



UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS HUMANAS – CAMPUS IV
BACHARELADO EM DIREITO

FABRÍCIA LILIAN MENEZES SANTOS

**A (IM)POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO TOTAL DO COMPANHEIRO AO
CÔNJUGE PARA EFEITOS SUCESSÓRIOS**

JACOBINA-BAHIA
2018

FABRÍCIA LILIAN MENEZES SANTOS

**A (IM)POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO TOTAL DO COMPANHEIRO AO
CÔNJUGE PARA EFEITOS SUCESSÓRIOS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Estado da Bahia – Departamento de Ciências Humanas – Campus IV, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor. Me. Emanuel Lins Freire Vasconcellos.

JACOBINA-BAHIA

2018

FABRÍCIA LILIAN MENEZES SANTOS

**A (IM)POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO TOTAL DO COMPANHEIRO AO
CÔNJUGE PARA EFEITOS SUCESSÓRIOS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Estado da Bahia – Departamento de Ciências Humanas – Campus IV, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Nome: _____

Instituição (ões): _____

Nome: _____

Instituição (ões): _____

Nome: _____

Instituição (ões): _____

Jacobina-BA, ____ / ____ / ____.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Me. Emanuel Lins Freire Vasconcellos, notável jurista e fonte de pensamento crítico, pelo direcionamento fundamental à elaboração deste trabalho e pelo privilégio de ter sido sua aluna. Registro minha profunda admiração pela excelência em ensinar, que encanta pela humildade e pelo prazer do conhecimento.

À minha mãe Veronice, amor maior, pelo incentivo de vida e pela oportunidade da educação.

Ao meu pai Fidelcino, pelos ensinamentos de paciência e esforços empreendidos em meu favor.

Ao meu irmão Saulo, minha tia Celiane e meus primos Kairon e Ana Elis, afetos presentes em minha vida, por vibrarem comigo cada conquista.

Ao meu padrasto Carlos, pela generosidade e auxílio.

Aos amigos de perto e de longe, de alguma forma sempre essenciais para suportar a vida, em especial à serenidade de Ana Carolina, minha dupla durante a maior parte desta jornada, bem como à Talize Cardôso, Manoel Netto e Carolina Carvalho, pela amizade e por comporem o conjunto Pupilos de Ed, fundamentais para a elaboração da maioria dos trabalhos acadêmicos.

Aos meus colegas de turma, que fizeram da 2013.2 a melhor união, em especial aos amigos que foram apoio nos momentos finais, Antônio França, Maria Clara e Helton Costa.

À Dra. Rocío García Matos, por me inspirar não só pelo domínio do conhecimento jurídico, mas pela presteza e dedicação ao serviço público.

À Lucineide, companheira de sala e discussões ora interessantes, ora sobre o melhor jeito de prender papéis com clipe.

A todos que contribuíram, de algum modo, para a concretização deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de delinear a progressão do direito sucessório do companheiro na legislação civilista brasileira, iniciando pela discussão da temática no período anterior à Constituição Federal de 1988, quando inexistia debate sucessório na ordem jurídica, construindo-se um enfoque nas soluções jurisprudenciais, que resultaram nas Súmulas 380 e 382, do Supremo Tribunal Federal. Faz-se uma análise da incidência da doutrina civil constitucional quando da ocorrência de reconhecimento constitucional da união estável, perpassando o período de lacuna legislativa acerca da regulamentação da matéria até o advento das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96. Analisa-se o tratamento sucessório do companheiro disposto no Código Civil de 2002, com enfoque no artigo 1.790 e sua posterior declaração de inconstitucionalidade nos autos dos Recursos Extraordinários nº 878.694-MG e 646.721-RS. Discute-se a situação do companheiro no cenário jurídico atual, diante da equiparação parcial ao cônjuge, apenas no tocante ao artigo 1.790 e a omissão quanto à aplicabilidade dos demais direitos sucessórios, especialmente no que se refere à colocação do companheiro no rol de herdeiros necessários, bem como a concessão do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Para tanto, utilizou-se método e técnicas de pesquisa que incluem a análise bibliográfica, trazendo uma investigação doutrinária e da produção legiferante sobre o assunto proposto, lançando mão de um diagnóstico jurisprudencial.

Palavras-chaves: direito civil; direito das sucessões; união estável; companheiro.

ABSTRACT

This paper aims to delineate the progression of the companion's succession law in Brazilian civil law, beginning with the discussion of the issue in the period prior to the Federal Constitution of 1988, when there was no succession debate in the juridical order, building a focus on jurisprudential solutions, which resulted in the Compendiums 380 and 382 of the Federal Supreme Court. It makes an analysis of the incidence of the constitutional-civil doctrine when of the occurrence of the constitutional recognition of stable union, crossing the period of legislative lacuna about the regulation of the matter until the arrival of Laws n° 8.971/94 and n°. 9.278/96. It analyses the succession treatment of the companion settled in the Civil Code of 2002, focusing the article 1.790 and its subsequent declaration of unconstitutionality in the records of Extraordinary Appeals n° 878.694-MG and 646.721-RS. It discusses the situation of the companion in the current legal scenario, before the partial equality to the consort, only regarding to the article 1.790 and the omission concerning the applicability of the other inheritance rights, especially with regard to the placement of the companion in the list of necessary heirs, as well as the concession of the real right of housing to the surviving companion. For that, it used method and research techniques that include the bibliographic analysis, bringing a doctrinal investigation and of the legislative production about the proposed subject, using a jurisprudential diagnosis.

