguinte texto: “Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao oficial de Registro Civil da circunscrição de seu domicílio”.

Mesmo diante da aludida inovação, insista-se, o texto constitucional foi objeto da dura crítica acadêmica. Para Gilseda Maria Fernandes Novaes Hironaka²¹⁸: “esta é a mais inútil de todas as inutilidades”, como assim também entendeu Euclides de Oliveira para quem “este dispositivo, no entanto, afigura-se de pouca serventia, falta explicitação de seu conteúdo”.

²¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: Estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.27.

Nesta difícil origem, o princípio da conversibilidade restou questionado por parte da doutrina. Na seqüência legislativa, o advento do Código Civil de 2002 se apresentou como elemento igualmente relevante, especificamente ante o teor do artigo 1.726, assim redigido: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

Importante registrar que o projeto originário do Código Civil não contemplava a união estável, até porque anterior à Constituição Federal de 1988, devendo-se tal iniciativa à emenda apresentada pelo Senador Josaphat Marinho, cuja aprovação se deu de maneira incólume no Senado Federal.

Contudo, o Código Civil de 2002 modificou de maneira sensível o texto do artigo 8º, da Lei Federal nº. 9.278/96, passando a exigir, como visto, um procedimento judicial a ser submetido à decisão do Juiz de Família.

Ao se analisar o artigo 1.525 do Código Civil vigente, não se verifica esta exigência para a disciplina do casamento, cujo processo de habilitação, iniciado pelas formalidades preliminares, apresenta-se mais facilitado do que a própria conversão da união estável. Portanto, a imposição de processo judicial dificulta ao invés de facilitar. Contraria a legislação ordinária o mandamento principiológico da Constituição Federal.

O Código Civil de 2002, nesta parte, atenta contra a Constituição Federal de 1988 e teria andado melhor se contemplasse a possibilidade do aludido requerimento ser realizado pelos companheiros diretamente ao Oficial do Registro Civil de domicílio destes.

Se assim fosse, utilizando-se por analogia singela e eficaz as formalidades preliminares, após o processo administrativo de habilitação, colhido o parecer do Ministério Público Estadual, a conversão da união estável em matrimônio seria lançada no assento do casamento, tornando-se desnecessária sequer a publicidade, ou mesmo a celebração, como já admite no plano estadual o Provimento nº 10 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.²¹⁹

A par da ausência de indicação normativa do procedimento que deveria ser adotado, ou mesmo da imprescindibilidade da intervenção do Ministério Público Estadual, a

²¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

inovação do Código Civil Brasileiro também incorre em outros equívocos, para não se dizer inconstitucionalidades.

Ferindo a idéia basilar de não retrocesso, esquecendo-se que o mandamento constitucional é no sentido de facilitar, impôs a norma cível codificada exigência até aquele momento inexistente, qual seja a de direcionamento do petítório a um magistrado, ao revés do oficial de registro, como antes era permitido.

Pode-se mesmo dizer, no caminho desta origem legislativa que o Código Civil de 2002 optou por caminho mais difícil, custoso e burocrático, exigindo desnecessariamente a presença do advogado e dos caros serviços da máquina judiciária, tão açodada na atualidade, e que poderia se ver livre desta desnecessária demanda. A Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo já entendeu, contudo, que o pedido de conversão da união estável em casamento independe de pronunciamento judicial e pode se processar diretamente perante o Oficial do Registro, somente se admitindo o pleito perante o Juiz de Direito em casos excepcionais e relevantes²²⁰.

Curiosamente hoje, para casar-se não é mister a presença do advogado; não obstante tal necessidade estará presente no caso de converter uma duradoura relação convivencial em casamento.

5.4.2 Conceito

Conceitua-se o instituto como princípio constitucional de Direito de Família não matrimonializado baseado na idéia de inclusão social pela via da documentação e proteção especial do núcleo familiar, maximizando a primazia da realidade sem olvidar da necessidade de tutela formal, instando o intérprete, sempre que possível, à converter as relações convivenciais em relações conjugais.

Este princípio contempla duas diretrizes fundamentais: a dinamizadora das relações jurídicas matrimonializadas, no sentido de incentivar a concretização de tais

²²⁰ Requerimento protocolizado na Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo sob o número 44.825/05 e publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 19 de junho de 2006. Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.400.

relacionamentos; limitadora, ao impedir o legislador de criar qualquer empecilho à transmutação das relações familiares em casamento.

Por este princípio auto-aplicável há de se converter, sempre que possível e desde que haja solicitação dos companheiros, a união estável em casamento, da maneira mais ágil e desburocratizante possível.

5.4.3 Fundamentação

O princípio da cidadania, presente no artigo 1º, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988 e o próprio objetivo republicano de erradicar diferenças e promover inclusão social, conforme artigo 3º, casados com a noção basilar segundo a qual a família é a base da sociedade e merece especial proteção, fundamentam juridicamente a idéia da conversibilidade, de modo a permitir que um relacionamento informal e sem provas possa ser indubitavelmente registrado, inclusive para tutela sucessória.

À propósito desta luta pela inclusão social cidadã mesmo em face de laços não matrimonializados, em 05 de novembro de 2008 foi publicado no Diário Oficial da União a Lei Federal nº 11.804 que disciplinou o “direito a alimentos gravídicos”, assim delimitados em seu artigo 2º:

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam elas decorrentes, da concepção, do parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único: os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

A legislação em destaque simboliza a proteção da família não matrimonializada em novel dimensão, evidenciando a evolução jurídica dos institutos inerentes ao Direito Convivencial, agora no viés dos alimentos.

No concernente a conversibilidade em si, sendo a cidadania e a dignidade humana fundamentos republicanos do Estado Democrático de Direito, parece visível a concretização destas diretrizes constitucionais quando se possibilita converter uma relação familiar que merece especial proteção do Estado cuja disciplina não se encontrava submetida a registro público algum em casamento.

De efeito, a registrabilidade se apresenta como pedra de toque nesta relação jurídica. Com o registro civil decorrente da conversão em casamento (porquanto a grande parte das relações convivenciais não se submete a registro público algum) os direitos fundamentais dos membros que integram estas famílias são protegidos de maneira mais segura.

A visão constitucional dos direitos da personalidade enquanto normas concretizadoras da dignidade humana na perspectiva da integridade bio-psíquica, tutelando-se um sem número de direitos, dentre os quais a inviolabilidade da vida privada, justificam, pelo objetivo republicano de erradicar as discriminações e promover a igualdade de todos, a construção de fundamentos jurídicos aptos à proteção destas famílias não matrimonializadas.²²¹

Neste ideário de promoção do bem de todos, sem discriminação, nem mesmo de índole sexual, surge a noção do justo a admitir o fundamento jurídico-constitucional da conversibilidade do direito convivencial e matrimonial.

No âmbito infra-constitucional, constata-se a evolução legislativa em prol desta inclusão social, inclusive em sede penal, ou ainda no combate à violência dentro das famílias, como se infere pela Lei Maria da Penha, nos termos do artigo 5º, *caput*, de seu texto²²².

²²¹ Nesta senda o artigo 3º., inciso IV da Constituição Federal de 1988: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV promover o bem de todos, em preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²²² Eis o conteúdo do texto legal: Para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas nesse artigo independem de orientação sexual.

Não há mais dúvidas quanto à máxima efetividade do princípio da cidadania, conjugado com a facilitação da conversibilidade de qualquer união estável sem impedimento, inclusive a homoafetiva, inserida no Direito Legislado, sendo digno de nota a fala de Maria Berenice Dias²²³: “Pela primeira vez foi consagrada, no âmbito infraconstitucional, a idéia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros”.

Assim fundamentado pode-se revelar, agora, a importância do mesmo não apenas no mundo acadêmico, mas para a efetivação dos direitos fundamentais.

5.4.4 Importância

A conversibilidade da união estável em casamento é assunto jurídico relevante. Em tese de doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, intitulada “União estável e as alternativas para facilitar sua conversão em casamento”, Wilson José Gonçalves defende justamente o processo administrativo simplificado, em termos de formalidades, perante o Oficial de Registro Civil, demonstrando-se a preocupação acadêmica com o tema²²⁴.

Em termos de movimentação legislativa, citem-se alguns específicos projetos de legislação federal que tramitam neste sentido, dentre os quais o de nº. 2.686 e 3.005/2004, ambos na linha da tese de doutoramento identificada no parágrafo anterior.

No campo administrativo-jurisprudencial o Provimento de nº. 27, de 19 de setembro de 2003, da Corregedoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, assim como o Provimento de nº. 10/96, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

²²³ DIAS, Maria Berenice. **A Ética do Afeto**. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 31 mar. 2007, p. 4. Segundo ela “O avanço é significativo, visto que coloca um ponto final à discussão que entretém a doutrina e divide os tribunais. A eficácia da nova lei é imediata, passando as uniões homossexuais a merecer a especial proteção do Estado (CF 226). Não cabe sequer continuar falando em sociedade de fato, subterfúgio de conotação nitidamente preconceituosa, pois nega o componente de natureza sexual e afetiva dos vínculos homossexuais. Agora as uniões homoafetivas não podem mais ser reconhecidas como sociedades de fato, sob pena de se negar vigência à lei federal.”

²²⁴ GONÇALVES, Wilson José. **União estável e as alternativas para facilitar sua conversão em casamento**. 1998. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1998.

A importância do instituto é flagrante e está diretamente relacionada com a quantidade de brasileiros que estatisticamente vivem em união estável e, porque não a regularizam, ou mesmo não se submetem diretamente ao casamento, acabam por sofrer prejuízos de índole jurídico-patrimonial, principalmente após o óbito de um dos conviventes, olvidando-se da necessidade de especial proteção dos arranjos familiares. Eis a função social da conformação principiológica que se propõe. Evitar que conflitos jurídicos desta ordem gerem injustiças e prejuízos patrimoniais.

O princípio da facilitação da conversibilidade da união estável em casamento está intimamente ligado à idéia da especial proteção da família, prevista no artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

Exatamente por isto é que se poderá melhor compreendê-lo avançando-se no estudo da especial proteção, afinal de contas, a imunidade daquilo que há de se chamar família regular monogâmica constitui elemento nuclear, eixo em torno do qual deve ser construída toda a conformação principiológica.

5.5 O PRINCÍPIO DA ESPECIAL PROTEÇÃO: IMUNIDADE DA FAMÍLIA REGULAR

Na medida em que a família é juridicamente considerada como base da sociedade detentora de uma especial proteção conferida pelo Estado, construções jurídicas devem ser realizadas com o fito de implementar na prática tais balizamentos constitucionais.

A força normativa da Constituição Federal de 1988 consagra desta maneira a prevalência da idéia de uma especial proteção, construindo um arcabouço jurídico protetivo do ser humano pelo eixo da dignidade e dos valores mais nobres da humanidade, que pode se apresentar a este ramo convivencial pela concretização de mandamentos constitucionais de Justiça, na via da especial proteção e da imunidade, como um mecanismo de atendimento à função social das famílias.

Calha, fixada esta premissa, sugerir a existência de uma verdadeira blindagem jurídica, a toda e qualquer família a ser efetivada pela hermenêutica constitucional.

Para melhor compreender isto, verificar-se-á agora a idéia da proteção como uma noção ínsita e presente desde a origem do signo família.

Também será mister confrontar os Códigos Civis de 1916 e 2002 no escopo de aferir a evolução do instituto protetivo no Direito Codificado brasileiro para, somente após, arrematar a seqüência histórica do exame à luz da inovação constitucional de 1988.

Pretende-se com isto, uma vez melhor compreendida a noção da imunidade de toda e qualquer família, enfrentar temas que constituem novas tendências do Direito das Famílias e não se consideram à vista das ponderações ora feitas, quais sejam a monogamia *versus* o poliamorismo e a consagração da intangibilidade da legítima como *modus operandi* apto a efetiva a mencionada proteção.

5.5.1 A idéia de proteção desde a origem do instituto família

A Constituição Federal de 1988 qualifica de especial a proteção a ser conferida pelo Ordenamento Jurídico à família e assim o faz por considerá-la base da sociedade. A respeito disto, algumas considerações podem ser formuladas no sentido de desvendar o real alcance do que se poderia denominar princípio da especial proteção das entidades familiares monogâmicas.

Interessa neste momento perquirir se esta especial proteção conferida no plano constitucional teria o condão de proteger, imunizar, as mais diversas famílias. Perguntar-se-ia mais adiante se tal imunidade seria confiada tão somente a algumas famílias chamadas de monogâmicas, ou ainda se toda e qualquer forma de organização familiar poderia receber tal blindagem.

Como se infere, o poliamorismo há de ser apresentado como polêmico e relevante tema. Antes disto, contudo, convém indicar recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, para o fim de analisá-la à luz dos princípios ora postos.

Em 03 de junho de 2008 o Supremo Tribunal Federal publicou em sua página de noticiários da rede mundial de computadores notícia de um julgamento proferido pela Primeira Turma dando provimento ao Recurso Extraordinário nº 397.762, interposto pelo Estado da Bahia reconhecendo a impossibilidade de rateio de

pensão entre duas mulheres, por considerar incabível união estável paralela com matrimônio.

Trata-se de simbólica decisão que bem delinea este processo de reconstrução do Direito Civil das Famílias numa interessante perspectiva, porquanto extraída da Suprema Corte de maneira não unânime, o que bem evidencia o nível de conflito das forças sociais a respeito do tema.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio, cujo voto prevaleceu na Primeira Turma, tomou a defesa do princípio da monogamia para, com isto, reconhecer a impossibilidade de união estável simultânea a casamento. Ao que parece, a proteção às famílias monogâmicas é indiscutível, ocorrendo em detrimento das famílias não-monogâmicas.

Mas a monogamia seria exigência exclusiva do casamento, ou também se poderia construir entendimento extensivo colimando exigi-la nas uniões estáveis e homoafetivas?

O entendimento turmário da Corte Suprema foi no sentido de que a Constituição Federal, no § 3º do artigo 226, não consideraria estável uma união com impedimento diante da existência de matrimônio pleno, onde os interessados estavam inclusive em pleno relacionamento. Por se tratar de uma emblemática decisão, merece a mesma ser transcrita no corpo deste trabalho. Eis a ementa:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina²²⁵.

Também referiu o Relator Ministro Marco Aurélio de Mello explicitamente ao artigo 1.727 do Código Civil para afirmar que o concubinato não estaria protegido pela Constituição Federal de 1988, tendo sido acompanhado pelos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ricardo Lewandowski. Neste julgamento, diante do paradigma da monogamia, a Ministra Cármen Lúcia foi

²²⁵ RE 397762/BA, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio, Data de Julgamento: 03/06/2008.

enfática ao sustentar que a Constituição Federal de 1988 se refere a um núcleo possível de união e que possa se converter em casamento, o que não aconteceria na hipótese ante o flagrante concubinato, afinal de contas, como afirmou: “A segunda união desestabiliza a primeira”.

Talvez fosse o caso, neste julgamento, de se utilizar do critério da ponderação de princípios para minimizar a monogamia em prol da imunidade das famílias (especial proteção) e da primazia da realidade.

Interessante divergência foi apresentada na hipótese pelo Ministro Carlos Ayres segundo o qual ao proteger a família, a maternidade e a infância, a Constituição Federal de 1988 não teria feito distinção entre casais formais e casais impedidos de contrair matrimônio, daí a relevância de transcrever tal voto, intimamente relacionado com o objeto deste trabalho, no corpo desta dissertação:

Com efeito, à luz do Direito Constitucional Brasileiro o que importa é a formação de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. **Isto é família**, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental *a-dois*. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração “é terra que ninguém nunca pisou”. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais estranhada privacidade, perante a qual o ordenamento jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante²²⁶.

Na visão da isolada divergência, não menos relevante por isto, as duas mulheres teriam sofrido a mesma perda, com as mesmas conseqüências sentimentais e financeiras. É dizer: a especial proteção deveria atingir ambas e não uma só. Analisando a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, pode-se verificar que o princípio da especial proteção da família, cujo viés da imunidade é observado agora, somente acontece na pressuposição de uma família que se denomina aqui de regular, não se tolerando, por exemplo, na hipótese de concubinato, esta mesma proteção jurídica.

E o que seriam as famílias irregulares? No entender desta dissertação, aquelas que infringem os deveres anexos da transparência, lealdade, informação, enfim, as que vão de encontro à boa fé objetiva e ensejam surpresas, abusos de direitos e

²²⁶ RE 397762/BA, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio, Data de Julgamento: 03/06/2008.

inseguranças jurídicas ao cônjuge não informado a respeito de um eventual poliamorismo, por exemplo.

Destarte, para se responder à pergunta originariamente proposta neste capítulo, pode-se começar por um ponto de absoluta concordância: não há dúvida alguma a respeito da proteção à família regular monogâmica. A monogamia se transformou em um valor jurídico que se encontra definitivamente incorporado na sociedade brasileira, de modo que todo o arcabouço jurídico do direito de família acaba por convergir na proteção deste arranjo familiar.

Nesta senda, o que se poderia falar a respeito dos arranjos homoafetivos? E o que dizer do poliamorismo?

No dia 06 de fevereiro de 2006 foi julgado no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Constitucionalidade nº 3.300, submetida a Relatoria do Ministro Celso de Mello cujo pedido girava em torno do reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como famílias.

A aludida Ação Direta de Constitucionalidade foi manejada pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, impugnando o artigo 1º da Lei nº 9.278/96 que, ao regular dispositivo da Constituição Federal (§3º do artigo 226), reconheceu como entidade familiar, unicamente, “a união estável entre o homem e a mulher”.

Para os autores da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a legislação contestada seria discriminatória por excluir da proteção constitucional as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, abrindo-se o campo da defesa de uma imunidade ínsita aos arranjos familiares.

Como a legislação impugnada não mais estava em vigor, tal aspecto ensejou o arquivamento da Ação Direta de Constitucionalidade pela “ocorrência de insuperável razão de ordem formal”, deixando claro que a questão pode ser discutida por “meio processual adequado”, pois, para o Ministro Relator, tratar-se-ia de assunto de “extrema importância jurídico-social” a merecer oportuno exame pelo Supremo Tribunal Federal:

De efeito, a dignidade humana, a liberdade, a autodeterminação, a igualdade, o pluralismo, a intimidade e a não-discriminação tem revelado admirável signo de alto

significado de que se reveste tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto à legitimidade da união homoafetiva como entidade familiar.

Esta dissertação entende que o princípio da imunidade das famílias não açambarca apenas os arranjos monogâmicos, devendo se estender em face dos demais laços não monogâmicos.

O casamento, nesta linha, é tradicionalmente tutelado. Goza de especial proteção (imunidade). Silvio de Salvo Venosa²²⁷, como quase todos os manuais de Direito Civil de Família, refere-se à origem do matrimônio por motivo de religião doméstica e culto aos antepassados, sempre sob a direção do *pater*, sem solução de continuidade geracional ante o temor de ruína, citando Coulanges:

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objetivo principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuar esse culto²²⁸.

Entrementes, os arranjos familiares não matrimonializados, hoje apelidados de uniões estáveis, também eram admitidos em um plano jurídico inferior²²⁹ ao do direito matrimonial²³⁰, a evidenciar que não seria inovação hermenêutica sustentar a legalidade desses laços civis, porquanto tão somente no Império Constantino, diante da concepção cristã, foi que se deu início a esta hierarquização.

E não poderia ser diferente, afinal de contas o surgimento de núcleos familiares é anterior ao próprio casamento.

Há, portanto, justificativa para a constatação de hoje no sentido de que a monogamia, assim como a hierarquização da família matrimonializada, são produtos de desdobramentos sociais, cujo fundamento estaria muito mais relacionado a questões de poder e economia do que efetivamente de justiça e afeto.

²²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. V. VI. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.7.

²²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. V. VI. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.7.

²²⁹ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2005, p.15.

²³⁰ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.V. 14.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.27.

O Direito Canônico medieval contribuiu para o fortalecimento deste paradigma que hoje tem sido revisado pela academia, daí a força histórica do casamento religioso como único admitido nos tempos de ontem em detrimento da proibição do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo²³¹

A proteção à família regular monogâmica e matrimonializada é, destarte, fácil de se perceber diante desta sumária evolução histórica. Entretanto, as novas conformações sociais dão margem a discussões relativas a proteção em favor das famílias não matrimonializadas.

