

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A HISTÓRIA DO CONCEITO DE FAMÍLIA E O IMPACTO DO JULGAMENTO DO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694 DO SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL
NAS SUAS TRANSFORMAÇÕES**

SÁVIO DA SILVA MARTINS DE MELLO

Rio de Janeiro

2018 / 2

SÁVIO DA SILVA MARTINS DE MELLO

**A HISTÓRIA DO CONCEITO DE FAMÍLIA E O IMPACTO DO JULGAMENTO DO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 878.694 DO SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL
NAS SUAS TRANSFORMAÇÕES**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dr. Juliana Neuenschwander Magalhães.**

**Rio de Janeiro
2018 /2**

d527h

da Silva Martins de Mello, Sávio

A HISTÓRIA DO CONCEITO DE FAMÍLIA E O IMPACTO DO
JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 878.694 DO
SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL NAS SUAS TRANSFORMAÇÕES /
Sávio da Silva Martins de Mello. -- Rio de
Janeiro, 2018.

67 f.

Orientador: JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. conceito de família. 2. casamento. 3. união
estável. 4. regime sucessório. I. NEUENSCHWANDER
MAGALHÃES, JULIANA, orient. II. Título.

SÁVIO DA SILVA MARTINS DE MELLO

**A HISTÓRIA DO CONCEITO DE FAMÍLIA E O IMPACTO DO JULGAMENTO DO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694 DO SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL
NAS SUAS TRANSFORMAÇÕES**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dr. Juliana Neuenschwander Magalhães**.

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Dr. Juliana Neuenschwander Magalhães

Ms. Patrícia Esteves de Mendonça

Ms. Tiago Pires Cotias Villas

Rio de Janeiro

2018 / 2

Em memória de minha avó materna, Luiza dos Santos Silva, por desempenhar com força o papel de esteio da família.

Agradecimentos

Tão logo ingressei no Curso de Direito, iniciava-se minha vida adulta, cheia de novidades e receios. Sou, portanto, muito grato a Deus e a Nossa Senhora, por terem me resguardado de adversidades que, porventura, pudessem prejudicar minha graduação. Conteí, nessa trajetória, com caros familiares e amigos, sobretudo meus pais, Olívia e Martins, porque me deram segurança, estrutura e amor, necessários à realização do sonho. Além disso, estendo meus agradecimentos aos mestres que tanto me ensinaram, por me esclarecerem, com amor ao tablado, o Direito enquanto disciplina e vocação. Destaco a Professora Juliana Neuenschwander Magalhães, pela acolhida e orientação desde o primeiro dia de aula, bem como a Professora Patrícia Esteves de Mendonça, por sua predisposição e carinho com que me lecionou Direito DAS Famílias, e o Professor Tiago Villas, pelas valiosas dicas a alguém que está na gênese da vida acadêmica. Resta-me, assim, findando meus votos de gratidão, firmar o compromisso na profissão, na incansável luta pela promoção da Justiça, solidificando os honrosos valores que me foram passados do berço até aqui.

RESUMO

O presente trabalho consiste na observação da História do Conceito de Família e do impacto do julgamento do Recurso Extraordinário número 878.694 do Supremo Tribunal Federal nas suas transformações. Para tanto, demonstrará que o conceito de família é passível de transformação, por meio do estudo da História dos Conceitos, tendo Reinhart Koselleck como seu principal expoente na disciplina, entre outros. Além disso, as transformações do conceito de família ao longo do processo histórico serão demonstradas por meio da Teoria das Diferenciações Sociais de Niklas Luhmann, presente inclusive no livro Introdução ao Estudo do Direito, de Tércio Sampaio Ferraz Jr., de modo a permitir que a análise do processo histórico seja breve, porém não superficial. A fim de se analisar o caso concreto brasileiro, a doutrina e a legislação infraconstitucional de Direito de Família, bem como a Constituição Federal de 1988, servirão de base para a análise da jurisprudência que intitula esta monografia e que declarou inconstitucional a diferenciação do regime sucessório entre cônjuges, do matrimônio, e companheiros, da união estável, tendo por principal consequência a desnecessidade do casamento para a proteção do patrimônio familiar.

Palavras-chave: conceito de família; casamento; união estável; regime sucessório.

ABSTRACT

The present study consists in the observation of the History of the Family Concept and the impact of the judgment of Extraordinary Appeal number 878.694 of the Federal Supreme Court on the transformation's concept. To do so, will demonstrate that the concept of family is transformable, through the study of the History of Concepts, with Reinhart Koselleck as main exponent in the discipline, among others. In addition, the transformations of the family concept throughout the historical process will be demonstrated through Niklas Luhmann's Theory of Social Differences, present even in Tércio Sampaio Ferraz Jr.'s book, "Introduction to the Study of Law", in order to allow that the analysis of the historical process will be brief, but not superficial. To analyze the Brazilian case, the doctrine and the infraconstitutional legislation of Family Law, as well as the Federal Constitution of 1988, will serve as a basis for the analysis of the jurisprudence that calls this study and which declared unconstitutional the differentiation of the succession regime between spouses, of marriage, and companions, of the stable union, having as main consequence the unnecessary marriage for the protection of the family patrimony.

Key words: family concept; marriage; stable union; succession regime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. SEMÂNTICA SOCIAL E HISTÓRIA DOS CONCEITOS	14
1.1. A HISTÓRIA DOS CONCEITOS SEGUNDO JOHANN JAKOB BACHOFEN E OUTROS	14
1.2. A HISTÓRIA DOS CONCEITOS SEGUNDO JOHN FERGUSON MACLENNAN E BURRHUS FREDERIC SKINNER E OUTROS	16
1.3. A HISTÓRIA DOS CONCEITOS SEGUNDO REINHART KOSELLECK E OUTROS	23
1.4. A HISTÓRIA DOS CONCEITOS E A SUA SIGNIFICAÇÃO NA ATUALIDADE	26
2. DIFERENCIAÇÃO SOCIAL DO CONCEITO DE FAMÍLIA	29
2.1. BREVE RESUMO DA TEORIA	29
2.2. DIFERENCIAÇÃO SOCIAL SEGMENTÁRIA E A FAMÍLIA PRIMITIVA	30
2.3. DIFERENCIAÇÃO SOCIAL CENTRO-PERIFERIA E A FAMÍLIA ANTIGA	32
2.4. A DIFERENCIAÇÃO SOCIAL ESTRATIFICATÓRIA E A FAMÍLIA MEDIEVAL	34
2.5. A DIFERENCIAÇÃO SOCIAL FUNCIONAL, A FAMÍLIA MODERNA E GÊNESE DO CASO BRASILEIRO	38
3. O DIREITO BRASILEIRO DE FAMÍLIA E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	40
3.1. PLURALIDADE DO CONCEITO DE FAMÍLIA	40
3.2. CASAMENTO	48
3.3. UNIÃO ESTÁVEL	49
3.4. REGIMES SUCESSÓRIOS NO CASO EM TELA	50
CONCLUSÃO	60
REFERENCIAS	63

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a História do conceito de Família e o impacto do Julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 878.694 do Supremo Tribunal Federal (STF) nas suas transformações, pretendendo-se analisar as transformações semânticas do conceito de família, ao longo do tempo, buscando, ao se obter a atual definição do conceito, compreender qual o papel do julgado nas referidas transformações. Esta jurisprudência, de 2017, declarou a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil Brasileiro de 2002, que estabelecia um regime sucessório próprio para o companheiro – aquele que vive em União Estável – divergente daquele do cônjuge, este, então, beneficiado pela legislação.

Reconhecida pela Constituição Federal Brasileira de 1988 como entidade familiar (art. 225, §3º), a União Estável, formada por dois companheiros, tem a proteção do Estado, segundo o *caput* deste dispositivo. No entanto, tal proteção falhou ao permitir a inclusão do art. 1790, quando da promulgação do Código Civil, 14 anos depois, que, ao distinguir os regimes sucessórios, diferenciava as entidades familiares reconhecidas na Magna Carta – o casamento civil já é reconhecido desde a Magna Carta de 1891 – beneficiando uma em detrimento da outra.

Recentemente, o conceito de Família tem apresentado mutabilidade no campo social. Uniões Estáveis, Uniões Homoafetivas, Famílias Multiparentais e Poliamores são exemplos a serem tutelados por aquilo que o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) chama de, não mais Direito de Família, mas Direito das Famílias. Isso, tendo em vista que não existe um conceito singular, atualmente, de família, mas plural.

Trata-se, portanto, de um tema atual e de bastante relevância sociojurídica. Apreciar esta conjectura significa refletir sobre o papel do Direito, que para Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹, é um diretivo de ação da sociedade. A questão é que, no caso das famílias, como em muitas outras situações, o Direito não reflete sobre seu diretivo. E aqui, sendo assim, pretende-se fazer essa reflexão no campo das famílias.

¹ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 2014.

A declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo, pois, significa a equiparação entre as famílias, que passam a ter o mesmo regime sucessório. Sendo assim, tem-se como tese do presente trabalho que o grande impacto do Julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 do Supremo Tribunal Federal no conceito de família é a desnecessidade do casamento para a proteção do patrimônio familiar, uma vez que a União Estável cumpre o mesmo papel. Engels², contudo, afirma que o casamento surgiu com tal finalidade, sendo necessário que, para que melhor se compreenda a construção do conceito de família, faça-se uma análise histórica do processo, a fim de elucidar a jurisprudência escolhida de forma exemplificativa.

É evidente que buscar todas as transformações semânticas do conceito de família demandaria muito mais tempo do que dispõe este projeto de monografia, que não pretende esgotar o tema. Sendo assim, ater-se-á às principais transformações semânticas relativas à cada uma das formas da diferenciação social descritas por Niklas Luhmann. Perpassando pela família primitiva

A referência às mudanças estruturais da sociedade permite compreender as transformações do conceito de família sem que, com isso, a pesquisa se torne superficial. O propósito é vislumbrar como as transformações do conceito de família podem ser compreendidas a partir de mudanças sociais mais profundas, neste caso a equiparação das entidades familiares, com o reconhecimento em sede constitucional da União Estável como família.

A atuação da doutrina, no Direito de Família, têm sido responsável por transformações tais quais o reconhecimento legal da União Homoafetiva, bem como a atual votação no Congresso Nacional acerca do Estatuto da Adoção. Tudo isso faz referência àquilo que se chama de Direito Civil-Constitucional, mostrando a influência dos princípios da Carta Magna Brasileira em relação aos diplomas legais, sobretudo no que tange ao Princípio da Dignidade Humana.

O reconhecimento das famílias que surgem a cada momento é de suma importância, no que diz respeito à afetividade, conforme a definição contida na Lei Maria da Penha.

² ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, Da Propriedade Privada E do Estado**. 1984,p.40.

Contudo, nem sempre foi assim. E é isso que este trabalho irá mostrar: o caminhar do conceito de família durante um grande lapso temporal, que se apoiará na Teoria da Diferenciação Social de Luhmann, presente em Tércio Sampaio Ferraz Jr., com vias de concisão sem perder a profundidade na abordagem histórica. A palavra “família” fica, mas se transforma com a cronologia, como bem observa Hespanha:

“o conceito de ‘família’, embora use o mesmo suporte vocabular desde o direito romano (familia), abrangia, não apenas parentelas muito mais vastas, mas também não parentes (como os criados ou os escravos [famuli] e até os bens da ‘casa’”.³

Esse fenômeno é explicado por Koselleck⁴, na História dos Conceitos, em que ele explica que a estrutura vocabular permanece a mesma, enquanto que a semântica se transforma. É, por exemplo, o que ocorre com o vocábulo “Soberania”, cujo significado é autonomia privada, na Idade Média, consagrada pela máxima <<*chacun baron est souverain en sa baronie*>>⁵, mas transformando seu significado na Modernidade, caracterizando-se como poder uno, indivisível e supremo do Estado⁶. Por isso, mister se valer da História dos Conceitos, ramo do conhecimento que aqui será apresentado, também, por meio de outros autores.

Relacionando a Teoria da Diferenciação Social e a História dos Conceitos, teoria de base, Engels funcionará como ilustrador do processo de transformação, na obra “A Origem da Família, Propriedade Privada e Estado”. Frisa-se, desde já, o uso da palavra transformação, para que não seja substituído pelo uso indevido da palavra evolução, como sinônimo de melhoria, posto que o uso da palavra evolução teria caráter pejorativo, como se o presente fosse melhor que o passado, o que não necessariamente é verdade. Evolução⁷, termo se utilizado, é como sinônimo, pois, de transformação.

³ HESPANHA, António Manuel. Panorama da Cultura Jurídica Europeia. Mira-Sintra: Mem Martins, 1997, p. 19.

⁴ (KOSELLECK, Reinhart. (1985a), “Begriffsgeschichte and social history”, in R. Koselleck, Futures past: on the semantics of historical time, Cambridge (Mass.)/Londres, The MIT Press.).

⁵ ROULAND, Norbert. **L’État Français et le pluralisme**. Paris: Odile Jacob, 1995.

⁶ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 48-106.

⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na história. Lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 21.

No último capítulo, será explicado o contexto brasileiro do conceito de família, no que tange à forma de sua constituição. Para isso, não somente a doutrina, até então unicamente utilizada, mas também a legislação e a jurisprudência presente no título deste trabalho robustecerão a discussão. Trabalhar-se-á com as definições de casamento e união estável, diferenciando-se os regimes sucessórios de ambas as entidades familiares, antes do julgamento do RE 878.694 do STF, para que se possa elucidar a importância do julgado na transformação do conceito. Desta forma, será possível mencionar, em conclusão, que apesar do impacto, a transformação do conceito não se esgotou, uma vez que muitos são os vieses que ainda pode assumir.

1. SEMÂNTICA SOCIAL E HISTÓRIA DOS CONCEITOS

1.1. A HISTÓRIA DOS CONCEITOS SEGUNDO JOHANN JAKOB BACHOFEN E OUTROS

O estudo das origens da família têm forte influência em 1891 com Johann Jakob Bachofen, antropólogo e jurista suíço, em seu livro *Das Mutterrecht: eive Untersuchung Uber die Gynaiokratie der alteei Welt nach ihrer reliosen und rechtlichen Natur* (O Direito Materno - uma pesquisa sobre a ginococracia do mundo antigo segundo sua natureza religiosa e jurídica) obra que decorre de uma metodologia sobre a qual apresenta o mito feminino à luz de diversas nuances. Nesse sentido, o historiador apresenta as primeiras "relações familiares" dotadas de "total liberdade da vida sexual dos seres humanos que teria vigorado como uma condição divina em tempos imemoriais". Em resposta a tese estabelecida por Bachofen, Friedrich Engels, pensador alemão, atribui a Johann créditos como precursor desses saberes sobre "aquele estado social primitivo, admitindo-se que tenha realmente existido, [que] pertence a uma época tão remota que não podemos esperar encontrar provas *diretas* de sua existência, nem mesmo entre fosseis sociais, nos selvagens mais atrasados."⁸

No entanto, Engels se contrapõe à teoria do direito materno:

É a prova de que Bachofen acredita, como outrora Ésquilo, nas Eríneas, em Apolo e Palas Atena, isto é, crê que foram estas divindades que realizaram, na época heróica da Grécia, o milagre de derrubar o direito materno e substituí-lo pelo paterno. É evidente que tal concepção, que considera a religião como a alavanca decisiva na história do mundo, conduz, afinal de contas, ao mais puro misticismo.⁹

Pelas contribuições históricas de Bachofen, primitivamente, os seres humanos viveram em promiscuidade sexual, chamado por ele de heterismo, e estas relações excluía toda e qualquer possibilidade de estabelecer, com certeza, a paternidade, pelo que a filiação consanguínea somente podia ser aferida por linha feminina, segundo o direito materno tendo em vista o fato de as mulheres serem geradoras em seus ventres e darem à luz àquelas crianças; estando desse modo, ligadas entre si, constituindo assim, laços. Sendo assim, as mães gozavam de grande apreço e respeito chegando ao domínio absoluto - ginococracia. A

⁸ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, Da Propriedade Privada E do Estado**. Disponível: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=GgpFBOAAOBAJ&oi=fnd&pg=PA7&dq=a+origem+da+familia&ots=8g5JLhvStO&sig=WtJNg2etZwZZt7N9uSQ1V2jbj8w#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: Novembro de 2018.