Keywords: civil law; succession law; stable union; companion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 AS UNIÕES NÃO SOLENES E O DIREITO SUCESSÓRIO	9
2.1 DA INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUCESSÓRIO DOS CONVIVENTES NO PERÍODO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	9
2.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS IMPACTOS NO DIREITO CIVIL.....	12
2.2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	13
2.2.1.1 CRÍTICAS À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	16
3 O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988	21
3.1 A LEI n. 8.971/94.....	24
3.2 A LEI n. 9.278/96.....	26
3.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	27
3.4 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	28
4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL ...33	
4.1 O ENUNCIADO 641 DA VIII JORNADA DE DIREITO CIVIL E A EQUIPARAÇÃO PARCIAL DO COMPANHEIRO AO CÔNJUGE.....	37
4.2 DA OMISSÃO QUANTO À APLICABILIDADE DE OUTROS DIREITOS SUCESSÓRIOS PRÓPRIOS DO CASAMENTO À UNIÃO ESTÁVEL.....	40
4.3 DA NÃO INSERÇÃO DO COMPANHEIRO NO ROL DE HERDEIROS NECESSÁRIOS.....	41
4.4 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO.....	43
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre o Direito Sucessório no âmbito da convivência não solene, delineando a aplicação da doutrina civil constitucional na evolução do conceito de união estável e os efeitos jurídicos da equiparação do companheiro ao cônjuge como limitação à autonomia da vontade.

Dessa forma, discute-se a equiparação do companheiro ao cônjuge, como constituição de forçosa ingerência estatal na limitação da liberdade daqueles que optaram pela união estável, escolhendo a não submissão aos ditames legais do casamento.

No primeiro capítulo, elabora-se pertinente demonstração acerca da evolução do tratamento dispensado às uniões não solenes no período anterior Constituição de 1988, quando se estabelecia uma diferenciação entre união livre e concubinato. Assim, tendo em vista que ambas as formas não eram regulamentadas pela via legislativa, destaca-se a inexistência de debate sucessório e a atuação da jurisprudência na aplicabilidade das súmulas 380 e 382, ambas do STF, que utilizava o direito obrigacional para tratar da matéria com base na incidência da equidade.

Em consequência, visualiza-se o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição de 1988, em seu artigo 226, §3º, como reformulação progressiva no direito das famílias, inclusive marcando a inserção da doutrina do Direito Civil Constitucional na ordem jurídica brasileira, localizando sua proposta de máxima efetivação dos valores constitucionais às críticas à aplicação metodológica da tese, em busca da garantia de segurança jurídica, com a formulação de elementos que garantam o controle da discricionariedade na hermenêutica jurídica.

Aponta-se como a doutrina e a jurisprudência da época tratava a união estável no período de ausência de regulamentação legislativa, que perdurou até 1994, com advento da primeira lei que ratou sobre a união estável no plano infraconstitucional. Após, discorre-se sobre a disposição sucessória trazida pelas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, especialmente na perspectiva do usufruto.

Por conseguinte, expõe-se acerca da sistematização legislativa do direito sucessório da união estável a partir do Código Civil de 2002, indicando os desdobramentos do artigo 1.790 quanto ao tratamento diferenciado do companheiro em relação ao cônjuge.

Neste sentido, elabora-se no terceiro capítulo uma análise da posição do Supremo Tribunal Federal, que afastou em sede de controle incidental de constitucionalidade, nos autos dos Recursos Extraordinários nº 878.694-MG e 646.721-RS a aplicação do disposto no artigo 1.790 do Código Civil, prevendo a aplicação do artigo 1.829 do Código Civil, que se refere ao cônjuge, à sucessão de companheiros.

Apresenta-se ainda o enunciado 641 da VIII Jornada de Direito Civil, extraindo-se das discussões acerca da aprovação do enunciado doutrinário de que houve equiparação parcial do companheiro ao cônjuge, apenas no tocante ao cálculo sucessório.

Posteriormente, trata-se da rejeição dos embargos de declaração, nos autos dos Recursos Extraordinários nº 878.694-MG e 646.721-RS, pelo Supremo Tribunal Federal, que conclamava esclarecimentos acerca da aplicabilidade de demais direitos sucessórios previstos na legislação civilista para regramento da situação do cônjuge à união estável. A lacuna na decisão do STF ocasiona discussão acerca da situação jurídica do companheiro quanto aos direitos sucessórios que transcendem o artigo 1.829 do Código Civil.

Por conseguinte, analisa-se os desdobramentos da incidência de regras legais próprias do regime sucessório do cônjuge na sucessão *causa mortis* envolvendo companheiro, especialmente no que se refere a não inserção do companheiro na categoria de herdeiros necessários e ao direito real de habitação (art. 1.831, CC/02).

A temática em exame apresenta relevância para o direito sucessório brasileiro, especialmente da finalidade de garantia da segurança jurídica e da liberdade na seara das relações particulares. Diante disso, tendo em vista a inviabilidade de uma diferenciação estanque entre os deveres existenciais e patrimoniais, cuida-se ponderar acerca de deveres patrimoniais subordinados ao melhor interesse individual, considerando o instrumento da união estável como digna realização da vontade do indivíduo, diante da concretização do enlace existencial.