Maria Berenice Dias²³² defende a idéia de que sem o matrimônio inexistiria aprovação social e sugere que se insira a esta assertiva uma nova questão, nada obstante reconhecer que o pensamento matrimonializado não foi capaz de suportar as novas exigências sociais, particularmente no período da Revolução Industrial, quando a concentração populacional urbana, em detrimento à sociedade rural de então, deu azo à maior interação entre os seres humanos, valorizando-se o vínculo afetivo existente entre eles.

Poderia isto justificar, por consequência, que a proteção jurídica à imunidade familiar agora está presente em todos os arranjos familiares, inclusive os não monogâmicos?

Já se começa a sustentar hoje, ao contrário dos tempos de outrora, que a família contemporânea tem como liame primordial a sócio-afetividade, sendo desierarquizada, desbiologizada, despatrimonializada²³³, plural ou multifacetária, daí porque a dignidade humana será o valor fonte a iluminar toda a compreensão deste instituto social ímpar²³⁴.

5.5.2 A imunidade como noção ínsita no conceito de família

²³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Op.cit.*, 2005, p.16.

²³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.24.

²³³ Tratam-se de neologismos utilizados por alguns doutrinadores, como Maria Berenice Dias.

²³⁴ Em Jornada de Direito Civil o Conselho da Justiça Federal lavrou o Enunciado 103 segundo o qual o parentesco pode ser constituído em decorrência de relação sócio-afetiva. Após, este mesmo Conselho da Justiça Federal elaborou o Enunciado 256 para sustentar que a sócioafetividade é modalidade de parentesco civil. Na mesma linha o Enunciado 339 que aborda a paternidade sócioafetiva e veda o rompimento desta relação filial em prejuízo da criança.

Ainda se discute hoje se o Direito de Família pertenceria ao ramo Público ou Privado do Ordenamento Jurídico, não sendo poucos os livros a respeito do assunto, entre os quais Carlos Roberto Gonçalves²³⁵, Caio Mário da Silva Pereira²³⁶, Maria Berenice Dias²³⁷ e Maria Helena Diniz²³⁸. Contudo, o fim desta *summa divisio* decorrente da interpenetração simultânea do Direito Público e do Direito Privado fez com que o Código Civil deixasse de lado seu papel de unificador do Ordenamento Jurídico, tendo a Constituição Federal tomado para si esta relevante tarefa. Para Gustavo Tepedino:

Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade [...] Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes.²³⁹

Independentemente desta dicotomia clássica, impende constatar que a imunidade aos arranjos familiares está intimamente ligada aos direitos da personalidade, tais como a privacidade, intimidade, liberdade sexual e dignidade humana, como já advertiu Maria Berenice Dias:

O direito das famílias, enquanto voltado à tutela da pessoa, é personalíssimo, adere indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a vida. Em sua maioria, são direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis. A imprescritibilidade também ronda o direito de família. Ninguém pode ceder ao poder familiar ou renunciar ao direito de pleitear o estado de filiação. O reconhecimento do filho é irrevogável, sendo imprescritível o direito de investigar a paternidade²⁴⁰.

A imunidade integra mesmo este conteúdo do signo família, redimensionando-o a ponto de quebrar a lógica binária entre homem e mulher, por exemplo. Aliás, reavaliar pelo viés da sexualidade os arranjos familiares é tarefa urgente à

²³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2005, p.10.

²³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.V. 14.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.32.

²³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.1.

²³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.29.

²³⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.7.

²⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.33.

confirmação da imunidade (tutela) destes laços de família tão importantes quantos os demais.

Relevante a afirmativa de Pietro Perlingieri no sentido de que “o estudo do direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas”, daí porque defende: “Os problemas concernentes às relações civilistas devem ser colocados recuperando os valores publicísticos do Direito Privado e os valores privatísticos do Direito Público”²⁴¹. No mesmo sentido, Maria Celina B. M. Tepedino: “a separação do direito público em privado, nos termos em que era posta pela doutrina nacional há de ser abandonada”²⁴².

Para Enézio de Deus Silva Júnior²⁴³ há uma lógica heteronormativa binária de sexualidade cujo paradigma há de ser redimensionado perpassando-se pela tríade *sexo-gênero-desejo* sob pena de não se conseguir implementar o Direito das Famílias particularmente à todos os sujeitos merecedores desta tutela constitucional.

No caminho da imunidade de todas as famílias, esta dissertação se propõe a tecer uma conformação jurídico-principiológica que permita articular estas teorias multifacetárias para os contextos culturais, transcendendo as vivências individuais de modo a alçar o espaço legislativo necessário à mudança de paradigmas.

Neste sentido Michel Foucault:

romper as leis do casamento ou procurar prazeres estranhos mereciam, de qualquer modo, condenação. Na lista dos pecados graves, separados somente por sua importância, figuravam o estupro (relações fora do casamento), o adultério, o rapto, o incesto espiritual ou carnal, e, também, a sodomia ou a “carícia” recíproca. Quanto aos tribunais, podiam condenar tanto a homossexualidade quanto a infidelidade, o casamento sem o consentimento dos pais ou a bestialidade [...] Na ordem civil, como na ordem religiosa, o que se levava em conta era um ilegalismo global. Sem dúvida, o “contar a natureza” era marcado por abominação particular [...] também, infringia decretos tão sagrados, como os do casamento e estabelecidos para reger a ordem das coisas e dos seres²⁴⁴.

²⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.55.

²⁴² TEPEDINO, Maria Celina M. B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial**, Ano 17, jul./set. 1993, p.25.

²⁴³ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção Por Casais Homossexuais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.1.

²⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1997, p.8.

É contra esta cultura que o Princípio da Imunidade da Família Regular há de ser compreendido. Nada obstante tal constatação, para certificar-se a respeito da mesma é mister progredir pela via legislativa do Direito Civil codificado.

5.5.3 A especial proteção nos códigos de 1916 e 2002

O Código Civil de 1916 contemplava uma só espécie de família, qual seja a do casamento, podendo qualificá-lo como o apogeu histórico da idéia monogâmica, medieval, canônica e familiar²⁴⁵, razão esta que provavelmente contribuiu sobremaneira para o reconhecimento penal do adultério como crime, à época, desdobrando-se a crítica no âmbito cível ao concubinato, aspecto bem observado no artigo 358 do Código Civil de 1916: “Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos”.

Nesta concepção cível não constitucionalizada de mundo, não se poderia imaginar aceitável a imunidade de famílias senão oriundas do matrimônio, havendo visível distinção entre os regimes jurídicos: o que tutelava a família matrimonial e o que incriminava qualquer outra entidade familiar, daí porque arremata Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Extrai-se, daí, um sentido institucionalista, que pode ser denominado de transpessoal: a disciplina jurídica se dirige à família como instituição, enfatizando as funções que daí se originam, em detrimento da felicidade coexistencial, intersubjetiva, dos membros que a compõem²⁴⁶.

O Código Civil de 2002 não alterou este panorama de maneira significativa. É dizer: não existe um princípio geral da especial proteção das famílias na historicidade dos Códigos Civis brasileiros, restando pouco a se falar, por consequência, a respeito disto.

Se o Direito Civil infraconstitucional optou por erigir a família matrimonial como a preponderante, de fato, deixou de contemplar proteção aos demais arranjos familiares, mesmo porque a disciplina recente em derredor da união estável foi

²⁴⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisk. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.2.

²⁴⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisk. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.2.

conseqüência muito mais da nova Ordem Constitucional do que iniciativa de legislação ordinária.

Diante deste quadro, torna-se imprescindível a perspectiva constitucional como técnica hermenêutica efetiva da concretização dos direitos fundamentais em favor das famílias convivenciais, carecedoras também de tutela estatal, até porque nem todas as pessoas são casadas, ou mesmo heterossexuais:

Kinsey acreditava, baseado em suas pesquisas, que 46% das pessoas eram exclusivamente heterossexuais, 4% homo e os restantes 50% tinham comportamento bissexual, sendo ou basicamente heterossexuais com incidência de homossexualidade, ou basicamente homossexuais com incidência de heterossexualidade²⁴⁷.

Ainda que se conteste a precisão dos dados apresentados por Ronaldo Pamplona da Costa, dúvidas não há acerca da diversidade das condutas humanas, todas elas únicas, dotadas de dignidade e merecedoras de especial proteção, particularmente quando dão azo à arranjos familiares.

Entrementes, o machismo e a visão equivocada do conceito de honra dão azo tanto a uma homofobia (aversão, medo irracional, ódio aos homossexuais) sem sentido, como também a perpetuação indevida de um modelo único de família (a matrimonializada) desprestigiando qualquer outro legítimo arranjo familiar. Acresça-se à isto que o Direito de Família não se dedica a considerar questões mais profundas envolvendo a sexualidade e os efeitos desta nos laços de sociais, ignorando as considerações de Michel Foucault:

O problema é o seguinte: como se explica que, em uma sociedade como a nossa, a sexualidade não seja simplesmente aquilo que permita a reprodução da espécie, da família, dos indivíduos? Não seja, simplesmente, alguma coisa que dê prazer e gozo?²⁴⁸.

Questões políticas, econômicas, ideológicas e até mesmo religiosas contêm o avanço cultural sobre este caminho, como tabus cuja superação não carece de atitude legislativa e social mais corajosa. Ignora-se, desta maneira, o fato de que a

²⁴⁷ COSTA, Ronaldo Pamplona da. Amor homossexual. In: **Amor e Sexualidade. A Resolução dos Preconceitos**. São Paulo: Gente, 1994, p.101.

²⁴⁸ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1997, p.229.

diversidade sexual é tão antiga quanto a história humana, como já teve a oportunidade de averbar José Silvério Trevisan:

Quanto a própria humanidade e está presente em todas as fases históricas, culturais, classes e ramos da atividade humana – desde aqueles mais “masculinos” (como os exércitos) até os mais repressivos (como a Igreja Católica) [...] Ela é uma das muitas variantes sexuais e não um fato isolado, evidenciado, antes de tudo, a universalidade de uma prática humana, fundamentalmente, bissexual. Ou seja, em uma visão histórica abrangente, a prática homossexual confirma-se como uma oscilação reiterada entre o fascínio e a repulsa, a prática consagratória e a condenação²⁴⁹.

Os Códigos Civis não foram capazes de modificar esta perspectiva jurídica, nem compreender no tempo socialmente adequado esta realidade, permitindo que a história corresse pelas mãos dos legisladores, que foram omissos e sequer compreendiam o teor do signo *homofobia*²⁵⁰:

Somente uma perspectiva constitucional e filosófica seria capaz de redimensionar o pensamento jurídico a respeito desta necessidade de se imunizar as Famílias Convivenciais, daí a tentativa de conformação principiológica erigindo-se um novel princípio, o da Imunidade da Família Regular fazendo-se mister, agora, analisar a Constituição Federal de 1988 sob este respeito para aferir se tal conduta jurídica tutelar poderia se estender para laços não monogâmicos.

²⁴⁹ TREVISAN, João Silvério. A epopéia universal do desejo. **Revista Sul Generis**. Ano III, n. 23. 1997, p.47.

²⁵⁰ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção Por Casais Homossexuais**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.1: “O termo é um neologismo criado pelo psicólogo George Weinberg, em 1971. Combinando a palavra grega *phobos* (fobia), com o prefixo *homo*, como remissão à palavra “homossexual”. *Phobos* (grego) é medo em geral. Fobia seria assim um medo irracional (instintivo) de algo. Porém, “fobia” neste termo (tal como, para desespero dos lingüistas, a palavra xenofobia no sentido lato) é empregado não só como medo geral (irracional ou não), mas também como aversão ou repulsa em geral, qualquer que seja o motivo. Quanto as razões específicas para a homofobia, alguns estudiosos e indivíduos comuns atribuem-na às mesmas noções que estão por trás do racismo e qualquer outro preconceito. Nomeadamente, uma oposição instintual a tudo aquilo que não corresponde à maioria com que o indivíduo se identifica e às normas implícitas e estabelecidas por essa mesma maioria. Desta explicação, aplica-se a necessidade de reafirmação dos papéis tradicionais de gênero, considerando o indivíduo homossexual alguém que falha no desempenho do papel que lhe corresponde segundo o seu gênero”.

5.5.4 A especial proteção na Constituição Federal de 1988

A doutrina atualizada costuma dirigir uma mirada civil-constitucional sobre a união estável, compreendendo a relevância de todos os arranjos familiares, que devem deter uma especial proteção. Não se poderia admitir efetivamente, em pleno século XXI, que o Direito fechasse os olhos para a realidade da vida moderna, sendo este o registro formulado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ao reconhecerem a especial proteção conferida pela Constituição de 1988 a estes arranjos:

Não se pode olvidar, entretanto, que a compreensão fundamental da união estável deve, imperiosamente, emanar da legalidade constitucional, em conformidade com as latitudes do comando 226, § 3º, da *Lex Fundamentalis*. Até mesmo porque não se pode aceitar que, em pleno século XXI, o Direito de Família se feche para a realidade da vida moderna e, em descompasso com a Constituição, consagre regras que, evidentemente, não se compatibilizam com a necessidade de se garantir a todos os brasileiros o efetivo exercício da cidadania²⁵¹.

Neste cenário, chega-se a sustentar que qualquer tipo de arranjo familiar é protegido pelo manto constitucional, como faz hoje Paulo Luiz Netto Lôbo²⁵². O legislador constituinte de 1988 efetivamente se apresentou de maneira sensível às questões do Direito das Famílias, disciplinando tanto nas garantias fundamentais, como no decorrer de todo o texto constitucional um sem número de diretrizes tutelares dos mais diversos membros, desde a criança e o adolescente, proibindo a discriminação ante o postulado da isonomia (artigo 227, § 6º), ao idoso, que recebeu tutela infraconstitucional estatutária logo em seguida. Nesta senda, Miguel Reale adverte:

Com efeito, admitindo a não-completude do sistema positivo, traça um sem fim de diretivas, por meio de conceitos propositalmente vagos e cambiantes, para que o hermeneuta se encarregue, respeitando os vetores ratificados no Texto Constitucional, de realizar a necessária atualização da ordem

²⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.375.

²⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do numerus clausulus. Disponível em: < www.jusnavegandi.com.br >. Acesso em: 15 fev. 2008, p.4.

positiva, a fim de mantê-la rente e congruente com a realidade – e com os anseios – sociais²⁵³.

O atual Ordenamento Jurídico deve girar, destarte, em torno da especial proteção às famílias, eixo em torno do qual a legislação ordinária deverá ser redimensionada. Para Maria Berenice Dias²⁵⁴ “essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor”, isto porque com a “Constituição Federal, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família”.

A especial proteção das famílias também deve acontecer nos atos omissivos do legislador infraconstitucional, quando relativos a importantes questões que exijam o redimensionamento das entidades familiares.

À Constituição Federal de 1988 caberá protagonizar este papel de indução social da nova perspectiva jurídica, a fim de que todo o sistema se submeta a novel conformação principiológica, inclusive em termos de especial (distinta) proteção.

Não se poderia ignorar, contudo, as contribuições de outros campos do saber, no desenvolvimento das justificativas pelas quais a especial proteção deva acontecer. Nas searas da psicologia e da psicanálise, faça-se um breve parêntese à título ilustrativo, afirma-se:

A relevância da teoria psicanalítica reside em ter encaminhado, progressivamente, os estudiosos a vislumbrarem o conjunto dos fenômenos de ordem sexual e afetiva, na seara essencial do desejo. Desse modo, compreendem-se os avanços no Direito, no sentido de tutelar a livre orientação das pessoas, e no campo da Psicologia, em apresentar a homossexualidade como naturais nuances da estrutura afetiva dos sujeitos desejan²⁵⁵.

Esta é a verdadeira (e especial) proteção. Neste sentido é que o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 há de ser compreendido. Numa só frase poder-se-ia afirmar atualmente que o princípio da especial proteção da família é um desdobramento da principiologia do Direito Convencional, cuja máxima eficácia somente será atingida acaso também se permita a tutela dos arranjos familiares não

²⁵³ REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.39.

²⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.28.

²⁵⁵ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção Por Casais Homossexuais**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.56.

matrimonializados e, até mesmo, em certos casos de ponderação, não submetidos à monogamia, independentemente da sexualidade, afinal de contas:

ao revés do que muitos equivocadamente sustentam, não há que se falar em opção, visto que ninguém escolheria ter uma vida sexual culturalmente estigmatizada [...] Como os heterossexuais, aqueles que se sentem atraídos pelo mesmo sexo podem optar, tão-somente, pelo modo como conduzirão a extensão dos seus desejos – se através de breves ou isolados contatos, se mediante o estabelecimentos de relações mais estáveis – não obstante as inúmeras e complexas variações que a sexualidade comporta²⁵⁶.

Talvez à vista desta necessidade constitucional de especial proteção, Paulo Luiz Netto Lôbo tenha afirmado que a “chamada verdade biológica nem sempre é adequada, pois a certeza absoluta não é suficiente para fundar a filiação, especialmente quando esta já tiver sido constituída na convivência duradoura com pais socioafetivos”²⁵⁷.

Esta aberto o campo de desdobramento para o estudo da função social da família e a garantia sucessória da mesma ante a inserção da sócio afetividade, tema já assente no Direito Legislado.

5.5.5 Monogamia versus Poliamorismo

Em artigo publicado no *site* jurídico *jus navigandi*, Pablo Stolze Gagliano aborda um tema que poderia ser espinhoso para o ramo jurídico tradicional, arraigado em tradições e simbologias incompatíveis com estas inventividades.

Trata-se de texto debatendo eventual direito da amante, na teoria e na prática dos tribunais. Eis o que fora dito:

o poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de co-existirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta. Segundo a psicóloga NOELY MONTES MORAES, professora da PUC-SP, a etologia

²⁵⁶ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção Por Casais Homossexuais**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.119.

²⁵⁷ LÔBO, Paulo Lôbo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.49.

(estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante das espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo²⁵⁸.

Na busca por esta especial proteção em prol do Direito das Famílias está sendo visto neste capítulo que a imunidade dos arranjos familiares deve ser objeto de consideração. Contudo, nem sempre é possível para o Direito conceder tutelas contrárias aos costumes consagrados secularmente no seio de uma sociedade.

Como advertem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “É certo que a histórica posição encontrada no direito brasileiro é no sentido de negar todo e qualquer efeito às uniões paralelas, buscando conferir prestígio ao princípio da monogamia. [...] Não nos parece a melhor solução”.²⁵⁹

A monogamia está arraigada no inconsciente coletivo ocidental. É fruto de uma historicidade que se construiu a partir da chamada fase primitiva, estabelecendo-se na Roma Antiga, fortalecendo-se na idade média e mantida na modernidade.

Diante disto, inserir uma modalidade de conduta contrária a estes usos e costumes constitui tarefa penosa, para não se dizer impossível. O Direito brasileiro jamais trabalhou com o signo poliamorismo. Trata-se de novidade que se opõe diretamente ao tradicional conceito de monogamia. Os termos encontrados na doutrina, legislação e jurisprudência que mais se aproximam deste novel signo seriam concubinato, bigamia ou infidelidade.

Nenhum destes, porém, expressa o mesmo significado que pode se externar com o signo poliamorismo. Talvez a expressão concubinato consentido seja a mais próxima.

O poliamorismo se caracteriza pela coexistência de duas ou mais relações afetivas que se implementam simultaneamente, mediante consentimentos expressos, ou tácitos, de todos os seus integrantes.

²⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de namoro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 03 set. 2008, p.2.

²⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.399.

Não se questiona a possibilidade fática de um ser humano alguém amar duas ou mais pessoas, ao mesmo tempo. Entrementes, a questão não é esta. O que se deve avaliar é como um fato desta natureza há de ser encarado pelo Direito à luz do princípio da imunidade da família.

