



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A nova concepção de família e o direito sucessório brasileiro

Marcelle Bazilio Dias de Oliveira

Rio de Janeiro
2012

MARCELLE BAZILIO DIAS DE OLIVEIRA

A nova concepção de família e o direito sucessório brasileiro

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Néli Fetzner

Nelson Carlos Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

A NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA E O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Marcelle Bazilio Dias de Oliveira

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: A concepção de família sofreu e está sofrendo grande mudança nas relações interpessoais. A família está se distanciando do seu modelo tradicional, modelo ainda protegido pelo Código Civil Brasileiro. No direito sucessório, há a restrição da disposição da metade dos bens aos herdeiros necessários que são: ascendentes, descendentes e cônjuge. Com isso, não há plena proteção sucessória à “nova família”. O direito tem que se adaptar a nova família, se adequando aos novos valores. A essência deste trabalho é mostrar que o direito sucessório protege apenas um modelo estigmatizado de família, não se adequando à nova realidade social.

Palavras-chave: Família. Transformação. Proteção sucessória.

Sumário: Introdução. 1. A família: a evolução histórica e a proteção pelo Código Civil. 2. Novas famílias na sociedade e o reconhecimento pelas jurisprudências. 3. O direito sucessório no direito pátrio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da disposição sucessória no ordenamento pátrio e as questões acerca da nova concepção de família vista na sociedade. Não existem apenas as famílias reguladas pelo legislador, pois esse não tem o poder de estabelecer todos os tipos de famílias presentes no meio social. O modelo tradicional de família adotado pelo Código Civil ainda protege, no direito sucessório, um tipo de família tradicional, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge – herdeiros necessários.

Com essa proteção a uma família tradicional, o indivíduo não poderá dispor livremente

de seu patrimônio, pós morte, para a sua verdadeira família, com que mantém um laço afetivo, que atende suas necessidades mais básicas e imediatas, devido à reserva das metades dos bens aos herdeiros necessários.

Fazendo uma análise sobre a evolução histórica e o atual direito sucessório brasileiro e um comparativo desse ramo do direito com outros países, pode-se observar que nem sempre foi dessa forma a limitação dos bens *pos mortis* e a proteção a esse tipo de família, em alguns países, o indivíduo pode dispor de seus bens livremente após a sua morte.

Um dos fundamentos da indisponibilidade total do patrimônio no direito sucessório com a parte resservada à legítima é a proteção a família. Contudo, não se pode restringir o patrimônio do *de cujus* para uma família estigmatizada. Não se pode deixar de levar em consideração a família que decorre da simples situação fática, que nem sempre está fundada no laço sanguíneo.

Protegido o cônjuge pelo regime de bens, o indivíduo goza de liberdade para alienar seu patrimônio durante sua vida sem anuência dos herdeiros, não dispondo da mesma liberdade pós-morte.

Outros tipos de família são reconhecidas e aceitas pela sociedade, e o Estado tem o dever de protegê-las.

Com a proteção sucessória a essa família tradicional, o indivíduo não poderá deixar tudo o que construiu em sua vida, após a sua morte, para quem quiser, para quem tiver realmente laço afetivo, não sendo protegido pelo Código Civil.

Às vezes o *de cujus* nunca teve uma ligação afetiva com a família preservada pelo Código Civil, sequer conheceu seus ascendentes ou seus descendentes nunca o procuraram, não sendo motivo de deserdação. Porém, é notório que esses “familiares” não merecem o

direito a essa herança, diante do conflito entre a família de fato e a família preservada pelo Código Civil.

1. A FAMÍLIA: A EVOLUÇÃO HISTÓRIA E A PROTEÇÃO PELO CÓDIGO CIVIL

Sabe-se que¹, em certas civilizações, era negado ao homem o direito de estabelecer o modo de partilha dos seus bens após o seu falecimento. Certas tribos germânicas, em que imperava a ideia do patrimônio de família, só podiam ser herdeiros os membros da mesma família, se reservando a terceiros, apenas a possibilidade de receber legados. Somente em virtude do vínculo sanguíneo havia a possibilidade de herdar, afirmava que *Deus facere potest heredes non homo*, jamais podendo em virtude da declaração de última vontade do falecido.

Há dúvidas² sobre as origens da sucessão legítima e da testamentária. Nas primeiras civilizações, nas formas de sucessão, havia um cunho mais religioso do que econômico, importava-se em delegar o poder exercido pelo *pater* dentro da família, tendo como obrigação continuar o culto dos deuses domésticos.

A relação de consanguinidade não era importante no Direito Romano mais antigo, o conceito de família era fundado no liame civil e no religioso principalmente, não sendo considerado da mesma família o membro que não cultuasse os mesmos deuses. O indispensável era haver o Laço de Culto, não bastando o laço sanguíneo para estabelecer o parentesco.³

¹ WALD, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.13.