⁹ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, Da Propriedade Privada E do Estado**. 1984,p.9.

transformação para a monogamia incidia em uma transgressão ao direito imemorial de outros homens sobre aquelas mulheres, por isso fora gradual a mudança de uma sociedade onde os homens relacionavam-se sexualmente com mais de uma mulher para relacionarem-se apenas com uma¹⁰.

Assenta-se dessa forma, a tese de que nesse momento histórico, tido por Bachofen, como tempos de obscuridade moral, não eram os laços paternos que precederam o direito, mas os laços maternos que asseguravam a filiação. O afeto materno era tido como o marco da vida, desse modo, às mulheres era conferido o domínio absoluto, em um modo de estabelecer valores sociais chamado ginecocracia - Bachofen fala em heterismo. Nesse diapasão, regia o 'ius naturale' - como um direito comum ao homem e aos animais, não escrito, sendo um conceito universalista - que pressupõe a desordem social onde os homens coexistem primitivamente. No entanto, com a transformação das relações sociais daquela sociedade, o modo de vida é, também, transformado. A tese de Bachofen é robustecida:

A informação de Heródoto de que as atribuições de nomenclatura familiar na Lícia, região grega, se davam pela linha materna corrobora o dado de Nicolaus de Damasco, de que, naquela cultura o viés matriarcal no direito à herança previa o legado às filhas. Assim, na sua pesquisa comparativa, Bachofen vai fortalecendo com vínculos os pressupostos da tese. (BARBOSA, Maria Aparecida. **Leitura do matriarcado de Bachofen**. Revista Brasileira de Literatura Comparada, Santa Catarina, n. 33, 2018). A preponderância das designações, em Creta, de amor matrio, ao invés de amor pátrio, proviria de escritos de Plutarco[...] Por sua vez, no Egito, a ginecocracia determinava a hierarquia da realeza, e essa precedência advinha do destaque divino de Isis antes Osíres. Na civilização da Grécia Antiga, a oposição do princípio demétrio contra o hetérico tem na disseminação da religião dionísica uma guinada funesta, tendo em vista que Dionísio surge como importante combatente das conquistas matriarcais. Adversário implacável da degeneração à qual o feminino desandarias relações sociais, perspectiva dionísica, mostrou-se benevolente com a lei do casamento, com a determinação do retorno da mulher ao papel de mãe, visando dessa maneira fazer reconhecer a esmagadora glória de sua própria natureza masculino-fálica¹¹.

Em suma, Bachofen não enunciou todos os princípios aqui destacados com tanta clareza, pois o tolhia o misticismo de suas ideias e reflexões, mas o fato de tê-los evidenciado, à época, tivera o impacto de um grande avanço na construção do que viria a ser uma família, o que os uniria, ou o que os constituiria.

¹⁰ (ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, Da Propriedade Privada E do Estado**. Disponível: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=GgpFBOAAOBAJ&oi=fnd&pg=PA7&dq=a+origem+da+familia&ots=8g5JLhvStO&sig=WtJNg2etZwZZt7N9uSQ1V2jbj8w#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: Novembro de 2018).

¹¹ BACHOFEN, Johann Jakob. **O Direito Materno** - uma pesquisa sobre a ginecocracia do mundo antigo segundo sua natureza religiosa e jurídica. 186, p 22.

1.2. A HISTÓRIA DOS CONCEITOS SEGUNDO JOHN FERGUSON MACLENNAN E BURRHUS FREDERIC SKINNER E OUTROS

John Ferguson MacLennan, antropólogo francês, sucessor de Bachofen, teve pensamentos opostos ao de seu predecessor, sem ao menos ter tomado conhecimento dos escritos de Johann Jakob. Em 1865, põe-se a estudar os laços familiares e a forma com que se constituíam.

MacLennan enxerga em povos selvagens, bárbaros e outros, dos tempos antigos e modernos, algo parecido com a relação de matrimônio, onde o noivo arrebatava sua futura esposa da casa dos pais, simulando um rapto com violência. Nesse sentido, demonstra o pesquisador que esse costume pode ser vestígio de uma prática anteriormente estabelecida, pela qual os homens de uma tribo selvagem obtinham suas mulheres raptando-as de outras tribos pela força.¹²

Indaga-se, portanto, a razão pela qual teria surgido esse matrimônio por rapto e John MacLennan, baseado nas experiências antropológicas daqueles povos, aduz que, enquanto era possível aos homens de determinada tribo encontrarem mulher dentro daquele mesmo espaço, não havia motivos para tal procedimento, além de que o matrimônio era proibido em algumas tribos e, por esse motivo raptavam mulheres de outras tribos a fim de se casarem. Nesse sentido, MacLennan classificou as tribos que buscavam mulheres dentro de sua própria tribo como endógamas e as que buscavam fora de sua tribo como exógamas, tomando essa antítese como base para sua teoria, apesar de crer que tal distinção somente havia em sua mente enquanto premissa teórica.¹³

De acordo com a teoria de John, as tribos exógamas não podiam tomar mulheres senão de outras tribos, o que somente poderia ser feito por meio de rapto, tendo em vista a guerra constante entre as tribos, como atributo do estado selvagem em que se vivia. Ainda

¹² (ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, Da Propriedade Privada E do Estado**. Disponível: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=GgpFBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA7&dq=a+origem+da+familia&ots=8g5JLhvStO&sig=WtJNg2etZwZZt7N9uSQ1V2jbj8w#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: Novembro de 2018).

¹³ (ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, Da Propriedade Privada E do Estado**. Disponível: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=GgpFBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA7&dq=a+origem+da+familia&ots=8g5JLhvStO&sig=WtJNg2etZwZZt7N9uSQ1V2jbj8w#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: Novembro de 2018).

explorando a distinção das tribos, MacLennan ressalta a probabilidade da existência das práticas das tribos exógamas, serem mero costume entre os povos selvagens, pois era de costume matar as crianças do sexo feminino logo após seu nascimento, desse modo, haveria menos mulheres nas tribos e um excedente de homens, resultando também na poliandria, isto é, uma mulher em comum para vários homens e, nesse aspecto, vai ao encontro do que demonstrara Bachofen, no Direito Materno, pois, por vezes a mãe de uma criança era reconhecida, mas não o pai, por esse motivo, a ascendência era contada pela linhagem materna e não paterna.¹⁴

“Como a exogamia e a poliandria procedem de uma só causa, do desequilíbrio numérico entre os sexos, devemos considerar que, entre todas as raças exógamas, existiu primitivamente a poliandria... E, por isso, devemos ter como indiscutível que, entre raças exógamas, o primeiro sistema de parentesco era aquele que reconhecia apenas o vínculo de sangue pelo lado materno.”¹⁵

Em suma, as contribuições de MacLennan consiste em ter indicado a propagação da grande importância do que ele chama de exogamia. Motivo pelo qual sua tese fora acolhida na Inglaterra com congratulações, sendo considerado como o fundador da história da família e a primeira autoridade na matéria.

Nesse sentido, avança-se para a significação, para além da construção da “família”, a construção do termo. Há um debate acerca de quais seriam as formas históricas do pensamento para o âmbito da teoria política e social, que ganhou grande destaque com a publicação, em 1969, na revista *History and Theory*, do ensaio metodológico de Quentin Skinner, intitulado “Meaning and understanding in the history of ideas”. Neste excerto, Skinner criticou violentamente várias tradições da história das idéias políticas, acusando-as principalmente de incorrerem no erro comum do anacronismo, isto é, de imputarem a autores e obras, intenções e significados que jamais tiveram, nem poderiam ter tido, em seus contextos originais de produção o sentido que lhes fora atribuído a posteriori.¹⁶

¹⁴ (ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, Da Propriedade Privada E do Estado**. Disponível: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=GgpFBOAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA7&dq=a+origem+da+familia&ots=8g5JLhvStO&sig=WtJNg2etZwZZt7N9uSQ1V2jbj8w#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: Novembro de 2018).

¹⁵ (MACLENNAN, John Ferguson. **Estudos de História Antiga**, 1886; “O Matrimônio Primitivo”, p. 124.)

¹⁶ (SKINNER, Quentin. (1969), “Meaning and understanding in the history of ideas”. *History and Theory*, 8 (1): 3-53.

“O resultado básico dessas histórias criticadas seria a produção de um conjunto de mitologias históricas que terminavam por narrar pensamentos que ninguém pensou, portanto, não-histórias.”¹⁷

Portanto, afirmava Skinner, as interpretações feitas na contemporaneidade acerca de ideias do passado, tomavam conceitos e argumentos sem a devida consideração de seus significados originais, transformando os antigos em parceiros de um debate do qual jamais poderiam ter participado, dadas as especificidades de cada momento histórico. Se para o âmbito da história da filosofia, o anacronismo já seria abominável, para a teoria política o erro estaria amplificado na medida em que, diferentemente de formas mais abstratas da elaboração filosófica, os trabalhos da filosofia política seriam elaborados como atos de fala de atores particulares, em resposta a conflitos também particulares, em contextos políticos específicos e no interior de linguagens próprias ao tempo de sua formulação.¹⁸

Cada autor, ao publicar uma obra de teoria política, estaria portanto ingressando num contexto polêmico para definir a superioridade de determinadas concepções, produzindo alianças e adversários, e buscando a realização prática de suas idéias. Nesta chave interpretativa, sendo a elaboração de um tratado de filosofia política e social uma ação, a questão do seu significado deveria se confundir com aquela da sua intenção, sendo esta apreendida no ato de fazer (*in doing*) a própria obra ou asserção. Daí a reivindicação metodológica mínima conformada na noção de que, de um autor não se pode afirmar que fez ou quis fazer, que disse ou quis dizer, algo que ele próprio não aceitaria como uma descrição razoável do que disse ou fez.¹⁹

Desse modo, a correta compreensão de uma ideia ou teoria somente poderia se dar pela sua apreensão no contexto em que foram produzidas. Resulta disso, também, que o objeto da análise historiográfica é deslocado do pensamento para o autor, do conteúdo abstrato da doutrina para a ação ou performance concreta do autor num jogo de linguagem historicamente proposto.

¹⁷ (SKINNER, Quentin. (1988), “A reply to my critics”, in James Tully (ed.), *Meaning and context: Quentin Skinner and his critics*, Princeton, Princeton University Press.).

¹⁸ (SKINNER, Quentin. (1988), “A reply to my critics”, in James Tully (ed.), *Meaning and context: Quentin Skinner and his critics*, Princeton, Princeton University Press.).

¹⁹ (SKINNER, Quentin. (1969), “Meaning and understanding in the history of ideas”. *History and Theory*, 8 (1): 3-53.p. 28).

A principal contribuição produtiva foi estabelecida a partir das noções de que o significado de uma proposição é o seu uso na linguagem e que, portanto, a sua elucidação, o seu esclarecimento, deve orientar-se para o seu portador. Nesse sentido, para Skinner, assim como para Austin, a análise da sentença cede lugar “à análise do ato de fala, do uso da linguagem em um determinado contexto, com uma determinada finalidade e de acordo com certas normas e convenções” (FILHO, Danilo Marcondes de Souza. **A Teoria dos Atos de Fala como concepção pragmática de linguagem.** Filosofia Unisinos 7(3):217-230, set/dez 2006). Nessa diapasão, Skinner esclarecia a noção de contexto, qualificando como linguístico ou de linguagem aquele que importaria reconstruir historicamente para dar sentido às proposições da teoria política e social no tempo e em determinado contexto.²⁰

A partir das ideias aqui assentadas, desenvolveu-se uma profunda elaboração metodológica e conceitual acerca dos discursos, dos atos de fala, da linguagem política e social, das noções de significado e de intenção e dos limites da historiografia do pensamento político e social, bem como da produção historiográfica identificada com o nome de “escola de Cambridge” e com a coleção “Ideas in Context”, se desenvolveram, provocando inúmeras reações que constituíram um forte debate metodológico internacional entre críticos literários, filósofos, cientistas políticos e historiadores.

Importa ressaltar que, Skinner recebeu diversas críticas acerca do antiquarismo ou da inutilidade desse tipo de historiografia que eleva o contexto em demasia, para a elaboração de teorias. A partir da noção da influência do positivismo na história, concebido por Leopold Von Ranke, um dos maiores historiadores alemão do séc. XIX, de que saber com exata precisão o que ocorrera no passado seria, senão totalmente inútil, irrelevante para a tarefa da teoria que tem como premissa, enfrentar os problemas contemporâneos. Nesse interim:

Se os significados dos conceitos anteriores não são transponíveis para o presente senão por mecanismos ilegítimos de atualização, porque seriam produtores de deformação dos sentidos originais, melhor seria, ou deixá-los a si e partir para uma elaboração da teoria sem referência histórica às idéias, ou assumir como inevitável a traição da tradução para o contemporâneo e operar como se os autores do passado fossem parceiros nos temas do debate contemporâneo.²¹

No entanto, a resposta de Skinner a esse tipo de questionamento perpassa, em geral, a ideia de que o aprofundamento historicista no *não-familiar* dos conceitos do passado e, por consequência, no estranhamento dele advindo, serve à desnaturalização ou desestabilização

²⁰ (SKINNER, Quentin. (2001), “The rise of, challenge to, and prospects for a Collingwoodian approach to the history of political thought”, in D. Castiglione e I. Hampshire-Monk, *The history of political thought in national context*, Cambridge, Cambridge University Press.).

²¹ (SKINNER, Quentin. (1988), “A reply to my critics”, in James Tully (ed.), *Meaning and context: Quentin Skinner and his critics*, Princeton, Princeton University Press.).

dos conceitos da teoria contemporânea, cooperando a imaginação conceitual com alternativas enriquecidas por significados e alteridades que a pesquisa instruída da história pode encontrar.

Um caso notório seria o da análise que o próprio Skinner faz da idéia republicana de liberdade em Maquiavel: o reconhecimento da complementaridade necessária e da convivência pacífica das dimensões positiva e negativa da liberdade na teoria política de Maquiavel poria em xeque a naturalização operada pelo pensamento liberal, desde o século XIX, da oposição entre essas duas dimensões.²²

O risco notório do anacronismo estaria não somente na incapacidade de compreender o que está em voga na emissão de proposições e de seus respectivos significados, mas também na imputação de caráter contraditório à elaborações teóricas que, em seu contexto onde foram pronunciadas, eram completamente legítimas e racionais. Nesse sentido, as relações entre a gramática que permite várias construções linguísticas em diferentes contextos e de diferentes formas, se contrapõe, por outro lado, às performances específicas que são por vezes subversivas da própria gramática desempenhadas em seu interior e, constituiria, portanto, o locus privilegiado da análise pocockiana do discurso político.²³

Vale notar que a reivindicação de um programa rigorosamente historicista que recusa a existência de “problemas filosóficos perenes” e que paga o preço da redução drástica do alcance das “lições” do passado, dado que a história só lidaria com respostas particulares a problemas de determinadas épocas particulares, tem como contraparte a “liberação” da elaboração teórica contemporânea para criar respostas novas e particulares para os problemas novos e, também particulares do presente.²⁴

Nesse sentido, percebe-se que uma pretensão historicista em relação ao fazer história, que tem como resultado a afirmação da impossibilidade de transposição de conceitos utilizados no passado para interpretar o presente sob pena de incorrer em anacronismo, atua, do outro lado, a da teoria contemporânea, como uma espécie de saída afim de permitir a imaginação que deve deixar ao passado os seus termos e suas significações, partindo para uma inovação conceitual adequada aos problemas “locais” da contemporaneidade. Na frase de Skinner:

²² (SKINNER, Quentin. (1984), “The idea of negative liberty: philosophical and historical perspectives”, in Richard Rorty; J. B. Schneewind e Quentin Skinner (eds.), *Philosophy in history*, Cambridge, Cambridge University Press (revisto e reimpresso em Skinner (2002), vol. 2).