Até agora, a construção legislada veda de maneira explícita este tipo de relacionamento, enquadrando-o na seara do concubinato, nos termos do artigo 1.727 do Código Civil de 2002. É dizer: as pessoas impedidas de casar, mas que se relacionam com outras, independentemente da anuência, ou não, de todos os ali envolvidos, incorrem em concubinato. E mais: a ordem jurídica qualifica como ato criminoso a formalização simultânea de mais de um matrimônio (bigamia).

Destarte, além de o concubinato configurar ilícito cível, a bigamia qualifica-se como tipo penal, circunstâncias que afastam a receptividade do poliamorismo pelos tribunais em quase todas as searas, restringindo-o ao campo doutrinário.

Esta dissertação ousa compreender a realidade posta de uma maneira mais emancipadora, em prol da autonomia privada, à luz dos princípios da primazia da realidade e da especial proteção a ser confiada às famílias, que merecem imunidade, tutela jurídica maximizada.

Com efeito, vozes jurisprudenciais começam a se manifestar de maneira favorável ao novel instituto, senão vejamos nestes cinco julgados selecionados:

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - PARTILHA DE PENSÃO ENTRE A VIÚVA E A CONCUBINA - COEXISTÊNCIA DE VINCULO CONJUGAL E A NÃO SEPARAÇÃO DE FATO DA ESPOSA – CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO. Circunstâncias especiais reconhecidas em Juízo. Possibilidade de geração de direitos e obrigações, máxime no plano da assistência social. Acórdão recorrido não deliberou à luz dos preceitos legais invocados . Recurso especial não conhecido (STJ - REsp 742.685-RJ - 5a Turma - Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca - Publ. em 05.09.2005).

PENSÃO - ESPOSA E CONCUBINA - DIVISÃO EQUANIME. Agiu bem a autoridade administrativa ao dividir a pensão vitalícia por morte de servidor que em vida manteve concomitantemente duas famílias, entre a esposa legítima e a concubina. Inexiste direito líquido e certo da esposa à exclusividade do recebimento da pensão, se provado está que a concubina vivia sob a dependência econômica do *de cuius*. Ato administrativo que se manifesta sem qualquer vício ou ilegalidade. Ordem denegada. (TJ-DF - MS 6648/96 - Acórdão

COAD 84999 - Rel. Dês. Pedro de Farias - Publ. Em 19.08.1998).

SERVIDOR PÚBLICO – FALECIMENTO - ESPOSA - CONCUBINA -PENSÃO - DIREITO. Comprovada a existência de concubinato, inclusive com reconhecimento de paternidade por escritura pública, devida é a pensão por morte à concubina, que passa a concorrer com a esposa legítima. (TRF - 1a Região - AP.Civ. 1997.01.00.057552-8/AM - Rel Juiz Lindoval Marques de Brito - publ. Em 31.05.1999).

APELAÇÃO CÍVEL - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL – UNIÃO DÚPLICE - POSSIBILIDADE - PARTILHA DE BENS - MEAÇÃO - TRIAÇÃO - ALIMENTOS. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de uniões. O mesmo se verifica em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável. (TJRS - ApCível n.º 70022775605/08 - Rel Dês. Rui Portanova, julgado em 07.08.2008).

APELAÇÃO - UNIÃO DÚPLICE - UNIÃO ESTÁVEL - POSSIBILIDADE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cujus* em período concomitante ao casamento de "papel". Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre esposa, a companheira e o *de cujus*. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de uniões (TJRS - ApCível 70019387455-07 - Rev. e Red. Dês. Rui Portanova, vencido o relator Dês. Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 24.05.2007).

É chegado o momento de superar a estigmatizada expressão concubinato consentido, substituindo-a pelo signo poliamorismo, muito mais adequado às relações sócioafetivas e na linha de uma percepção conjugada com a dignidade humana.

A técnica da ponderação dos princípios se apresenta exatamente neste momento, razão pela qual é plenamente possível, em uma peculiar questão jurídica, ponderar o princípio da monogamia em face do princípio da primazia da realidade para e, à luz da especial proteção, optar-se pela prevalência da verdade real, conferindo os mesmos Direitos de Família a todos os sujeitos envolvidos em uma relação jurídica caracterizada pelo poliamor.

Apesar deste entendimento, a fidelidade acadêmica impõe o registro no sentido de que o entendimento majoritário, na doutrina e na jurisprudência, exortam a monogamia, de maneira absoluta.

5.6 O PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE DA LEGÍTIMA

Entre os princípios jurídicos diretamente brotados do texto constitucional, mas que detém características próprias de ramos específicos do Direito Civil está a intangibilidade da legítima.

Basta se realizar uma análise sistemática do Ordenamento Jurídico Sucessório para reconhecer, com segurança, a explícita preocupação legislativa com a proteção de certos herdeiros, através de um mecanismo de indisponibilidade patrimonial aferido percentualmente.

A quota hereditária indisponível, insuscetível de testamento e que deve ser oferecida aos herdeiros necessários é chamada de legítima. Esta legítima será um dos princípios em torno do qual a construção legislada hereditária se construirá.

Atualmente, o estudo do princípio da intangibilidade da legítima é reforçado pela socialidade, particularmente pelo advento da função social da propriedade.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 prevê ilustrativamente dez Direitos Sociais, cuja função interpretativa, limitadora ou ainda dinamizadora (prospectiva) redimensiona o Direito Civil brasileiro, inclusive no nível sucessório a ponto de influenciar na questão da intangibilidade da legítima:

A idéia da sucessão por causa da morte não aflora unicamente no interesse privado: o Estado também tem o maior interesse de que um patrimônio não reste sem titular, o que lhe traria um ônus a mais. Para ele, ao resguardar o direito à sucessão (agora como princípio constitucional, art. 5º, XXX, da Carta de 1988), está também protegendo a família e ordenando sua própria economia. Se não tivesse direito à herança estaria preocupada a própria capacidade produtiva de cada indivíduo, que não tenha interesse em poupar e produzir, sabendo que sua família não seria alvo do esforço²⁶⁰.

²⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v. VIII. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.4.

Portanto, a intangibilidade da legítima concretiza uma particular função social da propriedade e será importante para uma melhor análise da conformação principiológica do Direito Convivencial e seus reflexos.

Diversas são as maneiras de relacionar a noção da função social com o Direito das Famílias. Esta dissertação optou pelo destaque ao caminho da garantia sucessória, como mecanismo de integração da sócioafetividade com o Direito de Propriedade, interagindo institutos aparentemente distantes.

Relembre-se que a legislação infraconstitucional já admite a sócioafeição como elemento apto a configurar arranjos familiares, inclusive entre pessoas do mesmo sexo. À título de exemplo, cite-se o artigo 5º, inciso II, da Lei Federal nº. 11.340/2006, popularmente conhecida como a Lei Maria da Penha, cujo texto contempla passagem que permite inferir como família a comunidade formada por afinidade, ou por vontade expressa, extraindo-se disto um indicativo da sócioafeição:

Artigo 5, II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem da orientação sexual.

O princípio da intangibilidade da legítima e a função social já são tratados doutrinariamente. Esclarecem Flávio Tartuce e José Fernando Simão que o chamado Direito das Sucessões “cuida da transmissão de bens realizada com o advento da morte de determinada pessoa”²⁶¹, sendo possível afirmar-se à luz da doutrina que existe uma garantia sucessória apta a atender dada função social.

Desde 1917, com o advento da Revolução Russa, que o Direito Mundial não é mais o mesmo. De efeito, a socialidade, ou melhor, a premissa segundo a qual os Direitos de primeira dimensão, ou geração, sofrem limitações dos Direitos Sociais, tornou-se cada vez mais presente.

A intangibilidade da legítima se encontra dentro destas ordens de idéias. Através dela, a propriedade é canalizada para específica finalidade social de interesse estatal.

Como afirma Silvio de Salvo Venosa em curiosa doutrina relacionada com o tema em destaque “até mesmo a revolução russa teve que voltar atrás, uma vez que

²⁶¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. V.6 4.ed. São Paulo: Método, 2007, p.20.

abolira o Direito Sucessório. A Constituição Soviética de 1936 acabou por restabelecer o Direito de Herança, sem restrições²⁶². Vê-se, destarte, que o Direito Sucessório está presente com a força social das propriedades hereditárias até mesmo em regimes comunistas. Nesta linha é o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves:

A extinta URSS, depois de abolir a herança, logo após a revolução de outubro (Dec. De 27-4-1918, artigo 1º) voltou atrás. Tal experiência demonstrou na prática, como assinala SILVIO RODRIGUES, “se não impossibilidade, ao menos a inconveniência da supressão do direito hereditário, pois, havendo abolido a sucessão *causa mortis* e assim suspenso a atuação do interesse pessoal, não conseguiu manter a proibição. Com efeito, de tal orientação resultaram tamanhas e tão funestas conseqüências para a economia nacional que o legislador russo teve de recuar de sua posição inicial, restabelecendo a possibilidade da transmissão de bens *causa mortis*. E de fato, na antiga União Soviética, o direito sucessório não encontrava barreiras maiores que nos países capitalistas²⁶³.”

Destes posicionamentos duas premissas podem ser extraídas. Em primeiro lugar, a função social é uma realidade jurídica inquestionável. Veio para ficar. Em segundo lugar, mesmo na origem desta visão (filosofia soviética) não se abriu mão de obter a socialidade com o Direito Sucessório ante a natural noção de intangibilidade da legítima.

Tudo isto leva a crer que a noção de uma intangibilidade da legítima é forte e há de ser erigida ao cume da disciplina jurídica hereditária, inclusive para as famílias não matrimonializadas, ante a nova concepção paradigmática que se apresentou, casada com a conformação principiológica do Direito Convencional.

Mesmo a extinta Rússia, no apogeu do regime comunista, não foi capaz de obstruir os efeitos do Direito Sucessório o que, de certo modo, representa uma submissão desta teoria à realidade da propriedade particular.

Evidente, destarte, que o Direito Sucessório atende a uma função social e detém status jurídico constitucional, daí sua indiscutível relevância no bojo da conformação

²⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v. VIII. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.4.

²⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. VII. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.10.

principiológica que ora se constrói, sem se perder de mira os valores da família e da propriedade.

Inegável o grande avanço do Direito Sucessório nos últimos anos no que concerne à preocupação com os conviventes dando azo a disciplina específica no Código Civil de 2002.

Nada obstante o Código não “acertou quanto a localização topológica da matéria”²⁶⁴, como pontua Flávio Tartuce²⁶⁵ em dura crítica: “Ora, essa péssima localização, na visão de boa parte da doutrina, reflete a má vontade com que se tratou da sucessão do companheiro”²⁶⁶.

Dentro de todo este contexto de acertos e possíveis equívocos, uma vez conformada a principiologia do Direito Convivencial, no campo hereditário, partindo-se do princípio da intangibilidade da legítima, é hora de verificar os reflexos patrimoniais decorrentes desta conformação, no escopo de se concretizar as garantias constitucionais perseguidas aqui.

5.6.1 O artigo 5º, inciso XXX, da Constituição de 1988.

O Direito Sucessório está intimamente relacionado com o Direito de Propriedade, idéia basilar em torno da qual é construído, tendo surgido simultaneamente com a substituição do modelo social da propriedade coletiva pela privada:

A noção de propriedade individual foi fator de agregação da família. Quando se corporifica a família, nasce a propriedade privada. Com a família e a propriedade surge o direito sucessório como fator de continuidade do corpo familiar (com cunho exclusivamente religioso, a princípio), como vimos. Desse modo, a ligação do direito das sucessões com o direito de família e o direito das coisas é muito estreita. Como a transmissão da herança envolve ativo e passivo, direitos e obrigações, não se prescinde no campo ora estudado do

²⁶⁴ O atual dispositivo do artigo 1.790 sequer constava no Projeto 634/1975. Foi introduzido pelo então Senador Nelson Carneiro em 1997.

²⁶⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. V.6 4.ed. São Paulo: Método, 2007, p.216.

²⁶⁶ *Ibidem, loc.cit.*

direito das obrigações e muito menos da parte geral do Código Civil. Essa é a razão pela qual o direito das sucessões é colocado como a última parte do Código e, também, didaticamente, é o último de estudo nas escolas de Direito²⁶⁷.

Particularmente, a esta nova família instrumentalizada e funcional foi conferida uma relevante garantia constitucional, qual seja a da herança. O direito hereditário assim restou assegurado no artigo 5º, incisos XXX e XXXI, da Constituição Federal de 1988²⁶⁸.

Trata-se de relevante aspecto patrimonial que constitui reflexo direto das relações familiares, inclusive convivenciais, convergindo para a conformação principiológica que se pretende realizar nesta dissertação.

O fundamento constitucional da transmissão econômica da propriedade foi erigido à qualidade de cláusula pétrea, insuscetível de modificação pelo Constituinte Derivado, a merecer ainda uma eficácia típica às que se devem conferir na disciplina dos Direitos Fundamentais.

A este respeito, comenta Carlos Roberto Gonçalves ser indubitável o interesse social em conservar a herança como desdobramento do Direito de Propriedade permitindo a transmissão de bens a fim de se estimular a circulação de riquezas²⁶⁹.

Eis a justificativa de se erigir, ao nível constitucional, do Direito Sucessório, forte na idéia de uma função social que também se persegue, o que representa uma superposição de dois princípios jurídicos que necessitam de conformação: o Princípio da Garantia Sucessória e o Princípio da Função Social.

²⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v. VIII. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.5-6.

²⁶⁸ Eis o teor do texto constitucional: É garantido o direito de herança. A sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.

²⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. VII. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.10: “É indubitável o interesse da sociedade em conservar o direito hereditário como um corolário do direito da propriedade. Deve o Poder Público assegurar ao indivíduo a possibilidade de transmitir seus bens a seus sucessores, pois, assim fazendo, estimula-o a produzir cada vez mais, o que coincide com o interesse da sociedade. A Constituição Federal de 1988, por isso, no art. 5, XXII e XXX, garante o direito de propriedade e o direito de herança”.

Como se sabe, a Constituição Federal deve ser efetivada e uma entre as tantas técnicas de se obter esta força normativa se opera pela via da máxima efetividade dos princípios constitucionais.

5.6.2 A máxima efetividade: proteção da legítima no direito convivencial. Breves considerações

Ante o recorte acadêmico que a dissertação merece receber, não será possível um aprofundamento desejado à verdadeira noção da máxima efetividade constitucional, sob pena de fugir-se do foco central que são os reflexos patrimoniais na conformação principiológica das famílias não matrimonializadas.

Por conta disto, serão feitas apenas breves considerações em derredor da máxima efetividade para se entender, dentro dos limites dissertativos, como esta seria útil à proteção que se pretende conferir à legítima no Direito Convivencial.

Entre as diversas contribuições que o neoconstitucionalismo trouxe ao Direito Contemporâneo, como visto, a redescoberta dos princípios detém lugar de destaque. Trata-se de nova perspectiva jurídica decorrente da mudança na ideologia do jurista que não mais se contactava com o positivismo neutro.

Mas, não seria bastante para as exigências de hoje aplicar-se tais princípios senão com um máximo de concretude, fruto desta mesma mudança de concepção ideológica segundo a qual a efetividade constitucional dever ser alcançada através da maximização dos efeitos principiológicos, mecanismo jurídico ímpar e de grande valia ao aplicador do direito. Neste sentido, Manoel Jorge e Silva Neto²⁷⁰:

Nesse passo, o único modo a colher os valores incluídos no sistema do direito positivo é o recurso à ideologia, porque voltada à valoração do conteúdo axiológico inserido no ordenamento jurídico. Explicando melhor: mediante a ideologia, o aplicador e o operador do direito selecionam os valores que já se encontram na ordenação.

Este princípio também é denominado de eficiência, ou princípio de interpretação efetiva, num viés utilitarista típico à operabilidade que tanto se busca nos diversos ramos do direitos, dentre os quais, o direito civil.

²⁷⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: LTR, 1999, p.35.

Ao que parece, o princípio da máxima efetividade se apresenta como uma forma de extrair efeitos concretos das diretrizes constitucionais, particularmente dos princípios fundamentais e até mesmo das normas programáticas.

Para José Joaquim Gomes Canotilho há de se atribuir à norma constitucional deve-se atribuir um sentido de maior eficácia de modo a se admitir a existência de um princípio operativo em relação a todas e qualquer outras normas, particularmente no âmbito dos Direitos Fundamentais.²⁷¹

Antônio Henrique Lindemberg Baltazar²⁷² sustenta que “o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores de lei maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o seu conteúdo”, sendo digno de nota a referência a Manoel Jorge, no particular, para quem o princípio da máxima efetividade materializaria a escolha de uma solução apta a conferir uma operatividade máxima ao regramento constitucional.²⁷³

O Poder Constituinte Originário desejou, explicitamente, obter a melhor eficácia possível sobre as normas definidoras dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo pedagógico a este respeito, deixando o intérprete à vontade para maximizar tais direitos.

Em outras palavras, pode-se afirmar que o melhor local para aplicação deste princípio seria no campo dos Direitos e Garantias Fundamentais, ante o mandamento constitucional explícito do § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nada obstante também é razoavelmente possível se estender tal diretriz hermenêutica a todo o texto da Constituição Federal de 1988.

²⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1224, assim sustentado: “Esse princípio, também denominado princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.

²⁷² BALTAZAR, Antônio Henrique Lindemberg. **Princípios de Interpretação Constitucional**. Disponível em: <www.editoraferreira.com.br>. Acesso em: 07 set. 2008, p.3.

²⁷³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: LTR, 1999, p.71.

Sendo o Direito Sucessório garantia constitucional explícita; compreendendo-se a família como base da sociedade, como também assim afirma o direito constitucional brasileiro, dúvidas não há acerca da imprescindibilidade do diálogo destes institutos com o princípio constitucional da máxima efetividade. Isto é o que arremata Manoel Jorge²⁷⁴:

Sendo assim, qualquer postura do aplicador que não tome por ponto de partida a concretização de garantia fundamental representa, sem dúvida, não apenas um erro crasso para desnudar o conteúdo do preceito constitucional; é um atentado mesmo contra a própria razão ontológica do ente estatal, ente que – diga-se de passagem –, no específico caso do Brasil tem os fundamentos atrelados à consecução da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, II, III, IV), dentre outros elevadíssimos propósitos não à toa guindados ao *status* de finalidades substanciais do Estado brasileiro.

Força é de convir que a efetividade dos Direitos Fundamentais passará pelo princípio da máxima efetividade, podendo-se agora concluir pela necessidade de concretizar a conformação principiológica ora proposta.

5.6.3 A necessidade de concretizar o princípio da intangibilidade da legítima

102,9 milhões de brasileiros se submetem ao Direito Convivencial, isto porque, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE existem: 57,9 milhões de brasileiros solteiros, 33,8 milhões vivendo em união²⁷⁵, 5,6 milhões de viúvos, 2,4 milhões de pessoas separadas, 1,4 milhões de divorciados e 1,8 milhões de brasileiros que se disseram desquitados²⁷⁶.

A necessidade de se concretizar o princípio da intangibilidade da legítima em proel dos arranjos não matrimonializados é ostensiva.

A concretização dos princípios do Direito Convivencial à luz da conformação que ora se realiza tem como destinatário final estas pessoas que se encontram passíveis de lesões às respectivas esferas jurídicas em face de inadequadas compreensões jurídicas das famílias não matrimonializadas.

²⁷⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: LTR, 1999, p.35.

²⁷⁵ Nesta pesquisa não se qualificou o que seria “união” de modo que não se aferiu efetivamente se seriam uniões estáveis, concubinatos, união homoafetiva, *et cetera*.

²⁷⁶ Dados do IBGE, 2000. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 03 dez. 2008

11,2 milhões de pessoas, à vista dos dados estatísticos acima, submetem-se à família monoparental, tendo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE Registrado em 2007 que entre os arranjos familiares nos quais a mulher é a pessoa de referência, 52,9% eram do tipo monoparental (sem a presença de um dos cônjuges).

Já os arranjos familiares com homens na chefia sem a presença de cônjuge e com filhos corresponderiam a 3,3%²⁷⁷.

Apesar disto, quase nada é redigido ou produzido em proveito destas minorias. O recurso à principiologia e à máxima efetividade decorrem desta situação.