² *Ibidem*, p. 49.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*:. Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 197-198.

A família constituía uma unidade econômica, não era bem definida a ideia de propriedade individual, o *pater* tinha a administração do patrimônio comum. A herança pertencia à pessoa do sexo masculino, que devia dar continuidade ao culto e à religião doméstica.⁴

A agnação romana advinda da época primitiva era reconhecida não pelo nascimento, mas pelo culto. O parentesco derivado da relação de nascimento passa a ter importância quando a religião enfraquece, passando a família a desempenhar a função de mútua assistência mais restrita e derivada do casamento.⁵

Segundo a Lei das XII Tábuas⁶ admitiam-se como herdeiros aqueles que, por ocasião da morte do *de cuius*, estivessem sob a sua *pátria potestas*. Em sua falta, herdavam os descendentes do mesmo *pater*, ou que pertenciam ao mesmo *gens*, com o mesmo nome e origem comum.

No direito Canônico dominava o parentesco da consanguinidade.⁷ Enquanto prevaleceu a comunidade familiar, não se cogitava a sucessão, a qual somente veio a se desenvolver sob influência do sentimento individualista.⁸

Países como Alemanha, Suíça e Áustria admitem a sucessão contratual que não é admitida, em via de regra, pela sucessão brasileira, permitindo que o indivíduo proteja, após a sua morte, não apenas a família estabelecida em lei.⁹

O Código Civil de 1916, apesar de não enumerar os herdeiros necessários, protegia praticamente a mesma família protegida pelo Código Civil de 2002, dizia sobre proteção do ascendente e do descendente conforme o disposto a seguir: O testador que tiver descendente e ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de

⁴ WALD, op. cit., p. 49.

⁵ VENOSA, op.cit., p. 198.

⁶ WALD, op.cit., p. 49.

⁷ VENOSA, op.cit., p. 49.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*.v.6. 13. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 78.

⁹ LEITE, Gisele. *Algumas linhas críticas sobre o direito sucessório brasileiro*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/00/2900/>>. Acesso em: 08 out.2011.

pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto nesse Código (art. 1.603 a 1.619 e 1.723).

O Código Civil de 2002 ainda protege uma família estigmatizada, que são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, tendo, como a única diferença para o Código Civil de 1916, a inclusão do cônjuge.

Conforme o Código civil, são parentes em linha reta os ascendentes e descendentes e em linha colateral ou transversal, as pessoas que provierem de um só tronco até o quarto grau sem descenderem uma da outra, na forma dos art. 1.1591 e 1.592.

Há, ainda, a proteção à família baseada apenas no laço sanguíneo. Uma exceção a essa regra é a família socioafetiva, no caso de adoção, em que atribui a situação de filho ao adotado, sendo cortado o vínculo com os parentes consanguíneos, salvo em relação aos impedimentos para o casamento, na forma do art. 1.626 do Código Civil.

Com isso, verifica-se que só a família tradicional é protegida pelo Código Civil brasileiro, não há proteção legal das novas famílias que veem surgindo na sociedade brasileira e mundial e são protegidas por diversas novas jurisprudências.

2. NOVAS FAMÍLIAS NA SOCIEDADE E O RECONHECIMENTO PELAS JURISPRUDÊNCIAS

As famílias atuais vêm se diferenciando das famílias na concepção antiga, no que concerne suas finalidades, composição e papel de pais e mães.

Os ofícios não são mais transmitidos de pais para filhos e a educação cabe ao Estado e às instituições privadas por ele supervisionadas. A religião é heterogênea, tendo uma multiplicidade

de seitas e credos cristãos desvinculados da fé original, não sendo mais a religião ministrada em casa. A assistência da família tem sido assumida pelo Estado.

A convivência entre pais e filhos mudou¹⁰. A mulher lançou-se no mercado de trabalho. As crianças passaram mais tempo fora do lar, na escola. Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção, o desgaste religioso fez aumentar o número de casais se divorciando. As uniões sem casamento passam a serem aceitas pela sociedade e pela Constituição. A nova família estrutura-se independentemente do matrimônio. Casais homoafetivos vêm obtendo reconhecimento judicial e legislativo.

Não se pode negar¹¹ que a variedade de fatores não permite fixar um modelo uniforme de família. Deve-se compreender a família conforme os movimentos, nas relações sociais, ao longo do tempo.

Conforme diz Luiz Edson Fachin¹² é “inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”.

