

A INVISIBILIDADE DAS FAMÍLIAS NÃO TRADICIONAIS NAS REGRAS DE SUCESSÃO INTESTADA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

THE INVISIBILITY OF NON-TRADITIONAL FAMILIES IN THE INTESTATE SUCCESSION RULES OF THE BRAZILIAN 2002 CIVIL CODE

Raphael Rego Borges Ribeiro

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), com período de Doutorado-Sanduíche na University of Ottawa. Professor efetivo de Direito Civil da Universidade Federal do Oeste da Bahia (UFOB). *E-mail:* raphael.ribeiro@ufob.edu.br
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1253-3205>.

Resumo: Neste artigo, observamos que a ordem de vocação hereditária intestada no Código Civil de 2002 é insuficiente para a adequada tutela sucessória das famílias não tradicionais. Usamos o método dedutivo, tomando o direito civil-constitucional e a teoria crítica do direito civil como marcos teóricos. Observamos que a atual sucessão *ab intestato* se baseia em um modelo específico de família, fundado na biologia e no casamento, que também atende satisfatoriamente a modelos análogos, como a união estável. Percebemos que famílias estruturalmente distintas, *e.g.*, as anaparentais, não recebem tutela sucessória suficiente, apesar de pacificamente reconhecidas em doutrina e jurisprudência. Identificamos ainda que a sucessão intestada é embasada em uma definição restrita e heteronormativa de família, que indevidamente exclui outros vínculos íntimos de afeto e solidariedade (cuidado e sustento/dependência). Concluimos que é necessária uma reforma legislativa, em especial em razão da função expressiva do direito das sucessões, bem como da insuficiência da sucessão testamentária para corrigir as distorções da sucessão legítima.

Palavras-chave: Direito das sucessões. Herança. Sucessão legítima. Construção social. Heteronormatividade.

Abstract: In this paper, I figured out that the intestate succession rules in the 2002 Civil Code are insufficient to provide for an adequate inheritance protection for non-traditional families. I used the deductive method, using both the civil-constitutional law and the critical legal studies as theoretical frameworks. I observed that the current intestate succession is based on a specific type of family, which is based both on biology and marriage, and that it also satisfactorily protects analogous types of families, such as cohabiting couples. I noticed that structurally different families, *e.g.*, non-parental families, do not receive sufficient inheritance protection, even though those families have been recognized both by scholars and courts. I perceived that the intestate succession is based on a narrow, heteronormative definition of family, which wrongly excludes other intimate relationships of affection and solidarity (care and support/dependency). I concluded that legal reform is necessary, especially because succession law has an expressive function, as well as testamentary succession is not an adequate way of correcting intestate succession's distortions.

Keywords: Law of succession. Inheritance. Intestate succession. Social construction. Heteronormativity.

Sumário: Introdução – **1** A artificialidade da ordem de vocação hereditária e a opção legislativa brasileira – **2** A inadequação de um mesmo regime sucessório para todas as famílias: *one size does not fit all* – **3** Para além do paradigma da família sexual no direito das sucessões – **4** A necessidade de alteração legislativa da sucessão intestada: a função expressiva do direito das sucessões e a insuficiência do testamento para corrigir as distorções legais – Conclusão – Referências

Introdução

O movimento de constitucionalização do direito civil historicamente tem tido reflexos muito tímidos no direito das sucessões. O Livro V da Parte Especial do Código Civil de 2002 permanece basicamente oitocentista: patrimonialista, voluntarista, individualista, conservador em matéria familiar e excessivamente apegado a formalismos e abstrações.¹ Um dos exemplos mais significativos do conservadorismo familiar e das abstrações de todo o *Codex* diz respeito à ordem de vocação hereditária *ab intestato*: partindo de um modelo específico de família (aquela chamada “tradicional”), o chamamento legal à sucessão previsto no art. 1.829 se aplica de forma genérica, neutra e universal a qualquer caso, independentemente das circunstâncias concretas que revelem se os demais modelos são compatíveis ou não com aquele utilizado pelo legislador. Neste artigo, debruçar-nos-emos sobre a pergunta: a estrutura da ordem de vocação hereditária atualmente codificada é suficiente para tutelar adequadamente as famílias não tradicionais? Acreditamos que não.

Nosso primeiro objetivo será demonstrar que a ordem legal de vocação hereditária é um construído, fruto de escolhas político-legislativas, e que a opção brasileira toma exclusivamente como base a família assim chamada “tradicional”, fundada na biologia ou em vínculos formais. Nosso segundo objetivo será observar que o modelo de sucessão *ab intestato* eleito pelo Código de 2002 não atende satisfatoriamente a arranjos familiares que, embora pacificamente reconhecidos pela doutrina e jurisprudência nacionais, não são análogos à família tradicional. Nosso terceiro objetivo é compreender que o conceito de família utilizado para fins sucessórios se limita à “família sexual”, deixando de lado relações íntimas de afeto e solidariedade que funcionam como famílias. Por fim, nosso último objetivo é identificar as razões pelas quais a reforma legislativa da sucessão intestada

¹ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. *Civilistica.com*, ano 10, n. 1, 2021. p. 13-33.

se faz necessária, não sendo suficiente confiar em uma eventual manifestação de última vontade do sucedido para que tais arranjos sejam hereditariamente tutelados.

Utilizaremos a metodologia civil-constitucional, bem como o método dedutivo. Consultaremos a legislação pertinente e revisaremos a bibliografia especializada. Adotaremos como marcos teóricos a doutrina do direito civil-constitucional, bem como a teoria crítica do direito. Não teremos pretensão totalizante, não queremos apresentar respostas ou soluções prontas e acabadas; optamos por uma abordagem problematizante.

1 A artificialidade da ordem de vocação hereditária e a opção legislativa brasileira

A ordem de vocação hereditária prevista na lei não é um dado, no sentido de um mero reflexo de como as coisas são na natureza; pelo contrário, ela se trata de um construído. A sucessão intestada é construída a partir de escolhas feitas pelo legislador: de um lado, quem vai ser chamado a suceder; de outro lado, quanto vai receber cada um dos vocacionados à sucessão. De modo geral, nas jurisdições ocidentais, inclusive na brasileira, tais escolhas político-legislativas a respeito da sucessão *ab intestato* são orientadas em especial por dois critérios: a vontade presumida do morto (*presumed will theory*) e os deveres do falecido para com determinadas pessoas com quem ele mantinha vínculos hereditariamente relevantes (*duty theory*).² Nesse sentido, o legislador tenta desenhar uma ordem de vocação hereditária que equilibre, de um lado, quem o sucedido presumivelmente gostaria que recebesse a sua herança e, de outro lado, os interesses de determinadas pessoas que com o *de cuius* mantinham vínculos considerados pertinentes ao direito das sucessões. Sendo resultado de decisões legislativas, a estrutura da sucessão *ab intestato* está sujeita ao exame de compatibilidade material com a Constituição. Na presente seção, criticaremos as opções do Código Civil de 2002 na definição de quem será reconhecido como sucessor.

Em relação aos sujeitos do fenômeno sucessório, Shelly Kreiczer-Levy afirma que, apesar de ser evidente quem é o sucedido, a escolha de quem será o sucessor não é autoexplicativa, dependendo das ideias sociais de continuidade intergeracional através propriedade em cada sociedade.³ Diferentes sistemas legais

² RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Breves reflexões sobre a estruturação da ordem de vocação hereditária *ab intestato* no Código Civil de 2002. *Revista IBD FAM – Família e Sucessões*, v. 48, 2021. p. 125-130.

³ KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, v. 46, n. 3, 2012. p. 506-508.

têm diferentes compreensões sobre o vínculo entre gerações, cujo conteúdo pode ser definido por vínculo biológico, relacional, comportamental e assim por diante; pode inclusive ser determinado pura e simplesmente pelo exercício de vontade do falecido, como se dá nos sistemas de plena liberdade testamentária. Assim, segundo a referida autora, se a visão social de continuidade é estabelecida em razão do cuidado, o sucessor deve ser quem tomou conta do sucedido; se o fundamento é transmissão de conhecimento, o herdeiro será um estudante ou discípulo do morto. Kreczner-Levy reconhece que os sistemas jurídicos de modo geral estabelecem que essa continuidade se dá entre membros da mesma família, entretanto, ela argumenta que isso não significa que relações familiares necessariamente são a melhor forma de reconhecer e assegurar a continuidade entre gerações.

Compreendemos que a escolha feita pelo legislador no sentido de delinear a sucessão intestada com base nas relações familiares é, no Brasil, uma solução adequada; afinal, a Constituição Federal determina que a família é a base da sociedade.⁴ O que consideramos problemático é o modo como o Código Civil de 2002 o fez. Ao definir quem é chamado à sucessão por força de lei, o Código Civil de 2002 privilegiou especificamente um modelo de família – aquela fundada na biologia⁵ (vínculos sanguíneos) ou em um *status* jurídico formal (adoção ou casamento).⁶ Os arranjos análogos à mencionada estrutura – como exemplo, a união estável, a união entre duas pessoas do mesmo sexo ou a parentalidade socioafetiva simples (da qual não resulta multiparentalidade) – conseguem se adaptar ao modelo eleito pelo Código. Contudo, aquelas famílias que falham nessa tentativa de equiparação, por não serem análogas ao modelo codificado, acabam sendo relegadas à invisibilidade em matéria sucessória. Dessa forma, diversas estruturas familiares existentes na sociedade brasileira contemporânea, cada qual com suas especificidades e necessidades hereditárias próprias, são marginalizadas por não terem normas de sucessão *ab intestato* que as contemplem satisfatoriamente.

⁴ Art. 226, *caput*.

⁵ O Código Civil de 2002 é tão apegado à biologia que se refere ao parentesco biológico como “natural” (art. 1.593). Daí se depreende que, para a codificação, qualquer parentesco não biológico também não é natural, ou seja, é anormal, desviante. Na seção 3 perceberemos o quanto é inadequado considerar uma definição específica de qualquer conceito como a natural, em especial em se tratando de uma construção social.

⁶ O legislador pós-Constituição de 1988 até inovou ao reconhecer a existência de direitos sucessórios em uniões estáveis, marcadas notadamente pela informalidade de sua configuração; entretanto, essa concessão no Código Civil de 2002 foi mal feita. O art. 1.790 sequer localizado estava entre as regras de chamamento à sucessão; tornava o companheiro sucessor daquilo que ele já era meeiro; e apenas lhe concedia a totalidade da herança na ausência de parentes sucessíveis. Não surpreendentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo (Recurso Extraordinário nº 646.721 e Recurso Extraordinário nº 878.694, sobre os quais trataremos mais à frente). Consequentemente, atualmente à união estável se aplicam as normas originalmente previstas para o casamento.