²³ (POCOCK, John Greville Agard. (1985), “Virtues, rights, and manners: a model for historians of political thought”, in J. G. A. Pocock. *Virtue, commerce, and history*, Cambridge, Cambridge University Press (Trad. brasileira em Pocock, 2003).

²⁴ (SKINNER, Quentin. (1969), “Meaning and understanding in the history of ideas”. *History and Theory*, 8 (1): 3-53.p. 53).

“Demandar da história do pensamento uma solução para os nossos próprios problemas imediatos é perpetrar não só uma falácia metodológica, mas também algo como um erro moral”²⁵

Em referência a Gadamer, é forte a marca da hermenêutica das ciências humanas que põe em xeque a própria empreitada científica de apreensão das intenções e dos significados originais das falas e dos atos de outrora, na medida em que a cognição é ela mesma prisioneira perpétua de sua historicidade. O que resulta enfatizar, radicalizando, que o significado original em si é não é possível de apreender e que é apenas no íntimo de uma amalgamação de horizontes de interpretação, que se dá a compreensão legítima dos significados. Na concepção de Gadamer:

[...] cada época entende um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto constitui parte do conjunto de uma tradição pela qual cada época tem um interesse objetivo e na qual tenta compreender a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta a seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e o seu público originário. Ou, pelo menos, não se esgota nisso. Pois este sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete e, por consequência, pela totalidade do processo histórico.²⁶

Nesse sentido, “se a historicidade dos significados das idéias é inescapável, a dos sujeitos que os conhecem também o é, transformando as condições de possibilidade do conhecimento dos conceitos do passado numa aventura interpretativa, por definição contemporânea, e não passível de determinação científica. Teoricamente, o caráter hermenêutico e linguístico da operação do conhecimento das idéias não seria apenas epistemológico, mas ontológico, o que, no limite, tornaria sem efeito a própria noção de uma história científica.”²⁷

Se uma das críticas endereçadas a Skinner e sua teoria, denunciava a inutilidade ou a inocuidade política das contribuições de Leopold Von Ranke do contextualismo linguístico, a crítica hermenêutica mais radical afirma, desse modo, a sua inviabilidade cognitiva.

Skinner, no entanto, responde às críticas para esse tipo de linha argumentativa, embora não haja um enfrentamento direto com as proposições de Gadamer propriamente ditas. A

²⁵ (SKINNER, Quentin. (1969), “Meaning and understanding in the history of ideas”. *History and Theory*, 8 (1): 3-53.p. 67).

²⁶ (GADAMER, Hans-Georg. (1997), *Verdad y metodo I*. 7 ed. Salamanca, Sígueme. p. 366).

²⁷ (JASMIN, Marcelo Gantus. **História dos conceitos e Teoria Política e Social: referências preliminares**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n57/a02v2057>>. Acesso em: Novembro de 2018.

primeira delas reconhece a distinção entre os vários tipos de significado que uma proposição pode vir a ter: o significado de palavras enunciadas em uma frase; o significado da proposição para o autor ou para a comunidade contemporânea de intérpretes à qual ele pertence; e o significado da proposição como o ato de fala daquele ou daquela que a proferiu. É para a apreensão deste último sentido que a metodologia skinneriana se elaborou, e só para ele.²⁸

No entanto, Skinner não é indiferente e reconhece que há intenções e significados que, pela falta de informação do contexto onde foram ditas/escritas, não são passíveis de recuperação. Mas, “se as intenções a serem recuperadas pelo historiador são aquelas que, por estarem expressas num ato de comunicação bem sucedido, foram legíveis publicamente, as chances de estabelecê-las é grande. Não se trata, portanto, de exercício de empatia ou de busca do que havia oculto na mente de alguém, mas de reconhecer, no conjunto das convenções linguísticas publicamente reconhecíveis de uma determinada época, a intenção que se infere do “lance” promovido por um determinado jogador”.²⁹

Outra linha de resposta dada por Skinner, suaviza o caráter de cientificidade da convicção do método proposto. Pois, ainda que haja muita informação contextual, o que se obtém com a pesquisa histórica são hipóteses possíveis que devem se sustentar na sapiência acessível naquele momento, sem a pretensão de resultados últimos que visem alcançar “verdades finais, auto-evidentes e indubitáveis”.³⁰

Embora reconhecendo que “sempre nos aproximamos do passado à luz de paradigmas e pressupostos contemporâneos”, para Skinner um grau elevado de sapiência e consciência históricas são capazes de controlar a imputação de intenções que são, em última análise, tais hipóteses, “inferências a partir da melhor evidência disponível para nós”.³¹

²⁸ (SKINNER, Quentin. (2002), Visions of politics (vol. I: Re- garding method). Cambridge, Cambridge University Press.).

²⁹ (JASMIN, Marcelo Gantus. **História dos conceitos e Teoria Política e Social: referências preliminares.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n57/a02v2057>>. Acesso em: Novembro de 2018.

³⁰ (SKINNER, Quentin. (2002), Visions of politics (vol.I: Regarding method). Cambridge, Cambridge University Press. p. 280).

³¹ (SKINNER, Quentin. (1988), “A reply to my critics”, in Ja- mes Tully (ed.), Meaning and context: Quentin Skinner and his critics, Prince- ton, Princeton University Press.).

1.3.A HISTÓRIA DOS CONCEITOS SEGUNDO REINHART KOSELLECK E OUTROS

Outra corrente de peso para a construção do debate acerca das perspectivas teórico-metodológicas do fazer história do pensamento político e social constitui-se na história conceitual alemã pensada por Reinhart Koselleck:

“*Begriffsgeschichte* é uma história de conceitos, e proliferou como um modo particular de história reflexiva da filosofia e do pensamento político e social, tendo se desenvolvido a partir das tradições da filologia, da história da filosofia e da hermenêutica. A história dos conceitos tal como a conhecemos hoje foi inicialmente desenvolvida pelo historiador austríaco Otto Brunner na sua crítica à historiografia jurídica e liberal alemã, em particular ao modo como esta transpunha para a realidade medieval lógicas conceituais derivadas do liberalismo posterior como, por exemplo, a separação entre a economia e a política e a oposição entre o público e o privado.”³²

A política implícita da ideia de continuidade se fez forte para aqueles que tinham contato com a historiografia moderna. Havia nesse modo de pensar a ideia de que nos conceitos havia uma ideia de continuidade que, em detrimento de sua significação do passado, havia, ainda no presente, uma continuidade de sentido. Avançando no campo jurídico, dessa forma, os conceitos guardariam desde sua criação até a contemporaneidade, um sentido. Incurrendo, dessa forma para a naturalização do Direito para a compreensão de uma organização política racional pautados num “espírito humano transtemporal, que permitiria um diálogo entre os juristas do presente e os do passado.”³³

Nesse mesmo sentido, a ideia de continuidade seria interpretada como a transformação dos conceitos. Concebida como um aperfeiçoamento de um conceito ou instituto, mas a crença na intemporalidade provida pelo sentido e na possibilidade de uma hermenêutica ilimitada conduzia a um achatamento ou uma negação da profundidade trazida pela historiografia e a um sentido de familiaridade com o passado. Nesse sentido, o que se coloca é a influência de Brunner, historiador alemão, um dos pioneiros na história dos conceitos, que provocou grande movimento historiográfico da justa aplicabilidade de categorias e pré-compreensões da contemporaneidade ao passado.

³² (KOSELLECK, Reinhart. (1985a), “Begriffsgeschichte and social history”, in R. Koselleck, *Futures past: on the semantics of historical time*, Cambridge (Mass.)/Londres, The MIT Press.).

³³ (HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. Lisboa: Europa América, 1997. pág. 35)

Os principais pontos criticados da historiografia acima citada, residia na baixa contextualização de idéias e conceitos utilizados no passado, no anacronismo derivado desse pensamento e na insistência metafísica da essencialidade das idéias. Nas ideias de Koselleck, a atual *Begriffsgeschichte* surgiu do duplo impulso crítico em referência “à transferência descuidada para o passado de expressões modernas, contextualmente determinadas, do argumento constitucional” e à “prática da história das idéias de tratá-las como constantes, articuladas em figuras históricas diferentes, mas elas mesmas fundamentalmente imutáveis”.³⁴

Daí que a reivindicação metodológica mínima possa ser resumida nos seguintes termos: os conflitos políticos e sociais do passado devem ser descobertos e interpretados através do horizonte conceitual que lhes é coetâneo e em termos dos usos linguísticos, mutuamente compartilhados e desempenhados pelos atores que participaram desses conflitos. Desse modo, o trabalho de explicação conceitual quer precisar as proposições passadas em seus termos próprios, tornando mais claras as “circunstâncias intencionais contemporâneas” em que foram formuladas.³⁵

Para Koselleck, “a história dos conceitos lida com o uso de linguagem específica em situações específicas, nas quais os conceitos são elaborados e usados por falantes específicos”.³⁶ Por esse motivo há a necessidade de se estabelecer os conceitos que constituem os vocabulários – campos semânticos ou domínios linguísticos – dessa ou daquela linguagem política e social, estabelecendo a correta relação entre seu uso na discussão política, social e econômica com os grupos que os sustentam ou os contestam.³⁷

De outra modo, há outra dimensão inerente à história dos conceitos que parece ultrapassar o caráter sincrônico do historicismo metodológico skinneriano, aqui exposto, que traz outras formas para a compreensão da teoria política e social contemporânea na sua relação com a história. Pois, se os atos de fala e os conceitos são únicos a seu tempo, são,

³⁴ (KOSELLECK, Reinhart. (1985a), “*Begriffsgeschichte and social history*”, in R. Koselleck, *Futures past: on the semantics of historical time*, Cambridge (Mass.)/Londres, The MIT Press. p. 80).

³⁵ (KOSELLECK, Reinhart. (1985a), “*Begriffsgeschichte and social history*”, in R. Koselleck, *Futures past: on the semantics of historical time*, Cambridge (Mass.)/Londres, The MIT Press. p. 79).

³⁶ (KOSELLECK, Reinhart. (1996), “A response to comments on the *Geschichtliche Grundbegriffe*”, in Hartmut Lehmann e Melvin Richter (eds.), *The meaning of historical terms and concepts: new studies on Begriffsgeschichte*, Washington, D.C., German Historical Institute. p. 62).

³⁷ (JASMIN, Marcelo Gantus. **História dos conceitos e Teoria Política e Social: referências preliminares**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n57/a02v2057>>. Acesso em: Novembro de 2018).

também, dependentes, em algum grau, da experiência que os formulou, a recepção desses atos se dá ao longo do tempo, constituindo diacronicamente uma tradição interpretativa. Indubitavelmente, a história dos conceitos mantém a noção da “não convertibilidade do que foi articulado pela linguagem” em determinada época, reiterando a necessidade metodológica de um historicismo austero para a compreensão dos usos conceituais particulares. “Nesse sentido, por exemplo, o conceito aristotélico de *politeia* não pode ser apreendido sem referência aos usos e às práticas da cidadania nas *polies* gregas, assim como a compreensão da *res publica* de Cícero depende da ordem política da Roma do primeiro século.”³⁸

Em suma, a história conceitual busca, a maneira pela qual as gerações e os intérpretes posteriores leram e interpretaram, alterando os seus significados ou mantendo-os, as proposições políticas do passado. Neste sentido é possível enfatizar, severamente, que os conceitos em si não têm história; mas também é possível afirmar, rigorosamente, que a sua recepção tem. Aliás, é da própria condição de unicidade dos atos de fala ou dos conceitos articulados numa linguagem local que a história dos conceitos deriva a necessidade de uma história da recepção, já que parte justamente da aposta de que os significados não se mantiveram no tempo e que foram alterados.³⁹

“O registro de como os seus usos foram subsequentemente mantidos, alterados, ou transformados pode, propriamente, ser chamado de história dos conceitos”.⁴⁰

“Em termos esquemáticos, podemos recorrer à fórmula proposta por Koselleck numa conferência de 1991, que elabora um modelo de Heiner Schultz apresentado em 1979, e que observa o problema da mudança do ponto de vista das relações mais “brutas” entre conceitos e realidades. Supondo que de um lado haja um estado de coisas, e de outro um conceito deste estado de coisas, quatro situações são possíveis: 1) o estado de coisas e o conceito permanecem ambos estáveis ao longo de um período de tempo; 2) o conceito e a realidade transformam-se simultaneamente; 3) os conceitos mudam sem que haja uma mudança

³⁸ (JASMIN, Marcelo Gantus. **História dos conceitos e Teoria Política e Social: referências preliminares.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n57/a02v2057>>. Acesso em: Novembro de 2018.

³⁹ (JASMIN, Marcelo Gantus. **História dos conceitos e Teoria Política e Social: referências preliminares.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n57/a02v2057>>. Acesso em: Novembro de 2018).

⁴⁰ (SKINNER, Quentin. (1969), “Meaning and understanding in the history of ideas”. *History and Theory*, 8 (1): 3-53.).

concomitante da realidade, ou seja, a mesma realidade é conceituada de modo diverso; 4) o estado de coisas muda, mas o conceito permanece o mesmo”.⁴¹

Em outras palavras, a ciência histórica de Koselleck mantém a exigência de referencialidade ao postular os aspectos extralinguísticos da vida histórica e afirmar que mudanças estruturais de longo prazo não podem ser identificadas, descritas ou explicadas por teorias do discurso que excluam a referência a algo externo ao sistema de signos constitutivos da linguagem.⁴²

Em suma, as correntes da construção da interpretação dos conceitos ao longo do tempo versam sobre diversas nuances. Algumas no sentido de que o significado original permanece ao longo do tempo, ressalvadas as especificidades do momento presente, outras que cada conceito deve ser interpretado de acordo com as características fundantes dele, levando em consideração aspectos axiológicos do momento de seu nascimento. Há autores defendem ainda, que a palavra seja a mesma, o sentido e o alcance podem vir a ser outros, noutra contexto, tempos mais tarde. Nesse sentido, o suporte vocabular permanece o mesmo, mas a significação do termo pode ser outra. Por esse motivo, a história dos conceitos tem grandes autores de diferentes nacionalidades que debruçam-se em estudos teóricos a fim de que, com exemplos práticos, possam comprovar suas teses.