A estrutura da sociedade moderna impõe um modelo familiar democrático, descentralizado, igualitário e desmatrimonializado. Os novos valores que nascem na sociedade contemporânea rompem a concepção tradicional da família, definitivamente.¹³

No Brasil, a Constituição de 1988 representou um grande marco para o direito civil, especialmente no direito de família.¹⁴

¹⁰ WALD, op.cit., p. 49.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. v. 6. 4. ed. Bahia: JusPodivm, 2012, p. 39.

¹² FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

¹³ FARIAS, op. cit., p. 40.

¹⁴ VENOSA, op.cit., p. 7.

Antigamente só era reconhecida a sociedade biparental fundado em ultrapassado modelo patriarcal e hierarquizado, hoje é reconhecida a família monoparental, não sendo mais criminalizado filhos de mães solteiras, reconhecendo a Carta Magna, em seu art. 226, §4º, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Para o legislador de 1918, somente merecia ser amparada a família legítima, sendo aquela formada pelo casamento entre um homem e uma mulher e os filhos comuns deles concebidos. Hoje é amparada tanto a família legítima como a “ilegítima”, tanto o filho legítimo com o “ilegítimo” tem proteção do Estado, sendo iguais perante a lei. O art. 229 do Código Civil de 1916 está revogado, não o reproduzindo o Novo Código Civil.¹⁵ Com isso, é possível o ajuizamento de ação investigatória contra o genitor casado.¹⁶

Conforme sustenta Pedro Lenza: “prioriza-se, portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, com destaque para a função social da família, consagrando a igualdade absoluta entre os cônjuges (art. 226 §5º da CRFB/88) e os filhos (art. 227, §6º da CRFB/88)”.¹⁷ E, ainda, segundo Zeno Veloso, “as famílias constituídas pelo afeto, pela convivência, são merecedoras do mesmo respeito e tratamento dados às famílias matrimonializadas. A descriminalização entre elas ofende, inclusive, fundamentos constitucionais”.¹⁸

As relações de parentesco não são somente as encontradas no rol legal. É bastante distendido o conceito socialmente, envolvendo todos que tem um elo familiar comum.

¹⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 126.

¹⁶ BRASIL. Recurso Especial nº. 7631/RJ. Quarta turma. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 17 de setembro de 1991. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=7631&b=ACOR> . Acesso em: 23 mar.2012.

¹⁷LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 750.

¹⁸ CATEB, Salomão de Araújo. *Da Sucessão Legítima no CCB/02*. Editorial News. São Paulo. Disponível em: <http://www.editorialnews.com.br/SeuDireito/Artigos/da_sucessao_legitima.htm>. Acesso em: 29 out.2008.

O parentesco é natural, biológico, consanguíneo, civil, social, por afinidade, que pode decorrer da conjugalidade, do companheirismo e da filiação.¹⁹

Hoje, conforme aduz Arx Tourinho²⁰, existe o conceito de família amplo e restrito. O amplo seria conceitualizar a família como sendo “um conjunto de pessoas, ligadas pelos laços do parentesco, com descendência comum, englobando, também, os afins”. No conceito de restritiva, a família seria tratada como a que “abrange os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em união estável, ou apenas irmãos”. É na acepção *stricto sensu* que mais se utiliza o termo “família”.

Há também outro conceito sobre a entidade familiar que é: “a união de pessoas vinculadas por consangüinidade até um limite legal, e por afinidade ou parentesco civil advindo da adoção, esta pode originar-se tanto do casamento como da união estável, ou entidade familiar”.²¹

Conforme afirma Anthony Giddens²², família é “um relacionamento baseado na comunicação emocional, em que as recompensas derivadas de tal comunicação são a principal base para a continuação do relacionamento”.

Nesse diapasão, o conceito de família foi ampliado pela Constituição de 1988 sendo reconhecida como entidade familiar também a união estável entre o homem e a mulher, o que restou em facilitar a lei sua conversão em casamento.²³

A sociedade enfrenta as relações homoafetivas, discutindo-se nos tribunais a proteção de direitos em pessoas do mesmo sexo conviverem em união estável.²⁴ Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, decidiu que

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 35.

²⁰ TOURINHO, Arx, apud MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 30.

²¹ FEY, Vanessa Araújo. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2630>. Acesso em: 29 out.2008.

²² GIDDENS, Anthony, apud FARIA, op. cit., p. 42.

²³ WALD, op. cit., p. 51.

²⁴ VENOSA, op. cit., p. 7.

essa união não pode sofrer discriminação, por isso, são aplicados os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que aos parceiros de sexo distinto que integram uniões heteroafetivas. Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal traz o afeto como elemento essencial da família moderna²⁵.

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) considerou as uniões homoafetivas como entidades familiares ao possibilitar a violência familiar praticada por uma mulher contra outra mulher, disse que as relações pessoais “independem da orientação sexual”.