Ao prever uma ordem de vocação hereditária, o legislador determina quais relações jurídicas mantidas pelo *de cuius* eram pertinentes para fins sucessórios – e, conseqüentemente, quais não eram. Com Luiz Edson Fachin, notamos que o direito decide o que é relevante ou não; desse modo, se um fato é juridicamente indiferente, é porque ele foi legislativamente julgado como tal.⁷ Nesse mesmo sentido, aprendemos que o direito opera um corte epistemológico, cooptando apenas os fatos da realidade que lhe interessam; assim, o sistema jurídico “acaba por excluir diversas outras nuances das relações, pois não as reconhece no seu corpo normativo e, quando o faz, força a definição das mesmas, enquadrando-as de acordo com os conceitos presentes no sistema normativo vigente”.⁸

Assim, o direito estabelece uma moldura, na qual determinados fatos (e, acrescentamos, relações) não são convidados a integrar, “pois há um juízo historicamente localizado dessa exclusão; juízos de valor, partícipes e motores dessa exclusão em nada neutra”.⁹ Identificamos que, no que diz respeito à sucessão *ab intestato*, essa moldura tem uma definição bem específica: a ordem de vocação hereditária é historicamente construída com base em uma família heterossexual, monogamicamente constituída a partir do casamento – por muito tempo um vínculo indissolúvel, exclusivamente do qual nasceram os filhos do casal. Historicamente, aqueles que não se encaixassem nesse modelo supramencionado não estavam chamados a ser sujeitos da sucessão hereditária. Dessa forma, em matéria sucessória, a filiação ilegítima e a união estável (então chamada de concubinato puro), por exemplo, estavam tradicionalmente naquilo que Luiz Edson Fachin chama de “história periférica”.¹⁰ Até muito recentemente, não se reconhecia o *status* de sucessor legítimo ao parceiro de mesmo sexo do *de cuius*. Os filhos adotivos, por sua vez, no regime original do Código Civil de 1916, se concorressem com filhos legítimos supervenientes da adoção, receberiam apenas metade da herança cabível a cada um destes.¹¹ Entretanto, como as pessoas estabeleciam relações de fato independentemente do modelo previsto no Código, e na medida em que os fatos pressionam a mudança do direito, tanto filhos (anteriormente denominados) ilegítimos quanto companheiros, bem como parceiros do mesmo sexo, foram admitidos como integrantes do fenômeno hereditário. Já os filhos adotivos passaram a herdar em igualdade de condições com os biológicos. Com a pressão dos fatos, o clamor doutrinário e o trabalho jurisprudencial, tais relações historicamente marginalizadas foram trazidas para o centro do fenômeno hereditário. Ocorre que,

⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 125.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 42-43.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 133.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 202.

¹¹ Código Civil de 1916, art. 1605, §2º.

lamentavelmente, ainda hoje há diversas relações que faticamente se qualificam como “familiares”, mas que continuam à margem do direito das sucessões.

Se alguém mantinha uma relação faticamente relevante com o morto, mas acaba sendo excluído da ordem de vocação hereditária por não fazer parte da moldura idealizada pelo legislador para a sucessão intestada, consideramos que tal relação é marginalizada aos olhos do ordenamento jurídico, ao menos em matéria sucessória. Nesse sentido, com base nas lições de Luiz Edson Fachin,¹² compreendemos que, na contramão do quanto sustentado pela teoria civilista clássica, podemos desenvolver um meio de pensar criticamente o direito civil que concretamente o abra para certa porosidade, “no sentido de apreender essas relações, dar relevância jurídica, inclusive na lacuna da lei e, às vezes, até mesmo contra o sentido literal da regra, quando a aplicação desse sentido não conduz a resultado justo e razoável num caso concreto”. Devemos, assim, reconhecer a diversidade e, conseqüentemente, a dignidade que nela há; “a diversidade passa a ser uma chave apta a abrir a porta de acesso ao estatuto de sujeito de direito subjetivo”.¹³

2 A inadequação de um mesmo regime sucessório para todas as famílias: *one size does not fit all*

Atualmente, a vocação hereditária *ab intestato* de todos os arranjos familiares se dá com base no art. 1.829 do Código Civil de 2002. Na presente seção, demonstraremos que, na medida em que tal norma foi construída com base em uma estrutura familiar específica, a sucessão intestada codificada é potencialmente insuficiente para atender satisfatoriamente às necessidades e aos anseios próprios de outros modelos existentes dentro da variedade de famílias já pacificamente reconhecidas no ordenamento brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 rompeu com a tradição das anteriores, que estabeleciam ser a família baseada exclusivamente no casamento. O texto constitucional atual trouxe expressamente, para além da entidade familiar casamentária, as figuras da união estável (entre homem e mulher) e da família monoparental. Com a edição do Código Civil de 2002, o legislador configurou dois regimes sucessórios distintos: previu a tradicional ordem de vocação hereditária, da qual um dos elementos fundantes é o casamento (art. 1.829); e também chamou o companheiro à sucessão (art. 1.790), revogando o chamamento previsto nas leis nºs 8.971/1994 e 9.278/1996. Por outro lado, legislação infraconstitucional não

¹² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 109.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 201-202.

contemplou a família monoparental com qualquer norma específica de ordem de vocação hereditária; entendemos que ou o Código considerou que este arranjo estaria bem atendido pela ordem *default* de chamamento à herança; ou simplesmente sequer considerou a possibilidade de haver anseios e necessidades específicos deste tipo de família.

Importantes e significativas construções doutrinárias e jurisprudenciais posteriores a 1988 trouxeram o direito civil brasileiro ao estágio atual, em que reconhecemos que a lista constitucional de modelos familiares não é *numerus clausus*, mas meramente exemplificativa; os demais modelos de família estão igualmente protegidos, de forma implícita, pelo texto constitucional.¹⁴ Nesse sentido, o mais marcante avanço foi o reconhecimento de que uniões entre pessoas do mesmo sexo são plenamente dignas de tutela jurídica,¹⁵ inclusive sucessória. Semelhantemente, a socioafetividade vem constantemente recebendo tutela jurídica cada vez mais reforçada. Por outro lado, como veremos na seção seguinte, ainda há forte resistência à aceitação de modelos não (hetero)normativos de família.¹⁶

De todo modo, o discurso predominante na doutrina nacional, ao qual aderimos por completo, é o de inexistência de hierarquia entre entidades familiares, tanto em sentido valorativo quanto em merecimento de proteção jurídica. Um tipo de família não é melhor do que o outro; conseqüentemente, uma espécie de família não deve ser arbitrariamente privada de direitos conferidos a outros modelos. Em outras palavras, compreendemos que não se pode deixar determinadas famílias sem a devida proteção normativa, uma vez que “a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana”.¹⁷ Movido por essas razões, o Supremo Tribunal Federal decretou na decisão do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, com repercussão geral, que “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1829 do Código Civil de 2002”.

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. 2011. p. 7. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/entidades-familiares-constitucionalizadas-para-além-do-numerus-clausus-0>.

¹⁵ A título ilustrativo, os julgamentos paradigmáticos sobre união e casamento entre pessoas do mesmo sexo: no Supremo Tribunal Federal, ADI nº 4.277, ADPF nº 132; no Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.183.1378/RS.

¹⁶ Por exemplo, há uma resistência muito grande em relação ao reconhecimento de uniões familiares entre mais de duas pessoas, a assim chamada poliafetividade. Remetemos o leitor ao Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000, CNJ.

¹⁷ LÔBO, Paulo. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. 2011. p. 8. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/entidades-familiares-constitucionalizadas-para-além-do-numerus-clausus-0>.

O julgamento acima mencionado é um curioso caso em que concordamos com as premissas (a inexistência de hierarquia entre modelos de família, de um lado, e o tratamento injustificadamente discriminatório em matéria sucessória conferido à união estável pelo Código Civil de 2002, por outro); igualmente concordamos com o resultado imediato (a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790); todavia criticamos um possível e provável resultado mediato, não pretendido pelo Supremo Tribunal Federal: a consolidação, na doutrina e na jurisprudência nacionais, da equivocada ideia de que um regime sucessório único – o do art. 1.829 – é suficiente para atender satisfatoriamente a todas as entidades familiares brasileiras.

No Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, criticou o regime do art. 1.790 em diversos pontos: a restrição da participação sucessória do companheiro aos bens dos quais ele já teria meação; o fato de que, em regra, o quinhão do companheiro é muito inferior ao que lhe caberia se casado fosse com o *de cujus*; e o posicionamento extremamente desvantajoso do companheiro na ordem de vocação hereditária, tornando-se herdeiro único exclusivamente se faltar qualquer parente sucessível. Entendemos pela procedência de todos esses argumentos, razão pela qual concordamos com a declaração de inconstitucionalidade do lamentável dispositivo do Código Civil de 2002. Do mesmo modo, também aderimos ao argumento do relator, no sentido de que ao cônjuge foram dados muito mais recursos para levar sua vida de forma digna, concluindo-se daí que o legislador tratou a união estável como se fosse merecedora de menor proteção em matéria sucessória.

Ainda no voto vencedor do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, o ministro relator reconheceu que união estável e casamento são organizações familiares distintas; apesar disso, ressaltou que inexistente hierarquia entre tais arranjos. Na sequência, o relator sublinhou que, no sistema constitucional brasileiro, “o legislador pode atribuir regimes jurídicos diversos ao casamento e à união estável”; entretanto, “só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos”. Da inexistência de hierarquia entre famílias, o Ministro Barroso concluiu que o art. 1.790 era inconstitucional por prever regimes sucessórios distintos para o casamento e para a união estável, sendo que o desta era menos protetivo. Segundo ele, desse tratamento prejudicial dado pela lei aos companheiros decorriam violações à dignidade da pessoa humana, à proporcionalidade e à vedação do retrocesso. De fato, reconhecemos que a norma originalmente prevista pelo Código Civil de 2002 era atentatória ao valor intrínseco de quem vivia em união estável, bem como à autonomia para constituir família – por tornar a escolha pela união estável muito

mais onerosa. Semelhantemente, identificamos que a proteção legislativa ao direito fundamental à herança dos companheiros era insuficiente e reduzia os direitos conferidos pela legislação infraconstitucional anterior ao Código. Não restam dúvidas, portanto, de que o referido dispositivo deveria ter sido extirpado há muito do ordenamento jurídico brasileiro; conseqüentemente, perfeita foi a declaração de sua inconstitucionalidade.