Em contagem de população realizada também pelo IBGE sobre 5.435 municípios, no ano de 2007, foram investigados, pela primeira vez, os cônjuges de mesmo sexo nos domicílios sendo que 0,02% dos homens e 0,01% das mulheres nos municípios contados encontravam-se nesta situação, o correspondente a um total de 17 mil casais.

Inegável, portanto, a relevância social deste estudo acadêmico.

Nada adiantaria, nesta ordem de idéias, o esforço em se apresentar uma conformação principiológica ao Direito Convivencial se não fosse possível dar concretude, máxima efetividade, às relações sucessórias e familiares de todos aqueles que vivem em arranjos afetivos não matrimonializados.

O princípio da máxima efetividade, portanto, é o viés utilitarista que funciona como uma liga entre o direito convivencial e os Direitos e Garantias Fundamentais.

Nas próximas linhas, posta a necessidade de conformação principiológica, buscar-se-á concretizar tanto no âmbito do regime de bens (direito convivencial *inter vivos*), quanto em sede sucessória (direito convivencial *mortis causae*) os diversos aspectos concretizadores dos novos princípios do direito convivencial.

6 A CONFORMAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO CONVIVENCIAL E SEUS REFLEXOS PATRIMONIAIS

²⁷⁷ Dados do IBGE, 2000. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 03 dez. 2008.

É chegada a hora de convergir para o ponto central do presente trabalho. Ao longo de todo o texto o que se buscou foi o construir de um lastro acadêmico que permitisse o avanço sobre a análise dos reflexos patrimoniais decorrentes da conformação principiológica que se pretende implementar, lembrando-se a consideração de Maria Berenice Dias para quem:

Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico. Após a Constituição Federal, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família²⁷⁸.

No escopo de concretizar as garantias constitucionais no Direito Convivencial, passa-se ao exame dos elementos econômicos, divididos em dois grandes grupos: (i) os decorrentes das relações familiares não matrimonializadas entre vivos (regime de bens); (ii) e os decorrentes do direito sucessório, vale dizer, do evento morte no núcleo de uma família convivencial.

Advirta-se, desde já, que o recorte epistemológico que se conferiu ao presente trabalho não contempla o estudo da denominada família anaparental que, para Sérgio Resende de Barros:

São as famílias que não mais contam os pais, as quais por isso eu chamo famílias anaparentais, designação bastante apropriada, pois “ana” é prefixo de origem grega indicativo de “falta”, “privação”, como em “anarquia”, termo que significa falta de governo.²⁷⁹

Também não será objeto desta dissertação o contrato de namoro que seria, para Pablo Stolze Gagliano²⁸⁰ um negócio jurídico celebrado por duas pessoas através de escrito com o objetivo de afastar eventual união estável, sendo também este o posicionamento crítico de Maria Berenice Dias a respeito do assunto:

Desde a regulamentação da união estável, levianas afirmativas de que simples namoro ou relacionamento fugaz

²⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.8.

²⁷⁹ BARROS, Sérgio Rezende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Disponível em: <www.srbarros.com.br>. Acesso em: 31 out. 2008, p.2.

²⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O Contrato de Namoro**. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 03 set. 2008, p.1: “Negócio jurídico celebrado por duas pessoas que mantém relacionamento amoroso – namoro, em linguagem comum – e que pretendem, por meio de assinatura de um documento, a ser arquivado em cartório, afastar os efeitos da união estável”.

podem gerar obrigações de ordem patrimonial difundiram certo pânico. Diante da situação de insegurança, começou a ser descartada a necessidade de o casal de namorados firmar contrato para assegurar a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro. No entanto, esse tipo de avença, com o intuito de prevenir responsabilidades, não dispõe de nenhum valor, a não ser o de monetarizar a singela relação afetiva²⁸¹.

Após tais registros, passa-se ao exame da concretização das garantias patrimoniais da sociedade convivencial.

6.1 A CONCRETIZAÇÃO DAS GARANTIAS PATRIMONIAIS DA SOCIEDADE CONVIVENCIAL

Concretizar as garantias patrimoniais da sociedade convivencial é conjugar a um só tempo o princípio da função social da propriedade, o princípio da especial proteção da família e o princípio da máxima efetividade, na busca da força normativa da constituição, sem ignorar a realidade político-social vivida, como já afirmou Konrad Hesse:

Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se substancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas²⁸².

Neste terreno complexo, sentimentos e patrimônio se misturam sobremaneira de modo até conflituoso, para não se dizer explosivo. O desafio não pode ser ignorado, pois é fruto de uma diretriz constitucional.

²⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.171.

²⁸² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.19.

Ao se optar pela conformação principiológica sugerindo-se princípios até então não imaginados para o Direito Convivencial, abre-se a oportunidade, ainda, para a utilização da técnica da ponderação, que pode ser extremamente útil à solução de vários problemas enfrentados hoje pela jurisprudência.

Exemplifique-se com a possibilidade de se ponderar o princípio da monogamia com o da primazia da realidade para, em um determinado caso concreto, permitir-se o enfrentamento de um concubinato consentido.

Ns palavras de Luís Roberto Barroso a respeito deste raciocínio em derredor da técnica da ponderação, o sistema jurídico é dialético, razão pela qual não seria apenas possível como lógico tal procedimento²⁸³.

Se a propriedade é função social, deve a mesma atender à dignidade dos arranjos familiares de maneira especial, sendo utilizada na tutela da família, para que a promessa constitucional de efetividade não seja frustrada. Mas, não se ignore que estes direitos privados possuem uma dimensão tríplice do ser, porquanto emanam direitos da personalidade, do ter, ante os efeitos patrimoniais que encetam e, finalmente, do agir, quando dão azo a obrigações, contratos, declarações de vontade *et cetera*, aspecto que, nem por isso, afastará a necessidade de coerência destes com o interesse público.

Este é o pensamento de Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, com o qual esta dissertação se coaduna:

Direito dos particulares, do que é, pois, de interesse particular na tríplice dimensão do ser (direitos da personalidade, direito pessoal de família) do ter (direito da propriedade) e do agir (direito das obrigações, dos contratos e da empresa), mas que

²⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.31. “A colisão de princípios, portanto, não é só possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação”.

nem por isso se contrapõe ao que é interesse público pois direito dos particulares que vivem na ordem civil²⁸⁴.

A possibilidade de se realizar o Direito concretizando as garantias patrimoniais em prol das famílias convivenciais é meta a ser implementada, afinal de contas é da essência do Direito a sua realizabilidade, sendo digno de nota a metáfora utilizada por Miguel Reale a respeito desta tarefa:

Ou seja, toda vez que tivermos de examinar uma norma jurídica, e havia divergência de caráter teórico sobre a natureza dessa norma ou sobre a convivência de ser enunciada de uma forma ou de outra, pensamos no ensinamento de Jhering, que diz que é da essência do Direito a sua realizabilidade: o direito é feito para ser executado; Direito que não se executa, já dizia Jhering na sua imaginação criadora – é como chama que não aquece, luz que não ilumina. O Direito é feito para ser realizado, é para ser operado²⁸⁵.

Inicia-se o estudo do tema pelo efeito patrimonial, decorrente do simples início do laço convivencial: o efeito patrimonial *inter vivos* no seio da convivencial (regime de bens).

6.1.1 Efeito patrimonial *inter vivos* da convivência: regime de bens

Falar sobre o efeito patrimonial *inter vivos* das relações familiares convivenciais é, simplesmente, abordar o tema regime de bens que, neste viés, tem oferecido dinâmica produção jurisprudencial.

À propósito, o noticiário eletrônico do Superior Tribunal de Justiça do dia 21 de novembro de 2008²⁸⁶ apresentou importante julgado no qual reconhece o direito

²⁸⁴ MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.132.

²⁸⁵ REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.8.

²⁸⁶ Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 21 nov. 2008: “Assim restou redigida a notícia, que circulou no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça: “21/11/2008 DECISÃO. Ex-companheiro tem direito à metade dos bens adquiridos em união estável, mesmo sem contribuir financeiramente. A divisão dos bens adquiridos por casal durante união estável também deve levar em conta a contribuição indireta (não material) de cada companheiro, não apenas as provas de contribuição direta com recursos financeiros.

patrimonial do ex-companheiro à metade dos bens adquiridos em união estável mesmo sem que houvesse a contribuição financeira direta, questão jurídica cuja polêmica permeou o cenário jurídico brasileiro.

Nesta recente decisão do Superior Tribunal de Justiça se entendeu que “somente com apoio, conforto moral e solidariedade de ambos os companheiros, forma-se uma família”²⁸⁷, razão pela qual:

[...] se a participação de um dos companheiros se resume a auxílio imaterial (não financeiro), esse fato não pode ser ignorado pelo Direito. [...] esse entendimento já foi reconhecido em inúmeros julgados do STJ. “A comunicabilidade de bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, que merecem interpretação restritiva.”²⁸⁸.

Segundo a Ministra Nancy Andrighi, as Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, até mesmo para os efeitos da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união²⁸⁹.

Antes disto, contudo, o Conselho da Justiça Federal já havia lavrado o Enunciado de nº 115, da I Jornada em Direito Civil, segundo o qual há presunção relativa de comunhão dos aquestos na constância da união extraconjugal sendo desnecessária a prova do esforço comum, aspecto que fortalece o estudo do tema em sede de Direito Convivencial. Eis o teor do aludido enunciado: “Há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens”.

Como se verifica, a relação convivencial gera um sem número de efeitos jurídicos. Pode-se dizer, exemplificando-se, que efeitos pessoais surgem pela simples

O entendimento é da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Com a decisão, por maioria de votos, um casal que conviveu 13 anos em união estável terá de dividir a casa construída durante o relacionamento. A Turma acolheu parte do recurso interposto pelo ex-companheiro, que pediu ao STJ o reconhecimento do direito à partilha dos bens adquiridos durante a constância da união – um terreno e a casa construída no local. O terreno onde está a casa permanece em posse apenas da mulher, pois ficou comprovado que ela adquiriu o bem por meio de doação feita por seu pai, o que a desobriga, legalmente, de incluir o terreno no rol de bens a serem divididos pelo casal. A residência erguida no local será dividida”.

²⁸⁷ Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 21 nov. 2008.

²⁸⁸ Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 21 nov. 2008.

²⁸⁹ A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal estabelece: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

constituição do laço convivencial, tais como: fidelidade, companheirismo, assistência mútua, obrigação alimentar, respeito, mudança de domicílio *et cetera*. José Afonso da Silva reconhece este processo de mudança no seio dos arranjos familiares, sem perder de mira a visão crítica da sociedade de consumo que, muitas vezes, desumaniza o homem:

descobrir e acessar os próprios desejos, numa sociedade que transforma o indivíduo em consumidor e o cidadão em mercadoria, significa assumir [...] os sonhos e os projetos de vida. Significa, também, ser capaz de re-significar a relação familiar e as questões de gênero que aparecem na vida cotidiana familiar, e isso constitui, na atualidade, a via régia de acesso a novas possibilidades de homem e mulher²⁹⁰.

Interessa aqui pontuar, contudo, um outro efeito do direito convivencial ante o recorte epistemológico desta dissertação, qual seja o efeito econômico. Para aferir o efeito patrimonial é mister, antes, compreender o conceito do regime de bens, identificando a finalidade do instituto e as suas várias espécies, ainda que de modo sintético.

6.1.2 Conceito e espécie de regime de bens no direito convivencial

O regime de bens é o estatuto jurídico patrimonial de uma sociedade familiar. Está presente em qualquer tipo de relação jurídica de família na qual patrimônios sejam construídos conjunta ou isoladamente.

O objetivo do regime de bens, acaso possível fosse reduzi-lo a uma sintética frase, seria: aferir a comunicabilidade. Estuda-se o regime de bens para saber se uma determinada propriedade se comunica ou não entre sujeitos de direito, no caso, companheiros.

Assim como no casamento, a relação convivencial gera efeitos pessoais (mudança no estado civil e no domicílio, dever de fidelidade, respeito, assistência) e também econômicos.

A questão se agrava pela informalidade que norteia a maior parte das relações de convivência, aumento a dificuldade de prova jurídica a este respeito. O Código Civil de 2002 consigna que a regra geral das relações convivenciais não

²⁹⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.23.

matrimonializadas, inclusive para a hipótese de omissão, é o regime da comunhão parcial de bens²⁹¹. Neste sentido Flávio Tartuce:

Conforme já exposto em nosso livro referente ao Direito de Família, o regime de bens imposto à união estável, na ausência de contrato escrito entre os companheiros, é o da comunhão parcial (art. 1.725 do CC). Em razão das regras desse regime, particularmente aquelas constantes dos arts. 1.559 e 1.660, pode-se concluir que com relação aos bens adquiridos a título oneroso, no curso da união estável, os companheiros terão direito a sua meação (art. 1.660, I, do CC)

²⁹²

Desta forma, os conviventes podem firmar contrato escrito não solene por meio do qual disciplinariam o estatuto jurídico patrimonial no curso da relação de família. Acaso assim não procedam a consequência será a aplicabilidade imediata e supletiva da legislação cível, impondo o regime da comunhão parcial.

As espécies de regimes de bens no Direito Convivencial serão as mesmas do casamento, fazendo-se mister aplicar o Título II, do Livro IV, do Código Civil brasileiro de maneira subsidiária aos arranjos não matrimonializados, como mecanismo de se concretizar a conformação principiológica construída nesta dissertação.

Perguntar-se-ia então: por quê converter a união estável em casamento diante deste aspecto, considerando que a questão estaria solucionada com a utilização desta analogia?

Para esta dissertação se faz mister observar o princípio da facilitação justamente porque as uniões convivenciais são, de regra, informais. Assim, há insegurança jurídica e séria dificuldade, na prática, do reconhecimento destes direitos subjetivos ante o próprio desafio de se provar a simples relação de convívio.

Este fato justificaria o respeito ao aludido princípio constitucional de modo que, sempre quando possível, proceder-se-á à conversão da união estável em casamento, evitando o aumento dos conflitos sociais, bem como dúvidas em derredor de qualquer reflexo patrimonial.

²⁹¹ Eis o teor do artigo 1.725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

²⁹² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. V.6 4.ed. São Paulo: Método, 2007, p.219.

Sem dúvida a conversão ao casamento oportuniza a confecção de uma certidão específica constando o tipo do regime de bens a ser entregue aos cônjuges, antigos companheiros, minimizando futuros problemas jurídicos a este respeito.

Destarte, as disposições gerais do Direito Patrimonial de Família Matrimonial devem ser aplicadas de maneira supletiva e naquilo que couber ao Direito Convivencial.

Sob tal aspecto interessante sustentar no juízo desta dissertação que o pacto antenupcial sofrerá, no campo da convivência a desnecessidade de se constituir mediante escrito solene, ante a natural informalidade e simplicidade destes arranjos²⁹³.

Como se sabe, não ocorrendo o casamento restam ineficazes, como prevê o artigo 1.653 do Código Civil²⁹⁴, as cláusulas convencionadas nestes contratos antenupciais, o que também há de acontecer com a união estável não realizada após a lavratura de escrito particular assim denominado.

Contudo, nenhum óbice haverá para que se admita o regime de comunhão universal, a participação final nos aquestos ou mesmo a separação de bens para toda e qualquer relação convivencial.

6.1.3 Reflexos no regime de bens à vista da conformação principiológica

A leitura das várias espécies de regime de bens aplicáveis ao Direito Convivencial haverá de ser feita pela via do § 5º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988 de modo a se reconhecer que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O Código Civil de 2002, em fiel compromisso com a nova ordem constitucional, seguiu a diretriz constitucional, aspecto que se deve estender a todas as relações de famílias também no âmbito infra-constitucional. A igualdade se qualifica como

²⁹³ No silêncio das partes a regra é do regime de comunhão parcial de bens. Mas, a manifestação de vontade, que ocorre através do pacto antenupcial (pactos dotais ou convenções matrimoniais) permitirá a eleição de qualquer outro tipo de regime. O pacto antenupcial é o contrato solene realizado antes do casamento no qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas durante o matrimônio. São solenes e condicionais, ante a exigência da escritura pública.

²⁹⁴ Código Civil de 2002: "Artigo 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento."

princípio constitucional que merece obter máxima efetividade dos operadores do Direito.

É visível hoje que o regime de bens não é apenas o estatuto regulador exclusivo dos interesses patrimoniais dos cônjuges durante o matrimônio, mas também dos conviventes²⁹⁵. O princípio da igualdade também se apresentará entre tais famílias.

O Código Civil de 1916 admitia quatro formas distintas de regime: comunhão universal, comunhão parcial, separação e o regime dotal. Os consortes eram livres para a escolha de qualquer um dos regimes, reservando-se à autonomia privada a possibilidade de disciplina das relações patrimoniais no casamento, única família reconhecida. Em conformidade com as Ordenações do Reino, rezava que, no silêncio das partes, vigia o regime da comunhão universal o que foi modificado no artigo 1.640 do Código Civil de 2002, segundo o qual na falta, nulidade ou ineficácia da convenção, vigorará o regime da comunhão parcial²⁹⁶.

Aplicando-se, por analogia, o regramento legislativo em destaque poderia se afirmar, também, que diante da nulidade do contrato escrito a que alude o artigo 1.725 do mesmo Código Civil, vigorará o regime da comunhão parcial para os conviventes.

Hoje²⁹⁷, o regime de bens se inicia a partir da data da celebração do casamento, critério muito mais objetivo e seguro para o Direito, previsto no § 1º, do artigo 1.639, do Código Civil de 2002²⁹⁸.

Sem dúvida que, diante da omissão legislativa no que concerne às relações não matrimonializadas, o regime de bens destas famílias também se iniciará do registro do contrato no cartório cível competente ou ainda do dia fixado na declaração

²⁹⁵ O Código Civil de 2002 cuida dos efeitos jurídicos do casamento em capítulo próprio, destinado à sua eficácia. Inicia-se trazendo a regra antes destinada somente à esposa: pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (art. 1.565) e finaliza: o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (§ 2º, artigo 1.565).

²⁹⁶ Artigo 1.640: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

²⁹⁷ Na origem do Direito Legislado pátrio, o regime de bens começava a vigorar no momento em que se operava a chamada consumação do casamento (Decreto nº 181/1890, influenciado pelo Direito Canônico), aspecto que subjugaria a mulher, coisificando-a, a par da notável insegurança jurídica, porquanto não se tinha um momento específico para identificar-se tal momento na vida íntima do casal.

²⁹⁸ Eis a redação do texto de lei: “o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento”.

judicial que certifique (reconheça) a existência daquele núcleo (decisão judicial declaratória com efeito retroativo/*ex tunc*).

Ainda sob a égide do Direito Civil anterior, o regime de bens era inalterável e irrevogável, baseando-se a determinação legal em duas premissas: a) defesa de interesses de terceiros; b) o propósito de evitar que a influência exercida por um cônjuge sobre o outro possa extorquir a anuência deste, com lesão ao seu interesse e indevido benefício ao seu consorte.

Alguns Códigos Civis alienígenas, como o da Alemanha (artigo 1.432) e o da Suíça (artigo 180) adotavam, como adotam, a tese da mutabilidade do regime, possibilidade esta também admitida por Orlando Gomes em seu Projeto ao Código Civil²⁹⁹. De qualquer maneira, o Código Civil de 2002 prevê a explícita possibilidade de alteração do regime de bens mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros, nos termos do artigo 1.639³⁰⁰.

Evidentemente que tal preceito se aplicará, no que couber, às famílias não matrimonializadas de modo que poderão estas modificarem supervenientemente o regime de bens originariamente contratado, sendo digno de nota o Enunciado 113 da I Jornada em Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, para quem tal modificação deve ser objeto de autorização judicial com ampla publicidade. Eis o conteúdo do referido Enunciado:

É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

Em sede doutrinária, também na Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal fora editado o Enunciado 262, para admitir até mesmo a alteração do regime obrigatório desde que cessada a causa que havia justificado a imposição do mesmo,

²⁹⁹ GOMES, Orlando. Código Civil: Projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

³⁰⁰ Código Civil de 2002: “Artigo 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

aspecto que evidencia a mudança paradigmática do instituto: “A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs”.