1.4.A HISTÓRIA DOS CONCEITOS E A SUA SIGNIFICAÇÃO NA ATUALIDADE

Tendo decorrido sobre a história dos conceitos no presente e na antiguidade e tendo perpassado por liames de interpretação jurídica, cumpre destacar, em âmbito de direito internacional, o conceito de família propriamente dito:

A família é tida como o “núcleo natural e fundamental da sociedade e como tal deve ser protegida”, como se conclui do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. No mesmo sentido, há outras convenções internacionais que reforçam o conceito e o fato de ser a família pedra fundamental da sociedade, como a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, o “Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos”, o “Pacto

⁴¹ (JASMIN, Marcelo Gantus. **História dos conceitos e Teoria Política e Social: referências preliminares**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n57/a02v2057>>. Acesso em: Novembro de 2018).

⁴² (JASMIN, Marcelo Gantus. **História dos conceitos e Teoria Política e Social: referências preliminares**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n57/a02v2057>>. Acesso em: Novembro de 2018).

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” e a “Convenção sobre os Direitos da Criança.”⁴³

Nesse interim, o conceito de família e significação adquirem hoje a posição de a família ser uma importante instituição organizada do mundo, uma vez que tornou-se base de todas as outras, ao longo dos anos, sendo considerada como principal unidade básica de desenvolvimento do ser humano na atualidade. Para todos os fins – e todas as possíveis interpretações –, é importante registrar que a família é um sistema muito complexo, passando por vários ciclos de desenvolvimento ao longo da história. Dessa maneira, transformou-se através dos tempos, acompanhando mudanças religiosas, econômicas e socioculturais.

Dessa forma, na atualidade, segundo Jacques Commaille, a família é a instituição jurídica e social resultante das justas núpcias, que dão origem à sociedade conjugal, da qual derivam três diferentes vínculos: o conjugal, o de parentesco e o de afinidade. Tal conceito obteve papel de destaque na história, de modo que na atualidade o casamento único instituiu a ensinar e a legitimar a família, mas tendo sofrido modificações e perdido, em algum grau, a relevância para a constituição de família.⁴⁴

Alargou-se, portanto, atualmente, o conceito de família, outrora intrinsecamente atrelado aos efeitos do casamento, considerado então a fonte como geradora de suas normas básicas. Nesse sentido, o Estado deixou de interessar-se tão somente pelo ato formal do casamento, preocupando-se, sobretudo, em resguardar o grupo familiar, não apenas pelo vínculo jurídico ou consanguíneo, mas afetivo.

“Desta forma, a família não mais se baseia na concepção canônica de procriação e educação da prole, nem tampouco na concepção meramente legalista, mas na mútua assistência e satisfação sexual, o que permite que sejam vislumbradas novas possibilidades de entidade familiar, uma vez que o afeto passa a ser pressuposto de constituição dessas relações. Essa mudança de entendimento pode ser compreendida à luz dos períodos históricos. A partir

⁴³ (SIQUEIRA, Alexandre Marques de. **O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8374>. Acesso em: Novembro de 2018).

⁴⁴ (SIQUEIRA, Alexandre Marques de. **O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8374>. Acesso em: Novembro de 2018).

desta análise se constatam as transformações ocorridas no conceito de família, que hoje admite outras formas de constituição, dentre as quais a união estável”⁴⁵

⁴⁵ (SIQUEIRA, Alexandre Marques de. **O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8374>. Acesso em: Novembro de 2018).

2. DIFERENCIAÇÃO SOCIAL

2.1.BREVE RESUMO DA TEORIA

Tércio Sampaio Ferraz Jr, em seu livro “Introdução ao Estudo do Direito”⁴⁶ utiliza da Teoria da Diferenciação Social de Niklas Luhmann⁴⁷ para fazer, em um capítulo, uma introdução histórica ao estudo do Direito, sem ser superficial, considerando que, para tratar de um grande lapso temporal, precisaria, em regra, de vasta bibliografia da História do Direito. No entanto, o que parece ser improvável consegue êxito, graças ao auxílio da Sociologia, não menosprezando assim, o livro de Teoria do Direito, a independência e a cientificidade da História do Direito enquanto disciplina.

É explicado ao leitor de início do curso jurídico que, para Luhmann, existem quatro diferenciações sociais, a saber Diferenciação Social Segmentária; Diferenciação Social Centro-Periferia; Diferenciação Social Estratificatória e Diferenciação Social Funcional. Cada uma delas foi surgindo no processo histórico, gradativamente e nesta ordem, porém é válido lembrar o que aqui já foi explicitado acerca do uso indevido da ideia de evolução como sinônimo de melhoria, sendo certo que adota-se no presente a semântica de transformação, neste caso a respeito da pluralidade e da diversidade de papéis a serem exercidos por diferentes indivíduos. Isso porque, primeiramente, surge a Diferenciação Social Segmentária, aparecendo, com o passar do tempo, a Diferenciação Social Centro-Periferia, e assim sucessivamente, no entanto uma não dando lugar à outra, mas coexistindo.

Essa ideia fica mais clara com o uso de exemplos que o próprio autor traz em seu livro. A Diferenciação Social Segmentária é aquela própria dos segmentos, das organizações primitivas – não inferiores, mas oriunda dos primórdios – que se caracterizam por tribos e clãs, como no início da Civilização Grega, no período anterior à formação das Cidades-Estado. Muito embora remeta a tempos longínquos e distantes da ideia atual de formação da sociedade, majoritariamente elucidada pela Diferenciação Social Funcional, a Diferenciação Social Segmentária mostra-se presente por meio das tribos indígenas que ainda podem ser encontradas no Brasil, por exemplo.

⁴⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, México, D.F.: Universidad Iberoamericana, 2002.

No entanto, seria preconceituoso afirmar que a civilização indígena é inferior à majoritária civilização caracterizada pela Diferenciação Social Funcional, sendo certo que apenas concentra os papéis sociais nas mãos de seu líder, tão somente porque as condições de sua organização a permite que assim faça. Portanto, é possível afirmar que essa linearidade das diferenciações sociais apresentada não acompanha, necessariamente, a cronologia, pois a transformação de uma Diferenciação Social para outra depende das condições particulares que levam cada civilização a diversificar – ou não – os indivíduos no exercício de principais papéis sociais, a saber líderes políticos, religiosos, militares, etc.

Neste capítulo, serão descritas as mudanças e rupturas que levaram as civilizações de que trata Luhmann a se reorganizarem nas suas Diferenciações Sociais, demonstrando-se as mudanças pelas quais, também, passou o conceito de família. Espera-se, com isso, o mesmo efeito que conseguiu Luhmann: abarcar, em grande lapso temporal, as transformações pelas quais perpassou o conceito de família e suas relações com o Direito, com a pretensão de não ser superficial, ainda que num breve capítulo de trabalho de conclusão de curso.

2.2.DIFERENCIAÇÃO SOCIAL SEGMENTÁRIA E A FAMÍLIA PRIMITIVA

A sociedade primitiva, própria da Diferenciação Social Segmentária, concentrava os principais papéis sociais nas mãos do *pater familias*, que era o líder da família, religioso, militar e quem decidia os conflitos surgidos, por meio de um direito nascente, então Arcaico. Os casos eram decididos sem referência anterior e essa resolução tinha caráter imediato, fundado no “tudo ou nada”. Nesse contexto, somente restava ao infrator suas alternativas: a exclusão do grupo seja pela morte; seja pelo banimento.⁴⁸

O direito aqui, exercido pela mesma pessoa que também era líder religioso, têm forte ligação com a cosmologia, em que se submetia homens e deuses à grande força da natureza, portanto sendo um direito de caráter mágico. É a consequência, pois, da concentração de papéis nas mãos de um único personagem.

⁴⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 2014, p. 44.

Apesar de, como dito, as Diferenciações Sociais de Luhmann não estarem necessariamente ligadas à cronologia, é mister destacar que a Diferenciação Social Segmentária, própria do Direito Arcaico, é própria da Pré-História, até o que se acredita ser o surgimento da escrita. Contudo, é importante lembrar que organizações semelhantes persistem na contemporaneidade, como no exemplo já utilizado, das tribos indígenas brasileiras, em que o Pajé concentra consigo os papéis de líder religioso, militar, familiar, etc. Mas isso somente é possível por causa do fato do contingente populacional da tribo, bem como do espaço físico de que dispõe a civilização.

Esses dois fatores causam, na História, a ruptura para que algumas civilizações deixem de adotar a Diferenciação Social Segmentária, posto que a vocação hereditária apenas privilegiava os primogênitos, excluindo boa parte da população que, por sua vez, estava em constante crescimento⁴⁹. Sem terras de suas propriedades, passavam a ocupar as periferias dos núcleos tribais, o que, mais a frente, permitirá a observação do surgimento da Diferenciação Social Centro-Periferia.

Com relação à família, Engels explica que, nesse período que compreende o Direito Arcaico, a família passou pelas organizações Panaluana e Sindiásmica. Nesses dois casos, os membros da sociedade estavam submetidos ao pater famílias como líder que concentrava papéis sociais. A família panaluana é aquela que começa a se organizar superando o ciúme do macho para com a fêmea, por meio do casamento em grupo, percebendo que este seria muito benéfico para proteção da espécie, bem como com a proibição do incesto, pelo menos em sua gênese, com pais e filhos não podendo se relacionar, mas colaterais, como irmãos e primos, sim. Engels defende que a característica desse período é a promiscuidade, posto que os costumes ainda não estava muito bem estabelecidos.

No caso da família Sindiásmica, porém, ocorre a proibição do incesto, porque inviabilizava o casamento em grupo. No entanto, esses casamentos em grupo possibilitavam a infidelidade e a poligamia masculina, mas a mulher deveria ser fiel aos homens do seu grupo. Desta forma, com as mulheres presas apenas à possibilidade de se relacionarem de forma monogâmica, reduzia-se, por conseguinte, as possibilidades de um homem se relacionar com

⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 2014, p. 45.

muitas mulheres, ainda que fosse permitido, porque estas já estavam comprometidas com outros homens.⁵⁰

Esse caso em tela fomentou o rapto de mulheres por homens que a desejavam de maneira fora do direito e que, via de regra, não poderiam se relacionar com outro homem que não fosse do seu grupo. A grande consequência desses raptos foi o surgimento da prostituição, excluído, pois, do contexto familiar. Mas, para as mulheres que ficavam em suas famílias, havia detenção do poder. Isso porque definiam a linhagem, a descendência que deveria herdar, no contexto do Direito Arcaico, as terras que eram passadas de geração para geração, uma vez que se presumia que da esposa poderia nascer, apenas, o herdeiro de um homem, porque, no grupo, a mulher poderia escolher seu parceiro sexual.

Quando perceberam que as riquezas oriundas de suas atividades laborativas eram herdadas por descendentes de linha materna, e não por suas próprias linhagens, os homens, fazendo uso da força física, fizeram aquilo que Engels chama de propriedade privada da mulher⁵¹, instituída por meio da família monogâmica, que melhor é observada em sua consolidação na Diferenciação Social Centro-Periferia.

2.3. DIFERENCIAÇÃO SOCIAL CENTRO-PERIFERIA E A FAMÍLIA ANTIGA

A Diferenciação Social Centro-Periferia torna-se viável com o aumento populacional das tribos e dos clãs outrora inseridos no Direito Arcaico da Diferenciação Segmentária, não sendo possível, pelo pater famílias, a concentração de todos os papéis sociais daquela civilização. Ele continua chefiando a própria família, realidade que irá se perdurar por muitos anos e atravessará as diferenciações sociais de Luhmann, mas precisou delegar a liderança religiosa aos sacerdotes e a resolução de conflitos aos juristas que surgiam.

A população, crescida em sua densidade demográfica, quando não era herdeiras das terras, realidade que se dava por meio da linhagem materna, passou a habitar as regiões distantes do núcleo do pater famílias. É nesse núcleo, inclusive, que o líder passa a delegar os papéis sociais a outrem, havendo no local a movimentação da política, da religião, do exército, por exemplo. A esse modelo, Luhmann chama de Centro-Periferia.

⁵⁰ ⁵⁰ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, Da Propriedade Privada E do Estado**. 1984,p.23.

⁵¹ ⁵¹ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, Da Propriedade Privada E do Estado**. 1984,p.48.

No que tange ao Direito, agora caracterizado como Antigo, e não mais Arcaico, este começa a ser construído por meio da dialética, que era o debate, entre os pretores. Os pretores eram os administradores da Justiça, pois quem de fato realizava a jurisdição era o Imperador, no contexto que melhor ilustra a realidade narrada: o Império Romano. Esse Direito pretoriano era costumeiro e auxiliava o Direito Civil, as normas, na construção do debate.

Surgia, então, a sofisticação do processo de jurisdição, que até então tinha caráter imediato, sendo que a grande conquista para o Direito Antigo é pensar no infrator como alguém pertencente à civilização, deixando a exclusão de ser o único destino possível para ele. Com mais indivíduos pensando na administração da Justiça, os pretores, sem a sobrecarga da tomada de decisões exclusivamente feita pelo pater famílias, foi possível a mediação entre a ordem jurídica surgida e as decisões concretas que já existiam. Significou, pois, o início da abstração e da união entre a Jurisprudência, que era o fundamento do justo, e a Prudência, que era a descoberta prática do Justo.

Com relação à família, esta deixa de ser a própria do clã, com o casamento em grupo, e passa ser o que se chama de “família natural”, monogâmica, com o que Engels caracteriza como a propriedade privada da mulher, que na família Sindiásmica tinha o poder de definir a linhagem herdeira do patrimônio, mas que, no Direito Antigo, passa a se submeter ao poder masculino, que passou a se desejar como definição da linhagem herdeira do seu patrimônio. A gênese da família, então, deixa de ser o ancestral comum, porque os laços sanguíneos estão cada vez mais dissolvidos com o aumento populacional, para ser o matrimônio monogâmico, uma relação jurídica, existindo aqui para a proteção do patrimônio.

Fortemente dividida entre patrícios e plebe, a saber a elite e o povo da Sociedade Romana, esta também refletia na concretização da relação jurídica do casamento, uma vez que o *confarreatio* era o casamento religioso próprio da elite e o *coemptio* era a venda da mulher por seu pai ao seu marido, em clara demonstração do poder que o gênero masculino, agora, exercia em prevalência ao feminino⁵². No entanto, a posse da esposa pelo marido somente ocorria em um ano, com a uma espécie de consumação do casamento, chama *usus*, e que era

⁵² DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 9.

viabilizado pelo *affectio maritalis*⁵³, ou seja, que homem e mulher tivessem vontade de ficar juntos. Importante ressaltar que tais elementos eram *conditio sine qua non* para que o casamento prevalecesse, podendo ser dissolvido caso faltasse um fator deste cenário ideal.

Não obstante, prevalecia, mesmo em caso de dissolução matrimonial, o afeto que servia como fundamento para o exercício do pátrio poder do pater famílias, membro mais velho, ancião que, como já mencionado na introdução do presente, em Roma, abarcava toda a família, seus descendentes e as esposas de seus descendentes, bem como suas propriedades, o que incluía bens móveis e imóveis, além de escravos⁵⁴.

A crise do Império Romano do Ocidente, porém, fundada na ausência de ânimo para continuação da expansão do território, bem como o desuso da mão de obra escrava, para adoção do *colonato* como principal forma de mão de obra inviabilizou a prevalência da Diferenciação Social Centro-Periferia pela sociedade do Século V d.C., em um processo gradativo. Esse tipo de organização, porém, ainda pode ser visto por meio da separação entre países centrais e periféricos que se faz no estudo da geopolítica, por exemplo.