2 AS UNIÕES NÃO SOLENES E O DIREITO SUCESSÓRIO

Inicialmente, elabora-se uma progressão histórica das uniões livres, perpassando o período de inércia legislativa até ascensão evolutiva dessa conformação familiar na ordem jurídica brasileira, que se caracterizou como união estável, reconhecida quando promulgada a Constituição de 1988.

2.1 DA INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUCESSÓRIO DOS CONVIVENTES NO PERÍODO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988

É certo que as uniões não solenes por vezes tiveram representatividade social inferior àquelas formas ritualizadas, a depender da conformação social na qual estivessem inseridas, de acordo com o contexto histórico. Tanto era verdade que a união livre denominada concubinato era reconhecida de forma discriminatória no direito romano, sendo que os desdobramentos jurídicos eram tratados tão somente no campo do direito obrigacional sem reflexos no direito de família, por exemplo.

As uniões livres caracterizam um verdadeiro desafio às ordenações religiosas, que concedem às instituições ritualizadas uma narrativa sacra. Essa forma de sacralização do matrimônio, engajada pelo cristianismo, levou à forte influência da igreja católica na não aceitação do concubinato como forma de união socialmente válida e dotada de representatividade¹.

Conforme se constata, a proibição de divórcio, que perdurou no Brasil até o advento da reforma promovida pela Lei n. 6.515/77, teve como consequência o aumento considerável das relações concubinárias, em virtude do crescimento do número de desquitados que seguiam constituindo formas de convivência no lar sem amparo legal, diante do óbice de contraírem novo matrimônio.

Importa salientar que, dentro do conjunto das uniões afetivas livres, o concubinato é designado em duas vertentes por Álvaro Villaça Azevedo², que se refere aos tipos de concubinato puro e impuro. Dessa forma, alinha a ideia de concubinato puro à união de fato

1 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4ªed. São Paulo: Saraiva. 2011.

2 AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. Antiga forma de casamento de fato. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 90, p. 91-119, 1 jan. 1995. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67291>>. Acesso em 26 out. 2018

com indicativo de durabilidade, permeada pela *affectio societatis*, e vinculada ao não impedimento para o matrimônio, ao passo que o concubinato impuro seria marcado pelo adultério, incesto e rompimento do pacto de lealdade, mediante a manutenção de união de fato paralela a uma união solene ou a outro concubinato.

Sem cuidado legislativo, a jurisprudência pátria passou a tratar da matéria e buscar soluções justas para os problemas decorrentes da família concubinária, em razão de uma realidade social já constituída.

Na década de 60, a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal³ trouxe a possibilidade de repartição do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos, garantindo indenização pelos serviços prestados, no caso de eventual não comprovação do esforço comum.

Assim, sem estabelecer uma diferenciação entre as espécies de concubinato, a súmula supramencionada utilizava-se do direito das obrigações para proteger a concubina, conferindo-lhe o direito de pleitear a concessão indenizatória pelos serviços prestados ao companheiro, bem como reconhecendo a subsistência de uma sociedade de fato, apta a partilhar o patrimônio adquirido pelo esforço comum, a depender da prova de cooperação direta ou indireta no incremento do patrimônio pelo esforço de ambos.

A formulação da Súmula 380 do STF levou a divergências acerca de sua aplicabilidade, especialmente quando à incerteza conceitual e extensão da terminologia esforço comum, passando por uma fase de incidência mais restrita, na qual os Tribunais exigiam a colaboração direta na constituição do patrimônio para caracterização do esforço comum, não sendo suficiente a participação da concubina nos afazeres domésticos. Sendo que forma contributiva indireta de formação do patrimônio só foi aceita mais tarde, especialmente com a promulgação da Constituição de 1988⁴.

A preocupação dos tribunais com o patrimônio do companheiro, diante da exigência de comprovação da colaboração financeira recebia críticas doutrinárias, inclusive de Álvaro

3 Súmula 380, do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Data de aprovação: sessão plenária de 03/04/1964. Precedentes: RE 52.217, DJ de 12/09/1963; RE 49.064, DJ de 18/01/1962; RE 26.329, DJ de 11/08/1961; AI 24.430, DJ de 15/06/1961; RE 44.108, DJ de 04/08/1960; RE 19.561, DJ de 29/10/1953;

RE 9.855, DJ de 28/05/1948; AI 12991, DJ de 21/08/1947. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=380.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 20.11.2018.

4 AZEVEDO, Álvaro Villaça. (1995). União estável. Antiga forma de casamento de fato. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 90, p. 91-119. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67291>>. Acesso em 26 out. 2018. p. 103-111.

Villaça⁵, para quem deveria subsistir a presunção do patrimônio comum quando se tratasse de concubinato puro, justificando que o objetivo de constituição familiar transcendia o respaldo meramente econômico dispensado pelos Tribunais.

Para mais, diante da ausência de consenso conceitual doutrinário relativo à efetivação do ideal de vida em comum, o Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento de que para declaração da existência de concubinato não era necessária coabitação⁶, bastando como premissa caracterizadora para efeitos jurídicos da referida união a convivência indicativa de continuidade e frequência das relações.