Na busca pela análise destes reflexos patrimoniais, numa conformação principiológica que se persegue, mister lembrar ainda a advertência do artigo 1.513 do Código Civil, segundo o qual é defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

De fato, o princípio da imunidade da família regular deve impedir a interferência do Poder Público sobre o projeto de vida das entidades familiares, merecendo-se considerar o referido preceito à luz desta nova conformação principiológica.

Também no capítulo destinado à eficácia do casamento o atual Código Civil melhora o texto cuidando diretamente dos direitos e deveres entre o marido e a mulher, como adição do patronímico, fixação do domicílio, direção da sociedade conjugal, *et cetera*, que vinham especificados antes de forma separada.

Nesta migração para o Direito Constitucional, o Código Civil de 2002 exorta a paridade que constitui a grande mudança no tratamento do tema, tanto que o artigo 1.511 daquele diploma é enfático: o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Numa técnica de interpretação inclusiva, constitucional e emancipadora há de se estender a paridade à todas as relações familiares, inclusive a convivencial, facilitando sua conversibilidade em casamento, sem perder de mira a primazia da realidade.

Portanto, a legislação cível faculta aos nubentes a estipulação do regime de bens que melhor lhes aprouver, sendo possível até mesmo a combinação de regras dos vários regimes (regime misto). A liberdade, contudo, não é ilimitada, sendo nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta da lei, na forma do artigo 1.655, do Código Civil de 2002³⁰¹, aplicável ao Direito Convivencial. Portanto, o artigo 1.725 do Código Civil, que autoriza o convivente a estipular mediante contrato escrito qualquer regime de bem sofre a limitação sistemática do referido

³⁰¹ Código Civil de 2002. “Artigo. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.”

preceito, isto porque a supremacia do interesse público não poderia tolerar uma autonomia privada desmedida.

A liberdade de contratar regime jurídico próprio, também limitada pelo artigo 1.641 do Código Civil de 2002³⁰², que disciplinou o regime legal da separação obrigatória nos casos ali indicados, há de se estender aos conviventes, justamente em decorrência da conformação principiológica que se realiza, evitando quebra ao princípio da isonomia.

Objetiva-se, com isto, estender o preceito normativo proibitivo do aproveitamento de um interesse material escuso como fator a mover o consorte, eliminando esta espécie de incentivo para as pessoas que contraírem matrimônio ou uniões estáveis quando maiores de sessenta anos e para todos que dependerem, para se casar, de suprimimento judicial.

Portanto, a conformação principiológica recomenda o uso da técnica de interpretação extensiva colimando proteger as famílias não matrimonializadas também em face destas circunstâncias.

O novo código deixa de impor ao menor em idade núbil (entre 16 e 18 anos) o regime da separação obrigatória de bens e ainda permite expressamente a celebração de pacto antenupcial destes, condicionado à aprovação do representante legal, nos termos do artigo 1.654³⁰³, circunstância que pode ser aplicada por analogia à união estável à luz da primazia da realidade.

Para o Código Civil faltante aos núbios maturidade física e mental, surge o impedimento passível de regularização pela autoridade do representante legal, ou mesmo no escopo de evitar a imposição de pena criminal, matéria última esta de constitucionalidade duvidosa³⁰⁴.

³⁰² Código Civil de 2002: “Artigo 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de sessenta anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.”

³⁰³ “Código Civil de 2002: Artigo 1.654. A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens.”

³⁰⁴ Curiosa a perspectiva da Sumula 377 do Supremo Tribunal Federal que, mitigando a legislação escrita, tolera em certos casos a comunhão dos aquestros no regime legal da separação, mesmo diante da opção legislativa expressa do regime da separação, que se caracteriza justamente pela incomunicabilidade dos bens adquiridos. Para o Supremo Tribunal Federal, embora declarem os nubentes no pacto dotal escolherem o regime da separação, devem os mesmos sofrer, em certos

Disto, baseando-se na idéia da sociedade de fato e da vedação ao locupletamento ilícito, surgiram as súmulas 377 e 380 do Supremo Tribunal Federal, para as quais no regime de separação legal de bens se comunicam os adquiridos na constância do casamento, tem-se como visível a conformação principiológica que se construiu intuitivamente no Supremo Tribunal Federal, porquanto a idéia que nutre a edição de tais verbetes relaciona-se diretamente com a primazia da realidade.

Importante registrar que o regime dotal não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro, mas é aquele que um determinado conjunto de bens denominado dote é transferido ao marido para que utiliza os frutos e rendimentos produzidos sobre os encargos da vida conjugal. Trata-se de patrimônio incomunicável que retorna à mulher no ensejo da dissolução da sociedade.

Portanto, não se poderá aplicar o regime dotal às uniões não matrimonializadas tendo em vista que o mesmo foi retirado da Ordem Jurídica.

Registre-se ainda o surgimento de um novo regime de bens denominado de participação final nos aquestos introduzido pelo Código Civil de 2002³⁰⁵. Trata-se de

casos, os efeitos do regime da comunhão parcial se não reiterarem que os bens adquiridos também não se comunicam. Vale dizer: na escolha do regime de separação absoluta se faz mister duas declarações: que os nubentes escolhem o regime da separação de bens e que os bens aquestos também não se comunicam.

³⁰⁵ A participação final nos aquestos reclama pacto antenupcial, assim como ocorre na comunhão universal e separação convencional de bens. Representa regime híbrido: prevê a separação de bens na constância do casamento, preservando cada consorte seu patrimônio pessoal, com a livre administração, embora só se possa vender os imóveis com a autorização do outro, ou mediante expressa convenção no pacto, a dispensar tal anuência (artigos 1.672, 1.673 e 1.656). Na participação final dos aquestos, somente com a dissolução da sociedade conjugal é que fica estabelecido o direito à metade dos bens adquiridos a título oneroso pelo casal na constância do casamento (artigo 1.672). Justamente por isto o Código Civil de 2002 estabelece critérios para a identificação e apuração do patrimônio a ser objeto de participação recíproca (artigo 1.673). Pode-se dizer que o Código indica a forma na qual se dará a operação contábil para o cálculo da participação de um sobre os aquestos em nome do outros, estabelecendo as regras de liquidação do acervo. Resumidamente: apuram-se os bens anteriores ao casamento, os sub-rogados a eles, os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade e as dívidas relativas aos bens. Estes são excluídos da apuração dos aquestos (artigo 1.674). Por outro lado, incluem-se nos aquestos os valores das doações feitas por um dos consortes sem autorização do outro, facultada, inclusive, a reivindicação desses bens (artigo 1.675) e eventuais alienações feitas em detrimento da meação. Quando da dissolução, verifica-se o montante dos aquestos (artigo 1.683). Sendo possível a divisão, efetua-se a mesma na proporção alcançada. Quanto aos bens indivisíveis apura-se o seu respectivo valor para reposição em dinheiro em favor do cônjuge não proprietário, conforme artigo 1.684, acrescentando seu parágrafo único que não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, ouvido o juiz, alienados tantos bens quantos bastarem. Com esta fórmula e de acordo com a prática, o consorte que com a ruptura conjugal passar a ter uma dívida com o outro deve quitá-la com a divisão dos seus bens, em dinheiro ou com a participação do outro. A participação se faz sobre os incrementos patrimoniais, de forma contábil, não através do condomínio ou da comunhão. O direito de um não é sobre o acervo do outro, adquirido durante o casamento, mas sim sobre a participação final no valor de eventual saldo, após a compensação dos acréscimos de ambos. Quanto às dívidas, se anteriores ao casamento só o consorte devedor responde, salvo se provado a

nova modalidade até então desconhecida na legislação pátria, malgrado outros países como Alemanha, França, Espanha, Portugal e Argentina já se referirem ao mesmo³⁰⁶.

Diante de sua pouca, para não se dizer nenhuma, utilização deste regime de bens na prática, esta dissertação opta por não aprofundar qualquer tipo de estudo derredor da aludida participação final.

Sendo estas as espécies de regime de bens apresentados pela dogmática jurídica, será mister, à vista da conformação principiológica ora realizada, reconhecer a primazia da realidade dos informais laços de convivência, que são construídos em torno dos princípios elencados nesta dissertação, merecedores de máxima efetividade, perseguindo a aplicabilidade, naquilo que couber, do Direito Patrimonial de Família não apenas para o casamento, como para todo e qualquer arranjo.

E como se faria isto?

Conformando-se principiologicamente o Direito Convivencial. Para tanto seria mister reconhecer a existência deste enquanto sub-ramo do Direito das Famílias. De igual maneira, haveria de se admitir que o Direito Convivencial se submete a princípios que o conformam a ponto de sistematizá-lo. Dentro destas premissas seria possível se utilizar, como ponto de partida para qualquer exame envolvendo texto de lei, a conformação principiológica destacada, como se procede atualmente à luz dos princípios constitucionais.

O postulado constitucional da igualdade, sem perder de mira o objetivo republicano de erradicação das discriminações decorrente da orientação sexual, no viés da cidadania, inclusão e dignidade, bem justificaria a utilização de todo este arcabouço jurídico para disciplinar o regime de bens de todas as famílias brasileiras, mesmo as não matrimonializadas.

Dentro deste ponto de vista, considerando que não há possibilidade de se negar eficácia e concretude imediata aos princípios constitucionais, como também aos

conversão em proveito para o outro (artigo 1.677). Se um dos cônjuges solveu a dívida do outro, tal valor deve ser computado e atualizado para, na data da dissolução, recair sobre a meação do outro (artigo 1.678), sendo que o débito de um dos cônjuges, quando superiores à meação, não obrigam ao outro ou a seus herdeiros (artigo 1.686).

³⁰⁶ Conforme Ricardo Fiúza. (Coord.) **Novo Código Civil Comentado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

próprios princípios do Direito Convivencial, restaria ainda valorar a propriedade enquanto bem jurídico vocacionado a função social.

A conclusão que se deve chegar é pela aplicação urgente e ampla, por analogia, do regime da comunhão parcial de bens a toda e qualquer família não matrimonializada, na hipótese de inexistir contrato escrito ou escritura pública disciplinando questão diversa e, evidentemente, naquilo que couber.

De igual sorte, deve-se concluir pela possibilidade de as famílias convivenciais convencionarem regimes de bens distintos, nos mesmos moldes e limites das famílias matrimonializadas, garantindo-se a dignidade, cidadania e inclusão social destes arranjos.

Em uma só frase: todos os efeitos patrimoniais do casamento disciplinados no Código Civil de 2002 devem se aplicar, sempre que possível, às famílias convivenciais não matrimonializadas.

De fato esta é a pergunta central: por quê não se admitir a hipótese de utilização de todo o estatuto jurídico matrimonial do regime de bens para as famílias convivenciais, inclusive para se permitir a alterabilidade do originário regime de bens eleito por estes?

A resposta que se chega é a da ausência de justificativa plausível para tal negativa. Ou, não sendo esta a constatação, poder-se-ia ainda afirmar que, até o presente momento, os operadores do Direito não se atentaram para este relevante tema, malgrado o mesmo interferir diretamente nas relações de um grande número de brasileiros.

Ao se reconhecer explicitamente a incidência do regime jurídico patrimonial do casamento às uniões não matrimonializadas, supera-se de imediato algumas das dúvidas mais triviais apresentadas na prática forense, na medida em que se permite utilizar de um estatuto jurídico já existente para todos os demais arranjos familiares.

Eis a imunidade preservada à luz de uma primazia da realidade, que também facilita a conversão destas uniões em casamento, inclusive no tocante ao regime de bens.

Feita esta conclusão, no que concerne às relações *inter vivos*, mister se faz avançar para os reflexos decorrentes das relações *causae mortis*. É o que se propõe a seguir.

6.2 A CONCRETIZAÇÃO DAS GARANTIAS SUCESSÓRIAS DA SOCIEDADE CONVIVENCIAL

A crítica doutrinária dirigida a sucessão dos companheiros foi respondida por Jones Figueiredo Alves e Mário Luiz Delgado em trabalho acadêmico lastreado no Relatório Final do projeto do Código Civil de 2002 que sustentam não haver plausibilidade para equiparação tendo em vista que o casamento seria instituição-fim, enquanto a união estável instituição-meio, nada obstante tal entendimento divergir do pensar de outros doutrinadores, como Flávio Tarcuce:

Com relação à sucessão dos companheiros, exatamente como ocorreu quanto aos cônjuges, a situação também se revela complicada e pouco operacional. Porém, sensíveis são os prejuízos sofridos pelos companheiros quanto às novas regras sucessórias, contrariamente aos cônjuges, que emalharam direitos com a edição da nova codificação.³⁰⁷

Emprega-se o vocábulo sucessão no Direito Hereditário num sentido mais estrito, qual seja a transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, seja por força de lei, seja em virtude de testamento.

A abertura da sucessão pressupõe, naturalmente, a morte de alguém, a autorização legal da transferência da propriedade enquanto bem circulável e a apresentação de legitimado a receber tal patrimônio.

O aspecto distintivo da garantia sucessória que se está abordando diz respeito ao fato de a mesma decorrer de uma relação convivencial que, no Direito Legislado, admite-se tão somente para a hipótese da união estável.

Aqui não se confundirá o efeito patrimonial *inter vivos* da união estável, disciplinado no artigo 1.725 do Código Civil de 2002³⁰⁸ com o *causae mortis*.

Pressupõe-se simultaneamente no caso ora analisado a configuração da união estável, bem como a morte de um dos conviventes.

³⁰⁷ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. V.6 4.ed. São Paulo: Método, 2007, p.217.

³⁰⁸ Código Civil de 2002. “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros (contrato de convivência), aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

Para configurar-se a união estável faz-se mister a *Affectio societatis* familiar, ou seja, o ânimo, a intenção de formar uma família, a posse de estado de casado, a notoriedade do relacionamento (honorabilidade), o dever de fidelidade, a presunção da sociedade de fato, ou barregamia que significaria união permanente com fidelidade. Contudo, a análise ora proposta parte da premissa de que a família convivencial já fora reconhecida no caso concreto.

Todavia, como restou consignado desde o início, parte-se da pressuposição agora de que a família convivencial já está reconhecida.

O Direito Sucessório sofreu relevantes alterações ao longo da história³⁰⁹, particularmente com o desenvolvimento³¹⁰ do estudo constitucional deste através dos postulados republicanos e principiológicos³¹¹.

O Direito Sucessório atual é produto do embate prolongado entre o Direito Romano (absoluta liberdade na capacidade de testar sobre todo o patrimônio, por conta do individualismo e da cultura, segundo a qual todos tinham que ter um testamento, sob pena de vergonha), o antigo Direito Germânico (que desconhecia a sucessão testamentária ante a compreensão de que os bens correm como o sangue e só os

³⁰⁹ Igualmente na Alemanha se restringia o direito à herança à linha varonil. Assim também a Lei Vocônia, inspirada por Catão no intento de colocar um freio à dissipação e independência das mulheres e que vigorou em certo período do direito romano, privando-as de capacidade testamentária passiva, sendo que a aplicação dessa lei deu oportunidade a Cícero de proferir contra Verres um dos mais notáveis discursos.

³¹⁰ Para se ter uma exata idéia desta mudança de perspectiva histórica particularmente no campo da desigualdade entre sexos, cite-se a Lei Sálica, introduzida na Espanha com a dinastia dos Bourbons e dirigida basicamente à distribuição da propriedade imobiliária, que excluía do trono francês as mulheres e seus descendentes, somente revogada em 1830. A desigualdade dos sexos em matéria sucessória ainda hoje subsiste na Escócia, Sérvia e no Direito Islâmico. Neste último, o herdeiro varão continua a receber porção correspondente à de duas mulheres, como assevera Arminjon-Nolde-Wolff no seu *Traité de Droit Compare*. Também não se ignora que vivo o autor da herança não existe sucessão: *viventis nulla hereditatis*. Somente a morte natural ou fictícia é capaz de abrir a sucessão. (FIÚZA, Ricardo. (Coord.) **Novo Código Civil Comentado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1700-1702).

³¹¹ Tais privilégios não existiam à toa. De origem remota, como se depreende do Episódio Esaú e Jacó, encontrou no direito feudal a mais forte expressão, com o objetivo de conservar a propriedade em mãos de um só ramo familiar, daí porque o primogênito recebia toda a herança.

herdeiros de sangue seriam os únicos e verdadeiros) e, finalmente, o Direito Canônico.

Esta fusão romano-germânica é percebida no artigo 1.845 do Código Civil de 2002 quando subdivide o Direito Hereditário em sucessão legítima (para o vínculo sangüíneo) e testamentária.

O Direito Sucessório tal como posto é relativamente recente, sob o ponto de vista histórico. Somente com o Código de Napoleão foi que o Direito Francês uniformizou a legislação sucessória sendo que na Inglaterra a unificação só se deu em 1925, como afirma Zeno Veloso, no Código Civil Comentado de Ricardo Fiúza, ao analisar a origem do instituto *droit de saisine*: “Na França, desde o século XIII, fixou-se o *droit de saisine*, instituição de origem germânica, pelo qual a propriedade e a posse da herança passam aos herdeiros, com a morte do hereditando – *le mort saisit le vif*³¹².”

A Constituição Federal de 1988, como já se viu, assevera ser garantido o Direito de Herança podendo-se compreender que o fundamento do Direito Sucessório é o complemento do Direito de Propriedade, projetando-o para além da morte do autor da herança, conjugado ou não com o Direito de Família. Sob o ponto de vista lógico-jurídico a propriedade não existiria se não fosse perpétua e a perpetuidade do domínio descansa precisamente na sua transmissibilidade *post mortem*.

O Direito Sucessório submete-se a princípios específicos, tais como o da intangibilidade da legítima, previsto no artigo 1.789 do Código Civil, segundo o qual em havendo herdeiros necessários o testador só poderá dispor da metade da herança, preceito este que demonstra justamente a fusão entre o direito romano-germânico.

Segundo Zeno Veloso, também se poderia apresentar o princípio da igualdade dos quinhões, porquanto o Código Civil de 2002 opta pelo sistema da cota fixa, invariável, mais prático e racional, não obstante outros ordenamentos, como o de Portugal, Itália e França, estabelecerem cota variável da legítima, de acordo com a qualidade e quantidade de herdeiros necessários³¹³.

³¹² VELOSO, Zeno. Artigo 1.829, do Código Civil de 2002. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1650.

³¹³ VELOSO, Zeno. Artigo 1.829, do Código Civil de 2002. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1650.

Outro princípio específico hereditário é o da não contratualidade inter vivos. Segundo Jones Figueiredo Alves³¹⁴, A lei brasileira, ao contrário do Direito Alemão em seu Código Civil (art. 1.941), do Austríaco, do Suíço (art. 468) e Escandinavo, não admite o *pacto sucessório ou de corvina*, na melhor forma do artigo 426 do Código Civil de 2002, segundo o qual “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”, vedando tanto o pacto aquisitivo *de succedendo* quanto o renunciativo, *de non succedendo*³¹⁵.

Reza o art. 1.786 do Código Civil de 2002 que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”, prevendo-se neste preceito as duas formas de sucessão no nosso ordenamento jurídico³¹⁶: a legítima e a testamentária³¹⁷.

Somente com o Código Civil de 2002 o cônjuge supéstitute adquiriu esta qualidade jurídica não se disciplinando explicitamente o tema em relação ao companheiro.

Advirta-se que, em matéria de Direito Sucessório não se legisla para alcançar o passado, mas apenas para reger o futuro diante da regra geral do Direito Civil, ou melhor, no princípio da irretroatividade da Lei Cível. Destarte, a Legislação vigente no dia da morte rege todo o Direito Sucessório sendo defeso à lei nova disciplinar sucessão aberta na vigência da lei anterior, como se infere dos artigos 1.787 e 2.041 do Código Civil de 2002.

6.2.1 A legítima na sociedade convivencial

³¹⁴ ALVES, Jones Figueirêdo. Artigo 426, do Código Civil de 2002. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 382-383.