Conforme Leonardo Barreto Moreira Alves²⁶, “pela primeira vez foi consagrada no âmbito infraconstitucional a ideia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros”

A família é conhecida como o refúgio das garantias constitucionais garantidas a cada cidadão. Por isso, a afetividade é necessária e imprescindível para o respeito às peculiaridades de cada membro, o que resta por preservar a dignidade de todos.²⁷

Maria Berenice Dias²⁸ considera o afeto como direito fundamental, isto permite uma alta aplicação desse instituto como, por exemplo, a igualdade entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva.

Ao querer colocar fim à estrutura familiar tradicional, a contemporaneidade entende a família como organização fundamental subjetiva para a construção individualizada da felicidade.²⁹

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 477554. Segunda turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28477554%2EENUME%2E+OU+477554%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 mar.2012.

²⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira, apud Faria, *op. cit.*, p. 92.

²⁷ FARIAS, *op. cit.*, p. 71.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 68.

²⁹ FARIAS, *op. cit.*, p. 43.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça³⁰ decidiu como sendo possível a habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo. O Egrégio Tribunal diz que se deve adotar uma nova concepção de família “baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico” que deverá ser protegida pelo Estado. Sustenta que o conceito de casamento deve ser pluralizado devido às diversidades familiares; não deve ser considerado como a proteção maior do Estado, mas apenas um intermediário para a proteção da dignidade da pessoa humana. Com isso, reconhece que as famílias formadas por pares homoafetivos não são menos dignas de proteção do que as famílias formadas por casais heterossexuais. O Egrégio Tribunal garante a esses casais o casamento, instituto em que o Estado melhor protege a família.

Por isso, as uniões homoafetivas são entidades familiares, e, conforme Cristiano Chaves de Farias³¹ “trata-se de um verdadeiro imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais, contidos no Código Civil”.

Há, ainda, jurisprudência em que se admite a adoção de duas ou mais pessoas do mesmo sexo, o que gera condição de pai a ambos que adotaram³²; neste sentido o Tribunal do Rio Grande do Sul³³, por considerar que não há qualquer inconveniente o fato de crianças serem adotadas por casais homossexuais, a prioridade é o afeto.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°. 1183378. Quarta turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1183378&b=ACOR> Acesso em: 05 ago. 2012.

³¹ FARIAS, op. cit., p. 44.

³² DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 46-47.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Relator: Desembargador: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 04 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70013801592&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520J%2520ust%2520%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%2520%25B3rd%2520%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%2520%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>> Acesso em: 20 mar. 2012.

Observa-se que a família moderna é tipicamente concebida em sentido estrito, ou seja, os pais e os filhos, perdendo a sua importância a família patriarcal antiga, a família em sentido amplo, que abrange os colaterais afastados.³⁴

A família deixa de ser compreendida como núcleo reprodutivo e econômico, avançando para uma compreensão socioafetiva.³⁵

Destarte, as fontes das relações de família são o casamento, a afinidade, o parentesco e a adoção.³⁶

Em relação à afinidade vem se reconhecendo a filiação socioafetiva. Segundo Maria Berenice Dias³⁷ nada é mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, dando afeto, assegurando proteção e garantindo a sobrevivência.

Nos dias atuais, não se pretende mais buscar, na verdade jurídica, nem na verdade biológica, a estrutura familiar. A coincidência genética deixou de ser a base para se realizar a análise dos vínculos familiares. Maria Berenice Dias³⁸ diz que o elemento estruturante do direito de família é o amor, “elo afetivo que funde as almas e confunde os patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos”, por isso é o envolvimento emocional que leva um relacionamento a ser inserido no direito de família, sendo retirado do direito obrigacional.

O art. 1º, III da Constituição Federal trata do direito ao respeito à dignidade da pessoa humana, por isso quando o vínculo tiver por base o afeto não se pode deixar de conferir a ele o *status* de entidade familiar.

³⁴ WALD, op. cit., p. 51.

³⁵ FARIAS, op. cit., p. 43.

³⁶ VENOSA, op. cit., p. 197.

³⁷ DIAS, op. cit., p. 325.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Quem é o pai?* Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/2_-_quem_%E9_o_pai.pdf> Acesso em: 13 mar. 2012.

João de Baptista Villela³⁹ há muito tempo já falava na desbiologização da paternidade dizendo que a família é um grupo de afetividade e companheirismo, o que acaba por esvaziar o conceito biológico da paternidade.