As soluções jurisprudenciais resguardaram o tema na seara jurídica, evitando a perpetuação de injustiças causadas pelo silêncio da constituição e da legislação civilista, que não reconheciam o concubinato como entidade familiar, oportunizando o enriquecimento sem causa do parceiro, que detinha o patrimônio fruto do esforço comum ou se beneficiava do labor da concubina. Percebe-se que a jurisprudência avançou rumo a uma aproximação das decisões com a equidade, ainda que importando do direito das obrigações a aplicação do instrumento da sociedade de fato⁷.

Influenciada pelo Decreto n. 181, de 1890, que institucionalizou o casamento civil no Brasil, relegando às demais de composições familiares à não aceitabilidade estatal, a legislação de 1916, com a intenção de salvaguardar a entidade familiar considerada legítima, formada pelo matrimônio civil, para além de não regimentar o concubinato, era permeada de diversas disposições que expressavam a restrição de direitos dos concubinos, expressando desconsiderar a família ilegítima⁸.

Os direitos sucessórios eram de tal modo restritos que limitavam a autonomia da vontade do autor da herança na sucessão testamentária. Esse era o caso do revogado artigo 1.719, do Código Civil de 1916, que previa, em seu inciso III, a impossibilidade de que a

5 “Mas esse apoio à relação concubinária pura, que pretendo, deve ser retirado quanto ao concubinato impuro ou desleal; nesse caso deve ser exigida prova da aquisição patrimonial”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. (1995). União estável. Antiga forma de casamento de fato. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 90, p. 91-119. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67291>>. Acesso em 26 out. 2018. p. 103-111. p. 99).

6 Súmula 382, do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Data de Aprovação: sessão plenária de 03/04/1964. Precedentes: RE 49.212, DJ de 19/07/1962; RE 2.004, DJ de 06/09/1932. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=382.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 20.11.2018.

7 Paulo Lobo esclarece que “quando o direito de família dava as costas para a realidade social. Apenas o direito das obrigações poderia favorecer decisões que se aproximavam da equidade” (LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ªed. São Paulo: Saraiva. 2011. v. 5. p. 170).

8 RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 239-254, 1 jan. 1993.

concubina figurasse como herdeira legatária do testador casado, tornando esse ato eivado de nulidade, por força do artigo 1.720, ilustrando que quase todas as referências feitas pelo legislador à família ilegítima não tinham o propósito de amparar qualquer situação de fato.

Ressalte-se que, no tocante aos descendentes, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 447⁹, permitindo a validade do testamento que tivesse como beneficiário filho comum do testador casado e da concubina.

Excepcionalmente, Rodrigues indica que a provável única alusão não hostil ao concubinato feita pelo Código Civil de 1916 consta no artigo 363, I, possibilitando o reconhecimento da paternidade, no caso de comprovação de que a genitora mantivesse relação de concubinato com o suposto pai. Nesse sentido, ressalta que a não desconsideração neste caso justifica-se pela presunção de fidelidade da mulher para com seu parceiro¹⁰.

Assim, em que pese a jurisprudência brasileira ter se empenhado na busca por sanar injustiças decorrentes de estigmas sociais, constata-se a inexistência de debate sucessório acerca do concubinato no período precedente à Constituição de 1988, sendo que a matéria só obteve consideração jurídica de forma tímida com o surgimento da Lei n. 8.971/94.

A exclusividade do resguardo patrimonial dos particulares e a desvalorização de questões existenciais observada nas decisões dos Tribunais da época permeava o Código Civil brasileiro de 1916, que uma vez concebido sob a égide de teorias do século XIX, respondia a um direito individualista, protegendo o patrimônio muito mais do que se importava com questões de igualdade.

A igualdade no Código Civil de 1916 era tratada por um viés liberal, considerando as pessoas como iguais numa perspectiva apenas formal, fundada na garantia da autonomia da vontade e na iniciativa privada, para exercício das liberdades.

2.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS IMPACTOS NO DIREITO CIVIL

Após o estudo do processo de ausência legislativa e da análise da operação jurisprudencial acerca do tema, faz-se necessária localizar a incidência da doutrina civil

9 Súmula 447, do STF: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adúlterino do testador com sua concubina”.

10 RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 239-254, 1 jan. 1993

constitucional, para compreensão do sistema jurídico após o reconhecimento constitucional e a lacuna de sete anos de indefinição jurídico-conceitual de união estável.

2.2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Inicialmente, importa trazer apontamentos sobre o percurso histórico que desencadeou o processo de constitucionalização no pós-segunda Guerra Mundial, culminando na positivação sistemática do ordenamento jurídico em diversas partes do mundo.

O fim da Segunda Guerra deixou um contexto de fragilidade política e constitucional em diversos países do ocidente, especialmente do continente europeu, despertando mudanças na configuração dos direitos assegurados. Questões de ordem democrática e garantia de direitos fundamentais passaram a ressignificar o papel das constituições, que não só serviram para assegurar conteúdo substancial de valores humanos como previam a consolidação de cortes constitucionais.

Essa reconstitucionalização possibilitou o protagonismo das constituições na correção de desigualdades e o fortalecimento de jurisdições constitucionais, que prestigiam a ingerência do Poder Judiciário como guardião da Lei Maior.