Entretanto, acreditamos ser problemática uma possível e provável interpretação decorrente da afirmação do relator de que “não há espaço legítimo para que o legislador infraconstitucional estabeleça regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros”, devendo o art. 1.829 se aplicar a ambas as situações. O problema que enxergamos não é intrínseco à decisão, que como demonstramos acima é tecnicamente perfeita, além de certamente proferida pelo Supremo Tribunal Federal com a melhor das intenções. Contudo, entendemos que o problema da decisão ora estudada é a mensagem equivocada que potencialmente foi transmitida pela Suprema Corte: a atribuição de regimes sucessórios distintos a entidades familiares distintas necessariamente significa hierarquizá-las e, conseqüentemente, trata-se de uma ação legislativa que intrinsecamente padece de inconstitucionalidade. Nesse sentido, usamos como exemplo Heloisa Helena Barboza, que, abordando o tema em momento anterior à decisão do Supremo Tribunal Federal, já reconhece que uma eventual diferença entre as entidades familiares seria um fator de legitimação de tratamentos sucessórios diferentes, desde que não haja violação à lei ou à Constituição.¹⁸ Entretanto, a mencionada doutrinadora aduz que, como não há hierarquização de entidades familiares, “a lei ordinária não está autorizada a estabelecer discriminações, muito menos para suprimir direitos de qualquer natureza”. Ressaltamos que o entendimento ora referenciado foi proferido quase uma década antes da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 – e a referida autora já se posicionava contrariamente à norma então vigente. A referência se dá em tom ilustrativo de argumento que pode vir a ser suscitado doutrinariamente ou jurisprudencialmente a partir da tese, com repercussão geral, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a lei ordinária não está autorizada a criar regimes sucessórios distintos em qualquer hipótese.

Com efeito, com a equiparação sucessória entre casamento e união estável, existe apenas uma ordem de vocação hereditária no Código Civil de 2002.¹⁹ Com

¹⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 323.

¹⁹ Em toda a nossa análise, desconsideramos as hipóteses de sucessões anômalas por duas razões. Em primeiro lugar, porque limitamos a reflexão crítica à vocação hereditária codificada; assim, normas específicas

a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790, tanto a doutrina quanto a jurisprudência de modo geral passaram a enxergar o art. 1.829 com base na ideia de que *one size fits all*: tratar-se-ia de um regime suficiente para qualquer caso, na medida em que eventuais tratamentos distintos conferidos pela lei sucessória necessariamente violariam a ideia de que não há hierarquia entre modelos de família. O problema é que o referido modelo de sucessão *ab intestato* foi rigidamente estruturado a partir de duas bases: a biologia (vínculos de sangue) e o *status* formal (casamento e adoção). Discordamos veementemente da premissa de que uma ordem de vocação hereditária fundada na família biológico-casamentária – a dita “família tradicional” – seja adequada para ser aplicada, indistintamente, a todos os arranjos familiares, independentemente das peculiaridades e necessidades de cada um deles.

De fato, não vislumbramos qualquer problema na aplicação do art. 1.829 à união estável. Em primeiro lugar, não há critério desequiparador que legitime, à luz da Constituição Federal, um tratamento hereditário diferente entre cônjuges e companheiros; conseqüentemente, esses dois arranjos familiares devem ser tratados de modo formalmente igual pelo direito das sucessões. Semelhantemente, não há maiores resistências da sociedade ou da comunidade jurídica a essa isonomia sucessória formal; imputamos essa fácil e ampla aceitação ao fato de que a união estável replica, aos olhos da sociedade, o esquema relacional tradicional, historicamente representado pelo casamento.²⁰ Ademais, ambos os modelos guardam de fato profunda similaridade tanto estrutural quanto funcional: cada um deles se consubstancia em uma união entre duas pessoas – que guardam certa distância no que diz respeito a vínculos de parentesco entre si –²¹ com o propósito de constituir família. A principal distinção estrutural, aparentemente irrelevante para fins hereditários, é a questão das solenidades exigidas para um modelo e

como as que tratam de direitos autorais fogem aos limites de tempo e espaço que subordinam a presente investigação. Em segundo lugar, estamos discutindo ordens de vocação hereditária baseadas em modelos familiares, e comumente as anomalias sucessórias decorrem de peculiaridades do objeto, e não do sujeito da sucessão.

²⁰ Na seção seguinte, refletiremos, com base nas lições de Martha Fineman, como esse esquema tradicional de relações – a “família sexual”, fundada no casamento heterossexual – é socialmente entendido como o “natural” e, por isso, acaba dificultando o reconhecimento social (e jurídico) dos arranjos que a ele não se adaptam, nem mesmo por analogia.

²¹ Aqui nos referimos à incidência dos impedimentos matrimoniais, em especial aqueles decorrentes de parentesco (art. 1.521 do Código Civil, notadamente os incisos de I a V), que se aplicam à união estável (art. 1.723, §1º). Fizemos essa ressalva quanto à distância no que diz respeito aos vínculos de parentesco porque consideramos a possibilidade de uma união entre duas pessoas que é reconhecida como família mesmo não sendo caso de união estável nem casamento: tomemos como exemplo uma família anaparental formada por dois irmãos. O critério diferenciador entre esses modelos familiares não poderia ser o “propósito de constituir família”, a menos que se admita que o “propósito de constituir família” implica necessariamente um vínculo de intimidade de natureza sexual – afirmação com a qual não concordamos. Novamente remetemos o leitor à discussão sobre “família sexual” que travaremos na seção seguinte.

desnecessárias para o outro. Assim, dessa intensa semelhança decorre que, *a priori*, não há qualquer necessidade sucessória específica da união estável que fique desatendida por ter o mesmo regime sucessório do casamento, e a recíproca é verdadeira.

Por outro lado, com o atual crescimento constante da tutela jurídica da socioafetividade, imaginamos que a tendência será a total pacificação jurisprudencial no sentido de reconhecimento de direitos sucessórios decorrentes da filiação socioafetiva, na linha do que já anteciparam, por exemplo, Cassiane Araújo Boeira e Ida Beatriz de Luca.²² Luiz Edson Fachin sempre ensinou que a exclusão dos filhos socioafetivos do sistema do direito civil é uma postura dogmática e ideológica.²³ Segundo o referido doutrinador, a afeição atualmente é um elemento que informa a posse do estado de filho; “nesse sentido, “quando se trata do valor jurídico da afeição refere-se a uma projeção que desborda da moldura do sistema clássico”.²⁴ Acreditamos que, tanto da sociedade em geral quanto da comunidade jurídica, não haverá maiores resistências a este cenário, na medida em que, assim como a união estável replica a estrutura e a função da tradicional família casamentária, a filiação socioafetiva guarda profunda similaridade estrutural e funcional com a filiação biológica ou adotiva – ao menos naqueles casos dos quais não surge a figura da multiparentalidade. Dessas semelhanças decorre a adequação da aplicação do art. 1.829 para regular a vocação hereditária decorrente da filiação socioafetiva.

Ocorre que existem diversas outras estruturas de família para além daquelas acima mencionadas; desempenhando a mesma função, cada um desses modelos potencialmente tem organizações, dinâmicas e necessidades próprias, inclusive em matéria hereditária. Ignorar as peculiaridades estruturais e os anseios de cada entidade familiar significa tratar acriticamente a todas de modo neutro, formalmente igual. Gary E. Sptiko ressaltou o quanto normas aparentemente neutras podem ser tão problemáticas quanto normas evidentemente discriminatórias.²⁵ Segundo o referido autor, a norma que trata dois grupos de modo formalmente igualitário pode prejudicar um desses grupos quando falha em reconhecer fundamentais diferenças entre eles. O fracasso do Estado em considerar essas relevantes distinções implicitamente revela o julgamento estatal de que o grupo desfavorecido não merece atenção positiva.

Na realidade atual, para além do casamento e da união estável – tanto entre pessoas de sexo oposto quanto de pessoas do mesmo sexo –, a doutrina e a

²² BOEIRA, Cassiane Araujo; DE LUCA, Ida Beatriz. A filiação socioafetiva e a ação de petição de herança. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 30, 2012. p. 88.

²³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 254.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 257.

²⁵ SPITKO, E. Gary. The expressive function of succession law and the merits of non-marital inclusion. *Arizona Law Review*, v. 41, 1999. p. 1064.

jurisprudência brasileiras já pacificamente admitem a existência de, por exemplo, famílias-mosaico, famílias reconstruídas, famílias multiparentais, famílias anaparentais e famílias multigeracionais, além do já mencionado parentesco socioafetivo.²⁶ Cada um desses modelos guarda diferenças estruturais significativas tanto em relação aos outros ora mencionados quanto em relação ao casamento e à união estável. A título ilustrativo: a conformação relacional entre dois irmãos que constituem um núcleo familiar é distinta da dinâmica relacional entre uma mãe, um pai, um padrasto que se considera também pai (por força da socioafetividade) e um descendente que enxerga em todos aqueles três os seus ascendentes, sem quaisquer distinções.²⁷ Da mesma forma, os dois casos são estruturalmente distintos de um arranjo formado por filhos de diferentes casamentos convivendo em um mesmo lar com três ou até mesmo quatro gerações.

Apesar da heterogeneidade estrutural acima mencionada, a legislação sucessória brasileira considera que deve haver uma homogeneidade em matéria sucessória. O art. 1.829 do Código Civil de 2002 exerce um monopólio quando o assunto é ordem de vocação hereditária: o legislador presumiu que *one size fits all*. Discordamos dessa presunção. A referida norma foi pensada tendo exclusivamente um único modelo de família em mente, sem qualquer consideração por dinâmicas familiares distintas do paradigma adotado pelo legislador. Sendo assim, consideramos ingênuo acreditar que todas as entidades familiares estarão satisfeitas pelo referido dispositivo. Pelo contrário! Por exemplo: não haverá qualquer direito sucessório decorrente de uma família anaparental se um dos seus membros possuía descendentes ou ascendentes – ainda que estes, no mundo dos fatos, com o *de cuius* não mantivessem qualquer vínculo afetivo ou assistencial.²⁸ Em sentido diverso, em se tratando de uma família monoparental de fato,²⁹ o ascendente que formava o núcleo familiar terá de dividir eventual herança do

²⁶ Reiteramos que há uma maior resistência ao reconhecimento de entidades familiares não tradicionais que não seguem determinada estrutura heteronormativa. Aprofundaremos o tópico na seção seguinte.

²⁷ Aqui abrimos espaço para uma reflexão: será mesmo necessário exigir que esteja configurada parentalidade socioafetiva entre padrasto e o enteado para que este seja sucessor daquele? Por que a parentalidade por afinidade, por si só, não é considerada digna o bastante para ser sucessoriamente relevante? Estaríamos hierarquizando a parentalidade em decorrência da sua origem, em detrimento daquela com base em afinidade?

²⁸ Destacamos que deve ser desconstruída também a ideia de que necessariamente “o familiar mais próximo exclui o mais remoto” em matéria sucessória. Pela limitação de espaço, tal reflexão será desenvolvida em trabalhos futuros.