A filiação socioafetiva é a correspondente à realidade existente e a judicialização de tal verdade é garantia para a estabilidade social. A constância social da relação entre pais e filhos é revelada pela posse do estado de filho, o que traduz essa paternidade não é o fato biológico, mas os elementos frutos de uma convivência afetiva.⁴⁰

O Superior Tribunal de Justiça⁴¹ sustenta que a filiação socioafetiva constitui relação familiar a ser amparada juridicamente com base no direito da pessoa humana, isso porque a base familiar nasce de uma decisão espontânea dos pais. Reconhece a filiação mesmo no caso de adoção a brasileira – em que se assume a paternidade sem o devido processo legal da adoção – porque a desconstituição da maternidade amparado no afeto seria extirpar da criança o direito de sua identificação familiar e a identificação de sua personalidade:

Existem dois exemplos em que o afeto vem sendo aplicado como base familiar. A Lei n. 11.924/09 permite o acréscimo, por decisão judicial, do sobrenome do padrasto ou da madrasta pelo enteado ou enteada, devido ao longo tempo de convivência, devido à formação do laço afetivo; e a Lei n. 12.398/11, que acrescenta o parágrafo único ao art. 1.589 do Código Civil, reconhece o direito de visita aos avós devido ao vínculo de afeto que se forma entre avós e netos.

³⁹ VILLELA. João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 21, 1979, p. 404.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Quem é o pai?* Disponível em: < http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/2_-_quem_%E9_o_pai.pdf > Acesso em: 13. mar. 2012.

⁴¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº.1000356. Terceira turma. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Brasília, 25 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1000356&b=ACOR>. Acesso em: 20 mar.2012.

No mesmo aspecto se examina o fenômeno da fertilização assistida, as chamadas inseminações homólogas e heterólogas previsto no art. 1.597 do Código Civil, o que acarreta, sob esse prisma, uma desbiologização do parentesco.⁴²

Porém, não obstante a realidade social e econômica, existem centros de fertilização que o direito ainda não alcançou, como, por exemplo, as mães de alugueis. Este entre outros são uns paradoxos das distorções que começam a ocorrer por falta de regulamentação específica.⁴³

3. O DIREITO SUCESSÓRIO NO DIREITO PÁTRIO

Uma das finalidades da sucessão⁴⁴ é prestar auxílio ou proteger economicamente os membros da família do falecido, objetivando preservar, pelo menos, parte do patrimônio aos membros mais próximos daquele que faleceu, tendo em alta conta a proteção à família. O que se assume é a importância da unidade familiar ou a preservação da relação de parentesco, o que se procura fazer com o suporte econômico.

O texto constitucional brasileiro protege expressamente o direito de herança, conforme o aludido no art. 5º, XXX da CF/88, como garantia constitucional.⁴⁵ Tem como base a proteção a família (art. 203, I e 226, caput da Constituição) e a sucessão hereditária (art. 227 §6º da CF/88).⁴⁶

⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 199.

⁴³ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 247.

⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 207.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Mendes. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 432.

⁴⁶ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111.

Conforme observou Maria Helena Diniz ⁴⁷, “o objeto da sucessão *causa mortis* é a herança, dado que, com a abertura da sucessão, ocorre a mutação subjetiva do patrimônio do *de cuius*, que se transmite aos seus herdeiros, os quais sub-rogam nas relações jurídicas do defunto, tanto no ativo como no passivo até os limites da herança”.

Com a morte de uma pessoa, seus herdeiros são chamados a suceder. Esse chamamento ou vocação pode obedecer ao impulso da vontade, chamada de sucessão testamentária, ou da lei, denominada sucessão legítima. A primeira forma de sucessão atende ao que dispõe o testador e coincide com o duplo aspecto da facção testamentária e da capacidade para receber por testamento.⁴⁸

A sucessão legítima no direito brasileiro se efetua na ordem de vocação hereditária estabelecida no Código Civil em seu art. 1829, e, de acordo com as normas vigentes, ao tempo da abertura da sucessão que se encontram nos art. 1787 e 2041 do Código Civil.⁴⁹

O direito dos parentes próximos à herança é reconhecido como de ordem pública, pela própria lei, ao estabelecer a quota legítima, da qual o *de cuius* não pode dispor dos seus bens para depois de sua morte, e mesmo durante sua vida, conforme dispõe o art. 1.176 do novo Código Civil Brasileiro.

Herdeiro necessário (legitimário ou reservatório) é o descendente (filho, neto, bisneto, etc.) ou ascendente (pai, avô, bisavô, etc.) sucessível, ou seja, conforme discursa Carlos Roberto Gonçalves⁵⁰ “é todo parente em linha reta não excluído da sucessão por indignidade ou deserção, bem como o cônjuge (art. 1845 do Código Civil)”.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena, apud LENZA, op. cit., p. 609.

⁴⁸ PEREIRA, op. cit., p. 83.