Verifica-se como marco principal desse fenômeno a nova constitucionalização pós-guerra na Alemanha e na Itália, que perpassavam a superação de regimes autoritários, semelhante ao período de redemocratização que marca a travessia do período sombrio da ditadura militar no Brasil.

O estabelecimento da Lei Fundamental de Bonn, datada de 1949, e a subseqüente instalação do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1951, principia o progresso de um direito constitucional legislado de eficácia ampla, que também orienta a Constituição italiana de 1947 e a implantação posterior da Corte Constitucional em 1956.

No Brasil, a Constituição Republicana de 1988, para além de estruturar o Estado democrático, especialmente trouxe os direitos fundamentais à centralidade da ordem jurídica, fazendo renascer um direito constitucional de maior relevância, que amplia seu espectro de atuação e passa a integrar matérias antes somente afetas ao Direito Civil¹¹.

11 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

Nesse ínterim, faz-se surgir na ordem jurídica brasileira a concepção de Direito Civil Constitucional, teoria prestigiada internacionalmente pelos estudos do italiano Pietro Perlingieri. Observa-se que a transposição da tese civil constitucional para o ordenamento jurídico brasileiro, não à toa, encontrou uma conformação histórica símile ao que desencadeou os estudos e aplicabilidade da referida teoria na Itália e na Alemanha¹².

O transplante da corrente teórica estrangeira para o contexto nacional se vê na doutrina contemporânea de Gustavo Tepedino e Maria Celin Bodin de Moraes, dentre outros, pensando os efeitos da inserção da referida teoria no sistema jurídico, em que pese carecer ainda do estabelecimento de métodos mais eficazes de ação¹³.

O direito civil constitucional é conceituado a partir de duas bases por Anderson Schreiber¹⁴. Segundo o autor, a concepção de direito civil constitucional resguarda tanto a aplicação direta como indireta da Constituição. A relevância consiste em elaborar a efetivação máxima dos valores constitucionais, seja na interpretação das normas ordinárias do direito civil, que caracteriza uma incidência indireta, seja na incidência direta de normas constitucionais nas relações entre particulares.

Além da aposição de conteúdo do Direito Civil no corpo da Constituição Republicana, importa salientar outro pressuposto que influencia na manifestação da doutrina civil constitucional, que é o reconhecimento da força normativa dado às normas constitucionais, que junto ao princípio da supremacia da Constituição forma o núcleo de imperatividade, possibilitando a atuação coercitiva da Corte Suprema, que a partir da década de 80 passou contar com instrumentos mais consistentes para fazer cumprir os mandamentos do Texto Maior.

Nesse viés, ressoa Pietro Perlingieri¹⁵, apontando como pressupostos fundamentais da metodologia do direito civil constitucional a força normativa da constituição, a complexidade do ordenamento jurídico e a multiplicidade de fontes do direito, bem como o desenrolar de uma hermenêutica que visa a aplicabilidade da norma.

Para compreender a natureza complexa do sistema jurídico e a localização das fontes na técnica interpretativa é preciso considerar que o decorrer histórico que marca os Códigos

12 SCHREIBER, A; KONDER, Carlos Nelson (Coord.) **Direito civil constitucional**. São Paulo. Ed. Atlas. 2016.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

15 *Apud*. S SCHREIBER, A; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo. Ed. Atlas. 2016

Civis tem sua lógica de positivação produzida para resistir às mudanças políticas que alternavam o poder estatal.

Com o Código Civil de 2002 foram introduzidas normas de conceito aberto, sendo essa mudança situacional do Direito Privado considerada como uma evolução do ramo no Brasil brasileiro, não fossem as arestas que obstam uma concreção efetiva, como se demonstrará na análise da tentativa de harmonização entre o Direito Civil e as cláusulas abertas constitucionais.

No Brasil, a elaboração do Código Civil de 2002 não trouxe roupagem suficiente para sanar ideologias conservadoras presentes do Códex de 1916, razão pela qual parte da doutrina, incluindo Schreiber¹⁶, reclama a necessidade de releitura constitucional da legislação cível, em virtude da oposição ao solidarismo humanista, que se perfaz o patrimonialismo, o individualismo, o liberalismo e o voluntarismo.

Aos poucos a aplicação do direito civil constitucional ganhou respaldo da doutrina mais tradicional e mais tarde foi aceita também pela jurisprudência, notadamente pela releitura do direito civil feita pelos Tribunais, quando da aplicação de institutos do direito privado sob o enfoque das normas constitucionais.

Para Gustavo Tepedino,¹⁷ a aplicação da teoria civil constitucional ressoa como fundamental para efetivação do plano traçado pela Constituição de 1988, alegando que não houve uma incorporação satisfatória do texto constitucional ao direito civil brasileiro, apontando como tímidos os resultados produzidos pela jurisprudência pátria.

A celeuma à volta da aplicação da doutrina civil constitucional surge no embate metodológico para incidência desta, desafiando instrumentos jurídicos delineados pelas regras civilistas. Enquanto a doutrina tradicional civilista brasileira defende que a aplicação das normas constitucionais ao caso concreto carece da incidência de uma lei ordinária para efetivação do conteúdo constitucional, devendo sobressair o texto do Código Civil.