²⁹ Há uma distinção entre a monoparentalidade jurídica e a monoparentalidade de fato. No primeiro caso, há apenas um genitor com seus descendentes, seja em razão de falecimento do outro, reprodução assistida realizada por pessoa sozinha, ou ausência de reconhecimento do filho, entre outros possíveis motivos. No segundo caso, o genitor reconheceu o descendente e está vivo, porém completamente inerte em relação ao exercício dos poderes e deveres decorrentes da autoridade parental, em especial os de assistência e sustento.

seu descendente com o outro ascendente do *de cuius*, ainda que este, apesar de ter reconhecido o filho, tenha o abandonado moral ou materialmente.³⁰ Em uma família reconstituída, se não se demonstrar a existência de parentalidade socioafetiva, os enteados nada receberão quando o padrasto ou a madrasta morrer – o que demonstra o pouco (ou nenhum) prestígio dado pelo legislador ao parentesco por afinidade.³¹ Por outro lado, se houver multiparentalidade decorrente de socioafetividade, uma visão mais conservadora³² poderia pretender eliminar direitos do descendente em relação a um dos seus genitores, seja o biológico, seja o socioafetivo (algo como “deve escolher entre um ou outro, não dá para ter os dois”). Daí depreendemos que *one size does not fit all. At all.*

Na verdade, entendemos que existe até mesmo uma indevida hierarquização entre entidades familiares quando o legislador confere a todas elas o mesmo tratamento sucessório. Como já mencionamos, a vocação hereditária do art. 1.829 é fundada na biologia (vínculos sanguíneos) ou em um *status* jurídico formal (adoção ou casamento). Ao conferir formalmente o mesmo tratamento a todas as famílias, a legislação prestigia aquelas que conseguem se adaptar a esses dois fundamentos – como é o caso da união estável, das relações entre duas pessoas do mesmo sexo ou da socioafetividade da qual não decorre multiparentalidade –, em detrimento daqueles arranjos familiares cuja estrutura não é análoga ao paradigma adotado. A inflexibilidade normativa prestigia apenas as famílias que se comportam como a dita “tradicional”, em detrimento daquelas que, embora desempenhem a mesma função, têm construção própria e distinta daquela considerada como padrão.

Assim como Gustavo Tepedino, acreditamos que a igualdade de tratamento entre diversos modelos familiares não deve levar ao desconhecimento das peculiaridades de cada arranjo afetivo.³³ Essas peculiaridades não apenas podem, como devem ser levadas em consideração para o estabelecimento de regimes

³⁰ Também se trata de um fenômeno a ser estudado em espaço próprio. Observamos que o sujeito que abandonou não deve herdar do abandonado, por se tratar de hipótese em que estão violadas as ideias tanto da *presumed will theory* quanto da *duty theory*, mencionadas na seção 1.

³¹ Remetemos o leitor aos questionamentos que fizemos na nota de rodapé 27.

³² Felizmente, a doutrina nacional tem se posicionado majoritariamente de forma não conservadora sobre o tema. Na VIII Jornada de Direito Civil, da qual participamos justamente no Grupo de Trabalho sobre Direito de Família e das Sucessões, foi aprovado, com nossa aderência, o Enunciado nº 632, reconhecendo o direito à participação do filho na herança de todos os ascendentes no caso de multiparentalidade.

³³ O autor manifesta tal opinião em um contexto no qual ele defende um maior respeito à autonomia dos indivíduos. “Solidariedade, nesse caso, não pode ser tomada como exclusão da autonomia, de modo a impor a comunicação de aquestos ou a sucessão causa mortis entre não vulneráveis. Entre pessoas livres e iguais, reclama-se o direito de organizar a sucessão entre conviventes, casados ou não, da maneira que lhes aprouver”. O enfrentamento dessa questão específica é matéria que foge ao presente objeto de estudo (TEPEDINO, Gustavo. Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, out./dez. 2017. Editorial. p. 12-13).

sucessórios que adequadamente atendam às necessidades e aos anseios peculiares a cada arranjo familiar. Não se trata de fazer o que o art. 1.790 fazia, conferindo proteção arbitrariamente diferente e deficiente ao companheiro. Trata-se de encontrar critérios racionais justificadores de uma desequiparação legítima entre entidades familiares, à luz da Constituição Federal, para que os fundamentos e funções da herança possam ser suficientemente atendidos em todos os casos. O necessário estabelecimento de quais seriam esses critérios desequiparadores para cada arranjo familiar é matéria para uma pesquisa específica, de natureza predominantemente empírica, inclusive com recurso a métodos etnográficos, fugindo ao escopo da presente investigação.

Conclusivamente, o art. 1.829 foi pensado para um específico modelo de família. A união estável consegue se adaptar com sucesso a ele por analogia, em razão de sua organização interna se assemelhar à do casamento; o mesmo se aplica à filiação socioafetiva, notadamente nos casos em que não há multiparentalidade. Entretanto, outras famílias não conseguem seguir a mesma lógica – e consequentemente têm seus próprios anseios e necessidades, em matéria sucessória, invisibilizados e marginalizados. Dessa forma, devemos aceitar a possibilidade de existirem critérios justificadores de um regime sucessório específico para diferentes famílias. O problema todo é que essa possibilidade historicamente foi ignorada pelo legislador, de um lado; e, de outro lado, desde a supramencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, ela corre o risco de ser necessariamente encarada como uma forma de hierarquizar arranjos familiares – o que ensejaria outra declaração de inconstitucionalidade. O art. 1.790 nasceu inconstitucional porque, além de desequiparar arbitrariamente casamento e união estável, injustificadamente conferia a esta um tratamento diverso e comumente muito mais desvantajoso. Isso não significa, porém, que o legislador infraconstitucional cometerá uma inconstitucionalidade sempre que estabelecer regimes sucessórios distintos para entidades familiares distintas. É plenamente admissível que, à luz da Constituição Federal, encontrem-se os parâmetros desequiparadores que retirem as famílias não tradicionais da periferia do direito das sucessões brasileiro, conferindo-lhes a tutela sucessória adequada às suas próprias estruturas e dinâmicas.

3 Para além do paradigma da família sexual no direito das sucessões

Na seção anterior, demonstramos como modelos de família já reconhecidos em nosso ordenamento jurídico são marginalizados pelo direito das sucessões quando lhes são negados direitos sucessórios nas hipóteses em que suas estruturas não se encaixam na ordem de vocação hereditária rigidamente fixada pelo

art. 1.829 do Código Civil de 2002. Na presente seção, identificaremos um problema semelhantemente grave: aquelas relações íntimas e significativas mantidas pelo *de cuius* às quais a lei não reconhece qualquer tutela hereditária, em razão de, à luz da visão conservadora do nosso ordenamento, não serem consideradas relações familiares.

O direito das sucessões continua excessivamente conservador em matéria familiar.³⁴ Desse conservadorismo, identificamos, com base na doutrina de Frances H. Foster, que atualmente ainda não há norma positivada que tutele especificamente membros de famílias não tradicionais, em especial as relações poliâmoras, as famílias extensas ou mesmo as pessoas que, embora não sejam parentes, com o *de cuius* mantinham relação de dependência, de afeto ou de cuidado.³⁵ Acrescentamos ainda a altamente desvantajosa situação do concubino do sucedido casado, que nem é chamado a suceder por força de lei e sequer pode ser contemplado em testamento – tema tão controverso que deve ser desenvolvido com a profundidade necessária em espaço próprio. Consideramos esse cenário problemático, seguindo o entendimento de Daniel Monk, para quem o fato de a sucessão intestada permanecer enraizada em sangue ou *status* resulta na invisibilidade, para fins hereditários, daquelas pessoas que viveram suas vidas fora das normas familiares tradicionais.³⁶

Entendemos que o problema não é o legislador estruturar a sucessão *ab intestato* na ideia de família; afinal, como já mencionamos, tal opção legislativa é totalmente compatível com o mandamento constitucional que determina ser a família a base da sociedade. O aspecto problemático é justamente que ideia é esta de família presente na lei. Parte-se do pressuposto de que aquele conceito utilizado pela norma é apenas uma reprodução do que é natural, normal, dado; entretanto, na verdade, essa própria questão conceitual é uma escolha política. Nesse ponto, recordamos das lições de Martha Fineman, que define a noção de “família sexual” como a família tradicional ou nuclear, uma entidade formada por uma união heterossexual formalmente celebrada.³⁷ Segundo esse modelo, a conexão íntima primordial é a união sexual entre homem e mulher, o que acaba definindo e organizando nossas imagens e expectativas legais e sociais do que é uma família.

³⁴ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. *Civilistica.com*, ano 10, n. 1, 2021. p. 23-25.

³⁵ FOSTER, Frances H. The family paradigm of inheritance law. *North Carolina Law Review*, v. 80, 2001. p. 207-208.

³⁶ MONK, Daniel. The pleasures and perils of inheritance. *Studies in Gender and Sexuality*, v. 15, 2014. p. 240.

³⁷ FINEMAN, Martha Albertson. The sexual family. In: JACKSON, Jack E.; ROMERO, Adam P.; FINEMAN, Martha Albertson (Ed.). *Feminist and queer legal theory: intimate encounters, uncomfortable conversations*. Farnham, UK: Ashgate Publishing, 2013. p. 45.

De acordo com a referida autora, no centro da ideia de relações íntimas permanecem as conexões sexuais entre adultos; a sexualidade seria, assim, o elemento fundamental para se identificar a intimidade de natureza familiar. Para Martha Fineman, a família sexual é considerada a forma “natural” de organização cultural e social da intimidade; assim, o modelo de casamento heterossexual continua a dominar a ideia que se tem de família.³⁸ O clamor por aceitação e legitimação dos modelos alternativos de relacionamento – a união estável, em um primeiro momento, e as relações entre pessoas do mesmo sexo, mais recentemente – são sempre uma replicação do esquema relacional tradicional. Na medida em que a família sexual é tida como o modelo familiar apropriado e natural, ela serve de base para a regulamentação estatal e para a definição daquilo que é normal e daquilo que é desviante.³⁹ Por essa razão, concluímos haver uma forte heteronormatividade na ideia de “família sexual” e, conseqüentemente, no senso comum daquilo que é ou não é uma entidade familiar.

Entendemos que a definição do que é ou não é uma família trata-se de uma construção social. Quando se estabelece que apenas a “família sexual” pode efetivamente ser considerada família, coloca-se o modelo heteronormativo como uma categoria natural, dada, e não apenas construída – o que aparentemente torna o conceito de família algo imutável, limitando assim as possibilidades sociais e jurídicas de reconhecimento dos demais modelos, conseqüentemente justificando injustiças.⁴⁰ É imprescindível que critiquemos tal restrição conceitual de família, repensando as definições e narrativas usadas para compreender e descrever o mundo social, naquilo que Sally Haslanger chama de crítica ideológica (*ideology critique*). A filósofa e professora do MIT não usa “ideologia” pejorativamente, mas em um sentido de um *background* que assimilamos e com o qual agimos no mundo social; assim, tais ideologias e as práticas sociais constituídas por elas possibilitam tanto a reprodução quanto a superação de desigualdades, na medida em que guiam as nossas percepções e respostas às condições sociais existentes. Nesse contexto, a crítica a um conceito não é a rejeição daquele conceito, porém uma exploração dos seus vários significados e limitações; se isso não for feito, temos um uso dogmático daquele conceito, utilizando-o automaticamente e acriticamente, na medida em que determinada e restrita definição parece ser inevitável, uma vez que

³⁸ FINEMAN, Martha Albertson. The sexual family. In: JACKSON, Jack E.; ROMERO, Adam P.; FINEMAN, Martha Albertson (Ed.). *Feminist and queer legal theory: intimate encounters, uncomfortable conversations*. Farnham, UK: Ashgate Publishing, 2013. p. 45.