O cenário da referida crise possibilitou que um dos mais famosos impérios da História, inserido numa cultura fascinante e muito estudada, ruísse, por meio das invasões bárbaras. Então, a Diferenciação Social Centro-Periferia passa a dar lugar à Diferenciação Social Estratificatória, posto que não havia mais a centralização de poder na *polis*, no centro da civilização, ainda que com diferenciação de papéis. O poder foi ramificado em feudos, porque precisou se desmembrar para se proteger da violência, no período que ficou conhecido como Alta Idade Média, sendo certo que tantas rupturas com certeza influenciaram o conceito de família.

2.4. A DIFERENCIAÇÃO SOCIAL ESTRATIFICATÓRIA E A FAMÍLIA MEDIEVAL

Muito embora seja conhecida por Idade das Trevas, no Medievo fora produzido, sim, muito conhecimento. Caracterizar esta era como sombria é corroborar com uma História

⁵³ CASTRO, A. M. O. de. A família, a sociedade e o direito. In: ELESBÃO, E. C. (Coord.). **Pessoa, gênero e família**: Uma visão integrada do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 90.

⁵⁴ WALD, A. **O novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 712 p. 9.

evolutiva, que neste trabalho já se criticou, e que neste caso tem origem na contraposição com o Iluminismo, também denominado Idade das Luzes.

A Idade Média sofreu grande influência da Igreja Católica, que não por acaso era a maior detentora de terras da Europa, naquela época. A política e o poder estavam fortemente ligados à terra e por isso a igreja Católica exercia o que se chama de *Auctoritas*, que seria o fundamento para a concretude da *Potestas*⁵⁵, por sua vez exercidos pelos governantes. O poder, contudo, não pode ser confundido com este último conceito, pois estava fragmentado nas mãos dos senhores feudais, que criavam suas próprias regras para gestão de sua propriedade, pois eram soberanos, livres e autônomos, para tal, conforme demonstrado na passagem citada na introdução do presente.

A Diferenciação Social Estratificatória se caracteriza pelos estratos que dividem a sociedade, numa organização de sociedade em que a igualdade é horizontal, ou seja, as pessoas do mesmo estrato são iguais, mas as de estratos diferentes não são. E cada estrato tem a sua função, a sua diferenciação de papéis, no Medieval, cabendo ao clero a instrução, o monopólio do conhecimento e a *Auctoritas*, bem como à nobreza ligada à terra, aristocracia, a proteção e a defesa do território, com as guerras, restando à plebe o trabalho para sustentar essa logística.

O Direito Romano visto neste capítulo é emprestado à ordem jurídica medieval nascente, compondo, num primeiro momento de Alta Idade Média, entre os períodos dos séculos V-X d.C., a ordem jurídica medieval nascente como fonte do direito. Como dito, o monopólio do conhecimento ficou a cargo da Igreja Católica, sobretudo nas pessoas dos monges que, enclausurados, compilavam o conhecimento adquirido pela humanidade no passado e faziam interpretações, tais como as releituras que Santo Agostinho e São Tomás de Aquino faziam de Platão e Aristóteles, respectivamente.

Com a o final das invasões Bárbaras e com o início das Cruzadas, tinha início o período da Baixa Idade Média, séculos X-XV d.C.. Não havia porquê na clausura dos feudos, e grande parte da população que estava copiosamente destinada ao trabalho, tinha necessidade

⁵⁵ GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

de encontrar um novo ofício, após mais de cinco séculos sem mobilidade social, submetidos ao poder do senhor feudal. Esse ânimo possibilitou a formação dos Burgos, e consequentemente abriu caminhos para a realização de trocas e serviços, sobretudo por causa das caravanas que traziam produtos e conhecimentos do Oriente, através das rotas abertas das Cruzadas.

Esse contexto gerou movimentação econômica e impulsionou a regulamentação de um Direito Privado que tutelasse as relações interpartes, o que até então não era necessário, porque as pessoas, presas em seus feudos e com medo dos perigos além dos portões do Senhor Feudal, tinham uma comunicação basicamente pautada pelo escambo. Aqui está a gênese de um Direito Contratual, com a segunda recepção do Direito Romano, regulando as relações civis, tais como obrigações e propriedade, que até então, segundo o Direito Canônico oriundo da *Auctoritas* da Igreja Católica, era um dom divino, o que ia de encontro com a realidade que se emergia, além dos feudos.

Essas influências do Direito Romano para com a Idade Média, no contexto da Diferenciação Social Estratificatória, muito repercutiram na construção e na transformação do conceito de família, posto que a “família natural” do Direito Antigo foi recepcionada pelo Direito Medieval, mais especificamente pelo Direito Canônico, num íterim de pluralismo jurídico, em que diferentes direitos coexistiam, mas, na valorização da liberdade e da soberania enquanto autonomia, prevalecia o direito particular infraimperial – *ius proprium* – em detrimento do direito comum, *ius commune*, representado por regras e princípios gerais do Direito comuns aos impérios⁵⁶.

Com relação à família, quem mais contribuiu para a transformação de seu conceito foi, de fato, a Igreja Católica, por meio do Direito Canônico, pouco tendo as legislações infraimperiais realizado determinações acerca. O casamento passava a ser indissolúvel e a única maneira de se constituir a família da época, cristã e católica⁵⁷. Era uma instituição sacralizada, em que não havia espaço para o hedonismo romano, que valorizava o prazer. Para justificar a relação sexual, ou seja, que o homem e a mulher vivessem como marido e mulher,

⁵⁶ HESPANHA, António Manuel. *Justiça e Litigiosidade. História e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

⁵⁷ CASTRO, A. M. O. de. A família, a sociedade e o direito. In: ELESBÃO, E. C. (Coord.). **Pessoa, gênero e família: Uma visão integrada do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 90.

com *animus coeundi*⁵⁸, e fundamentar o matrimônio nela, a Igreja Católica dizia que seu fim era a procriação, sendo o afeto característica não recepcionada pelos cânones.

No entanto, como também regulava a política da época, a Igreja católica realizava o casamento em ato solene inclusive e principalmente para a proteção do patrimônio familiar, o que não mudou. Era um contrato entre famílias, validado pela Igreja, que, como dito supra, tinha *Auctoritas* para isso, mostrando também os reflexos da recepção do Direito privado Romano no Medievo, pelo caráter contratual da união matrimonial, que frisava a Igreja dever ser entre homem e mulher.

Nesse contexto de maior contato entre os indivíduos, marcado pela formação dos burgos, que por sua vez não se deu de forma planejada, formaram-se novos problemas. Inicialmente criados às margens dos feudos, os povoados eram de responsabilidade do senhor feudal, mas, com o crescimento do assentamento, a autonomia dos nobres não era suficiente para administrar o que já mais se assemelhava com cidades. A Crise do Século XIV, marcada por mudanças climáticas que culminaram em grande perda da colheita, com a consequente fome, bem como pela peste bubônica que dizimou um terço da população europeia, agravou a necessidade de um governo oriundo de um Estado Nacional.

A Necessidade de se padronizar moeda, pesos e medidas, leis, assim como de proteção, saneamento básico e políticas públicas diversas exigiu a formação de um Estado forte, capaz de lidar com tais demandas e que, portanto, precisava ainda mais diversificar papéis, por meio da burocratização característica do Absolutismo, enquanto forma de monarquia preponderante na Europa Moderna. Ocorre, portanto, o surgimento da Diferenciação Social Funcional, contudo é possível observar a perpetuação dos estratos semelhantes à realidade medieval num contexto de coronelismo nas áreas rurais brasileiras, contemporaneamente.

⁵⁸ CAPPARELLI, J. C. **Manual sobre o matrimônio no Direito Canônico**. São Paulo: Paulinas, 1999. p. 20.

2.5. A DIFERENCIAÇÃO SOCIAL FUNCIONAL, A FAMÍLIA MODERNA E GÊNESE DO CASO BRASILEIRO

A Diferenciação Social Funcional é aquela que mais diversifica papéis e funções sociais na sociedade. Surge na Modernidade, com a formação do Estado Moderno, e a necessidade do rei em delegar funções a indivíduos que o auxiliem na administração do Estado. Abarca esta Diferenciação Social, contudo, duas eras que se costuma separar no estudo da Historiografia Tradicional, Era Moderna e Era Contemporânea, sendo a Revolução Francesa de 1789 a ruptura que as separa. Isto porque se observa, majoritariamente nas civilizações, uma sofisticação e pluralidade de papéis sociais desempenhados por diferentes indivíduos na sociedade, mas sem que se possa esquecer da coexistência das demais Diferenciações Sociais aqui vistas, ainda que em casos isolados, mas que também no presente estudo foram devidamente ilustradas com exemplos.

Ocorre, na Modernidade, uma aproximação entre Direito e Política, porque o Monarca, colocado no poder por uma Burguesia que precisava de ordem e segurança para se desenvolver, descobriu o Direito como *Instrumentum Regnum*, ou seja, como forma de reinar, de fazer sua política. A Soberania aqui, não é mais aquela do Medievo, sinônimo de autonomia dos senhores feudais, agora com seus poderes suprimidos e subordinados ao governante: trata-se de um poder uno e indivisível, em contraponto com o ora fragmentado dos senhorios. E quem tinha a titularidade desse poder era o Monarca, que fazia as leis, contudo sem se submeter a elas, devidamente coerente com o pensamento da época, de que não poderia fazê-lo tal qual não se pode levantar a si puxando os próprios cabelos.

O rei era ungido pela Igreja Católica, que apesar de ter seu poder enfraquecido pela Reforma Protestante, ainda exercia grande influência no Continente Europeu. Contudo, o Direito passou a ser dessacralizado e o seu conhecimento, agora instrumento de governo, deixou de ser monopólio da Igreja, tendo grande transformação por agora estar baseado na razão e no pensamento sistemático, sem deixar, no entanto, de estar ligado à moral. Isso caracteriza a emergente teoria jurídica da Era Moderna, o Jusnaturalismo, ou Direito Natural. Um exemplo dessa dessacralização é o conceito de propriedade, como já dito, observado tal qual dom divino no Medievo, porém caracterizado por Direito Natural na Modernidade.

O casamento, por sua vez, não teve essa dissociação do sagrado, o que não significou uma mudança social tão profunda no que tange à concepção de família. A instituição ainda se daria por ato solene, regulada pelo Direito Canônico e com fim declarado na procriação, ainda que se discuta aqui a perpetuação do real motivo para o casamento, desde a família monogâmica: a proteção do patrimônio.

Importante lembrar que foi na época da formação dos Estados Nacionais, então inserida na Diferenciação Social Funcional, é também contemporânea à Expansão Marítima e ao episódio das Grandes navegações, que teve, como uma de suas consequências, o início da colonização portuguesa no Brasil. Portugal, um país muito católico, trouxe ao Brasil sua legislação e o subordinou à mesma, inclusive no que tange à concepção de família.

Por meio das ordenações filipinas, Portugal reconhecia o matrimônio realizado de forma solene e com *animus coeundi*, como preceituado pela Igreja Católica, mas também aquele público, notório e com fama, este não reconhecido pelo Direito Canônico, mas que ilustra bem uma espécie de concubinato. No Brasil, o célebre caso da escrava Xica da Silva com o contratador de diamantes e fidalgo João Fernandes de Oliveira é um expoente caso que elucida essa possibilidade.

O espírito Liberalismo Político e Econômico que culminaram na Revolução Francesa de 1789 teve, em uma de suas consequências, o Positivismo, dentre eles o Jurídico. Aqui, ocorre a dissociação entre Direito e Moral, e uma grande necessidade de laicizar o Estado, o que tem impacto na família, posto que o Império do Brasil, em determinado momento, sobretudo após o cisma entre o Imperador Dom Pedro II e o Papa, passa a relativizar a dissolubilidade do casamento, reconhecendo um protético de separação judicial em casos específicos, assim como viabilizando os casamentos realizados em outras religiões, inclusive o sem religião, civil, no ano de 1861.

Com a Proclamação da República em 1889, o Brasil passa a ser oficialmente laico e, portanto, reconhece somente o casamento civil, para seus efeitos perante a lei. O Código Civil de 1916 vem, então, modernizar a já possibilidade de separação judicial com o desquite, que possibilitava a separação de corpos⁵⁹ mas não extinguiu o vínculo matrimonial, porque isto

⁵⁹ WALD, A. **O novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 712 p. 20.

somente seria possível em 1977, com o reconhecimento do instituto do divórcio. Além disso, o Ordenamento Jurídico Brasileiro, no mesmo Código Bevilacqua, diferencia filhos legítimos de ilegítimos⁶⁰, o que vem a cair por terra com a Constituição Federal de 1988, que começa a reconhecer a União Estável como entidade familiar. As especificidades, contudo, seguem no capítulo próximo.

3. O DIREITO BRASILEIRO DE FAMÍLIA E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1. PLURALIDADE DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Por muitos anos, predominou no Brasil a noção de que família seria uma "escola de costumes", que educaria o cidadão conforme os preceitos éticos e morais dominantes. Esse pensamento, oriundo do doutrinador Pasquale Stanislao Mancini, apesar de parecer retrógrado, foi aceito pela comunidade internacional com bons olhos:

A família pagã, em que o pai era um déspota e a mulher pouco acima de uma escrava, o filho sem coisa personalidade distinta, ter-se-ia dissolvido na anarquia, na prodigalidade, na dissolução, nos divórcios cotidianos, se o cristianismo não tivesse vindo regenerá-la. No moderno sistema jurídico, grandes mudanças trouxe o último século nas leis que regulam a constituição da família. O critério que lhe serviu de guia é a dupla conciliação da religião com a liberdade civil e da autoridade com o afeto. Assim o matrimônio, o ato mais importante da vida privada do cidadão, a convenção criadora da própria família não é mais nem pode ser de exclusiva competência do poder religioso. Determinar, porém, suas condições e seus impedimentos, as formas e os efeitos civis torna-se a primeira das solitudes do legislador social que não pode se abster disso sem faltar com um de seus rigorosos deveres.⁶¹

Contudo, nota-se que no pensamento moderno, por mais que o casamento fosse entendido como algo sagrado, a esfera privada do cidadão não deveria se misturar com o poder religioso, de tal forma que entre os nubentes vigorava o princípio da autonomia da vontade, visto que o casamento gera múltiplos efeitos civis.

⁶⁰ FUGIE, E. H. A união homossexual e a Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, out./dez. 2002. n. 15., p. 133.

⁶¹ MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito internacional**. trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Ijuí, 2003, p. 160-161.

Em Bobbio, observa-se que a família pode ser entendida como o primeiro embrião para aquilo que se tornaria a sociedade, ou a *polis*, e que reunia em seu seio indivíduos reunidos por laços de amizade, afeto e consanguinidade, que tinham por intuito atingir fins particulares, fosse a continuação da espécie, ou a obtenção de prestígio, entre outros.⁶²

O poder e a força, elementos que permearam por um longo período de tempo nos núcleos familiares, cederam espaço para as relações consentidas. De tal forma que a família, - outrora reflexo de um arranjo social para atender fins religiosos, políticos e econômicos - passou por uma grande transformação: a laicização, que contribuiu para a redução do tamanho das famílias, para a reivindicação de liberdade no seio familiar, e para a destituição do patriarcado⁶³.

Conseqüentemente, tem-se que o modelo de família tradicional, hierárquica e sacralizada pelo cristianismo, foi por muito tempo o único tipo aceito na sociedade, fato este, que no período contemporâneo, fez com que vários indivíduos buscassem a defesa de outras entidades familiares, e, conseqüentemente, se socorressem do Judiciário para efetivar a tutela familiar, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade⁶⁴. Leciona Viana, *apud* Machado, que:

Hoje a família não mais decorre somente do casamento civil e nem é concebida exclusivamente como união duradora entre homem e mulher. Por força do disposto no §4º do artigo 226 da CF, a família é concebida, na sua noção mínima, como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, abrangendo, também, as outras formas de entidade familiar, como aquela decorrente do casamento civil, do casamento religioso, e da união estável, entre o homem e a mulher nos termos dos outros dispositivos contidos no artigo 226.⁶⁵

⁶² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade. Fragmentos de um dicionário político**. trad. Marco Aurélio Nogueira. 20ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 79.