Na contramão, Gustavo Tepedino sustenta que cumpre à atividade hermenêutica elevar a Constituição ao posto de norma maior, situando-a no vértice do sistema jurídico,

16 SCHREIBER, A; KONDER, Carlos Nelson (Coord.) **Direito civil constitucional**. São Paulo. Ed. Atlas. 2016.

17 TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. jul 2017. Disponível em <www.tepedino.adv.br/tep_artigos/premissas-metodologicas-para-a-constitucionalizacao-do-direito-civil>. Acesso em 10 nov 2018.

promovendo a integração a partir da incidência direta ou indireta dos princípios constitucionais nas relações privadas¹⁸.

Com o advento da Constituição, o argumento era de que o ordenamento permanece unitário, não obstante a complexa formação do sistema jurídico, dada sua multiplicidade de fontes e setores de especializações, uma vez que norteado por valores constitucionais.

Saliente-se que a composição teórica do direito civil constitucional opõe-se criticamente à perspectiva que visualiza o direito privado como uma série de microssistemas dotados de autonomia. Segundo defensores dessa concepção, na aplicação da teoria civil constitucional o juiz não se torna acrítico em relação aos problemas sociais, como quando decide pela aplicação técnica de microssistemas, mas tem o compromisso de maximizar a unicidade do sistema jurídico, em torno do projeto constitucional.

O contexto civil constitucional apresenta uma mudança no paradigma interpretativo, de modo que o processo hermenêutico visa garantir a máxima aplicação dos valores fundamentais ao direito civil. Schreiber¹⁹ alude que a referida corrente teórica não prende o jurista à interpretação literal da lei tampouco permite a máxima discricionariedade, pois o papel de criação do direito estaria vinculado à realização de valores constitucionais.

2.2.1.1 CRÍTICAS À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Em posição crítica à metodologia aplicada ao Direito Constitucional, Fernando Leal²⁰ aponta elementos que diluem fundamentos da teoria da constitucionalização do Direito Civil, informando que a problemática reside justamente na forma aberta como se apresentam diversos conceitos que teriam o condão de propagar valores constitucionais.

Para o autor, conceitos que possuem larga abertura semântica e conseqüente multiplicidade de significados permitem aplicação sem o necessário rigor metodológico. Os conceitos abertos não raro ocasionam uma aplicação discricionária da norma, que segue os instintos do próprio juiz e, na medida em que conferem legitimidade aos interesses e opiniões

18 TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. jul 2017. Disponível em <www.tepedino.adv.br/tep_artigos/premissas-metodologicas-para-a-constitucionalizacao-do-direito-civil>. Acesso em 10 nov 2018

19SCHREIBER, A; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo. Ed. Atlas. 2016.

20LEAL, Fernando. Seis Objeções à Constitucionalização do Direito Civil. **Direitos fundamentais & justiça**. ano 9, nº 33, p. 123-165, out./dez. 2015. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24323>>. Acesso em 25 out de 2018.

do julgador, acabam por obstar o controle da decisão judicial, diante da indefinição dos requisitos.

Verifica-se que a exigência contínua de se considerar elementos constitucionais eleva o número de casos difíceis, diante do aumento exponencial no número de variáveis envolvidas no processo decisório com a evocação de base constitucional rarefeita ou até sem pertinência temática, que prolifera o debate na aplicação de princípios e regras.

Nesse processo, a complexidade do sistema advém do fato de se fazer necessário ao hermeneuta manipular não apenas a legislação infraconstitucional como também tomar em consideração referências vagas da Constituição, como é o caso da solidariedade.

Assim, a tarefa do intérprete perpassa por apontar os princípios constitucionais que incidem no caso concreto, sendo crucial delimitar o sentido metodológico que a expressão adquire dentro do processo decisório. Há que delinear quais os elementos que conformam o acordo semântico da expressão ao caso concreto, assegurando o necessário contorno metodológico.

Leal defende ainda que a utilização de princípio para afastar caso de perfeita incidência de regra, em caso de subsunção, deve ser justificada por fundamentação robusta, dotada de excelentes razões, que por óbvio não são satisfeitas com a remissão a termos os quais não se tem condição de aplicabilidade previamente definida.²¹

Constata-se que a carência metodológica caracteriza um dos problemas práticos da teoria civil constitucional, principalmente por obstar o enfretamento da subjetividade judicial. Eis que a larga utilização semântica de expressões vagas, sem definição dos limites para satisfação das exigências metodológicas, ocasiona um vazio referencial que prejudica não apenas o contraditório, uma vez que o indivíduo não terá instrumentos para elaborar um justo ataque à decisão, como também gera um campo de insegurança.

Diante da não realização da teoria civil constitucional em prol da segurança jurídica, a tarefa de cumprimento constitucional reclama a garantia de especificação da técnica argumentativa, no sentido de elaborar prévios critérios de decisão, que garantam a previsibilidade e controle da discricionariedade na utilização de métodos decisórios.

O que se busca não é a formulação de algoritmos para solução única de questões jurídicas complexas, que lidam com variáveis próprias do meio social, mas sim uma

²¹ LEAL, Fernando. Seis Objeções à Constitucionalização do Direito Civil. **Direitos fundamentais & justiça**. ano 9, nº 33, p. 123-165, out./dez. 2015. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24323>>. Acesso em 25 out de 2018.

necessária especificação dos instrumentos utilizados, para conseqüente vinculação, controle e responsabilidade da técnica interpretativa, situação com a qual parece não se conectar a doutrina civil constitucional.