³⁹ FINEMAN, Martha Albertson. The sexual family. In: JACKSON, Jack E.; ROMERO, Adam P.; FINEMAN, Martha Albertson (Ed.). *Feminist and queer legal theory: intimate encounters, uncomfortable conversations*. Farnham, UK: Ashgate Publishing, 2013. p. 46.

⁴⁰ HASLANGER, Sally. *Resisting reality: social construction and social critique*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 5.

não enxergamos as alternativas possíveis. Desse modo, a crítica ideológica à noção conceitual de família pode trazer uma revisão ou um novo entendimento a respeito do referido conceito – rompendo com o dogmatismo com o qual ele é usado, levantando questões sobre o que ele inclui e, de modo ainda mais importante, o que ele exclui, distorce ou obscurece. A crítica ideológica à “família sexual” possibilita que enfim percebamos que este se trata de um conceito hegemônico, com pretensões de monopolizar a concepção de família em detrimento de todos os demais modelos; e essa hegemonia é reforçada quando o ordenamento jurídico acriticamente e indevidamente reproduz o referido monopólio conceitual.⁴¹ Como há o reforço de tal hegemonia pelas práticas sociais e normas jurídicas conservadoras, cria-se uma ilusão de que a “família sexual” é o modelo de família por natureza, e não mera construção social. Tal percepção de que se trata de uma ilusão, agora possibilitada pela crítica ideológica, porém antes dificultada pela falsa aparência de a “família sexual” da única definição “natural” de família, permite que examinemos criticamente os sentidos e limitações daí decorrentes.

A partir do momento em que entendemos o rol de entidades familiares da Constituição como meramente exemplificativo, devemos nos questionar quais agrupamentos sociais podem então ser reconhecidos como famílias, especificamente para fins sucessórios. Pietro Perlingieri compreende que existem duas razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família: o sangue e os afetos.⁴² O jurista italiano argumenta, entretanto, que o perfil consensual e afetivo vem exercendo cada vez mais o papel de denominador comum dos núcleos familiares. Aqui fazemos um questionamento: se admitimos com facilidade que consenso e afeto são fundamentos suficientes para o reconhecimento de vínculos familiares, por que há tanta dificuldade de se reconhecer tutela jurídica às relações íntimas de afeto entre pessoas que fogem do modelo tradicional? A quem compete definir se tais relações íntimas mantidas pelo *de cuius* eram de natureza familiar ou não?

Frances H. Foster aponta três diferentes abordagens para modernizar as definições convencionais de família para fins hereditários: formal, funcional e pessoal.⁴³ Segundo a abordagem formal, compete exclusivamente à lei definir o que é e o que não é parentesco; assim, como ressaltado por Susan N. Gary, para haver a modernização da legislação sucessória a partir dessa abordagem, é necessária a alteração legal da definição de família, com a inclusão de novas entidades familiares

⁴¹ HASLANGER, Sally. *Resisting reality: social construction and social critique*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 17-18.

⁴² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 244.

⁴³ FOSTER, Frances H. The family paradigm of inheritance law. *North Carolina Law Review*, v. 80, 2001. p. 231.

na lei.⁴⁴ Por outro lado, segundo Frances H. Foster, de acordo com a abordagem funcional, o foco deve ser identificar, com base na relação entre o morto e aquela pessoa que se pretende reconhecida como sucessora, se esta objetivamente agia como membro da família do *de cujus*.⁴⁵ Por fim, conforme a abordagem pessoal, os direitos sucessórios serão baseados na definição particular que o *de cujus* tinha de família e de se o pretense sucessor se encaixava nessa definição.

Acreditamos não ser compatível com a metodologia civil-constitucional uma definição de família meramente formal por diversas razões, entre elas o fato de que a forma não pode prevalecer sobre o conteúdo, muito menos em relações de caráter eminentemente existencial. Por outro lado, na medida em que a ideia de entidade familiar pressupõe uma dinâmica relacional, envolvendo ao menos as duas pessoas entre as quais se verifica o vínculo familiar, acreditamos que a abordagem pessoal acima mencionada é igualmente insuficiente, na medida em que foca excessivamente no sucedido e desconsidera o ponto de vista e o agir do pretense sucessor. Por essa razão, enxergamos na abordagem funcional o método adequado para identificar se a relação mantida por um potencial sucessor e o *de cujus* tinha natureza familiar ou não, independentemente de vínculos formais ou biológicos, assim como independentemente de essa estrutura relacional se encaixar na visão tradicional que a sociedade e a lei sempre tiveram da noção de “família”.

Devemos recordar as lições de Pietro Perlingieri, para quem é necessário um movimento de reconstrução e de interpretação crítico-constitutiva do ordenamento.⁴⁶ Para o autor italiano, o ordenamento jurídico não é um sistema imóvel e fechado; pelo contrário, trata-se de um “sistema aberto e sensível à mudança dos fatos e da história, resultado de uma contínua, incessante obra de conhecimento científico amparado por uma investigação empírica que não se limita a operar com símbolos, mas com fatos, isto é, com conteúdos verificáveis”.⁴⁷ Dessa forma, devemos reconstruir, com base numa análise funcional do relacionamento entre o *de cujus* e o potencial sucessor, a ideia tradicional (formal) de família. Com base no quanto ensinado por Rose Melo Vencelau Meireles, a função da família é realizada quando o desenvolvimento das pessoas que a integram é permitido através da comunhão de vida; conseqüentemente, toda forma de convivência que assim

⁴⁴ GARY, Susan N. Adapting intestacy laws to changing families. *Law and Inequality*, v. 18, 2000. p. 31.

⁴⁵ FOSTER, Frances H. The family paradigm of inheritance law. *North Carolina Law Review*, v. 80, 2001. p. 232.

⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 80.

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 82.

se configurar merecerá proteção do Estado enquanto núcleo familiar.⁴⁸ Daí também construímos a noção de família eudemonista, na qual, na lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra as pressões econômicas e sociais”.⁴⁹

Com base na definição funcional de família, bem como na noção de família eudemonista, devemos superar a noção tradicional de que sucessor é somente o indivíduo que se encaixa no paradigma heteronormativo da “família sexual” ou em estruturas análogas. Sasha Roseneil e Shelley Budgeon defendem que é necessário superar a família, e o casal heterossexual, como o único centro do imaginário intelectual a respeito do estágio atual e futuro das relações de intimidade e cuidado.⁵⁰ As autoras entendem que a atual postura acadêmica de reconhecer as transformações e as variedades nas famílias é importante, notadamente para contrabalançar os discursos homofóbicos e antifeministas de “valores familiares tradicionais”. Entretanto, elas entendem que esse movimento ainda é insuficiente, na medida em que, apesar de pluralizar as noções de família, essa postura ainda mantém inalterada a heteronormatividade do imaginário acadêmico.

Tratando especificamente da sociologia, mas em uma análise que acreditamos ser perfeitamente aplicável à doutrina jurídica, Roseneil e Budgeon argumentam que as pesquisas sobre novas famílias ainda são conduzidas e orientadas por presunções heteronormativas, sendo excessivamente focadas em relações monogâmicas, entre apenas duas pessoas, que predominantemente vivem juntas, particularmente aqueles casais que criam filhos conjuntamente.⁵¹ As relações íntimas que fogem desse *standard*, experimentadas por aqueles que vivem sexualidades não normativas, configuram um desafio para aqueles que estudam intimidade e cuidado no âmbito familiar. As autoras incluem no rol dessas intimidades não normativas as relações de amizade; de parceiros amorosos ou sexuais não monogâmicos; os “ex” (pessoas que não mantêm mais um relacionamento estável, porém ainda se relacionam); parceiros que não vivem juntos; parceiros amorosos que não se relacionam sexualmente entre si; aqueles que não se encaixam na classificação binária entre “amizade” e “parceiro sexual”. Para as mencionadas

⁴⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. *Civillistica.com*, ano 1, n. 1, 2012. p. 3.

⁴⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, 2006. p. 154.

⁵⁰ ROSENEIL, Sasha; BUDGEON, Shelley. Cultures of intimacy and care beyond “the family”: personal life and social change in the early 21st century. *Current Sociology*, v. 52, n. 2, 2004. p. 135-136.

⁵¹ ROSENEIL, Sasha; BUDGEON, Shelley. Cultures of intimacy and care beyond “the family”: personal life and social change in the early 21st century. *Current Sociology*, v. 52, n. 2, 2004. p. 137-138.

doutrinadoras, essas relações descentralizam o significado primário que normalmente é dado às parcerias sexuais, desafiando assim a centralidade que as relações conjugais ainda têm na abordagem acadêmica sobre intimidade.

Roseneil e Budgeon concluem que estamos experimentando a *queering* da família: os arranjos de vida na pós-modernidade são diversos e fluidos, constantemente configurados e reconfigurados; as relações heteronormativas não são mais hegemônicas como já foram.⁵² Assim, os significados de família sofrem uma profunda transformação, e mais e mais modelos distintos se revelam como legítimos exercícios das diversas práticas sexuais e como arranjos de vida escolhidos pelas pessoas.

Ocorre que o cenário quanto à tutela jurídica dessas formas não heteronormativas de família é desolador. Os seus membros atuam como familiares (abordagem funcional), também se enxergam como familiares (abordagem pessoal), e até mesmo são reconhecidos socialmente como uma entidade familiar, mas a eles é negada a adequada tutela jurídica. Como não se encaixam na estrutura da “família sexual”, nem mesmo por analogia, esses arranjos são condenados à periferia do ordenamento jurídico. Consequentemente, a eles também é vedado o devido acesso à vocação hereditária. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em diálogo com obra de Luiz Edson Fachin, utilizou a simbologia das mudanças na “foto sobre a lareira” para ilustrar as mudanças da família; mudanças nas posturas na foto, na indumentária utilizada pelas pessoas, no jogo cênico, nas cores: “muda e revigora-se a família”.⁵³ Contudo, em se tratando das famílias não heteronormativas, as suas fotos ficam de fora do velho álbum do direito das sucessões.

Sobre famílias “fora da moldura”, para usar a supramencionada expressão de Luiz Edson Fachin, tratamos aqui em especial daquelas entidades fundadas no poliamor.⁵⁴ Às pessoas que têm essa vivência familiar foi proibida até mesmo a lavratura de escritura pública que declare a existência da sua situação fática, conforme decisão do Conselho Nacional de Justiça, atendendo a um lamentável movimento de conservadorismo em matéria familiar.⁵⁵ Os conselheiros acordaram que,

⁵² ROSENEIL, Sasha; BUDGEON, Shelley. Cultures of intimacy and care beyond “the family”: personal life and social change in the early 21st century. *Current Sociology*, v. 52, n. 2, 2004. p. 141.