⁶³ DEL PRIORE, Mary. **Histórias e conversas de mulher**. 1ª ed. São Paulo: Planeta, 2013, p. 93.

⁶⁴ CAVALCANTI, Camilla de Araújo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 19-20.

⁶⁵ VIANA, Roberta Carvalho. **O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista da Esmesc, v.18, n.24, 2011. p. 511-536. Disponível em: Acesso 10 de nov de 2018.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado em vários documentos internacionais, como o caso da Carta das Nações⁶⁶ (preâmbulo) e no caso da Declaração Universal de Direitos Humanos⁶⁷ (preâmbulo, art. 1º e art. 23), tem sido o princípio basilar para a abertura de novas concepções acerca do entendimento de família. E é graças a ele, que a diversidade familiar foi levada ao Judiciário brasileiro, ao agregar os novos elos familiares e construções sociais.

Também contribuíram com a modernização da concepção de família: o Estatuto da Mulher⁶⁸ (Lei nº 4.121/62) e a Lei do Divórcio⁶⁹ (Lei nº 6.515/77), além da modernização das técnicas de reprodução assistida, da multiparentalidade, e da consagração da socioafetividade como parâmetro orientador dos novos arranjos familiares⁷⁰.

Antes de adentar como o ordenamento jurídico brasileiro, hoje, tutela várias composições familiares, é necessário apontar sucintamente seus diferentes tipos. Assim sendo, sob os pilares do direito fundamental à dignidade humana e no direito de constituir família (que se estende a capazes e incapazes - art. 6º, Lei nº 13.146/2015⁷¹), o direito de família contemporâneo passa a reconhecer as famílias plurais, dissociadas do senso de família religiosa, patriarcal e verticalizada⁷², mudança essa que foi agregada por uma série de fatores, tais quais: mudanças políticas, econômicas e sociais, além de novas tecnologias de fertilização, e o estreitamento de laços familiares e afetivos⁷³.

Para Maria Helena Diniz, o conceito de família pode ser amplo ou restrito, sendo que no primeiro está ligado ao vínculo da consanguinidade ou da afinidade (o que pode incluir terceiros estranhos à relação familiar tradicional), enquanto que no sentido restrito família é

⁶⁶ Organização das Nações Unidas. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

⁶⁷ Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.

⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 4.121**, de 27 de agosto de 1977. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 6515**, de 26 de dezembro de 1977. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

⁷⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 43.

⁷¹ BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015: Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 08 nov. 2018.

⁷² CAVALCANTI, Camilla de Araújo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 38-39.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

definida pelo conjunto de indivíduos unidos pelo matrimônio ou pela filiação, o que importaria em considerar família exclusivamente os genitores e a prole⁷⁴.

Enquanto que para Cezar Fiúza, família em seu sentido amplo (*lato sensu*) ou genérico, seria “*uma reunião de pessoas descendentes de um tronco ancestral comum, incluídas aí também as pessoas ligadas pelo casamento ou pela união estável, juntamente com seus parentes sucessíveis, ainda que não descendentes*”⁷⁵, por outro lado, a definição *stricto sensu* se resume na mesma dada por Maria Helena Diniz: família seria a reunião de pais e filhos, seja por apenas um dos pais ou por ambos.

E para Carlos Roberto Gonçalves, família no sentido genérico é aquela em que “*todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como unidas pela afinidade e pela adoção*”⁷⁶, enquanto que a família específica seria aquela concepção dada pelo Código Civil, de que é o núcleo composto por parentes consanguíneos em linha reta, e colaterais até quarto grau.

Baseado na concepção contemporânea de família, Anthony Giddens, citado por Giselda Hironaka, explana que:

Os relacionamentos familiares contemporâneos- quer no nível da conjugalidade, quer no nível da parentalidade - se baseiam na primazia do amor e suas características principais poderiam ser assim enumeradas: a) são relações que se valorizam por si mesmas e não por condições exteriores da vida social e econômica; b) são relações que primam pelo que podem trazer de bom para cada um dos membros do núcleo familiar envolvidos; c) organizam-se pelo viés reflexivo, no qual a comunicação é aberta e tem base contínua; d) são relações que tendem a se verem mais focadas na intimidade, na cumplicidade e na confiança mútua; e) são relações que transformam a obrigação do contato constante em compromisso ético entre os seus partícipes.⁷⁷

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família**. vol. 5. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 9.

⁷⁵ FIÚZA, Cezar. **Direito civil - curso completo**. 12ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 939.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito de Família. Vol. VI**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2-12.

⁷⁷ GIDDENS, Anthony. *Apud* HIRONAKA, Giselda. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. *In*: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 65.

Neste sentido, um dos primeiros tipos de família contemporânea, é a família homoafetiva, que rompe o paradigma do modelo heteroafetivo, que por muito tempo perdurou no ordenamento brasileiro (art. 226, §§3º e 6º, CF 88⁷⁸, c/c art. 1.565, do Código Civil⁷⁹). Ou seja, nesse modelo de família, deixa de ser entendido como tal a "*união entre homem e mulher*", para que se possa se estender a aplicação dos princípios da dignidade e da igualdade para casais homossexuais. De tal forma, além do casamento e da união estável, estende-se aos casais homoafetivos o direito à adoção, guarda, e exercício do poder familiar⁸⁰.

Por família monoparental entende-se a família composta por apenas um dos genitores e de seus descendentes (família monoparental típica). Isto pode se dar por conta de abandono familiar, inseminação artificial, falecimento, adoção ou guarda unilateral. Todavia, os descendentes também podem conviver com seus avós, o que é considerada como família monoparental atípica⁸¹.

Por outro lado, a família anaparental é a modalidade de família que não há ascendentes convivendo com seus descendentes. Este tipo de situação pode ocorrer, por exemplo, no caso de dois irmãos que residem juntos. Neste caso, os componentes deste tipo de família, além de residirem juntos, deverão -por esforço mútuo- adquirir patrimônio comum, ou seja, este tipo de família será caracterizado pela reciprocidade no auxílio material, emocional, afetivo, etc.⁸²

Destarte, nas famílias anaparentais, não é necessário o requisito do envolvimento da habitação comum, e para alguns autores, como Guilherme Calmon Gama torna-se indispensável a existência do laço consanguíneo:

No que tange às denominadas famílias anaparentais, frise-se que, existe vínculo de parentesco entre irmãos, por exemplo, sendo que a questão propriamente não é a identificação se existe ou não uma família (já que os parentes são familiares), e sim

⁷⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

⁸⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. **Curso de direito de família, vol. I**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 201.

⁸¹ CAVALCANTI, Camilla de Araújo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 56-58.

⁸² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 143.

qual deve ser o regime a ser observado no campo dos direitos pessoais e direitos patrimoniais familiares, ou seja, o conteúdo da relação jurídicofamiliar.⁸³

Todavia, quando não houver laços de consanguinidade, pode-se considerar como família eudemonista, não devendo ser confundido com a anaparentalidade. Assim, pessoas que optam por morar juntas pela afetividade que possuem podem requerer devida proteção patrimonial. Pode ser considerada como a manifestação máxima dos laços afetivos, em razão do fato de que duas ou mais pessoas passam conviver entre si, e unem-se, compartilhando auxílio psicológico, afetivo, econômico e material.

A família simultânea ou paralela pode ser definida como aquela vivenciada por indivíduos que compartilham mais de um núcleo familiar. Está atrelada à ideia de infidelidade conjugal -principalmente nas relações sociais ocidentais, posto que em várias culturas orientais ela é aceita-, porque perpassa a tradição da monogamia, alcançando o que se denomina como poligamia ou "*poliamor*". Como no ordenamento brasileiro a bigamia é vedada, nesse tipo de família o indivíduo não pode se casar com mais de uma pessoa, mas ele chega a constituir mais de uma família, seja porque teve filhos em mais de um núcleo, ou porque mantém relacionamento amoroso simultâneo com mais de um indivíduo⁸⁴.

Mesmo o reconhecimento de uniões estáveis paralelas ou simultâneas é vedado pelo ordenamento brasileiro. Não se permite, que, em caso de relações poliafetivas (três ou mais pessoas), as partes possam proceder à escritura declaratória de união estável. Isto porque, em tese, poderia causar confusão patrimonial, e pelo fato de que a união estável pressupõe a convivência de apenas duas pessoas no seio familiar⁸⁵.

Em contrapartida, a família recomposta, pluriparental ou mosaico, pode ser entendida como aquela que resulta da multiplicidade de vínculos e da organização familiar adotada, que faz com que uma ou mais famílias sejam reunidas seja em virtude de um divórcio e de um

⁸³ Idem.

⁸⁴ FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 89.

⁸⁵ G1 POLÍTICA. **CNJ decide que cartórios não podem reconhecer como união estável as relações poliafetivas**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/cnj-decide-que-cartorios-nao-podem-reconhecer-como-uniao-estavel-as-relacoes-poliafetivas.ghtml>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

novo matrimônio. Nesta modalidade surgem as figuras do "padrasto, madrasta e enteados", pois há uma junção de dois núcleos familiares⁸⁶.

E, finalmente, tem-se a família transnacional, que é aquela um ou mais membros do mesmo núcleo familiar mudam para outro país, abandonando seu país de origem, e podendo ou não adotar novo arranjo familiar (poderá passar a ser família monoparental, anaparental ou recomposta, por exemplo)⁸⁷.

Em suma, percebe-se que o conceito de família depende não só do arranjo que possui, como também dos membros que a formam, entretanto, o que é comum a todas é a intenção de constituir um espaço para a comunhão de momentos, ideias, bens e sentimentos, sejam eles oriundos de laços consanguíneos ou de laços de afetividade. Nos diversos tipos familiares permeia a noção de proteção e carinho, orientada pela dignidade humana.

No ordenamento brasileiro são aceitos todos os tipos familiares supramencionados, porém, faz-se necessário destacar que a Constituição de 1981⁸⁸, apesar de laica, no art. 72, §4º, reconhecia o casamento civil como o único meio possível de constituir família, assim, ratificando a Constituição de 1824⁸⁹, que estava inserida num contexto de Estado religioso e católico.

As demais Constituições brasileiras permaneceram omissas quanto a isso, considerando o casamento, conforme mencionado nos outros capítulos, como uma forma histórica de se proteger patrimônio. Neste sentido, tem-se que a Constituição Federal de 1988, de maneira inovadora, reconhece o casamento (art. 226, p. 1º), a União Estável (parágrafo 3º) e família monoparental (parágrafo 5º) como entidades familiares, garantindo a proteção do Estado para elas.

⁸⁶ FERREIRA, Jussara; RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaico. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 508.

⁸⁷ CAVALCANTI, Camilla de Araújo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 72-74.

⁸⁸ BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de Fevereiro de 1891)**. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁸⁹ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824)**. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

Não obstante, atual constituição também passou a admitir a igualdade entre os filhos, não permitindo a diferenciação entre legítimos e bastardos (art. 227). Enquanto que o *caput* do art. 226, define a família como base da sociedade, e como merecedora da proteção do Estado. Para Fernanda Gurgel, tem-se que:

Ao dedicar um capítulo próprio à família, a Constituição Federal de 1988 fixou diretrizes consubstanciadas, principalmente, na igualdade entre os cônjuges e paridade entre os filhos, na dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio, no reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais, na paternidade responsável e, sobretudo, estabeleceu a restauração da primazia da pessoa nas relações familiares, delineando o direito de família como um espaço de realização da dignidade da pessoa humana, o que se dá mediante a convivência e a solidariedade familiar.⁹⁰

Em outras palavras, apesar do Direito de Família ser um dos ramos do Direito Privado, a Constituição Federal consagra a proteção do Estado à família, constituindo-se como um protecionismo de um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade⁹¹, em virtude de que há interesses inseridos no ambiente familiar que se revestem de interesse público e social.

Isto ocorre porque, mesmo no direito privado, certas normas possuem um caráter impositivo, possuindo um condão de afastar a vontade entre as partes, para que prevaleça a ordem pública. Nestes casos, a observância destas normas poderá ocorrer, inclusive, com a presença de terceiros que atuem como fiscais do Estado, como ocorre com a intervenção do Ministério Público, que fiscalizará a tutela dos chamados direitos indisponíveis⁹².

Para Cândido Rangel Dinamarco, quanto à intervenção estatal no direito de família, tem-se que as relações desta disciplina são "*regidas por fundamentos de ordem pública*

⁹⁰ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39-40.

⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 136-156, jun./jul., 2004.

⁹² ROQUE, Nathaly Campitelli. **A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil - as questões de ordem pública**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 908, 2011, p. 266.

relacionados com as repercussões que os resultados do processo podem projetar na própria estrutura da sociedade"⁹³.

3.2. CASAMENTO

Considera-se o casamento como uma manifestação de vontade entre as partes, que realizam um contrato entre si, para tanto elegendo um regime de bens. Outrossim, em tese, o matrimônio pode ser entendido como uma união permanente entre "homem e mulher", com a finalidade de constituir família e se ajudarem mutuamente.⁹⁴

Para Sílvio Rodrigues, o casamento pode ser definido como "*o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.*"⁹⁵.

Para o civilista Pontes de Miranda, o casamento é ato revestido de solenidade, finalizado por meio de um contrato, o qual os nubentes declaram suas intenções maritais (leia-se: regime de bens). Por meio deste ato, duas pessoas de sexo opostos, pactuam a intenção de convivência, comprometendo-se com os deveres conjugais⁹⁶.

Destarte, plausível salientar o que o Código Civil, em seu art. 1.514, dispõe que o casamento se realiza no momento em que homem e mulher manifestam suas vontades, e juiz os declara como tal. Desta forma, nota-se, *a priori*, que a concepção tradicional de matrimônio excluiria o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas tal concepção caiu em desuso, sendo perfeitamente aceito pela jurisprudência e pela doutrina o entendimento de que o casamento também pode ser contraído por homossexuais.

Também foi abandonado o entendimento do Código Civil de 1916, que em seu art. 233, dispunha que o marido era o chefe da sociedade conjugal, e a ele cabia exercer

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed., v. 3, São Paulo: Malheiros, p. 52.

⁹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 87.

⁹⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil - vol. 6- Direito de Família**. 28 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 19.

⁹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado De Direito De Família**. vol I, 3ª ed., Max Limonad Editor: São Paulo, p. 93.

exclusivamente direitos sobre a mulher e sobre sua família⁹⁷. Dessa maneira, percebe-se que o direito de família era não somente heteronormativo, como era, de igual modo, machista e patriarcal.

Com a busca pela liberdade e pela independência sexual, cujo pensamento tomou grandes proporções nos anos 60, as mulheres passaram a conquistar mais direitos, e, da mesma forma, a comunidade LGBT, nos anos 70 e 80, passou a adquirir mais direitos, fato este que só foi possível em virtude de um crescente número de demandas nos judiciários de vários países.