⁴⁹ PEREIRA, op. cit., p. 81.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, apud GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41.

Uma crítica que se faz⁵¹ é o tratamento distinto que o Código faz em relação ao cônjuge e ao companheiro. Não havia razão para tal distinção ser feita, já que a igualdade já fora alcançada. A matéria de sucessão do companheiro não foi tratada dentro do capítulo referente à ordem de vocação hereditária, mas sim no Capítulo I que trata de Disposições Gerais, distanciando da sucessão do cônjuge. Não havia impedimento para que o Código trata-se da matéria em conjunto com o cônjuge, com a referência do companheiro nos art.1.829 a 1.832 e 1.836 a 1.839.

No Código Civil de 1916, nem o cônjuge nem o companheiro eram considerados herdeiros necessários. Com o advento do Novo Código Civil, conforme seu art. 1.845, o cônjuge foi promovido à condição de herdeiro necessário, mas o companheiro não.⁵²

Os herdeiros facultativos são os colaterais até o quarto grau. A existência desses herdeiros não impede a disposição, em testamento, de todos os bens do testador, mas se falece sem deixar testamento, esses herdeiros são chamados a suceder sucessivamente.

Nesse diapasão, completa o art. 1.850 do Código Civil “para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

Se houver herdeiros necessários⁵³, só sendo excetuado no caso de deserdação, a meação do falecido é dividida em legítima e metade disponível. A primeira corresponde a um quarto do patrimônio do casal, ou à metade da meação do testador. Dela o herdeiro necessário não pode ser privado, é herdeiro imposto pela lei, sendo forçado. A legítima, ou reserva, é a porção de bens que a lei assegura a ele. Por outro lado, porção, ou quota disponível, constitui a parte dos bens que o testador pode dispor livremente, ainda que tenha herdeiros necessários.

⁵¹ CARVALHO NETO, Inácio de. *Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 185.

⁵² DIAS, op. cit., p.69.

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 186.

Existe, em parte, a faculdade na lei àqueles que não têm os parentes em linha reta vivos, que disponha de seu patrimônio, sem limite, de acordo com a sua vontade.

A sociedade, tendo fixado o seu critério, impõe ao indivíduo, mas permite que este venha a discrepar, estabelecendo outra maneira de distribuir a sua sucessão, protegidos os legítimos interesses dos descendentes e ascendentes pela existência da quota legítima que corresponde à parte inatingível da sucessão.⁵⁴

Neste certame, o testador, tendo descendente ou ascendente sucessível, não tem plena liberdade de testar (art. 1846) só podendo dispor das metades de seus bens.⁵⁵ Somente se não os tiver, que poderá dispor livremente de seus bens.⁵⁶ Mesmo o testamento sendo válido e eficaz, o falecido não pode dispor de parte de seus bens caso houver herdeiros obrigatórios.

Somente em casos excepcionais e expressos em lei que o autor da herança pode privar seus herdeiros necessários da porção disponível e da legítima, tendo que fazer por testamento, que é a única forma permitida.⁵⁷

Conforme dispõe o Código Civil, são excluídos, por indignidade, da sucessão os herdeiros ou legatários que tiverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa cuja sucessão se tratar ou de seu cônjuge ou companheiro. Há a exclusão, também, quando os herdeiros ou legatários acusarem caluniosamente, em juízo, o autor da herança; ou incorrerem em crime contra a sua honra de seu cônjuge, ou de seu companheiro; ou que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, disposto no art. 1814.

⁵⁴ WALD, op. cit., p. 15.

⁵⁵ VENOSA, op. cit., p. 149.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 191393/SP. Brasília, 20 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70013801592&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>> Acesso em: 20 mar.2012.

⁵⁷ GONÇALVES, op. cit., p. 398.

É autorizada a deserdação dos descendentes por seus ascendentes no caso de ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com a madrasta ou padrasto ou desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, sendo disposto no art. 1962 do Código Civil.

Neste certame⁵⁸, também é autorizada a deserdação dos ascendentes pelos descendentes nos casos de ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com a mulher ou companheira da filha ou a da neta e desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade, conforme o aludido no art. 1814 do Código Civil.

Para Caio Mario⁵⁹ não é arbitrário privar o herdeiro necessário de sua legítima, “no descumprimento de deveres por parte do herdeiro necessário ou na ‘ingratidão conspícua’ cometida pelos filhos”.