⁵³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, 2006. p. 154.

⁵⁴ Sobre o merecimento e a necessidade de reconhecimento de *status* familiar das uniões poliafetivas, que é plenamente coerente com uma visão civil-constitucional a respeito das famílias na contemporaneidade, recomendamos a leitura da referenciada obra de Valéria Silva Galdino Cardin e Carlos Alexandre Moraes: CARDIN, Valéria Silva Galdino; MORAES, Carlos Alexandre. Do reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas como entidade familiar. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 18, n. 3, 2018.

⁵⁵ Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000, requerido pela Associação de Direito de Família e das Sucessões.

em função da diversidade de experiências e da falta de amadurecimento do debate a seu respeito, do poliamor ainda não pode decorrer uma família juridicamente reconhecida; e ainda expressaram que, no futuro, caso haja a maturação de tal entidade, “a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar de suas especificidades” (ou seja, a supramencionada e inadequada abordagem formal). Entre as diversas consequências da negativa de acesso dessas entidades à moldura do direito de família, está a sua marginalização e a sua invisibilização também em matéria sucessória. Vemos então uma indevida e inconstitucional hierarquização dos afetos: aqueles que fogem à estrutura heteronormativa da “família sexual” simplesmente não são dignos de receber herança.

Transcendendo o paradigma da “família sexual”, por força do respeito ao direito fundamental à liberdade de crença,⁵⁶ também devemos reconhecer vínculos familiares decorrentes da religiosidade. Destacamos aqui, em especial, as religiões afro-brasileiras, nas quais pode haver uma relação familiar interna entre os seus praticantes, a chamada “família de santo”.⁵⁷ O Código Civil de 2002 não está aberto às relações entre, por exemplo, “pais” e “filhos de santo”, o que potencialmente marginaliza essas famílias.

Para além do cenário acima descrito, também existem relações íntimas de afeto e solidariedade (cuidado e sustento/dependência), que não são fundamentadas em laços biológicos nem conjugais, também não havendo preponderância do aspecto sexual, mas que nem por isso deveriam ser marginalizadas pelo direito. Trata-se de intimidades não normativas, para as quais não há um vocábulo jurídico específico. Por essa razão, reconhecendo as limitações e inadequações conceituais do termo, seguindo a doutrina de Sue Westwood, denominaremos tais relações como “amizades”.⁵⁸

Sue Westwood argumenta que, quando se tratam todos como se fossem heterossexuais, as necessidades dos homossexuais, lésbicas e bissexuais podem não ser adequadamente atendidas.⁵⁹ Nesse sentido, a autora sustenta que, com o declínio da família heterossexual tradicional enquanto o único modelo aceito socialmente, e consequente aumento na diversidade das formas de relacionamento, as amizades vêm desempenhando um papel mais central na vida das pessoas, em especial nos estágios mais avançados da vida. Tais relações envolvem o provimento de importantes recursos não patrimoniais: apoio social; contribuição para

⁵⁶ Constituição Federal, art. 5º, VI.

⁵⁷ LIMA, Vivaldo da Costa. *A família de santo nos candomblés jejes-nagôs da Bahia: um estudo de relações inter-grupais*. Salvador: Corrupio, 2003. Ver também: TRAMONTE, Cristiana. Processos educativos interculturais na “família de santo”: pais e filhos nas religiões afro-brasileiras. *Visão Global*, v. 15, 2012.

⁵⁸ WESTWOOD, Sue. “My friends are my family”: an argument about the limitations of contemporary law’s recognition of relationships in later life. *Journal of Social Welfare & Family Law*, v. 35, n. 3, 2013. p. 348.

⁵⁹ WESTWOOD, Sue. “My friends are my family”: an argument about the limitations of contemporary law’s recognition of relationships in later life. *Journal of Social Welfare & Family Law*, v. 35, n. 3, 2013. p. 348-352.

o bem-estar físico e mental; cuidado e abrigo apropriados. Ocorre que as normas de sucessão intestada se fundamentam exclusivamente na noção sexual e biológica de família, deixando essas relações não normativas sem qualquer reconhecimento ou proteção. Nesse contexto, acreditamos que a invisibilidade absoluta da “amizade” (no sentido acima referido, de relação íntima de afeto e solidariedade sem preponderância dos aspectos biológico e sexual) para fins sucessórios é uma abordagem inadequada, que desprivilegia relações íntimas de afeto marcadas pela não prevalência de critérios biológicos ou sexuais. Esses fatores podem até estar presentes, de forma eventual ou não, mas são irrelevantes para a definição de se duas ou mais pessoas são “amigas”. De todo modo, compreendemos que a amizade desempenha um papel significativo na vida das pessoas, papel esse que justifica o amigo do *de cuius* realizar a função sucessória de continuidade por meio da propriedade.

Ethan J. Leib expõe que os ordenamentos jurídicos de modo geral não atribuem consequências à amizade;⁶⁰ conseqüentemente, os amigos, apesar de desempenharem um papel significativo nas vidas das pessoas, são marginalizados na hora da atribuição de direitos ou, em sentido mais amplo, de qualquer proteção jurídica.⁶¹ Dessa forma, o referido autor considera insatisfatória essa atual abordagem jurídica a respeito do *status* de amigo; e defende, assim, os benefícios de o direito privilegiar o *status* decorrente da amizade. Nesse sentido, Ethan J. Leib suscita alguns critérios que podem delinear o reconhecimento de uma relação de amizade: voluntariedade; intimidade; confiança; solidariedade; reciprocidade; assistência mútua; duração no tempo; eventuais conflitos e as formas como eles se solucionam.⁶² David L. Chambers propõe a criação do *status* de *designated friends* como uma forma de atribuir efeitos jurídicos aos casos em que certas pessoas, apesar de manterem vínculos de afetividade e intimidade, não têm interesse em formar um casal.⁶³ A proposta de Chambers é no sentido de que essas pessoas registrem tais relações para obter certos benefícios e assumir certas responsabilidades, em especial relacionadas ao cuidado para com o outro em caso de doenças ou outras situações de vulnerabilidade. Para o autor, muitos indivíduos têm alguém em sua vida com quem, mesmo não havendo propósito de constituir

⁶⁰ Identificamos algumas poucas consequências jurídicas do *status* de amizade. A título ilustrativo, a amizade íntima como causa de suspeição do magistrado, conforme art. 145, I do Código de Processo Civil de 2015.

⁶¹ LEIB, Ethan J. Friendship and the law. *University of California in Los Angeles Law Review*, n. 54, 2007. p. 633-636.

⁶² LEIB, Ethan J. Friendship and the law. *University of California in Los Angeles Law Review*, n. 54, 2007. p. 642-647.

⁶³ CHAMBERS, David L. For the best of friends and for lovers of all sorts, a status other than marriage. *Notre Dame Law Review*, n. 76, 2001. p. 1348-1357.

um casal, mantém uma forte conexão e, inclusive, um senso de responsabilidade e cuidado em momentos de crise. Assim, Chambers pretende que se assegure proteção jurídica a tais relacionamentos, independentemente de coabitação, envolvimento romântico ou sexual, gênero, ou vínculo biológico. De todo modo, ilustrativamente, o *designated friend* seria legítimo para, por exemplo, tomar decisões substitutas para intervenções médicas pelo amigo em momentos nos quais este está impossibilitado de manifestar vontade. Por fim, David L. Chambers entende que de tais relações haveria consequências sucessórias; não por uma presunção de dependência financeira ou confusão patrimonial entre os *designated friends*, mas por respeito a uma vontade presumida do *de cuius*. Peter P. Gelzinis igualmente reconhece que os Estados devem agir para promover e proteger juridicamente os vínculos de amizade.⁶⁴

Reconhecemos que a atribuição de direitos hereditários decorrentes do vínculo de amizade, no sentido genérico do termo, foge da lógica familiar a partir da qual estruturamos a noção de sucessão *ab intestato*. Ocorre que, das lições acima expostas, depreendemos que a valorização jurídica de vínculos que envolvem afeto e solidariedade (cuidado e sustento/dependência) – e que aqui temos chamado de amizades em razão da falta de um conceito técnico específico – é consistente com os fundamentos da vocação hereditária. O chamamento à herança de pessoas nessas circunstâncias atende às justificativas tradicionais das normas de sucessão intestada: tanto a vontade presumida do falecido quanto os deveres deste para com pessoas próximas a ele. Numa visão civil-constitucional, essa proximidade a que nos referimos não decorre exclusivamente da biologia, mas também justamente das relações de cuidado e solidariedade (afeto e sustento/dependência). Relembramos as lições de João Baptista Villela, que enxergava na ideia de família muito mais a importância do amar e do servir do que do procriar.⁶⁵ Aqui, ressaltamos que afeto não se restringe a afeto sexual ou amoroso em sentido romântico.

Podemos tomar como exemplo uma pessoa idosa que mora em Salvador e é proprietária de alguns imóveis. Seus únicos parentes sucessíveis vivos são sobrinhos-netos que vivem em São Paulo. Estes sobrinhos-netos paulistanos não têm interesse algum em cuidar da tia-avó soteropolitana, que só lhes exigiria cuidado integral e, em sua visão, só lhes daria dor de cabeça. Nenhum cogitaria se mudar para Salvador para prestar assistência a ela. A senhora idosa, lúcida, também não tem interesse em ir para São Paulo. Ela divide um apartamento com uma amiga

⁶⁴ GELZINIS, Peter P. Do friends need the law – Examining why friendship matters and what governments can do for this important, though overlooked relationship. *Suffolk University Law Review*, n. 45, 2012. p. 546.

⁶⁵ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 21, 1979. p. 408.

de mesma idade há muitos anos, uma cuidando da outra e sempre velando para evitar acidentes.⁶⁶ As compras da residência são feitas por uma vizinha, sempre prestativa. Outro vizinho é quem acompanha essa senhora nas consultas médicas. Essa senhora vem se responsabilizando, há muitos anos, pelo pagamento das mensalidades escolares e universitárias da filha de um amigo. Quando essa idosa morrer, sem deixar testamento, seus sobrinhos-netos tudo herdarão.

Do exemplo acima descrito, depreendemos que a sucessão intestada atualmente codificada contribui para que o discurso sobre valorização jurídica da solidariedade (que engloba cuidado e sustento/dependência) e do afeto seja apenas retórica sem aplicação prática no âmbito do direito das sucessões. Consideramos que o paradigma familiar do direito sucessório, se tomado como absoluto, leva a distorções que contrariam os próprios fundamentos da sucessão hereditária.