³¹⁵ Entretanto, no direito brasileiro há duas exceções permissivas deste contrato: a) no pacto antenupcial, quando se faculta aos nubentes disporem a respeito da recíproca e futura sucessão; b) o art. 2.018, que permite aos pais por ato entre vivos partilhar bens entre os decedentes, quebrando a pureza sistemática.

³¹⁶ O projeto primitivo de Clóvis Beviláqua incluía também a mulher casada entre os herdeiros necessários. Entretanto, o Código Civil de 1916, seguindo a orientação da Lei Feliciano Penna (Decreto nº. 1.839/1907, art. 2) assim não entendia.

³¹⁷ Relembre-se que herdeiro legítimo é o indicado pela lei consoante ordem de vocação hereditária (art. 1.829). Herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, a quem compete a metade da herança, denominada *legítima*. (art. 1.845). Todo o herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário.

No estudo da conformação principiológica do Direito Convivencial e seus reflexos patrimoniais, deve-se analisar a seara hereditária, tema relevante para esta dissertação e que também exige uma compreensão prévia, ainda que breve, em derredor dos institutos da legítima e do testamento. Somente assim será possível criar uma exata compreensão dos Direitos Hereditários dos conviventes³¹⁸.

Como é sabido, a sucessão deve ser deflagrada no último domicílio do finado, no caso, do convivente morte, aplicando-se o artigo 1.875 do Código Civil de 2002 e 96 do Código de Processo Civil.

Também se faz necessário lembrar que a herança se transmite de logo aos herdeiros legítimos e testamentários, dando-se por lei ou disposição de última vontade, como explicita o artigo 1.784, do Código Civil de 2002³¹⁹.

³¹⁸ Destarte, a transmissão fictícia pode não se completar, na hipótese de renúncia, por exemplo, a par de ainda estar submetida ao registro civil para os casos de imóveis, aspecto disciplinado de idêntica maneira na Lei Federal dos Registros Públicos de nº. 6.015/73, particularmente ante o regramento do artigo 167, inciso I, segundo o qual devem ser registrados publicamente não apenas os atos de entrega de legados de imóveis, como ainda os formais de partilha, assim como as sentenças de adjudicação em inventário ou arrolamento.

³¹⁹ Eis o conteúdo do artigo referido: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Mas a transmissão fictícia pode não se completar, na hipótese de renúncia, por exemplo, a par de ainda estar submetida ao registro civil para os casos de imóveis, aspecto disciplinado de idêntica maneira na Lei Federal dos Registros Públicos de nº. 6.015/73, particularmente ante o regramento do artigo 167, inciso I, segundo o qual devem ser registrados publicamente não apenas os atos de entrega de legados de imóveis, como ainda os formais de partilha, assim como as sentenças de adjudicação em inventário ou arrolamento.

³¹⁹ Para a doutrina, não se admite a renúncia de meação por simples termo judicial nos autos de inventário, dependendo tal ato de escritura pública por força do art. 108 do CC. Já o parágrafo 2 do artigo 1.805 do CC assevera: *não importa igualmente aceitação a cessão gratuita, pura e simples, da herança aos demais co-herdeiros*. Como já advertia Clóvis ao se reportar a artigo semelhante no regime anterior, peca o dispositivo por falta de técnica, porque *cessão gratuita* é o mesmo que renúncia e melhor seria que o legislador houvesse empregado o termo jurídico apropriado. Portanto, para excluir a aceitação não basta que o herdeiro tenha feito cessão gratuita a todos os co-herdeiros. Torna-se mister que a cessão seja *pura e simples*. Se o herdeiro, cedendo a herança, estipula cláusulas, encargos ou condições, está verdadeiramente aceitando a herança, embora de maneira clamorada, disfarçada, praticando negócio jurídico somente compatível com a condição de herdeiro. Ademais, a cessão gratuita a de ser feita indistintamente a todos os co-herdeiros, ou melhor, em benefício do monte. Se o cedente transfere sua cota hereditária em favor de determinada pessoa, indicada nominalmente, realiza dupla ação: a de aceitar e posteriormente doar. Atos nessa condições não equivalem a renúncia. Na verdade trata-se da denominada **renúncia traslativa** que é **figura de alienação**, alheia ao campo da renúncia. A questão é relevante. Tratando-se de renúncia pura e simples o único imposto devido é o *causa mortis* a ser pago pelo beneficiado. Em se tratando de cessão em benefício de pessoa determinada – *in favorem* – como verdadeira doação, incide na tributação respectiva.

Estas breves considerações são imprescindíveis ao correto exame do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, objeto de maior polêmica, núcleo em torno do qual este capítulo está sendo construído³²⁰ e que será posteriormente abordado.

A par da transmissibilidade imediata a partir do dia do óbito, a legislação cível exige a manifestação do herdeiro derredor da aceitação³²¹ da herança, como ato jurídico imprescindível sem o qual o herdeiro não poderá suceder³²².

Já a renúncia da herança configura a demissão da qualidade de herdeiro, que passa a ser considerado como se jamais houvesse existido, ou herdado. Não se presume a renúncia, que também não pode ser inferida por simples conjecturas.

Nesta conformação principiológica que está sendo realizada para bem compreender os reflexos patrimoniais no Direito Convencional, também não é possível confundir renúncia³²³ com desistência, por se tratarem de institutos jurídicos distintos. De

³²⁰ Os institutos da legítima e do testamento se caracterizam pelo esforço legislativo de acomodação da transmissão instantânea da propriedade compreendida pela leitura dos artigos 1.227 e 1.245 do mesmo Código Civil de 2002, que impõem o registro público para a transmissão da propriedade.

³²¹ Advirta-se, entretanto, que atos oficiosos, como o funeral do finado ou mesmo os meramente conservatórios, ou ainda os de administração e guarda provisória não significam aceitação alguma. Configuram meros obséquios ou simples deferência. De igual sorte, o ato de requerimento de inventário, por se tratar de obrigação legal, não traduz aceite, devendo o companheiro sobrevivente estar atento a isto, para não confundir a exata identificação do instituto.

³²² Por meio do ato jurídico denominado de aceitação da herança, seja legítima, seja testamentária, o companheiro será autorizado a suceder ante a declaração inequívoca do mesmo de que deseja recolher a herança. A aceitação da herança pode ser conceituada como um ato jurídico irrevogável, indivisível, irreatável, inter vivos e necessário, de confirmação pelo herdeiro da transferência que lhe fora feita, afastando-se a histórica máxima romana *filius ergo heres*, que impunha a herança necessariamente ao herdeiro. Hoje, portanto, não há mais obrigatoriedade no recebimento da herança. Aceita a herança torna-se definitiva a transmissão desde a abertura da sucessão. Não aceita, para o Direito se tem a transmissão como não verificada, a teor do artigo 1.805 do Código Civil de 2002, para quem a aceitação pode ser expressa e tácita.

³²³ A propósito, tal pensamento se conforma com o artigo 114 do Código Civil de 2002 que disciplina a interpretação para as hipóteses de silêncio e renúncia, quando, a este respeito, sugere a técnica restritiva de hermenêutica. A renúncia, ao contrário da aceitação, requer ato positivo de vontade e forma solene. Exige instrumento público ou termo nos autos, hipótese em que há de ser homologada pelo Juiz Natural de Sucessões. Diante da relevância deste ato jurídico que pode importar em prejuízo patrimonial, exige-se ainda a plena capacidade, não podendo ser realizada por incapaz, nem por seu representante legal, a menos que obtenha prévia permissão do juízo. Exatamente diante destes fundamentos é que a renúncia feita por mandatário terá que observar, quanto ao instrumento de mandato, os poderes especiais e expressos previstos no artigo 661 e seu §1º, do Código Civil de 2002. De igual modo não se poderá, por óbvio, permitir renúncia contrária à lei, nem a direito de terceiros.

efeito, a desistência pressupõe anterior aceitação³²⁴.

Tais institutos (aceitação e renúncia da herança)³²⁵ devem ser aplicados por analogia ao regime jurídico das sucessões convivenciais, sejam testamentárias, sejam legítimas³²⁶.

³²⁴ Para a doutrina, não se admite a renúncia de meação por simples termo judicial nos autos de inventário, dependendo tal ato de escritura pública por força do art. 108 do CC. Já o parágrafo 2 do artigo 1.805 do CC assevera: *não importa igualmente aceitação a cessão gratuita, pura e simples, da herança aos demais co-herdeiros*. Como já advertia Clóvis ao se reportar a artigo semelhante no regime anterior, peca o dispositivo por falta de técnica, porque *cessão gratuita* é o mesmo que renúncia e melhor seria que o legislador houvesse empregado o termo jurídico apropriado. Portanto, para excluir a aceitação não basta que o herdeiro tenha feito cessão gratuita a todos os co-herdeiros. Torna-se mister que a cessão seja *pura e simples*. Se o herdeiro, cedendo a herança, estipula cláusulas, encargos ou condições, está verdadeiramente aceitando a herança, embora de maneira clamorada, disfarçada, praticando negócio jurídico somente compatível com a condição de herdeiro. Ademais, a cessão gratuita a de ser feita indistintamente a todos os co-herdeiros, ou melhor, em benefício do monte. Se o cedente transfere sua cota hereditária em favor de determinada pessoa, indicada nominalmente, realiza dupla ação: a de aceitar e posteriormente doar. Atos nessa condições não equivalem a renúncia. Na verdade trata-se da denominada **renúncia traslativa** que é **figura de alienação**, alheia ao campo da renúncia. A questão é relevante. Tratando-se de renúncia pura e simples o único imposto devido é o *causa mortis* a ser pago pelo beneficiado. Em se tratando de cessão em benefício de pessoa determinada – *in favorem* – como verdadeira doação, incide na tributação respectiva.

³²⁵ O destino da cota renunciada, nos termos do Código Civil de 2002, é a partilha entre os demais herdeiros como se não existisse o renunciante. Em se tratando de sucessão legítima o aludido quinhão acresce ao dos outros herdeiros da mesma classe, de acordo com a disciplina prevista no artigo 1.810 do Código Civil.

³²⁶ Se o herdeiro for devedor não lhe será autorizado pelo Direito prejudicar direitos dos credores, que poderão aceitar a herança no lugar daquele até os limites do débito, que jamais poderá superar as forças da herança, prevalecendo a renúncia quanto ao remanescente. Nesta hipótese não necessitam os credores recorrerem à ação revocatória ou pauliana, bastando peticionar ao juiz universal do inventário, salvo se o processo de inventário estiver acabado.

E se os filhos do *de cuius* renunciarem a herança, poderia a companheira se beneficiar da previsão do artigo 1.810? A resposta se apresenta afirmativa, hipótese em que se o renunciante surge como o único de sua classe (devolve-se o quinhão hereditário deste aos herdeiros da classe subsequente)³²⁷.

Os descendentes são os herdeiros por excelência, chamados em primeiro lugar. São os herdeiros sucessíveis de primeira classe, constituindo-se em filhos, netos, bisnetos, trinnetos, tetranetos *et cetera*. Prescreve o artigo 1.825 do Código Civil de 2002 que, na linha descendentes, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.

Assim, ante ao princípio de que os mais próximos excluem os mais remotos, os filhos serão chamados recebendo cada um (sucessão por cabeça) quota igual da herança (1.834). Neste caso, os descendentes estão todos no mesmo grau, sucedendo por direito próprio e por cabeça.

Segundo a doutrina de Zeno Veloso, na Alemanha, reza o artigo 1.930 do Código Civil Alemão que um parente jamais será chamado à sucessão caso exista outro de classe precedente, texto que influenciou o Código Civil de 2002. Na linha reta não há limites de graus. Dentro de cada classe (descendentes, ascendentes e colaterais) os de graus mais próximos excluem os de grau mais remoto, salvo o Direito de Representação a que alude o artigo 1.851 e seguintes do Código Civil. Portanto, pode acontecer de um parente de grau mais próximo (mãe do falecido) ser preterido em face de um parente de grau mais distante (neto do falecido), pois o critério de aproximação é pela classe³²⁸.

A primazia da realidade, princípio que se adotou nesta dissertação para efeito de tutela ao Direito Convivencial, é notada no artigo 1.830, segundo o qual somente é reconhecido o Direito Sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois

³²⁷ A renúncia é ato irrevogável, a teor do art. 1.812 do Código Civil de 2002, sejam entre companheiros, seja em sede matrimonial. Nada obstante, se decorrer de defeito do negócio jurídico, tais como erro, dolo, coação ou ignorância, lesão, estado de perigo, ou fraude contra credores, admite-se a anulação como em todos os negócios jurídicos, sob a perspectiva dos vícios de consentimento. De qualquer modo, o artigo 1.813 do Código Civil de 2002 disciplina o tema.

³²⁸ VELOSO, Zeno. Artigos 1829 e 1851, do Código Civil de 2002. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1701.

anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Visível a necessidade da conformação principiológica para melhor se compreender os reflexos patrimoniais decorrentes desta disciplina jurídica.

Intuitivamente o Direito Civil, ao disciplinar a separação de fato como causa impeditiva do recebimento da herança, reconhece a noção de uma primazia da realidade que há de se impor sobre a forma³²⁹.

O cônjuge (por expressa determinação do artigo 1.832 do atual Código Civil brasileiro) terá direito a um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte se for ascendente dos herdeiros com que concorre. Trata-se de reserva hereditária mínima de 1/4, inovação sem precedentes no Código Civil de 1916³³⁰ e que, diante da conformação principiológica ora realizada, há de se estender aos conviventes, circunstância que também reforça a conformação principiológica ora formulada, basicamente ante o princípio da imunidade das famílias regulares³³¹.

De fato, uma característica importante nas legislações modernas é a posição privilegiada conferida ao cônjuge. Trata-se de relevante tema a ser apreciado em cotejo com os direitos do companheiro sobrevivente, no viés da conformação principiológica ora ofertada.

Explica-se: se o casamento for putativo o cônjuge de boa fé (artigo 1.561, §1º) sucede, isto quando tal sentença anulatória for posterior ao falecimento. Já o

³²⁹ Aqui também houve inovação legislativa em se comparando o texto com o Código Civil de 1916. Agora, desfeitos os laços da afeição no plano da relação substancial, cai o direito sucessório. Na legislação estrangeira a solução não é uniforme. Os códigos da França (767), Alemanha (1.933), Espanha (834), Itália (585), Portugal (2.133), Argentina (3.574 e 3.575) e Chile (994, al. 1) são no mesmo sentido.

³³⁰ Exemplifica-se: se o falecido deixou três filhos, a partilha se faz por cabeça, dividindo-se a herança em partes iguais entre os filhos e o cônjuge. Agora, no caso de o extinto deixar quatro filhos ou mais, e tendo de ser reservada a quota hereditária mínima de 1/4 em favor do supérstite, os filhos receberão o restante. Atenção: tal reserva pressupõe que o cônjuge sobrevivente seja ascendente dos herdeiros com que concorrer. Se o falecido deixou herdeiros descendentes dos quais o consorte sobrevivente não é ascendente, aí o caso de se aplicar a regra geral e dividir-se de modo igual.

³³¹ E isto a Constituição Federal de 1988 já sustenta no artigo 226, §6º, assim como já diz o artigo 1.596 do Código Civil. Não havendo herdeiros da classe dos descendentes, chamar-se-ão a suceder em concorrência com o cônjuge sobrevivente qualquer que seja o regime matrimonial de bens, os seus ascendentes (1.836), sendo que o grau mais próximo exclui o mais remoto, não se devendo atender à distinção de linhas (1.836, parágrafo único). Só na falta de ambos os ascendentes de primeiro grau é que herdarão os avós da linha paterna e materna, de modo isonômico.

cônjuge de má fé jamais sucederá (§2º, do artigo 1.561). De igual modo, se tal matrimônio for anulado em vida, não há falar-se em sucessão.

Perguntar-se-ia: por quê não aplicar analogicamente tal entendimento em favor dos companheiros?

Eis a motivação de se escrever estas breves linhas sobre a legítima e o testamento inserindo nelas os elementos da conformação principiológica do Direito Convivencial para aferir os corretos efeitos patrimoniais decorrentes destes laços.

À vista da conformação principiológica do Direito Convivencial, a resposta deverá ser positiva, isto porque a primazia da realidade, casada com a imunidade que há de ser outorgada às famílias não matrimonializadas, não tolerariam tratamento discriminatório³³².

Portanto, visando da efetividade aos princípios do Direito Convivencial diante de seus reflexos patrimoniais, esta dissertação sustenta, de modo conclusivo, que tanto a sucessão do cônjuge, quanto a do companheiro sobrevivente, devem acontecer da seguinte maneira isonômica.

a) sucessão legitimária para ambos, que devem ser considerados sempre como herdeiros necessários e privilegiados, aplicando-se os artigos 1.789, 1.845 e 1.846 do Código Civil de 2002 de modo mais abrangente, para incluir a figura do convivente enquanto titular de direitos hereditários.

Devem-se conferir tais garantias ao Direito Convivencial assim preenchidas as formalidades legais identificadas neste capítulo, resguardando-se a metade dos bens da herança que constituírem a legítima para toda e qualquer família, independentemente de ser o laço matrimonializado ou não³³³.

E esta sucessão legal ou legítima poderá acontecer da seguinte maneira para o cônjuge ou companheiro:

³³² De idêntico modo, o cônjuge sobrevivente em concorrência com os descendentes só herdará se for casado: a) pelo regime de comunhão parcial e em caso de ter o extinto deixado bens particulares, b) pelo da separação convencional dos bens e c) pela participação final nos aquestos (nesta última hipótese, o sobrevivente conserva seu patrimônio particular, retira sua meação e concorre como herdeiro necessário à herança do *de cuius*, composta pelos bens particulares e pela meação deste. Se concorrer com os descendentes do falecido, o cônjuge terá direito a um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendentes dos herdeiros com quem concorrer.

³³³ Como herdeiro necessário o cônjuge é o companheiro deverão ser chamados agora ao lado dos descendentes, em certos casos, dos ascendentes, em todos os casos e ainda, isoladamente, quando aqueles não concorrerem.

(i) a inclusão destes na primeira (descendentes) e na segunda (ascendentes) classes, diretriz já aplicada em vários países.

(ii) a sucessão pura e simples, conforme ordem de vocação hereditária, na falta de descendentes e ascendentes.

A sucessão no direito real de habitação, como visto neste capítulo, também há de ser aplicada sem qualquer tipo de discriminação para o cônjuge e para o companheiro³³⁴.

A sucessão dos colaterais acontece quando estes são chamados a suceder na falta dos descendentes, ascendentes e cônjuge (ou companheiro). São sucessíveis os colaterais até o quarto grau apenas. Esta é a inteligência do artigo 1.840 que deveria ser aplicado isonomicamente no Direito Convivencial.

Entende esta dissertação não ser possível diminuir os Direitos Sucessórios Convivenciais, como fará o artigo 1.790 do Código Civil, objeto de apreciação posterior e que afasta a incidência do referido artigo 1.840 para os casos de união estável.

6.2.2 O testamento na sociedade convivencial

Delineada, em breves linhas, a Sucessão Legítima mister se faz apresentar também considerações sintéticas a respeito da Sucessão Testamentária, identificando os relevantes institutos jurídicos deste ato de disposição de última vontade, a fim de estabelecer pré-compreensões necessárias ao desenvolvimento da dissertação³³⁵.

³³⁴ Passando o cônjuge a se tornar herdeiro necessário, não mais subsiste a figura do usufruto vidual antes admitido no Código Civil de 1916 (art. 1.611, §1º). Agora, não faz mais sentido estabelecer-se reserva de usufruto para o cônjuge vivo.

³³⁵ Não se deve confundir o direito à herança com a meação. A meação é um efeito da comunhão, enquanto que o Direito Sucessório independe do regime matrimonial de bens. A meação constitui a parte da universalidade dos bens do casal de que é titular o consorte por direito próprio, de modo que tal meação do cônjuge sobrevivente é intangível. Sendo o consorte herdeiro necessário o falecido não pode dispor de sua meação sem quaisquer restrições, pois com isto privaria o supérstite da herança. A herança é objeto de um direito adquirido com a morte do outro cônjuge de que o sobrevivente será ou não titular conforme a ordem de vocação. Poderá, inclusive, ser privado da herança nos casos de indignidade e deserdação, por haver separação judicial ou de fato por mais de dois anos, por ser casado sob o regime de comunhão universal ou separação obrigatória de bens, ou por não haver patrimônio do falecido.