A crítica à teoria civil constitucional elucida que a questão de não especificação conceitual de cláusulas constitucionais e a conseqüente ausência de enfrentamento do controle da decisão judicial gera uma dependência do julgador da dogmática jurídica, campo doutrinário dedicado à sistematização normativa, que tem por função primordial a atividade persuasiva²².

Judith Martins Costa elucida, em sua análise da constituição dos modelos jurídicos, que não há um reconhecimento formal da autoridade doutrinária para fundamentar a *ratio decidendi*, pois subsiste uma carência de prescritibilidade, vinculabilidade e exigibilidade, estando o modelo dogmático relegado a influenciar apenas por meio da persuasão.

A autora testemunha a ocorrência de um o esvaziamento do modelo doutrinário, decorrente da simplificação de temas complexos, que anula sua função orientadora. Essa crise na banalização levada pelo aumento da produção didática em massa conduziu a uma perda conceitual do que se tem como doutrina²³.

Tal formulação deixa clara a existência de um agravamento na aplicabilidade eficaz da doutrina civil constitucional, que não encontra na doutrina a base epistemológica de respeitabilidade intelectual, confiabilidade moral do autor e saber jurídico específico, para ancorar uma aplicação séria do direito, com o objetivo de aplacar a discricionariedade do intérprete.

Nesse cenário, constata-se que o juiz tem atuado como paralegislador, no sentido de protagonizar a propositura de métodos hermenêuticos, que invertem a função da jurisprudência de alocar o juiz sob o viés da concreção, distinguindo a melhor solução que se apresenta considerando as especificidades de cada caso. A atividade jurisdicional, embora seja não isenta da possibilidade criação, não reclama reflexões generalistas e desenvolvimento abstrato de teorias, que são atribuições da dogmática.

22 MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. 2014.

23 *Ibidem*. “Se tudo vale como doutrina – e sempre há ‘doutrinas’ para todos os lados –, esta não mais fornece modelos, antes podendo ser usada para reforçar ou mascarar a discricionariedade dos que julgam ou legislam”. p.23.

À vista da influência constitucional sobre o direito privado gravita uma substituição da autonomia da vontade pela defesa da dignidade humana amparada pelo Estado, ao que se denomina paternalismo estatal.

Assim, na ordem jurídica brasileira a dignidade assume um papel dúplice, vislumbrada como limite de atuação e plano normativo, uma vez que responsabiliza o Estado pela aplicação, atribuindo ao Poder Judiciário o papel de conformação constitucional, quando da aplicabilidade do princípio às relações que se configuram no setor privado.

O paternalismo forte legitimado pela doutrina civil constitucional pode restringir a liberdade em nome da realização de princípios fundamentais, especialmente o da dignidade, o risco é o indivíduo assistir a uma perda gradativa de sua independência, diante da ampliação de princípios morais que justificam, como suscita Leal, “o exercício da coerção estatal para proteger o indivíduo de si mesmo ou, em uma versão mais forte, para guiá-lo na direção ao que é melhor para si, querendo ele ou não”²⁴.

Importa salientar que não se deve rejeitar completamente qualquer tipo de paternalismo estatal. Há situações em que a atuação de alguma forma de paternalismo é justificada, especialmente para prevenir condutas danosas dos indivíduos sobre si mesmo quando involuntárias ou naquelas situações em que é necessário interferir para avaliação acerca da voluntariedade da conduta individual²⁵.

A problemática que se levanta em conferir operacionalização a forma de ingerência estatal defendida pela teoria civil constitucional, que põe sob responsabilidade do Estado a definição do padrão de valores constitucionais, quando se tem uma celeuma relevante acerca da abertura conceitual dessas cláusulas e o risco de tornar rarefeita a separação entre o jurídico e o moral.

Nessa concepção, o risco é sujeição das escolhas privadas ao crivo judicial, marcado pelo monopólio estatal quanto à definição acerca da conformidade das normas com a Constituição.

A questão que se coloca acerca das determinações legislativas é a necessidade de manutenção de algum grau de formalismo para respeito às opções legislativas manifestas e viabilidade de controle democrático da atividade jurisdicional.

24 LEAL, Fernando. Seis Objeções à Constitucionalização do Direito Civil. **Direitos fundamentais & justiça**. ano 9, nº 33, p. 123-165, out./dez. 2015. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24323>>. Acesso em 25 out de 2018. p.146.

25 *Ibidem*.

A formação da técnica interpretativa deve projetar-se tendo como ponto de partida central o texto, possibilitando uma atividade construtiva dos valores fundamentais que assegurem a unidade do ordenamento e permita a avaliação dos níveis de razoabilidade do processo de constitucionalização, de modo que não ocorra o total condicionamento de todos os espaços das relações privadas.

3 O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a Constituição Cidadã foi concedida proteção do Estado e relevância jurídica à união estável, que até então figurava como união de fato destituída de *status* jurídico, reconhecendo-a em seu artigo 226, § 3º, como forma de entidade familiar.