Nesse sentido, ressaltamos aqui, ainda, a crítica de Frances H. Foster ao fato de que o “paradigma familiar” do direito das sucessões deixa de fora pessoas que, na visão tradicional, não eram membros da família do *de cuius*, apesar de com ele terem mantido relações próximas de intimidade ou de dependência. Para Foster, esse paradigma premia a biologia e o *status* familiar acima de necessidade, merecimento ou afeto, presumindo que membros da família são sempre e em qualquer caso mais dignos de herdar do que terceiros, independentemente de sua relação concreta para com o morto. Segundo a autora, essa abordagem privilegia inclusive os *laughing heirs*; trata-se dos assim chamados “herdeiros do riso”, aqueles parentes cujo anúncio da morte do *de cuius* é marcado não pelo luto, mas pela alegria decorrente da perspectiva de receber a herança. Na medida em que não mantinham qualquer vínculo afetivo com o falecido, a morte é encarada por esses sucessores como um evento positivo, significando meramente a possibilidade de enriquecimento.⁶⁷ Não conseguimos visualizar de que maneira beneficiar tais “herdeiros do riso” atenderia a ambos os critérios orientadores da sucessão *ab intestato* (vontade presumida do morto e seus deveres para com pessoas próximas).

Defendemos, assim, que a sucessão *ab intestato* pode ir além do paradigma da “família sexual”, especificamente para prestigiar vínculos de afeto e solidariedade (cuidado e sustento/dependência) mantidos pelo falecido, independentemente de tais relações se ajustarem ao conceito tradicional de família ou de terem ou não preponderância do aspecto sexual ou biológico. Trata-se de valorizar mais

⁶⁶ Em sociedades marcadas pelo individualismo e pela distância entre ascendentes e descendentes adultos, são comuns os arranjos em que idosos se juntam para dividir a residência e os custos de vida, como alternativa ao acolhimento em asilos. O referido modo de vida recebe o apelido de *Golden Girls Model*, em homenagem ao *sitcom* dos anos 1980. No Canadá, há alguns anos essa prática tem crescido e até se institucionalizado, em especial com o grupo *Senior Ladies Living Together*.

⁶⁷ FOSTER, Frances H. The family paradigm of inheritance law. *North Carolina Law Review*, v. 80, 2001. p. 240.

o conteúdo dessas relações, no sentido de solidariedade e afetividade, do que simplesmente o *status* (pertencimento ou não à mesma família). Trata-se também de maneira de melhor atender aos critérios orientadores da sucessão intestada.

Conclusivamente, identificamos que o direito das sucessões brasileiro se mantém preso a uma visão conservadora e heteronormativa de família – a noção de “família sexual”. Na seção anterior, vimos que determinadas famílias são prejudicadas porque são obrigadas a se sujeitar à vocação hereditária estruturada com base no casamento e na biologia; na presente seção, a situação ainda é pior, porque os arranjos não normativos sequer são convidados a ingressar no campo do direito das sucessões. Compreendemos que vivências não heteronormativas que não conseguem se reduzir, nem mesmo por analogia, ao referido paradigma acabam excluídas da moldura estabelecida pelas normas de sucessão *ab intestato*. Consequentemente, famílias *queer*, que fogem da estrutura hegemônica, são totalmente invisibilizadas em matéria sucessória – o que constitui uma inconstitucional hierarquização entre entidades familiares. Por outro lado, esse mesmo paradigma da “família sexual” igualmente impede a atribuição de direitos decorrentes de “amizades”, relações íntimas sem caráter romântico ou sexual, ainda que estas sejam qualificadas por afeto e solidariedade (cuidado e sustento/dependência).

4 A necessidade de alteração legislativa da sucessão intestada: a função expressiva do direito das sucessões e a insuficiência do testamento para corrigir as distorções legais

Nas seções anteriores, vimos como o direito das sucessões aplica indistintamente uma mesma vocação hereditária – fundada na biologia e no *status* – a todas as entidades reconhecidas como familiares, independentemente de suas próprias peculiaridades estruturais, necessidades e anseios. Também observamos como outras relações íntimas vividas pelo *de cuius* são invisibilizadas por não se encaixarem, nem mesmo por analogia, ao paradigma da “família sexual”. Uma visão moderadamente conservadora poderia alegar que não se trata de um problema tão grave assim, considerando que o potencial sucedido poderia, por manifestação expressa de última vontade, beneficiar tais pessoas com uma porção da sua herança. Rejeitamos essa solução simplista por dois motivos: para além da questão patrimonial, a sucessão intestada tem uma função expressiva; ademais, o testamento é claramente insuficiente para corrigir as distorções apontadas.

Segundo a teoria da função expressiva do direito, as normas jurídicas influenciam as concepções sociais. De acordo com Cass R. Sunstein, a função expressiva

do direito consiste em a norma jurídica passar determinada mensagem, em vez de diretamente controlar comportamentos.⁶⁸ As atitudes que as pessoas tomam e as crenças que elas desenvolvem muitas vezes são decorrentes daquilo que a lei diz. Assim, muitas vezes, a mensagem passada pela lei é pensada como uma forma de dar novos direcionamentos às normas sociais.⁶⁹ Em decorrência da função expressiva do direito, as preferências pessoais são afetadas pelas normas jurídicas existentes. Ilustrando o fenômeno: determinada visão social a respeito do aborto ou do consumo de certas drogas certamente é influenciada pelo fato de, naquela jurisdição, tais práticas serem permitidas ou criminalizadas. Nos Estados Unidos, isso se demonstrou empiricamente: após a Suprema Corte daquele país reconhecer um direito constitucional ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, houve um aumento significativo do apoio popular a tais arranjos familiares.⁷⁰

Gary E. Spitko trouxe para o direito das sucessões a noção de função expressiva do direito, ressaltando as mudanças nas normas culturais que podem ser provocadas pelo direito hereditário.⁷¹ Conforme Spitko, as normas jurídicas sobre sucessão *ab intestato* não apenas refletem, mas também ajudam a moldar e a manter as normas sociais sobre família. A título ilustrativo, Spitko conclui especificamente afirmando que, com a extensão de direitos hereditários em favor de parceiros do mesmo sexo, o direito das sucessões pode contribuir para a mudança de como a sociedade enxerga os homossexuais e as lésbicas, além da forma como essas pessoas enxergam a si mesmas.

Shelly Kreiczler-Levy ressalta o poderoso papel da função expressiva da sucessão intestada: controlando a distribuição póstuma da propriedade, elas não apenas refletem as normas sociais, mas também ajudam a moldar e a manter essas normas.⁷² Na medida em que a vocação hereditária legal normalmente direciona o patrimônio do morto dentro de sua família, ela comunica uma mensagem sobre quem é considerado membro da família aos olhos da lei. Dessa forma, há graves consequências quando diversos tipos não tradicionais de família são marginalizados em matéria sucessória; o próprio fato de a lei contemplar ou deixar de contemplar certas estruturas familiares é refletido no modo como a sociedade

⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R. On the expressive function of law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, 1996. p. 2024.

⁶⁹ SUNSTEIN, Cass R. On the expressive function of law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, 1996. p. 2051.

⁷⁰ SPINDELMAN, Marc. A reader's guide to the Obergefell v. Hodges Colloquium. *Ohio State Law Journal*, v. 77, 2016. p. 907.

⁷¹ SPITKO, E. Gary. The expressive function of succession law and the merits of non-marital inclusion. *Arizona Law Review*, v. 41, 1999. p. 1099-1101.

⁷² KREICZLER-LEVY, Shelly. Succession law in Israel: Individualism and the family. *Israel Studies Review*, v. 28, n. 2, 2013. p. 303.

enxerga essas modalidades de família.⁷³ O mesmo se aplica às relações não familiares mantidas pelo *de cuius*, como exemplo, com seus amigos ou até mesmo com aqueles que são seus parentes por vínculo de afinidade.⁷⁴

Com base na teoria da “função expressiva”, tiramos algumas conclusões sobre o direito sucessório codificado no Brasil. Quando o Código Civil de 2002 delinea a ordem de vocação hereditária com base em vínculos biológicos⁷⁵ ou formais (casamento e adoção), o legislador passa a clara mensagem de que esse é o modelo de família prestigiado por nosso ordenamento. Assim, é reforçada aos olhos da sociedade aquela noção de “família tradicional brasileira”. Semelhantemente, ao impor uma única vocação hereditária, sob o fundamento da isonomia formal entre famílias, a legislação reforça a ideia de que o chamamento tradicional é suficiente para todos, não sendo relevantes as particularidades, necessidades e anseios de cada arranjo familiar. Desse modo, a sociedade reforça a sua noção de que as peculiaridades dessas entidades são de menor importância e que, para fruírem dos direitos estabelecidos em lei, elas devem se adaptar ao modelo tradicional. Por fim, ao negar reconhecimento e tutela sucessória a determinados modelos não normativos de família, que fogem do paradigma da “família sexual”, o legislador reforça a visão negativa contra esses modelos, considerados de segunda categoria, “anormais”, desviantes ou até mesmo indesejados pelo ordenamento, bem como contribui para que eles sejam excluídos da noção conceitual de família. Até mesmo os membros dessas famílias não tradicionais correm o risco de enxergarem a si próprios com uma percepção negativa ou de inferioridade. Por esses motivos, a lei deve ser reformada para passar uma mensagem de inclusão de tais pessoas.

Para além dos problemas envolvendo a função expressiva da sucessão intestada, semelhantemente não concordamos com a eventual alegação de que a sucessão testamentária é um remédio suficiente para as graves falhas da sucessão legítima. Nossa posição é fundamentada em três ordens de motivos. Primeiramente, a existência do testamento não exime o legislador de desempenhar o seu dever constitucional de efetivação do direito fundamental à herança. Além disso, é incoerente confiar na elaboração de testamento como mecanismo de correção da sucessão *ab intestato* ao mesmo tempo em que se reconhece que o brasileiro, de

⁷³ KREICZER-LEVY, Shelly. Succession law in Israel: Individualism and the family. *Israel Studies Review*, v. 28, n. 2, 2013. p. 306.

⁷⁴ KREICZER-LEVY, Shelly. Succession law in Israel: Individualism and the family. *Israel Studies Review*, v. 28, n. 2, 2013. p. 303.

⁷⁵ Reiteramos aqui nossa crítica ao art. 1.593 da codificação, que trata o parentesco biológico como o “natural”. Se adotarmos aqui a teoria da função expressiva, veremos que o Código passa uma mensagem muito clara à sociedade: família não biológica é anormal, é desviante, não é natural.

modo geral, por diversas razões, não testa. Por fim, o sucessor testamentário tem uma grave desvantagem em relação ao sucessor legítimo: o seu título de chamamento à herança está sujeito a um rígido regime de invalidades. Esse último fator pode acabar sendo excessivamente prejudicial para pessoas beneficiadas em testamento que deveriam ter sido chamadas por força da lei e, em razão do trabalho legislativo ruim, não o foram.