O testamento constitui testemunho da vontade íntima do ser humano, subsistindo em todas as legislações contemporâneas como mecanismo de respeito à autonomia privada *post mortem*. Sendo um negócio jurídico unilateral e gratuito, de natureza solene, essencialmente revogável, personalíssimo, pelo qual alguém dispõe dos bens para depois de sua morte, ou determina a própria vontade sobre a situação dos filhos e outros atos de última vontade, que não poderão, porém influir na legítima dos herdeiros necessários, o testamento se afigura como importante instrumento de justiça para os relacionamentos convivenciais, particularmente ante as condições diferenciadas da ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.790 em face destes companheiros.

Pode configurar-se em instrumento jurídico lícito apto a minimizar as discriminações apresentadas no referido artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

O limite da liberdade de testar será sempre a existência de herdeiros necessários, pois o princípio da intangibilidade da legítima garante um mínimo existencial hereditário em favor de certos sujeitos, como se viu acima, ao tratar-se da legítima. A teor do artigo 1.857 do Código Civil de 2002 toda pessoa pode dispor por testamento da totalidade de seus bens ou de parte deles, para depois de sua morte, acrescentando o §1º que a legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

O testamento constitui, portanto, ato jurídico extrajudicial pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, dos seus bens, materiais ou imateriais, para depois de morte³³⁶.

Esta disciplina vale para todos, inclusive em face daqueles que vivem em famílias não matrimonializadas, sob a égide da união estável, diante da conformação principiológica ora realizada³³⁷.

³³⁶ Através deste negócio jurídico unilateral, gratuito, solene, revogável e personalíssimo é que também se torna possível reconhecer paternidade, nomear tutor para filho menor e reabilitar indigno.

³³⁷ Aberta a sucessão com a morte do autor da herança, a legislação impõe ao particular o dever de apresentar o testamento em juízo, para ser mandado cumprir. A capacidade para elaborar testamento está prevista no artigo 1.860 do Código Civil de 2002: além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento, admitindo-se a todos os demais, maiores de 16 anos, a capacidade para firmar este negócio jurídico. Os pródigos poderão testar, porque não estarão dilapidando seu patrimônio, já que as disposições testamentárias irão vigorar só depois da morte. Quanto ao surdo mudo, há preceito específico disciplinado no artigo 1.866 do Código Civil de 2002: “o indivíduo inteiramente surdo, que saiba ler, lerá seu testamento, e se não souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas”. Tanto o cego (artigo 1.867) como o analfabeto (artigo 1.869) podem testar.

Os testamentos se encontram disciplinados em formas ordinárias e formas especiais, merecendo destaque neste trabalho as mais comuns, ou seja, os ordinários, que são três: (1) o testamento público, (2) o testamento cerrado e (3) o testamento particular³³⁸.

Importante questão no que concerne aos relacionamentos convivenciais diz respeito à orientação dos tribunais superiores quanto à não qualificação (reconhecimento) como testamento dos escritos particulares sem testemunhas, ou ainda sem as formalidades legais, pelo qual o signatário dispõe de seus bens para depois de sua morte.

Destarte, a informalidade, característica típica do Direito Convivencial, não abrangem temas testamentários. Não existe o testamento senão quando observadas as exigências estabelecidas em lei, razão pela qual a circunstância de que alguém tenha manifestado a intenção de adotar ou de testar não revela para esses fins, se o ato jurídico não veio a ser efetivamente praticado.

O testamento público³³⁹ pode constituir significativo instrumento nas relações convivenciais. É o lavrado pelo tabelião no livro de notas, contendo a declaração de vontade do testador manifestada em presença do mesmo oficial e duas testemunhas desimpedidas³⁴⁰.

O testamento cerrado³⁴¹, também chamado de testamento secreto ou místico é o escrito pelo próprio testador, ou por alguém a seu rogo e por aquele assinado, com caráter sigiloso, completado pelo instrumento de aprovação lavrado pelo tabelião ou oficial público substituto, presente duas testemunhas³⁴².

³³⁸ A lei não considera o testamento consular como forma própria, autônoma. Na verdade, o testamento consular constitui forma de testamento público, com a única diferença que nele funciona o cônsul como tabelião, revestido, pois, de funções notoriais.

³³⁹ Observe-se que no testamento deve constar o nome e identidade da pessoa que o leu, sob pena de nulidade.

³⁴⁰ O testamento público há de ser necessariamente tabelião ou seu substituto legal, sendo o ato registrado no livro de notas de acordo com as declarações do testador. Assim, podem lavrar o ato o cônsul, o oficial maior do tabelionato, ou até mesmo o escrevente, desde que investido como substituto. O segundo requisito é a leitura integral do testamento a um só tempo e para todos (testador e as duas testemunhas), de uma só vez. O testamento público é a única forma do analfabeto e do impedido de assinar testarem, como também do cego, a teor do o artigo 1.867 do Código Civil de 2002.

³⁴¹ O surdo mudo pode fazer testamento cerrado conquanto que o escreva todo e o assine de sua mão e que, ao entregá-lo ao oficial público, ante as duas testemunhas, escreva na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede.

³⁴² É composto de dois elementos essenciais: a cédula testamentária e o auto de aprovação. A cédula deve ser escrita pelo próprio testador ou por outra pessoa a seu rogo e posteriormente entregue pelo

Já o testamento particular será aquele escrito e assinado pelo testador, lido na presença de três testemunhas, que também o assinarão e desde que: seja escrito e assinado pelo próprio testador, que deve saber ler e escrever; a intervenção de três testemunhas, além do testador; seja lido pelo testador perante as testemunhas e assinado; inexistam rasuras ou espaços em branco.

Não se ignora ainda o instituto do codicilo, disciplinado no artigo 1.881 do Código Civil de 2002³⁴³, que autoriza àquele capacitado a testar que também possua escrito particular datado e assinado, fazer disposições especiais sobre seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

Evidentemente que o codicilo pode ser dirigido ao companheiro sobrevivente, assim como ao cônjuge, nada obstante não ser usual esta prática no campo jurídico³⁴⁴.

Após discorrer, ainda que de maneira perfunctória, derredor do Direito Sucessório Testamentário para o fim de compreensão prévia fundamental dos reflexos patrimoniais na conformação principiológica do Direito Convivencial, passa-se agora ao exame central do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

O estudo do Direito Hereditário dos companheiros será melhor compreendido se apresentado este panorama geral. Permite-se, agora, a estabelecer a análise crítica do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que não possui precedentes na legislação anterior, sendo esta a proposta que se segue.

6.2.3 O artigo 1.790 do código civil brasileiro

testador ao tabelião na presença de duas testemunhas, devendo o testador declarar que aquele é o seu testamento e que quer que seja aprovado. Nesta senda, o tabelião lavrará o auto de aprovação para que seja assinado por todos os sujeitos acima identificados. O instrumento aprovado será cessado e costurado, a teor do artigo 1.869 do Código Civil de 2002, para posterior devolução ao testador, ou mesmo a pessoa que este designar, a fim de ser apresentado em juízo por ocasião da abertura da sucessão. O testamento cerrado pode ser útil nas relações convivenciais ante o sigilo e a privacidade que o mesmo contempla, sem se perder de mira a possibilidade desta medida também viabilizar recomposições patrimoniais em favor do companheiro sobrevivente.

³⁴³ Eis o texto legal: “toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.”

³⁴⁴ Serve ainda o codicilo para nomear ou substituir testamentários, perdoar o indigno, bem como para reservar parcelas para sufrágio de sua alma, obrigando, neste caso, a herança.

A inviolabilidade da vida privada, da honra, da intimidade e da imagem das pessoas evidencia um paradigma de Estado de Direito sustentado pela noção de pluralismo, cujo pressuposto será sempre o respeito e tutela aos projetos de vida de todos, como já advertiram Ivone M. C. Coelho e Maria Berenice Dias:

a grande novidade do paradigma do Estado Democrático de Direito é, justamente, a noção do pluralismo, o qual tem por pressuposto a admissão, de respeito e proteção, a projetos de vida distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade. É, pois, uma proposta superar uma visão de mundo etnocêntrica, ao reconhecer o direito a projetos de vida alternativos³⁴⁵.

Por conseqüência, a união estável passou a ser disciplinada de modo a contemplar os valores constitucionais de pluralismo, sócio afeição e cidadania, aspecto a exigir regulação destes laços jurídicos de família no plano infra-constitucional, particularmente no aspecto sucessório.

O Projeto de Lei nº 634 de 1975 não possuía previsão legislativa a respeito do Direito Sucessório entre os companheiros, especialmente porque, como visto, o Direito Convivencial ganhou força e aceitabilidade social tão somente após o advento da Constituição Federal de 1988.

A inovação constitucional forçou o legislador do Código Civil a considerar o efeito patrimonial sucessório entre os companheiros, até então inexistente. Decorrência disto foi a inserção de artigo de lei no âmbito do Código Civil de 2002. Contudo, o legislador não andou bem ao posicionar o artigo 1.790 do Código Civil brasileiro no âmbito das Disposições Gerais da Sucessão, distanciando-se da ordem de vocação hereditária regulada no artigo 1.829 do mesmo Código Civil.

Inúmeras críticas podem ser formuladas em decorrência deste fato.

A maior crítica, sem dúvida, concerne à discriminação entre todos os demais arranjos familiares (matrimoniais, monoparentais, de solteiros), que se submetem à ordem de vocação hereditária em geral. Os companheiros possuem uma ordem de vocação apartada, distinta e, quem sabe, marginal, porquanto o artigo 1.790 do Código Civil somente se justifica para um tipo de família: a da união

³⁴⁵ SOUZA, Ivone M. C. Coelho; DIAS, Maria Berenice. Famílias Modernas: (inter) secções do afeto e da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Ano II, n. 8, jan-fev-mar/01, p.96.

estável.

Existiria justa causa constitucional para tamanha discriminação? As famílias convivenciais deveriam se submeter à mesma disciplina, regime jurídico e direitos das demais? Seria concebível a inferioridade legal aos Direitos Hereditários dos companheiros, limitados às aquisições onerosas decorrentes do esforço comum?

Eis o texto legal cuja transcrição no corpo deste trabalho se justifica ante a necessidade de o confrontá-lo com o regime da legítima:

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

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

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

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

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

O artigo 1.829 do mesmo Código Civil apresenta outra disciplinar para os demais arranjos familiares, senão veja-se:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II – aos ascendentes, em concorrência com os cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente.

IV – aos colaterais.

Quando o Código Civil afirma que o companheiro “participará” da herança, enquanto que ao cônjuge “defere-se” Direito Hereditário, dá margem ao estabelecimento de uma crítica concernente ao possível preconceito em face da união estável, afinal de contas participar é menos do que deferir.

De igual maneira, o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 afirma que esta participação do companheiro sobre a herança seria “quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável”.

Mas, o direito ao rateio não seria necessariamente de índole hereditária. Perguntar-se-ia: se duas ou mais pessoas adquirissem por esforço comum, onerosamente, um determinado bem não seria o caso de se admitir por simples relação jurídica *inter vivos* o direito subjetivo deste à proporção patrimonial?

Por mais que não se admita na legislação palavras ou idéias inúteis, o fato é que resta difícil extrair do aludido preceito algo que já fosse possível de se admitir por mera sistematização jurídica das relações entre vivos.

Certamente a conformação principiológica forte na primazia da realidade e na vedação ao enriquecimento sem causa reforçaria este raciocínio.

Em seguida, os dois incisos do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 disciplinam esta participação hereditária do companheiro nos casos em que existem filhos do *de cuius*. Interessante notar que, enquanto o artigo 1.829 do Código Civil preferiu qualificar como descendentes todos os herdeiros da primeira classe, passando a tratar, na falta deste, dos ascendentes como herdeiros de segunda classe, em sede de união estável o comportamento legislativo foi diverso.

Se houver filhos comuns à união estável, o companheiro sobrevivente terá direito hereditário a uma quota idêntica à deste descendente de primeiro grau, independentemente do regime de bens daquela relação convivencial que, como visto, pode ser qualquer um.

A disciplina é extremamente distinta em relação ao matrimônio, pois neste caso o tipo de regime de bens é vital à concorrência, que se estabelecerá não apenas em face de filhos, como também em relação a todos os descendentes.

Interessante notar, logo em seguida, que o artigo 1.790 do Código Civil fixará para a falta de filhos comuns a possibilidade de concorrência com companheiro com “outros parentes”, ou seja, como os ascendentes e colaterais.

A primeira crítica que se faz a esta seqüência de equívocos legislativos está na omissão quanto ao fato de existirem filhos em comum e, simultaneamente, filhos de leitões anteriores. O que fazer neste caso? O legislador não previu, nem se atentou, para questão extremamente comum e factível sendo lacônico no particular.

Além disto, este mesmo codificador beneficiou sobremaneira o que denomina de “outros parentes” em detrimento do companheiro residual, preferindo conferir

àqueles, que poderiam ser tios, primos, bisavós, *et cetera*, dois terços dos direitos hereditários decorrentes do óbito do autor da referida herança em detrimento deste, que receberia tão somente um terço.

A ordem de vocação hereditária matrimonial, neste aspecto, favorece muito mais o cônjuge sobrevivente, que ora concorre com os ascendentes, ora recebe toda a herança em detrimento dos colaterais, o que não aconteceria em sede de união estável.

Pode-se mesmo afirmar que a única hipótese de o companheiro supérstite receber na integralidade o patrimônio de alguém com quem conviveu em união estável seria no caso de não existir qualquer tipo de parente, afinal de contas, nos termos do inciso IV, do referido artigo 1.790 “não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

A discriminação é visível e exigiu destaque neste trabalho, malgrado não o recorte epistemológico proposto impedir o aprofundamento deste tema, diante da necessidade imediata de se analisar, agora, os reflexos desta conformação principiológica na herança.

6.2.4 Reflexos desta conformação principiológica na herança

Como é cediço, a Sucessão Legítima é a deferida por determinação legal de acordo com certa ordem estabelecida em relação às pessoas chamadas à suceder (ordem de vocação). Absorverá todo o patrimônio se inexistir testamento, ou se este for nulo, caduco. No caso deste existir, restringir-se-á à parte nele não compreendida.

A conformação principiológica realizada ao longo deste trabalho há de refletir sobre a herança também, assim como ocorreu em relação ao regime de bens no Direito Convivencial.

Esta ordem de vocação hereditária, que constitui simplesmente uma relação preferencial estabelecida por lei das pessoas chamadas a suceder o finado, lastreada em laços de sangue, matrimoniais ou convivenciais, deve ser pensada à luz da primazia da realidade, do juiz natural, da conversibilidade em casamento, da imunidade das famílias dignas *et cetera*.

Como se vê, a base da sucessão legítima é o parentesco, favorecendo as linhas e os graus próximos aos remotos, respeitando-se a afeição conjugal e ignorando as relações convivenciais. Esta realidade há de ser repensada no viés constitucional.

Os princípios conformadores do Direito Convivencial não de respeitar a ordem de vocação hereditária preferencial, sem ignorar a hierarquia de classes, quando as mais próximas excluem as mais remotas. Entretanto, por uma questão de dignidade e isonomia é chagada a hora de se repensar a questão no que concerne à união estável, para aferir se não seria o caso de igualar tais famílias às matrimonializadas, ao menos para efeito de concretizar a garantia fundamental à herança que está prevista no artigo 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988.

Contudo, não se pode perder de vistas que mesmo a regra geral da ordem de vocação sofre exceções.

A primeira exceção visível está na própria Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 5º, XXXI, meio que repetindo o artigo 10º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, permite a alteração da ordem fixada em se tratando de bens existentes no Brasil pertencentes a estrangeiro casado com brasileira e com filhos brasileiros, caso em que se a lei nacional do *de cuius* for mais favorável àquelas pessoas do que seria a brasileira, prevalecerá a mais benéfica³⁴⁶.

Também o artigo 1.831 do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge supérstite em casamento efetuado sob qualquer regime de bens direito real de habitação sobre o imóvel destinado à moradia da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar, regramento importante que merece ser maximizado para tutelar as relações convivenciais ante a necessidade de concretização do direito social de moradia, previsto no artigo 6º, da Constituição Federal de 1988.

Também a Lei Federal de nº. 6.858/80, regulamentada pelo Decreto n. 85.845/81 e a Lei Federal nº. 8.036/90, regulamentada pelo Decreto 99.684/90, configuram exceções relevantes aplicáveis tanto ao casamento, quanto à união estável, na medida em que autorizam a realização de pagamentos diretos, em cotas iguais, aos

³⁴⁶ Exemplifique-se: se o autor da herança foi mexicano e casado com brasileira que deve concorrer com ascendentes daquele. Neste caso, não se aplicaria a legislação brasileira, mas sim a mexicana, pois pelo CC do México (art. 1.626) concorrendo à sucessão cônjuge supérstite e ascendentes de primeiro grau, dividir-se-á a herança no meio, ficando uma metade com o consorte e outra metade com os ascendentes. Se fosse aplicar a lei do Brasil, o cônjuge herdaria um terço do acervo e os ascendentes do extinto dois terços (1.837 c/c 1.829, II).

dependentes habilitados perante a previdência e, na falta destes, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará, especificadamente para os seguintes créditos não recebidos em vida pelo extinto: (1) quantias devidas pelos empregadores (públicos ou privados), sob qualquer título, (2) saldos em contas individuais do FGTS e do PIS-PASEP, (3) restituições do Imposto de Renda Pessoa Física e demais tributos e, finalmente (4) saldos de contas bancárias, caderneta de poupança e fundos de investimento.

6.2.5 A peculiar questão do concubinato

O Parlamento Francês, em 07 de abril de 2008, deu um passo importante no cenário mundial quando, alterando o Código Civil daquela nação, instituiu um pacto civil de solidadiedade, além de modificar o regime jurídico do concubinato vedando discriminação decorrente da orientação sexual³⁴⁷.

A França, aliás, foi o primeiro país do mundo a editar legislação favorável aos direitos e interesses da concubina, nos termos da Lei de 16, de novembro de 1912, fato insuscetível de ocorrer no Brasil daquela época, que se constituía em um estágio de avanço econômico e social sensivelmente inferior.

À propósito, em 1912 o Brasil sequer possuía um Código Civil, que veio a lume tão somente em 1916, constituindo-se basicamente em uma sociedade agrária, latifundiária, paternalista, onde a mulher se encontrava como mera coadjuvante dos atores sociais, todos homens.

A produção legislativa brasileira passível de ser caracterizada como dirigida à concubina exsurge no Direito Previdenciário, particularmente através do Decreto nº. 20.465/31, também conhecido como a Lei Orgânica da Previdência Social. Trata-se de histórico momento legislativo quando se admitiu em favor da concubina direito subjetivo à pensão previdenciária.

O movimento da jurisprudência mundial tem sido responsável por esta mudança de concepção no campo do Direito das Famílias, mesmo na seara do concubinato, ante os inalienáveis direitos das minorias étnicas e sexuais.

³⁴⁷ Código Civil Francês. Disponível em: <www.ambafrance.org.br/abr/voici/page02.html>. Acesso em: 25 jan. 2009.

Neste sentido, Enézio de Deus Silva Júnior ao sustentar que muitos países e tribunais pelo mundo já teriam firmado entendimento no sentido de respeito à orientação sexual das minorias:

há muito, outros países e tribunais já vinham se inquietando com a falta de cumprimento efetivo das normas internacionais que amparam os direitos inalienáveis das minorias étnicas e sexuais. De fato, a Suprema Corte Americana, a Corte de Apelação da Califórnia, a Suprema Corte do Havaí, de Vermont e a Corte Européia de Direitos Humanos, por exemplo, já firmaram entendimento no sentido do respeito à condição ou orientação sexual de cada pessoa³⁴⁸.

O concubinato hoje detém disciplina jurídica no Código Civil de 2002 e pode ser conceituado como uma relação inter-pessoal duradoura entre homem e mulher impedidos de casar, nos termos do artigo 1724 do Código Civil brasileiro³⁴⁹.