3.3. UNIÃO ESTÁVEL

Entretanto, é pertinente mencionar que antes o casamento entre pessoas do mesmo sexo fosse aceito, permitia-se apenas a união estável entre eles, também chamada de união homoafetiva. A união estável pode ser entendida como:

Situações análogas ao casamento, essas uniões ocorrem quando da convivência pública, ostensiva, duradoura, com intenção de constituir família, embora sem as formalidades do matrimônio. (...) De início, tem-se que o legislador brasileiro reconheceu a união estável como entidade familiar, sendo possível sua conversão em casamento. Não se tratam, por esta razão, a união estável e o casamento de dois institutos iguais, tampouco hierarquizados, todavia a lei dá tratamento diferenciado por se referirem a entidades diferentes instituídas de formas diversas. (...) Há que se fazer, todavia, a distinção entre a união estável e o casamento e daí verificar que existem diferenças substanciais porque, primeiramente, neste, para sua constituição, necessita-se da habilitação dos nubentes, celebração solene, declaração de vontade do par e declaração do celebrante que realiza o ato e, por último, o registro público, que comprova juridicamente o matrimônio e seus efeitos, quando a declaração deles for necessária. Na união estável, esses procedimentos não existem.⁹⁸

Mesmo no Código Civil, a definição de união estável também é heteronormativa, visto que o art. 1.723, conceitua como tal o relacionamento contínuo e duradouro, entre homem e mulher, estabelecido como o intuito de constituir família. Tal entendimento é oriundo de duas

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 3071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁹⁸ CAVALCANTI, Camilla de Araújo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 44-46.

leis, criadas na década de 1990, para regulamentar o direito dos companheiros: a Lei nº 8.971/94⁹⁹ (que passou a regular o direito à alimentos e sucessão do companheiro, desde que satisfeito o lapso temporal mínimo de cinco anos), e a Lei nº 9.278/96¹⁰⁰, que regula o §3º da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre direito dos conviventes e sobre a dissolução da união estável.

Em síntese, a união estável requer que as pessoas estejam desimpedidas para casar (com a ressalva dos casos de separação de fato, judicial ou extrajudicial), e que haja habitualidade (e o preenchimento de certo lapso temporal, para os casos em que não há escritura pública declaratória de união estável), além de requerer que os companheiros(as) tenham a intenção de conviver juntos, no intuito de constituir família, de contribuir com o sustento comum, e com os deveres aludidos pelo art. 1.724 do Código Civil, não mais constituindo óbice a opção sexual do casal¹⁰¹.

Outrora, a união estável era reconhecida como sociedade de fato, e esta proteção se deu em virtude da existência do concubinato -ou infidelidade conjugal-, admitindo-se que o(a) concubino(a) teria direito a uma justa reparação pelos serviços prestados durante a convivência com seu companheiro(a)¹⁰².

3.4. REGIMES SUCESSÓRIOS NO CASO EM TELA

Essencial destacar que o Código Civil, contudo, quando promulgado, diferenciou a sucessão do cônjuge da do companheiro, não incluindo este no rol de herdeiros necessários. Isto porque o Código Civil de 2002 era fruto de debates da década de 1970 e não se atualizou sobre isso no que tange à sucessão.

Antes do julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 (RS) e 878.694 (MG), a sucessão dos companheiros era desigual, quando comparada à dos cônjuges, ou seja, o

⁹⁹ BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

¹⁰⁰ BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

¹⁰¹ CASSETTARI, CHRISTIANO. **Divórcio, extinção de união estável e inventário por escritura pública: teoria e prática**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 116.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694, MG. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais**. Brasília.

cônjuge concorria para a herança na primeira linha de sucessão, ao lado dos descendentes, na qualidade de herdeiro necessário (art. 1.829 c/c art. 1.845, ambos do Código Civil), enquanto que ao companheiro era lhe assegurado somente 1/3 do patrimônio do seu companheiro falecido, concorrendo com colaterais até quarto grau¹⁰³.

Oportuno mencionar que na união estável, os companheiros convivem como se casados fossem, e que a antiga redação do art. 1.790 violava a dignidade da pessoa humana dos companheiros, assim como também lhes retirava a igualdade de direitos quando comparados aos cônjuges. Desta forma, o companheiro, anteriormente, cumpria com todos os deveres da união estável -nos termos do art. 1.724 do Código Civil-, dedicando ao outro as mais variadas formas de assistência (psicológica, moral, material, afetiva), sem, contudo, ser reconhecido por tal.

Todavia, após o julgamento dos referidos Recursos Extraordinários, a redação do art. 1.790, ficou da seguinte forma, *in verbis*:

Art. 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: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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 que fora posto em cheque nos aludidos recursos, é que não se pode mais diferenciar o tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro, inclusive em uniões homoafetivas. Logo, ambos institutos devem ser equiparados, já que não há diferenças consideráveis entre ambos, com exceção da solenidade que reveste o matrimônio.

No julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 (RS) e 878.694 (MG), cujo relator foi o Ministro Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que teve sua redação alterada para abarcar o novo posicionamento de igualdade entre cônjuges e companheiros, dado que não

¹⁰³ CAVALCANTI, Camilla de Araújo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 46-47.

existe elemento de discriminação que justifique tratamento diferenciado entre eles, independentemente de orientação sexual¹⁰⁴.

Incontestável que a antiga redação do art. 1.790 entrava em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, além da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. Portanto, os recursos serviram como norte à atualização do ordenamento jurídico brasileiro, como forma de preservar e tutelar outras formas de entidades familiares, assim como também buscou preservar a segurança jurídica, na medida em que a aplicabilidade de tal entendimento jurisprudencial alcançou todos "*os inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública*"¹⁰⁵.

No caso do julgamento do RE 646.721 (RS), cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, também consagrou-se o entendimento da equiparação de ambos institutos para fins sucessórios, porém tanto o relator, quanto o Ministro Ricardo Lewandowski tiveram seus votos vencidos. Para eles, a Constituição Federal reconhece a união estável e o casamento como entidades familiares, entretanto, não abre espaço para equiparação, sob o argumento de que violaria a vontade das partes e ao regime adotado, isto é, ao invés de conviver em união estável, as partes deveriam optar pelo matrimônio, para que houvesse tal proteção patrimonial¹⁰⁶.

Já no caso do RE 878.694 (MG), os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli negaram provimento sob o argumento de que o legislador não extravasou os limites constitucionais ao não equiparar o companheiro à mesma proteção de que goza o cônjuge. Em contrapartida, os demais ministros votaram favoravelmente, acordando pela inconstitucionalidade do dispositivo, sob a alegação de que o retrocesso à proteção social deve ser vedado.

¹⁰⁴ Supremo Tribunal Federal. **Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694, MG. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais**. Brasília, p. 2.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 646.721, Rs. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Recorrido: Geni Quintana. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Re 646.721 - Recurso Extraordinário**. Brasília.

Para Dias Toffoli, no caso cabe a aplicação da máxima jurídica do *in dubio pro legislatore*, que, em caso de dúvida razoável sobre a interpretação de uma norma, aplica-se o que for mais favorável ao legislador. Tal regra consiste em uma regra de preferência quando houver uma "zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador"¹⁰⁷.

Sob esta perspectiva -equívoca-, significaria que os companheiros deveriam optar por outro modo de constituição familiar ou de regime, para que os efeitos sucessórios sejam o que pretendem. No entanto, imperioso apontar que nem sempre os companheiros querem contrair núpcias (seja porque o procedimento de casamento é mais caro, ou porque suas religiões não permitem novo casamento, por exemplo) ou porque não podem casar-se novamente (*ex vi* vedação à bigamia).

No caso em questão, a recorrente vivia em união estável há quase nove anos com seu então companheiro, que veio a falecer sem que tivesse deixado testamento. O *de cujus* não possuía herdeiros necessários, porém deixou três irmãos. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com fulcro no art. 1.790, inciso III do Código Civil, ficou decidido que o direito sucessório da recorrente estaria restrito a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, excluídos os bens particulares do falecido, que seriam percebidos integralmente pelos irmãos.

Irresignada com a decisão, a recorrente apresentou recurso extraordinário, para que fosse reconhecida a inconstitucionalidade de tal dispositivo, além de que lhe fosse garantido a igualdade e equiparação entre os dois institutos. Em outros dizeres, caso fosse casada, o quinhão da recorrente seria superior ao quinhão que tinha direito enquanto companheira.

No acórdão do referido recurso, acerca da união estável, foram apontados os requisitos a serem preenchidos, para que a união estável possa ser considerada como tal, quais sejam:

Diferentemente, a união estável pressupõe (como demonstra o próprio nome) que as partes estejam em uma relação constante e prolongada no tempo, com a finalidade

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694, MG. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais**. Brasília, p. 110.

de constituição de família. Este último elemento é o traço que a distingue, por exemplo, de outros tipos de relações amorosas informais. No entanto, não há formalidade para a constituição da união estável: ela decorre dos fatos da vida. É verdade que as partes podem comparecer a um cartório e registrar sua existência, mas esse registro será declaratório, e não constitutivo. Se a união estável existir, seu registro apenas refletirá um fato anterior. Já se não houver verdadeiramente uma união estável, o registro não passará de uma declaração falsa, pois não servirá para criá-la.¹⁰⁸

Em ambos os casos, para fins de repercussão geral, a tesa aceita foi a de que é inconstitucional a diferenciação do regime sucessório entre cônjuges e companheiro, caso em que deverá ser aplicado o art. 1.829 do Código Civil, isto é, o companheiro passará a ser entendido como herdeiro necessário, e portanto, entrará no rol da sucessão legítima, recebendo os mesmos efeitos sucessórios que o cônjuge sobrevivente. Assim, tem-se que:

Semelhante ao que ocorre com o casamento, a união familiar estável também faz irradiar efeitos pessoais e patrimoniais entre os conviventes, o que se reflete como uma consequência lógica e natural de uma vida afetiva entre duas pessoas. (...) Desta feita, serão aplicáveis às uniões estáveis todas as regras patrimoniais que incidem sobre os casamentos, observando-se, inclusive, o regime da comunhão parcial de bens como o regime legal dos conviventes, caso estes não optem por outro regramento de bens, consoante disposição do art. 1.725 do Código Civil.¹⁰⁹

Por conseguinte, depreende-se que, ao se aplicar à união estável as regras relativas ao regime da comunhão parcial de bens (com fundamento no art. 1.658 do Código Civil), os bens adquiridos na constância da união comunicam-se, com exceção daqueles mencionados no art. 1.659. Logo, percebe-se que na redação do art. 1.829, inciso I, onde os descendentes concorrerão na sucessão com o cônjuge sobrevivente, por analogia, aplicar-se-á aos companheiros, em virtude do novo entendimento jurisprudencial.

Uma ressalva deve ser feita em relação ao regime de bens a ser adotado no caso de união estável em que uma das partes tenha idade superior a 70 (setenta) anos: neste caso, o regime a ser adotado será o da separação obrigatória de bens, por força do art. 1.671, inciso II

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694, MG. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais**. Brasília, p. 28.

¹⁰⁹ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 160.

do Código Civil. Isto posto, caso a parte septuagenária pudesse escolher o regime, privilegiar-se-ia a união estável em oposição ao casamento. E como o intuito é a proteção patrimonial da pessoa idosa, na mais correto do que estender a aplicação da norma para que alcance este efeito.

Portanto, o companheiro, além de meeiro, terá o direito de concorrer com os descendentes, nos casos em que o autor da herança (*de cujus*) tiver deixado bens particulares. Tais efeitos sucessórios trazem maior segurança jurídica aos processos de inventário e partilha, assim como também trazem maior confiabilidade e estabilidade na relação conjugal perante terceiros¹¹⁰.

Embora o fundamento principal do direito sucessório brasileiro seja o de continuidade patrimonial como quesito de proteção e perpetuação da entidade familiar, é necessário sublinhar que o direito brasileiro adota o seguinte entendimento quanto à força de proteção do regime sucessório:

O regime sucessório no país envolve a ideia de proteção em dois graus de intensidade. O grau fraco aplica-se à parte disponível da herança, em relação à qual o sucedido tem liberdade para dispor, desde que respeitados os requisitos legais para sua manifestação de vontade. Quanto a essa parte, a lei tem caráter supletivo, conferindo direito de herança aos herdeiros vocacionados somente no caso de inexistir testamento. 6. Já o grau forte refere-se à parte indisponível da herança (a chamada legítima), que corresponde à metade dos bens da herança que a lei impõe seja transferida a determinadas pessoas da família (os herdeiros necessários), que só deixarão de recebê-la em casos excepcionais também previstos em lei. Sobre essa parcela, o sucedido não tem liberdade de decisão, pois se trata de norma cogente. Apenas se não houver herdeiros necessários, não haverá legítima, e, portanto, o sucedido poderá dispor integralmente de sua herança. Esse regime impositivo justifica-se justamente pela necessidade de assegurar aos familiares mais próximos do sucedido um patamar de recursos que permita que preservem, na medida do possível, o mesmo padrão existencial até então desfrutado.¹¹¹

¹¹⁰ CAVALCANTI, Camilla de Araújo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 48.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694, MG. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais**. Brasília, p. 9.

Inexiste, portanto, uma hierarquia entre os tipos familiares, pois a família (e suas espécies) gozam de especial proteção do Estado, em razão do texto constitucional (art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988). No entanto, o cerne da questão encontra-se no direito sucessório atrelado ao direito de família, já que com o julgamento do RE 878.694 (MG) passa-se ter diversas consequências, como as já mencionadas.

Como consequência da equiparação da união estável ao casamento, tem-se também alterações na possibilidade de disposição dos bens, em ato de última vontade. Muito embora a jurisprudência seja silente, o testador que viva em união estável, não mais poderá ignorar o direito sucessório do companheiro, pelo fato de que ao se considerar os companheiros como herdeiros necessários, eles terão sua parte resguarda pela legítima, nos termos do art. 1.845 e do art. 1.846, ambos do Código Civil.

A decisão proferida no RE 878.694 (MG) corrobora com a tese de que o direito privado pode sofrer intervenção do Estado quando se tratar de direitos indisponíveis. No caso em questão o princípio da autonomia da vontade colide com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação do retrocesso. E em caso de colisão de princípios, a alternativa mais viável é o sopesamento.

Os princípios não devem ser ignorados, posto que são espécie de norma jurídica. Ou seja, servem como norte para orientar a aplicação e interpretação do direito, podendo ser considerados como mandados de otimização, cuja aplicação depende das normas as quais se correlacionam¹¹². No caso em tela, os princípios foram sopesados, e verificou-se que os princípios da dignidade e o da igualdade possuem maior força ou peso (*dimension of weight*) sobre o fato concreto, ao contrário do que ocorre com as regras, que em caso de colisão aplica o critério do tudo-ou-nada (*Alles-oder-Nichts*)¹¹³.

Portanto, referidos princípios englobam o princípio da autonomia da vontade, sem que ela perca seu conteúdo. Neste sentido, nota-se que a inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil foi declarada sob a luz de todos estes princípios, inclusive o da autonomia da vontade, que permite que as partes escolham o modo familiar e o regime de bens a ser

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 32-44.

adotado, sem, contudo, que consigam se livrar das normas de proteção do interesse público que regem o direito de família e o direito sucessório.

Diante do exposto, é crucial ressaltar que os conflitos em Direito de Família e Direito das Sucessões são conflitos que envolvem elementos subjetivos, como o afeto, a proteção, assim como também envolvem outros fatores importantes, como os conceitos de moral e ética¹¹⁴.

A evolução destas disciplinas parece lenta, e isto ocorre por causa que as normas jurídicas são redigidas de acordo com o pensamento ético dominante de cada época. E, se hoje no Direito de Família contemporâneo impera o conceito de múltiplos tipos familiares, e, inclusive, reconhece-se a união homoafetiva, pode-se concluir que é um grande avanço para a disciplina, porque é a manifestação da tutela da dignidade da pessoa humana como princípio e direito fundamental a ser garantido a todos os indivíduos.