Em primeiro lugar, a devida efetividade do direito fundamental à herança, titularizado pelo sucessor, não pode estar condicionada à elaboração de um testamento por parte do sucedido. *A contrario sensu*, estaríamos legitimando a inconstitucional omissão legislativa de efetivação e proteção adequada ao referido direito fundamental. Os direitos fundamentais têm uma perspectiva objetiva, que impõe ao Estado um dever geral de efetivação e proteção. Semelhantemente, o poder público deve adotar medidas que protejam efetivamente o exercício dos direitos fundamentais, zelando por sua proteção contra agressões vindas do próprio Estado ou até mesmo de particulares. No mesmo sentido, compreendemos que daí também decorre o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), segundo o qual o legislador é chamado a promover os direitos fundamentais e assegurar um nível mínimo adequado à sua proteção, não podendo ser omisso no desempenho desse papel. O legislador não pode se eximir do seu dever constitucional de elaborar normas de sucessão *ab intestato* que sejam efetivamente coerentes com as finalidades e funções da herança. Por isso, a proteção a direitos fundamentais – no caso, o chamamento à sucessão das pessoas certas e na medida adequada – não pode nem deve estar sujeita ao arbítrio do potencial testador, no sentido de decidir fazer ou não testamento. Assim, depreendemos que Estado tem o dever de efetivar satisfatoriamente o direito fundamental à herança, inclusive em matéria legislativa.⁷⁶ Acreditamos que essa atribuição não deve ser terceirizada a um particular, qual seja, o testador.

Em segundo lugar, e intimamente relacionado com o primeiro fator, não podemos confiar no testamento como único mecanismo de correção das graves insuficiências da atual sucessão *ab intestato* na medida em que o brasileiro, de modo geral, não testa. Aqui, ressalvamos que lamentavelmente não há uma pesquisa que forneça com base em dados empíricos a proporção exata entre sucessões legítimas e testamentárias no país. De todo modo, existe uma percepção clara no sentido de que a ampla maioria das pessoas não testa, mesmo naqueles países em que a manifestação de última vontade é socialmente mais valorizada do que

⁷⁶ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva objetiva do direito fundamental à herança. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 1, 2022. p. 130-151.

no Brasil.⁷⁷ Uma parcela considerável da doutrina nacional, como Giselda Hironaka, reconhece que há intensos fatores culturais que afastam o brasileiro do ato de testar, como exemplo, o testamento ser um tabu e algumas pessoas acreditarem que ele pode até mesmo atrair o azar.⁷⁸

Em terceiro lugar, há um fator adicional para considerarmos a via testamentária insuficiente para suprir adequadamente as insuficiências da ordem legítima de vocação hereditária: a possibilidade de invalidação do testamento. Ainda que o sujeito que deveria ter sido chamado a suceder por força de lei, mas não foi, acabe sendo vocacionado à sucessão com base em disposição testamentária, a sua situação é pior do que aquela que teria sido se o legislador tivesse adequadamente desenhado a vocação hereditária legítima. O título de chamamento do sucessor testamentário é um negócio jurídico e, como tanto, está sujeito à análise no plano da validade. Testamentos devem ser apresentados em juízo para análise de potenciais vícios antes do seu registro e cumprimento. Por força da supra-mencionada função expressiva do direito das sucessões, a sucessão *ab intestato* estabelece a visão social de como a partilha da herança deve ser, e testamentos que fogem dessa lógica tendem a ser invalidados, pois vistos como desviantes da normalidade esperada do fenômeno sucessório.⁷⁹ Para além disso, a cédula do testamento cerrado ou do testamento particular pode, contra a vontade do testador, vir a desaparecer – pela ação de algum interessado de má-fé, pelo passar do tempo ou por qualquer outra razão.

Por tudo quanto exposto, defendemos que a reforma legislativa da sucessão intestada se faz imprescindível. Sendo fruto de decisões político-legislativas, a ordem de vocação hereditária deve sempre se conformar à tábua axiológica constitucional. Na medida em que (a) a atual norma passa uma mensagem social de exclusão e não pertencimento em relação a determinados arranjos funcionalmente familiares e (b) o testamento não é suficiente para corrigir as distorções legais, é necessário mudar a sucessão *ab intestato* codificada para que ela efetivamente atenda à força normativa da Constituição.

Conclusão

Neste trabalho, concluímos que a ordem de vocação hereditária *ab intestato* posta no Código Civil de 2002 é insuficiente para tutelar adequadamente as famílias

⁷⁷ GARY, Susan N. The probate definition of family: a proposal for guided discretion in intestacy. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 45, n. 4, 2012. p. 332.

⁷⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 22.

⁷⁹ SHERMAN, Jeffrey G. Undue influence and the homosexual testator. *University of Pittsburgh Law Review*, v. 42, 1981. p. 227.

não tradicionais. Observamos que a sucessão intestada é um construído, não um mero reflexo de como as coisas ocorrem na natureza. Sendo fruto de decisões políticas e legislativas, a sucessão legítima deve se conformar à força normativa da Constituição. Identificamos que a ordem de vocação hereditária atualmente codificada se fundamenta em um modelo específico de família, qual seja, a fundada na biologia e em vínculos formais; apesar disso, ela é tomada como suficiente para atender a todas as estruturas familiares, independentemente de semelhanças ou diferenças estruturais em relação ao modelo em que foi baseada.

Observamos que a regra do art. 1.829 do Código Civil, uma vez que prestigia os vínculos conjugal, biológico e seus análogos, é insuficiente para atender a entidades familiares pacificamente reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência, como ilustrativamente as famílias-mosaico, famílias reconstruídas, famílias multiparentais, famílias anaparentais e famílias multigeracionais, cujas estruturas não são perfeitamente análogas à família casamentária. Do mesmo modo, notamos que os vínculos entre parentes afins são marginalizados em matéria hereditária, uma vez que somente há sucessão entre padrastos/madrastas e enteados/enteadas caso haja parentidade socioafetiva, em completo desprestígio ao parentesco por afinidade.

Identificamos que o legislador estruturou a ordem de vocação hereditária com base na família, porém não em todas as famílias, e sim apenas naquelas que se assemelham ao modelo heteronormativo de “família sexual”. Percebemos que a definição de família usada pela legislação é significativamente restrita e, embora aparentemente “natural”, trata-se apenas de uma construção social que exclui diversos modelos de relações íntimas de afeto e solidariedade (cuidado e sustento/dependência). Depreendemos assim que o atual direito das sucessões deixa de fora arranjos que funcionalmente são famílias, conquanto fujam da estrutura heteronormativa e conservadora em matéria familiar que ainda marca nosso *Codex*.

Concluimos que se faz imperativa uma reforma legislativa que liberte a sucessão intestada do apego a abstrações e do conservadorismo; uma ordem de vocação hereditária apenas não é suficiente para os diversos modos como as pessoas se relacionam. Entendemos ainda que a sucessão legítima deve ser alterada em especial (a) porque a lei tem uma função expressiva, passando uma mensagem à sociedade do que deve ser aceito ou reprovado; e (b) porque a sucessão testamentária não é suficiente para corrigir as distorções legais.

Referências

BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

- BOEIRA, Cassiane Araujo; DE LUCA, Ida Beatriz. A filiação socioafetiva e a ação de petição de herança. *Revista da Faculdade de Direito da UFGRS*, Porto Alegre, n. 30, 2012.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino; MORAES, Carlos Alexandre. Do reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas como entidade familiar. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 18, n. 3, 2018.
- CHAMBERS, David L. For the best of friends and for lovers of all sorts, a status other than marriage. *Notre Dame Law Review*, n. 76, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FINEMAN, Martha Albertson. The sexual family. In: JACKSON, Jack E.; ROMERO, Adam P.; FINEMAN, Martha Albertson (Ed.). *Feminist and queer legal theory: intimate encounters, uncomfortable conversations*. Farnham, UK: Ashgate Publishing, 2013.
- FOSTER, Frances H. The family paradigm of inheritance law. *North Carolina Law Review*, v. 80, 2001.
- GARY, Susan N. Adapting intestacy laws to changing families. *Law and Inequality*, v. 18, 2000.
- GARY, Susan N. The probate definition of family: a proposal for guided discretion in intestacy. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 45, n. 4, 2012.
- GELZINIS, Peter P. Do friends need the law – Examining why friendship matters and what governments can do for this important, though overlooked relationship. *Suffolk University Law Review*, n. 45, 2012.
- HASLANGER, Sally. *Resisting reality: social construction and social critique*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, 2006.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, v. 46, n. 3, 2012.
- KREICZER-LEVY, Shelly. Succession law in Israel: Individualism and the family. *Israel Studies Review*, v. 28, n. 2, 2013.
- LEIB, Ethan J. Friendship and the law. *University of California in Los Angeles Law Review*, n. 54, 2007.
- LIMA, Vivaldo da Costa. *A família de santo nos candomblés jejes-nagôs da Bahia: um estudo de relações inter-grupais*. Salvador: Corrupio, 2003.
- LÔBO, Paulo. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/entidades-familiares-constitucionalizadas-para-além-do-numerus-clausus-0>.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. *Civilistica.com*, ano 1, n. 1, 2012.

- MONK, Daniel. The pleasures and perils of inheritance. *Studies in Gender and Sexuality*, v. 15, 2014.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva objetiva do direito fundamental à herança. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 1, 2022.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Breves reflexões sobre a estruturação da ordem de vocação hereditária ab intestato no Código Civil de 2002. *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, v. 48, 2021.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. *Civilistica.com*, ano 10, n. 1, 2021.
- ROSENEIL, Sasha; BUDGEON, Shelley. Cultures of intimacy and care beyond “the family”: personal life and social change in the early 21st century. *Current Sociology*, v. 52, n. 2, 2004.
- SHERMAN, Jeffrey G. Undue influence and the homosexual testator. *University of Pittsburgh Law Review*, v. 42, 1981.
- SPINDELMAN, Marc. A reader’s guide to the Obergfell v. Hodges Colloquium. *Ohio State Law Journal*, v. 77, 2016.
- SPITKO, E. Gary. The expressive function of succession law and the merits of non-marital inclusion. *Arizona Law Review*, v. 41, 1999.
- SUNSTEIN, Cass R. On the expressive function of law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, 1996.
- TEPEDINO, Gustavo. Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, out./dez. 2017. Editorial.
- TRAMONTE, Cristiana. Processos educativos interculturais na “família de santo”: pais e filhos nas religiões afro-brasileiras. *Visão Global*, v. 15, 2012.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 21, 1979.
- WESTWOOD, Sue. “My friends are my family”: an argument about the limitations of contemporary law’s recognition of relationships in later life. *Journal of Social Welfare & Family Law*, v. 35, n. 3, 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A invisibilidade das famílias não tradicionais nas regras de sucessão intestada do Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 32, n. 2, p. 129-160, abr./jun. 2023. DOI: 10.33242/rbdc.2023.02.006.

Recebido em: 02.05.2022

Aprovado em: 06.07.2022