A dificuldade da deserdação se dá porque uma das finalidades da sucessão é prestar auxílio ou proteger economicamente os membros da família do falecido, repousando-se no fator econômico, objetivando preservar pelo menos parte do patrimônio aos membros mais próximos daquele que faleceu, tendo em alta conta a proteção à família. O que se assume é a importância da unidade familiar ou a preservação da relação de parentesco, o que se procura fazer com o suporte econômico.⁶⁰

Se houver herdeiros necessários, só sendo excetuado no caso de deserdação, terá direito a meação do falecido (corresponde a um quarto do patrimônio do casal, ou à metade da meação do testador). Em relação a essa meação, o herdeiro necessário não pode ser privado, pois é herdeiro imposto pela lei. A legítima, ou reserva, é a porção de bens que a lei assegura à sua família, protegida pelo Código Civil, para depois da sua morte. Por outro lado, porção, ou quota

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, apud GONÇALVES, op.cit., p. 404.

⁵⁹ GONÇALVES, op.cit., p. 400.

⁶⁰ RIZZARDO, op. cit., p. 207.

disponível, constitui a parte dos bens de que o testador pode dispor livremente, ainda que tenha herdeiros necessários.⁶¹

Com isso conclui-se se houver herdeiros necessários, a liberdade de testar é restrita à metade disponível; se houver somente herdeiros facultativos, é plena.⁶²

Sempre se questionou se o direito de dispor do patrimônio deveria ser absoluto, ou se o legislador deveria sofrer certas restrições.⁶³

Trata-se, sem dúvida, de difícil opção legislativa estabelecer o limite do âmbito do direito de testar, em que a motivação parte de princípios éticos, religiosos, econômicos e morais da sociedade.⁶⁴

O catálogo de direitos fundamentais na constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser de busca de auto-realização, responsável pela escolha de meios aptos para realizar suas potencialidades. A efetivação dessas liberdades presta serviço ao regime democrático, na medida em que viabiliza a participação mais intensa de todos os interessados nas decisões políticas fundamentais.⁶⁵

Entende-se⁶⁶ que, sendo compreendido como um dos fundamentos do Novo Estado, em face do qual o indivíduo goza de certas proteções - Estado de Direito -, com o direito à liberdade nasceram como espécies o direito à propriedade, a liberdade de imprensa, a liberdade de locomoção, a liberdade de opinião. Esse momento possui como outro componente fundamental o Liberalismo Econômico, que defende um modelo de Estado mínimo concentrado internamente na

⁶¹ GONÇALVES, op.cit., p. 186.

⁶² GOMES, op. cit., p. 41.

⁶³ VENOSA, op. cit., p. 150.

⁶⁴ VENOSA, op. cit. p.150.

⁶⁵ MENDES, op. cit., p.359.

⁶⁶ PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO; Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p.211.

segurança pública para a garantia da propriedade proporcionando a baixa intervenção do Estado na vida social.

Ao contrário do que ocorre em várias legislações de outros países, o testador, no Brasil, não goza de liberdade absoluta para dispor, mas pode dispor de todos os seus bens por testamento para depois da morte quando não possuir herdeiros necessários, caso que poderá afastar de sua sucessão, se desejar, os colaterais.⁶⁷ Em alguns países é admitida a sucessão contratual, tendo o *de cujus* direito de dispor do seu patrimônio após sua morte.⁶⁸

Como sentencia Orosimbo Nonato⁶⁹, o fundamento da faculdade de testar responde à aspiração do homem de viver além da vida, à sua tendência de sobreviver, à sua solidariedade com o futuro. Com o testamento encerra a voz, o desejo, a vontade de uma pessoa, projetando esse querer para um tempo em que o declarante já é defunto.

A proteção da legítima costuma ser tratada na parte concernente ao estudo de sucessão testamentária, encarada, unicamente, sob aspecto de limitação ao poder de dispor, por ato de última vontade, de quem tenha herdeiros legitimados.⁷⁰

Os defensores do princípio da legítima⁷¹ invocam o arbítrio que poderia representar a exclusão dos familiares e argumentam com a necessidade de se proteger a família. Já os que defendem o princípio da liberdade de testar preferem, ao arbítrio de uma imposição feita pela lei, a escolha feita pelo próprio testador.

⁶⁷ FUGITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 2. ed. atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 99.

⁶⁸ LEITE, Gisele. *Algumas linhas críticas sobre o direito sucessório brasileiro*. DireitoNet. São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/00/2900/>>. Acesso em: 26 mar.2012.

⁶⁹ VELOSO, Zeno. *Do direito das sucessões: da sucessão testamentária; do inventário e da partilha* (artigos 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 41.

⁷⁰ GOMES, op. cit., p. 77.

⁷¹ GONÇALVES, op. cit., p. 186.

Para Orlando Gomes⁷², tutela-se a legítima não somente contra excessivas liberalidades testamentárias, mas, igualmente, contra as liberalidades excedentes que se efetuam por negocio *inter vivos*, a doação direta, a indireta, a simulada e o *negotio mixtum com donatione*.