Apesar de se constituir relação jurídica proibida, a polêmica do concubinato está justamente na possibilidade de o mesmo encetar efeitos pessoais e patrimoniais entre os concubinos e, ainda, perante terceiros.

O dilema da adequação jurídica está justamente entre limites do princípio da monogamia, de um lado, e o da não tolerância ao enriquecimento sem causa, de outro, sem ignorar a dignidade humana e a primazia da realidade.

O princípio basilar da monogamia não tolera relações familiares paralelas, daí a fidelidade como um dos naturais efeitos subjetivos do vínculo conjugal, ou mesmo da união estável.

Esta intolerância para com as famílias paralelas fez o Ministro Sálvio de Figueiredo, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 19-RS, de 08.08.1989, a assim decidir: “Concubina, no dizer da jurisprudência, é a amante, a mulher dos encontros velados, frequentada pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com sua esposa”.

“As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”, porque assim afirma o Código Civil de 2002 no artigo 1.727, razão pela qual Rolf Madaleno adverte:

³⁴⁸ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. União Homossexual: do preconceito ao reconhecimento jurídico. **Revista Jurídica Diké**. Universidade Estadual de Santa Cruz. Ilhéus/Ba: Editus, 2001. a. III, anual, p. 7.

³⁴⁹ Eis o teor do artigo legal: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

A palavra concubinato, no passado, era utilizada como sinônimo de união estável, contudo, desde o advento do art. 1.727 do Código Civil apenas identifica uma relação adulterina, e que refoge ao modelo de união estável, o qual só admite envolvimento afetivo quando for apto a gerar efeitos jurídicos, podendo a pessoa ser casada, mas devendo estar separada de fato ou de direito³⁵⁰.

Este concubinato, esta uma união estável com impedimento, portanto, constitui ilícito civil pelo ordenamento jurídico brasileiro por violentar o princípio da monogamia e o dever de fidelidade, nada obstante a possibilidade de reconhecimento excepcional de efeitos patrimoniais a esta família, equiparada pela jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal a uma sociedade de fato, como se infere da Súmula 380: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

No viés da dignidade humana e sem perder de mira a necessidade de se conceber o concubinato não como uma sociedade de fato mas sim como família, emprestando-lhe tutela jurídica a estas relações, Maria Berenice Dias³⁵¹ sustenta:

Com ou sem impedimentos à sua constituição, entidades familiares que se constituem desfocadas do modelo oficial merecem proteção como núcleo integrante da sociedade. Formou-se uma união estável, ainda que seus membros tenham desobedecido às restrições legais. Não podem ser ignorados os efeitos dessa convivência no âmbito interno do grupo e também no plano externo, por seu indisfarçável reflexo social. Diante de atitudes que desatendem às regras de convívio e se afastam da forma de família eleita pelo Estado, é mister a adoção de mecanismos de repressão, punindo quem ousa afastar-se dos ditames da lei. No entanto, afirmar a inexistência da entidade familiar é, muitas vezes, castigar quem nem sabia da reprovabilidade de tal agir, ou submeteu-se a uma situação que lhe foi imposta. A postura omissiva, a negativa de extrair efeitos jurídicos de situação existente não é a solução mais adequada para atender aos mais elementares princípios da justiça e da ética.

Nada obstante, como já citado ao longo deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal assim não entendeu, em decisão proferida no dia 03 de junho de 2008:

³⁵⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.816.

³⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007,p.164.

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (RE 397762/BA, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio, Data de Julgamento: 03/06/2008).

O conflito entre a doutrina e a jurisprudência está lançado de modo visível e bem evidencia esta mudança nos usos, costumes e no jeito de se repensar o Direito a partir de uma sociedade plural, democratizada, inclusiva e sócio afetiva.

Hoje, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a concubina não possuiria direitos inerentes ao ramo do Direito de Família. Restaria a sociedade de fato ou mesmo, pejorativamente, os direitos obrigacionais pelos serviços domésticos prestados.

O concubinato, efetivamente, constitui uma peculiar questão. Não fosse pela divergência que vem se caracterizando no modo de estudá-lo, de certo que pelas novas formas de configuração do mesmo na contemporaneidade. Fala-se, agora, no concubinato consentido.

De fato, o concubinato pode ser consentido ou não à depender da ciência prévia a respeito do mesmo por parte do casal, quando este fato é aceito no plano fático, da autonomia da vontade, porém vedado no mundo jurídico.

Até que ponto alguém poderia se beneficiar da própria conduta e alegar, posteriormente, o concubinato em tais casos? Haveriam limites de ingerência estatal nesta relação ilícita? E os efeitos patrimoniais, quais seriam?

Este é o quadro atual do concubinato que, por suas peculiaridades, não poderá submeter-se ao mesmo regime jurídico interpretativo das relações convivenciais sem impedimento, porquanto o princípio da monogamia se apresenta como óbice construção de um idêntico arcabouço hermenêutico.

Contudo, este princípio monogâmico poderá ser ponderado com a necessidade de respeito a um outro princípio, como o do Juiz Natural, ou mesmo para se reconhecer a competência exclusiva dos Magistrados das Varas de Família para conhecerem das questões envolvendo o concubinato.

O princípio da Especialização da Justiça, em fiel respeito à dignidade humana de todas as famílias existentes também serviria como elemento de ponderação para impedir a qualificação do concubinato como sociedade de fato, afastando a disciplina do Direito Obrigacional, pois não se apresenta aceitável nos dias atuais a utilização do termo serviços domésticos prestados.

7 CONCLUSÕES

A nova concepção paradigmática do Direito das Famílias foi o eixo em torno do qual gravitaram os temas origem do signo família e evolução do conceito deste na história, a fim de identificar a importância do instituto para o Direito.

Para tanto, os aspectos filosófico-sociais de ontem e de hoje foram apresentados através de uma crítica qualificada como “paradigma de modernidade dominante e falido”. Dentro do dilema político-ideológico da regulação e da emancipação foi demonstrado, na busca de paradigmas emergentes, que a sociedade tem acentuado o viés regulador, garantista, nada obstante em certos momentos também apresentar postura emancipadora do direito.

O advento da bioética mostrou-se relevante na nova concepção paradigmática do Direito das Famílias, da mesma forma que a ecosofia e suas implicações na nova concepção paradigmática de todo o direito.

Uma vez apresentadas estas compreensões prévias, considerando a historicidade assim como algumas concepções filosóficas contemporâneas, passou-se à verticalização do trabalho, quando o Direito Convivencial foi conceituado, reconhecendo-se a necessidade de se perceber a razão de uma nova maneira, no sentido de concretizar princípios específicos ora conformados a fim de identificar os reflexos decorrentes disto.

O Direito Convivencial foi confrontado à vista desta nova ordem mundial sem se perder de mira sua origem. O conceito, a natureza jurídica e a finalidade do Direito Convivencial restaram apresentadas neste viés.

Neste momento, abriu-se uma discussão a respeito da importância do Direito Econômico e como este se constituiria um aparente óbice hoje ao desenvolvimento do Direito Convivencial, oportunidade em que a função social de que se denominou do “direito das dignas famílias não matrimonializadas”.

O advento da Constituição Federal de 1988 e a principiologia também constituíram dois importantes marcos no desenvolvimento desta dissertação, pois se antes os Códigos simbolizavam o marco jurídico, hoje as Constituições se apresentam no cume da hierarquia.

A redescoberta dos princípios viabilizou uma nova compreensão da nova ordem jurídica, inclusive no Direito das Famílias. Foi possível afirmar que os princípios constitucionais também se caracterizam como novos paradigmas, sem ignorar as diretrizes da eticidade, operabilidade e socialidade.

A principiologia consistiu importante elemento na construção desta problemática, fazendo-se mister depurá-la no viés do Direito Convivencial, pois os princípios deste ramo jurídico não poderiam se confundir com princípios outros do Direito.

Exatamente por isto que se buscou um diálogo entre os princípios específicos do Direito Convivencial e os demais, na busca de uma conformação principiológica emancipadora do Direito das Famílias.

O princípio da primazia da realidade, ante a informalidade da família convivencial, mostrou-se relevante, pois a maior parte das famílias não matrimonializadas é desprovida de registro, ou prova documental de existência.

A especialização da justiça se mostrou princípio importante, assim como a questão alusiva ao juiz natural, quando se analisou se este último estaria ou não sendo violentado nas demandas envolvendo as famílias não matrimonializadas. Neste momento alguns julgados foram analisados para demonstrar o equívoco em se conhecer e julgar tais questões sob o regime jurídico do Direito das Obrigações e como serviços domésticos prestados, à míngua de uma análise crítica constitucional fincada no valor fonte dignidade.

Uma vez desdobrados os aspectos processuais em breves comentários, afastou-se a existência de ferida ao juiz natural ante a ausência de tribunais de exceção, nada obstante o reconhecimento de que o princípio da especialização da justiça tem sido desrespeitado porque tais questões são julgadas nos juízos cíveis, e não nos de família.

Sob a perspectiva constitucional o princípio da facilitação da conversibilidade da união estável em casamento configura o mais visível e puro princípio do Direito Convivencial cuja máxima efetividade há de ser conferida para o fim de se aplicá-lo também em favor das famílias homoafetivas.

Diante da questão do concubinato, o princípio da especial proteção à imunidade da família regular monogâmica constitui noção implícita e está presente no conceito das famílias brasileiras.

Identificados os princípios, surgiu a necessidade de concretizar a conformação principiológica oferecida, particularmente ante os reflexos patrimoniais decorrentes desta conformação, concretizando garantias constitucionais no direito convivencial.

Dois aspectos foram abordados: a concretização de tais garantias econômicas *inter vivos*, ou seja, na vigência de uma relação convivencial, e a concretização patrimonial *causa mortis*, observada no campo do Direito Sucessório.

O conceito e a espécie dos regimes de bens constituíram pressupostos necessários ao trabalho dissertativo, assim como o estudo da legítima e do testamento, sempre em mira da sociedade convivencial não matrimonializada.

O artigo 1.790 do Código Civil de 2002 restou destacado ante a possível inconstitucionalidade do mesmo após a conformação principiológica que se construiu.

Relembre-se, neste momento, o questionamento central feito nesta dissertação: É possível, buscando o utilitarismo dos conceitos científicos, conformar principiologicamente o direito de família convivencial para o fim de solucionar questões econômicas privadas oriundas destas famílias?

Dentro deste viés utilitarista que intencionalmente se optou por seguir a resposta é positiva. Sim, é possível conformar principiologicamente o Direito de Família Convivencial aspecto fundamental na solução de questões econômicas decorrentes desta relação jurídica.

Admissível afirmar agora que um convivente pode acrescer ao seu o nome do outro, obter pensão deixada por servidor público, exercer curatela em favor do respectivo parceiro, ratear *aquesto*, receber herança, seguro de vida, legado, doação, ser juridicamente qualificado como herdeiro legítimo, ou constituir bem de família voluntário, como alguns exemplos desta dinâmica.

Superado o problema da conformação de princípios também é possível afirmar que o Direito Convivencial de Família existe, constitui realidade jurídica viva presente na doutrina, legislação e jurisprudência, como um Sub-Ramo do Direito Civil das Famílias.

Nada obstante, o Direito Convivencial não se encontra sistematizado na Ordem Jurídica devendo este se submeter a uma conformação principiologia, quais sejam: Primazia da Realidade, Especialização da Justiça, Especial Proteção (Imunidade) da Família Regular e Facilitação da Conversibilidade em Casamento.

Os aspectos patrimoniais e econômicos das relações interparticulares dos membros da Família Convivencial giram em torno do regime de bens e do direito sucessório, devendo a a Ordem Jurídica reger as questões privadas alusivas à união estável, ao concubinato, à união homoafetiva e a qualquer outra família convivencial, através de uma principiologia conformadora.

De efeito, há necessidade de tratar este tema à luz dos novos paradigmas constitucionais civis, especialmente o valor dignidade humana, que conforma e unifica as normas e categorias jurídicas.

Portanto, será possível permitir ao convivente acrescer ao seu o patronímico do outro, obter pensão, exercer curatela em face do respectivo parceiro, ratear *aquesto*,

receber herança, seguro de vida, legado, doação, ser qualificado como herdeiro legítimo ou constituir bem de família voluntário.

Em certos casos também seria possível mitigar a monogamia à vista do poliamorismo, com a prudência e dentro dos balizamentos jurídicos indicados no capítulo cinco desta dissertação, utilizando-se, dentre outros critérios, da ponderação.

Portanto, a ausência de tratamento acadêmico da matéria sob este enfoque tornou este assunto relevante, como instrumento apto a superar a visão inadequada até então utilizada pelos tribunais e alguns doutrinadores, especialmente diante da quantidade de seres humanos que vivem no seio da família convivencial, afinal de contas: “qualquer maneira de amor vale a pena, qualquer maneira de amor vale amar”.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, José Maurício. **Bases para uma Metodologia de Pesquisa em Direito**. Disponível em: <www.juspodium.com.br>. Acesso em: 22 dez. 2003.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino**. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 15 jun. 2008.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Traduzido por Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALVES, Jones Figueirêdo. Artigos 1.829 – 1851. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.382-383.

APOSTOLOVA, Bistra S. **Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza**: 2.ed. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997.

BALTAZAR, Antônio Henrique Lindemberg. **Princípios de Interpretação Constitucional**. Disponível em: <www.editoraferreira.com.br>. Acesso em: 07 set. 2008.

BARROS, Sérgio Rezende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Disponível em: <www.srbarros.com.br>. Acesso em: 31 out. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética médica**. 4.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BIBLIOTECA Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. França, 26 ago. 1789. Tradução. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html>. Acesso em: 02 set. 2008.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BITTENCOURT, Edgar Moura. **O Concubinato no Direito, editora Jurídica e Universitária Ltda**. 2.ed. Rio de Janeiro: Alba, 1969.

BOAVENTURA, Edvaldo M. **Metodologia da Pesquisa: Monografia, Dissertação, Teses**. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone Ltda, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível. Processo nº 16313-9/99. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Data da Publicação 04/04/2001. Relator: Desembargador Mário Albiani.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Processo nº 5983626655. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Data da Publicação 01/03/2000. Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. Processo nº 599075496. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Data da Publicação 17/06/1999. Relator: Desembargador Breno Moreira Mussi.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Processo nº 54. Data da Publicação 27/04/05. Relator Ministro Marco Aurélio.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Processo nº 359.444. Data da Publicação 28/05/04. Relator Ministro Marco Aurélio.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº 3.300. Data da Publicação 28/05/04. Relator Ministro Celso de Mello.

BUENO, Silveira. **Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD, 1996.

BUNGE, Mario. **La Investigación Científica su Estrategia y su Filosofía**. 1.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3.ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____._____. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____._____. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito da Família e das Sucessões**: Relatório apresentado no concurso para professor associado da Faculdade de Direito de Lisboa. 1.ed. Universidade de Direito de Lisboa: Lisboa, 1995.

COSTA, Ronaldo Pamplona da. Amor homossexual. In: **Amor e Sexualidade. A Resolução dos Preconceitos**. São Paulo: Gente, 1994.

D'ADOSTINHO, Francesco. **Filosofia Della Famiglia**. Milano: Editora Giuffré, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6.ed. São Paulo: LTR, 2007.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIAS, Maria Berenice. **A Ética do Afeto**. Disponível em:
<<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 31 mar. 2007.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 3.ed. rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2002.

_____. _____. 4.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

_____. **União Homossexual: O Preconceito e a Justiça**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.1. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.V. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIREITOS Humanos na Internet. Declaração de Direitos 1689 (Bill of Rights). Tradução. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>>. Acesso em: 03 out. 2008.

DWORKING, Ronald. **Uma Questão de Princípios**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Vitória, 1960.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Ensaios de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

_____. **O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **O impacto das mudanças sociais no Direito de Família** (navegando entre dois Brasis: do casamento codificado às famílias não matrimonializadas na experiência brasileira). Disponível em: <http://www.unimar.br/cursos/fd/argumentum_1.pdf>. Acesso em: 06 out. 2007.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à Família: ou Famílias Sociológicas versus Famílias Reconhecidas pelo Direito: Um Bosquejo para uma Aproximação Conceitual à Luz da Legalidade Constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 23, abr./maio, 2004, p.53-77.

_____. **Escritos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____ ; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões Homossexuais: efeitos jurídicos**. São Paulo: Editora Método, 2004.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética**. 4.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização**. Tradução Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

FIÚZA, Cesar. **Direito Civil: Curso Completo**. 10.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIÚZA, Ricardo (Coord.) **Novo Código Civil Comentado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1700-1702

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1997.

FRANÇA. Código Civil. Disponível em:
<www.ambafrance.org.br/abr/voici/page02.html>. Acesso em: 25 jan. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O Contrato de Namoro**. Disponível em:
<www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 03 set. 2008.

_____ ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10.ed. v.I São Paulo: Saraiva, 2008.

_____ ; _____. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica. **Revista da AJURIS**, n. 88. tomo I, dez./2002, p.224-252.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais**. Local: Livraria do Advogado Editora, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. VII. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito de Família**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Wilson José. **União estável e as alternativas para facilitar sua conversão em casamento**. 1998. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. São Paulo: Papiros, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HEIDEGGER, Martins. **Sobre a essência da verdade**. Tradução de Carlos Marijão. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: Estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

IBGE. Estatísticas do Registro Civil. 2008. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 03 dez. 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (dez) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 24, jun./jul.2004, p.45-66.

_____. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navegandi, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 03 maio 2004.

_____. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausulus**. Disponível em: < www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 15 fev. 2008

_____. **Famílias**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

MARQUES, Jose Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4.v. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre Pessoas do mesmo Sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. V.1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAN, Luis Gonzáles. **De la bioética al bioderecho, libertad, vida y muerte**. Madrid: Comillas, 2006.

OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável**: Do Concubinato ao Casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. Os Dez Anos da Constituição Federal: O Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. **Anais do Seminário Democracia e Justiça**. 1998

OST, François. **A natureza à margem da lei**. Lisboa: Instituto Bacet, 1995.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PERLINGINERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil Constitucional. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito Para um Novo Paradigma Hermenêutico**. Saraiva: São Paulo, 1999.

_____. **Memórias**. v.2. A balança e a espada. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **O Projeto do Novo Código Civil**: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Visão Geral do Projeto do Código Civil**. 1998. Disponível em: <<http://www1.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2004.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: São Paulo, 1996.

RUSSELL, Bertrand. **The Scientific Outlook**. 1.ed. Londres: Norton, 1931.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisk. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTANA, Heron José de. O futuro do direito penal ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, v.34, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.57-83.

_____. Princípios e regras de soft law: Novas fontes de direito internacional ambiental. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, a.1, v.01. São Paulo: Fiúza, 2005, p.90-115.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização Por Danos à Personalidade do Filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n.25, ago./set. 2004, p.122-146.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTR, 1999.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção Por Casais Homossexuais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006

_____. União Homossexual: do preconceito ao reconhecimento jurídico. **Revista Jurídica Diké**. Universidade Estadual de Santa Cruz. Ilhéus/Ba: Editus, 2001. a. III, anual.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: LTR, 1999.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho; DIAS, Maria Berenice. Famílias Modernas: (inter)secções do afeto e da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Ano II, n. 8, jan-fev-mar/01, p.32-66.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. v.1. 22.ed. São Paulo: LTR, 2005.

TÂMEGA, Bruna Carolinar. **A Concretização dos Princípios Constitucionais pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_03/ANO1_VOL_3_01.pdf>. Acesso em: 25 maio 2007.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. V.6 4.ed. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Temas de Direito Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Maria Celina M. B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial**, Ano 17, jul./set. 1993, p.70-93.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v.I. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TREVISAN, João Silvério. A epopéia universal do desejo. **Revista Sul Generis**. Ano III, n. 23. 1997, p.25-43.

VARELLA, Irene Innwinkl Salem; SALEM, Luiz. **Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal. Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo**. 1.ed. Rio de Janeiro: Agá Juris Editora: 2000.

VELOSO, Zeno. Artigo 1.829, do Código Civil de 2002. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1839-1845.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