Nas palavras do Ministro Luiz Edson Fachin, no julgamento do RE 878.694 (MG), tem-se que a declaração de inconstitucionalidade da norma infraconstitucional em questão visa suprir uma "*lacuna no ordenamento jurídico quanto ao tema*", isto é, a lacuna normativa que outrora gerava dúvida acerca de sua interpretação e da extensão dos direitos dos companheiros agora foi superada, em razão do reconhecimento da igualdade entre ambos os institutos quanto à sucessão¹¹⁵.

Por fim, infere-se que a transformação e o impacto causados pela declaração da inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre companheiros e cônjuges alcançará também outras esferas do direito civil: a equiparação do companheiro ao cônjuge - para efeitos sucessórios-, poderá ainda alcançar as hipóteses do art. 1.647 do Código Civil, quanto aos casos que requerem outorga marital -ou uxória-, ou seja, como prevalece o regime de comunhão parcial de bens sobre a união estável, e partindo da premissa de que o companheiro tem legítimo interesse no patrimônio do outro (seja por efeitos de meação ou de

¹¹⁴ TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família: teoria e prática**. 3ª ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 14.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694, MG. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais**. Brasília, p. 44.

sucessão), é possível inferir que também se requer a outorga do companheiro para os mencionados casos.

Ante o exposto, restou comprovado que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a União Estável como entidade familiar, entretanto, não é mais pertinente fazer diferenciações discriminatórias, sob o argumento da autonomia da vontade. O art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988, é preciso quando estabelece que é dever do Estado proteger a entidade familiar, logo, as relações patrimoniais oriundas da união estável também merecem proteção isonômica¹¹⁶.

Assim, o grande impacto para a formação do conceito de família é a desnecessidade do casamento para proteção do patrimônio, posto que agora o companheiro também tem esse resguardo, causando transformação do conceito de família, que agora pode ter sua gênese não necessariamente no casamento, cuja principal função pode ser realizada pela União Estável.

Inclusive, o conceito que mais tem sido utilizado para a definição de família é o contido na Lei Maria da Penha (afeto)¹¹⁷. Mas o conceito está em constante transformação, fato este que ficou comprovado pelos reflexos do julgamento do RE 878.694 (MG), de tal forma que fenômeno da mutação constitucional tem sido bom aliado para a transformação deste e de outros conceitos.

O afeto tem sido considerado elemento-chave para a adoção das concepções contemporâneas de família, tal como se observa na família eudemonista, que tem como requisito principal a relação afetiva entre seus entes, não importando a inexistência de consanguinidade entre seus membros.

É possível concluir, então, que o regime sucessório encontra-se atrelado ao conceito de família, e que diante de uma sociedade globalizada, não mais persiste o conceito único e indissociável de família, que outrora era aceito e sacramentado. Com a adoção de novos tipos familiares (família monoparental, colateral, afetiva, paralelas, etc.), possibilitou-se a

¹¹⁶ Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **Cônjuge x companheiro: especialista comenta o julgamento do RE 878694, marcado para 10 de maio.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6271/C%C3%B4njuge+x+companheiro%3A+especialista+comenta+o+julgamento+do+RE+878694%2C+marcado+para+10+de+maio>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

¹¹⁷ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

consagração de um direito de família e sucessões mais inclusive e equânime¹¹⁸, não mais pautado em concepções religiosas, e sim no afeto.

Com o julgamento dos supracitados recursos extraordinários, consagrou-se os valores da igualdade, da liberdade, e da não discriminação, vedando-se o retrocesso que havia sido trazido pela antiga redação do art. 1.790 do Código Civil. Estes valores representam a legitimação de uma sociedade efetivamente democrática, pautada nos pilares do Estado social democrático.

Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, em consonância ao preceito fundamental contido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, não deve lograr êxito qualquer tipo de corrente que não coadune com tal entendimento.

Outrossim, tais julgamentos permitem a eficácia e o respeito do princípio da isonomia, ao assegurar o respeito à liberdade e à autonomia, atribuindo primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana, e rompendo paradigmas históricos, sociais e culturais, que na sociedade brasileira, foram permeados por dogmas cristãos.

Não obstante a existência de outros obstáculos para a modernização do direito, percebe-se que as posições jurisprudenciais têm sido favoráveis ao reconhecimento da igualdade entre cônjuges e companheiros, e entre as uniões heteroafetivas e homoafetivas, para tanto, rejeitando a ideia de hierarquia entre as espécies de família.

Por último, ressalte-se que a união estável, para que haja devida proteção jurídica, não deve ser confundida com um namoro. Na união estável além da vontade das partes em constituir família, e de convivência (em observância aos deveres consagrados no art. 1.724 do Código Civil), é indispensável que haja o preenchimento de lapso temporal suficiente a ponto de caracterizar a habitualidade (para casais que não manifestaram sua união em escritura declaratória)¹¹⁹.

¹¹⁸ CAVALCANTI, Camilla de Araujo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 38-40.

¹¹⁹ CASSETTARI, CHRISTIANO. **Divórcio, extinção de união estável e inventário por escritura pública: teoria e prática**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 116.

CONCLUSÃO

O grande impacto do Julgamento do Recurso Extraordinário 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal, como dito desde o resumo do presente estudo, é a possibilidade de proteção do patrimônio familiar sem que para isso seja necessário o casamento como forma de constituição desta família. Isso corrobora com a Constituição Federal de 1988, que desde o seu poder constituinte originário reconhece e tutela a União Estável como entidade familiar, assim como faz com o casamento, não devendo uma lei infraconstitucional, o Código Civil, diferenciar os regimes sucessórios havidos entre cônjuges e companheiros, o que restou por ter sua inconstitucionalidade comprovada.

Tendo sido promulgado em 2002, espanta, num primeiro momento, que o Código Civil tenha ido de encontro com a transformação do conceito de família havido na derradeira Carta Magna, justamente numa ponto inédito, em que se reconhecia outra forma de compor uma família que não fosse o casamento, algo até então não tratado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. Contudo, apesar de ter entrado em vigência no início deste século, o atual Código Civil tem seu debate desde a década de 1970, contexto em que o Brasil vivia um regime militar de moral rígida, sobretudo com relação à família, o que pode ser observado no episódio histórico da Marcha da Família com Deus pela Liberdade.

Apesar da laicização do Estado havida com a República, o país ainda enfrenta muitos obstáculos jurídicos por conta da influência religiosa, tais como na questão da legalização do aborto. Superar a ideia do casamento como única forma de constituir família e de, portanto, proteger o patrimônio familiar, é praticar o Direito de acordo com o que preceitua no papel, em atendimento aos anseios sociais, posto que a entidade familiar da União Estável é, comprovadamente, uma realidade. Não fosse, não teria a repercussão geral e necessário requisito formal para o julgamento de um Recurso Extraordinário pela Suprema Corte Brasileira.

Para a compreensão de uma mudança social tão profunda, no entanto, a mera análise da realidade atrelada aos dispositivos legais dos quais se dispõe tornaria rasa a discussão, que tem potencial e riqueza para o debate. Foi necessário, contudo, recorrer à História do Direito como disciplina independente que é, a fim de compreender a o presente e vislumbrar o futuro por meio da análise do passado, lançando mão de uma tarefa historiográfica tal qual um processo científico, enquanto metodologia, com a observação dos episódios pretéritos tais como inseridos num contexto próprio.

Isso permite que não se exercite uma história evolucionista, olhando o passado como inferior ao presente e ao futuro, mesmo porque, com isso, cria-se a falácia de um futuro perfeito, idealizado, na

qual acreditara o mundo na Belle Époque, cujo ideal perfeito ruiu com a declaração das Guerras Mundiais. A História do Direito, aqui, trabalha com a desmistificação do continuísmo, qual seja a hipótese de que o conceito de família, por existir há muito tempo, permanece o mesmo, o que fica demonstrado em contrário ao longo deste estudo, com as evidentes transformações da semântica, ainda que permanecesse a estrutura vocabular. Esta última passagem nos ensina Ricardo Marcelo Fonseca, e Koselleck confirma esta hipótese.

O movimento da Nova História, representado pela *École des Annales*, por si só, preceitua a importância de se analisar a história com longa duração, e não como um fato isolado, pois o presente é a continuação, o desdobramento, do ontem. Sem a utilização da História do Direito, seria improvável dimensionar o impacto do julgamento do Recurso Extraordinário em tela na transformação do conceito de família, pois não se saberia que, de maneira pioneira, a união estável caracteriza uma maneira de constituir família, não apenas garantida em forma de norma programática, mas tendo sua efetividade ratificada, enfatizando-se a questão patrimonial que, como visto supra, impulsionou o casamento como forma exclusiva de compor a entidade familiar.

Dessa forma é importante expor que a interdisciplinaridade enriquece o estudo. A História do Direito conferiu, aqui, meios para se analisar mudanças sociais mais profundas, ao qual o Direito positivo se adéqua, em forma de resposta, uma vez que aqui se defende que o mesmo é um diretivo de ação, em conformidade com Tércio Sampaio Ferraz Jr. Para tanto, fez-se uso de pesquisa bibliográfica e traçou-se um objetivo de coleta de dados, que convergiu na reflexão sobre o conteúdo abordado, bem como na produção textual. Assim também, buscou-se a correlação com o Direito Civil, e que tanto se relaciona com a História do Direito, pois esta está em constante diálogo desde o Direito Romano.

A lembrança do primeiro dia de aula de História do Direito também contribuiu para a maneira como o tema soberania foi abordado. Em breve comentário, a professora pós-doutora Juliana Neuenschwander Magalhães orientou à classe quanto a não sinonímia entre Direito e Direito Positivo, por temer que essa ideia seja contemplada ao longo da graduação, com o maior contato de seus alunos com as disciplinas dogmáticas. Tendo essa orientação por premissa, procurou-se o aprofundamento no contato com o texto historiográfico, levando em conta que nunca foi abandonado, haja vista a experiência de três anos na monitoria da disciplina, visando à flexibilidade do presente trabalho, de modo a divergir sua escrita da rigidez presente na literatura jurídica, a qual se faz mais presente ao final da graduação.

Por fim, almeja-se que a postura de pesquisar mais de uma fonte bibliográfica, pertencentes a campos diferentes do conhecimento, não cesse, seja na academia ou em outras formas de se exercer o Direito, pois separar o conhecimento é ignorar uma parte do saber, sendo que, a um bom jurista, compete convergir zetética e dogmática. Fica, assim, mais plausível a aplicação da equidade em suas ponderações, que é a aplicação da Justiça ao caso concreto, tal qual uma fita métrica, flexível, ao invés da pura e rígida régua da igualdade, em conformidade com a reflexão sobre a inconstitucionalidade de um dispositivo legal que excluía da justiça tantos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo** I. 7 ed. 1997. Salamanca, Sígueme.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **Cônjuge x companheiro: especialista comenta o julgamento do RE 878694, marcado para 10 de maio**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6271/C%C3%B4njuge+x+companheiro%3A+especialista+comenta+o+julgamento+do+RE+878694%2C+marcado+para+10+de+maio>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de Fevereiro de 1891)**. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824)**. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. **Lei nº 3071, de 01 de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. **Lei nº 4.121**, de 27 de agosto de 1977. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. **Lei nº 6515**, de 26 de dezembro de 1977. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015: Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694, MG. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais.** Brasília.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 646.721, Rs. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Recorrido: Geni Quintana. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Re 646.721 - Recurso Extraordinário.** Brasília.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade. Fragmentos de um dicionário político.** trad. Marco Aurélio Nogueira. 20ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

CAPPARELLI, J. C. **Manual sobre o matrimônio no Direito Canônico.** São Paulo: Paulinas, 1999. p. 20.

CASSETTARI, Christiano. **Divórcio, extinção de união estável e inventário por escritura pública: teoria e prática.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, A. M. O. de. A família, a sociedade e o direito. In: ELESBÃO, E. C. (Coord.). **Pessoa, gênero e família: Uma visão integrada do Direito.** Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2002. p. 90.

CAVALCANTI, Camilla de Araújo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** Curitiba: Juruá, 2016.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. **Curso de direito de família, vol. I.** 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DEL PRIORE, Mary. **Histórias e conversas de mulher.** 1ª ed. São Paulo: Planeta, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 2. ed., v. 3, São Paulo: Malheiros.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família**. vol. 5. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, Da Propriedade Privada E do Estado**. Disponível: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=GgpFBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA7&dq=a+origem+da+familia&ots=8g5JLhvStO&sig=WrJNg2etZwZZt7N9uSQ1V2jbj8w#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: Nov. 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2000.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERREIRA, Jussara; RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaico. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

FUGIE, E. H. A união homossexual e a Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, out./dez. 2002. n. 15., p. 133.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2011.

FIÚZA, César. **Direito civil - curso completo**. 12ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

G1 POLÍTICA. **CNJ decide que cartórios não podem reconhecer como união estável as relações poliafetivas**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/cnj-decide-que-cartorios-nao-podem-reconhecer-como-uniao-estavel-as-relacoes-poliafetivas.ghtml>. Acesso em: 11 nov. 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GIDDENS, Anthony. *Apud* HIRONAKA, Giselda. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. *In*: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito de Família. Vol. VI**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- HESPANHA, Antônio Manuel. *Justiça e Litigiosidade. História e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. Lisboa: Europa América, 1997.
- JASMIN, Marcelo Gantus. **História dos conceitos e Teoria Política e Social: referências preliminares**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n57/a02v2057>>. Acesso em: Nov. 2018.
- LÔBO, Paulo Luiz Netti. **Direito Civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 136-156, jun./jul., 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história. Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MCLENNAN, John Ferguson. **El matrimonio primitivo: una investigación sobre el origen de la forma de raptor de las ceremonias de matrimonio**. 1 Ed. Ciesas, Universidad Autónoma Metropolitana. 2015.
- MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito internacional**. trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Ijuí, 2003.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado De Direito De Família**. vol I, 3ª ed., Max Limonad Editor: São Paulo.
- Organização das Nações Unidas. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.
- Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.
- POCOCK, John Greville Agard. **Virtues, rights, and manners: a model for historians of political thought**. 1985. Cambridge, Cambridge University Press.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil - vol. 6- Direito de Família**. 28 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- ROQUE, Nathaly Campitelli. **A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil - as questões de ordem pública**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 908, 2011.

SKINNER, Quentin. **Meaning and understanding in the history of ideas**. History and Theory, Vol. 8, No. 1, 1969. Wesleyan University. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2504188>>. Acesso em: Nov. 2018.

SKINNER, Quentin. **Visions of politics**. Vol. I: Regarding method. 2002. Cambridge, Cambridge University Press.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, Thiago Timóteo da. 2017. **Casamento por captura** - John Ferguson McLennan. In: Enciclopédia de Antropologia. São Paulo: Universidade de São Paulo, Departamento de Antropologia. Disponível em: <<http://ea.fflch.usp.br/conceito/casamento-por-captura-john-ferguson-mclennan>>. Acesso em: Nov. 2018.

SIQUEIRA, Alexandre Marques de. **O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8374>. Acesso em: Nov. 2018.

Supremo Tribunal Federal. **Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família: teoria e prática**. 3ª ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VIANA, Roberta Carvalho. **O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista da Esmesc, v.18, n.24, 2011. p. 511-536. Disponível em: Acesso 10 de nov de 2018.

WALD, A. **O novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.