O jurista Eduardo de Oliveira Leite⁷³ aduz que o autor pode em vida fazer honestamente dos seus bens o que quiser e nada deixar de herança ou legítima, como no caso de alienar onerosamente todos os seus bens e gastar o produto das alienações. Sustenta que a adoção do sistema da liberdade limitada de testar não garante aos herdeiros necessários a certeza de que, efetivamente, herdarão uma quota parte do acervo do defunto.

Ademais, importa menos considerar essa proteção ao legitimário com restrição ao poder de dispor a título gratuito do que como situação lesiva da legítima até porque a doutrina moderna⁷⁴ reconhece que a legítima não constitui para o *de cuius* uma limitação ao seu poder de dispor, visto que, se deste fosse efetivamente privado, os atos lesivos seriam nulos e não redutíveis, como são.

CONCLUSÃO

O Código Civil de 2002 se originou de um projeto do final da década de 60, início da década de 70. Nesse diapasão, apesar de ser um código de 2002, ainda tem resquícios antigos, ligados a um tipo retrógado de família.

A família que o Código Civil protege é apenas uma família ligada pelo laço de sangue ou um vínculo legal (como a adoção). Porém, a família brasileira vem mudando constantemente e o direito não está protegendo essas transformações.

⁷² GOMES, op. cit., p. 80.

⁷³ GONÇALVES, op.cit., p. 186.

⁷⁴ GOMES, op. cit., p. 77.

Contemporaneamente, não é possível aprisionar o Direito de Família nas relações derivadas do casamento.

É muito comum, nos dias de hoje, o filho não conhecer seu pai ou sua mãe, apesar de ter sido registrado em seu nome. O direito ainda protege esse tipo de família, em que esse sujeito, se não deixar descendente(s) terá que deixar todos os seus bens para seus ascendentes, ou seja, seus pais que não tem nem conhecimento. Não pode dispor da totalidade de sua herança, de repente, para um amigo que o acompanhou desde criança ou uma prima que o criou.

No caso do casal homoafetivo, recente a jurisprudência reconheceu como sendo considerado união homoafetiva, dando *status* de família, porém, até os dias de hoje, o Código Civil considera o casamento apenas entre o homem e mulher, o que resulta na não possibilidade de a família homoafetiva utilizar esse instituto.

Somente com a ajuda do Poder Judiciário que o indivíduo consegue alguma proteção nas relações interpessoais, tendo por base princípios constitucionais como, por exemplo, o princípio da dignidade humana.

O Código Civil protege no direito sucessório uma família não contemporânea. Protege a parte legítima aos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e o cônjuge), sendo considerada essa parte como a metade da herança.

O Código Civil limita a liberdade de testar como forma de proteger a família. Contudo, se o objetivo da parte legítima, indisponível essa quota em testamento, é proteger a família, não tem porque a não inclusão do companheiro, no caso de união estável, nesse rol.

A união estável é protegida constitucionalmente como entidade familiar, por isso conclui-se que essa família que o Código Civil protege é arcaica, não se relacionando com a família dos dias de hoje.

Por tais fundamentos, percebe-se que precisa haver uma grande transformação no Código Civil, principalmente em relação ao direito sucessório, para a inclusão e proteção de uma família contemporânea, baseada nos laços afetivos e, não somente, em uma família formada pelos laços sanguíneos e pelo casamento.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO NETO, Inácio de. *Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro*. São Paulo: Método, 2007.
- CATEB, Salomão de Araújo. *Da Sucessão Legítima no CCB/02*. Editorial News. São Paulo. Disponível em: <http://editorialnews.com.br/SeuDireito/Artigos/da_sucessao_legitima.htm>. Acesso em: 29 out.2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.
- _____. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Quem é o pai?* Disponível em: < http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/2_-_quem_%E9_o_pai.pdf > Acesso em: 13 mar.2012.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Elementos críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. v. 6. 4. ed. Bahia: JusPodivm, 2012.
- FEY, Vanessa Araújo. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2630>. Acesso em: 29 out.2008.
- FUGITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LEITE, Gisele. *Algumas linhas críticas sobre o direito sucessório brasileiro*. DireitoNet. São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/00/2900/>>. Acesso em: 26 mar.2012.

- _____. *Algumas linhas críticas sobre o direito sucessório brasileiro*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/00/2900/>>. Acesso em: 08 out.2011.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Mendes. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO; Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.v.6*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2002.
- WALD, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- VELOSO, Zeno. *Do direito das sucessões: da sucessão testamentária; do inventário e da partilha (artigos 1.857 a 2.027)*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Direito Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da Paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, nº 21, 1979.