Silvio Rodrigues, em 1993,²⁶ aponta que foi inaugurada uma mudança de paradigma em 1988, quando a Constituição Cidadã propõe uma consideração a menor do casamento dentro do conjunto das composições familiares, especialmente pela divergência com as constituições pretéritas, ao não secundar o casamento como única forma de constituição familiar, mas indicando apenas seu *status* civil, gratuidade e prescrevendo a facilitação da lei para converter a união estável em casamento.

Essa formulação ilustra a perfeita incidência da doutrina civil constitucional na ordem jurídica brasileira, uma vez que inclui no corpo da CRFB/88 um instituto próprio do Direito de Família, que até então era desconsiderado pelo Código Civil de 1916, vigente à época, à revelia da realidade social, na qual emergiam diversas uniões não solenes, notadamente em decorrência da proibição do divórcio, que perdurou até o surgimento da Lei n. 6.515, de 1977.

Nesse período de vazio legislativo a ordem jurídica constitucional foi invocada de forma acertada pela jurisprudência para atender a correção de injustiças no âmbito do direito privado, especialmente por ter sido o Direito Civil Constitucional quem primeiro embasou algum reconhecimento das uniões estáveis e provocou transformações na ordem jurídica.

A Constituição de 1988 reconheceu a união estável, porém não havia uma definição legal estabelecida, era a doutrina que teorizava, na tentativa de vincular um conceito ao termo união estável cunhado na Constituição, conjuntura que perdurou até 1994, com o advento da Lei n. 8.971, como se verá no item 3.1, do presente trabalho.

No entanto, como bem ensina Rodrigues,²⁷ apesar de o reconhecimento constitucional não trazer imediata transformação significativa na situação dos que vivenciam o concubinato, estando os efeitos práticos sobrestados até a ocorrência de regulamentação por meio da

26 RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 239-254, 1 jan. 1993.

27 *Ibidem*.

legislação ordinária, constata-se que o propósito do Texto Maior assume reflexo de uma importante mudança de posicionamento na ordem jurídica brasileira.

É o que se depreende da ementa do Recurso Especial 196/RS, da Quarta Turma do STJ, julgado no ano de 1989:

Direito Civil – Sucessão – Legado – Validade de instituição de legado a Companheira. Distinção entre companheira e concubina. Inteligência do artigo 1.719 do Código Civil. Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se construção jurisprudencial a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com suporte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira, afastando a sua incapacidade para receber legado em disposição de última vontade, em exegese restritiva do artigo 1719, III, do Código Civil. Impende dar a lei, especialmente em alguns campos do direito, interpretação construtiva, teleológica e atualizada. (REsp 196/RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 08/08/1989, DJ 18/09/1989, p. 14664)

Na ementa acima transcrita, percebe-se que logo após o advento da Constituição de 1988 e antes da primeira regulação infraconstitucional do direito sucessório do companheiro, que surgiu em 1994, os Tribunais tentaram conceder adequação constitucional a prescrições discriminatórias do Código Civil de 1916 com fundamento no instituto da união estável, ainda que não houvesse conceito estabelecido por lei. Assim, o julgado do ano de 1989 enfrentou a questão do artigo 1.719, III, do CC/16, afastando a compreensão restritiva do referido dispositivo, que impedia a destinação de legado à concubina do testador casado, mas separado de fato, para convalidar o testamento com base na convivência prolongada entre testador e legatária.

A construção de nova relação de convivência do separado de fato recebia certa condescendência dos Tribunais, que acolhiam em suas decisões uma diferenciação entre companheira e concubina, no sentido de denominar concubina a mulher que mantivesse relações com homem que convivesse com sua família legítima de forma paralela. Ao passo que companheira seria aquela que ostentasse relação pública, baseada nos ideais de exclusividade e fidelidade, ainda que com quem separado de fato²⁸.

Nesse mesmo sentido, Azevedo afirma ter ocorrido o reconhecimento constitucional do concubinato puro traduzido no termo união estável,²⁹ pois a Constituição Cidadã tratava da possibilidade de conversão em matrimônio, denotando a pertinência da ausência de óbices

28 REsp 196/RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 08/08/1989, DJ 18/09/1989, p. 14664.

29AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. Antiga forma de casamento de fato. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 90, p. 91-119, 1 jan. 1995.

para o casamento, enquanto a premissa de monogamia levou um sentido pejorativo à terminologia concubinato.

Diante disso, o novo instituto familiar suscitou diversos questionamentos quando a sua definição, discutia-se se o texto constitucional teria equiparado as categorias da união estável e do casamento, bem como pairavam dúvidas referentes à autoaplicação da norma.

Nesse cenário, diante da introdução da terminologia união estável na Constituição de 1988 para designar uma espécie de concubinato, uma vertente minoritária sustentou ter ocorrido a equiparação entre os institutos do casamento e da união estável, de modo que deveriam ser estendidos ao companheiro os mesmos direitos dispensados ao cônjuge, ainda que o Código Civil de 1916, não admitisse a formulação dessa entidade familiar. Essa era a inteligência de Antônio Carlos Mathias Coltro, que considerava desnecessária a superveniência de norma regulamentadora referente à união estável³⁰.

Vê-se a persistência da ausência de regulamentação, diante de uma legislação civilista que não previa o instituto da união estável, razão pela qual a aposição do termo na Constituição não tinha aparato para produzir a efetividade no plano fático. Carente de sistematização sobre o tema, a defesa de que teria ocorrido a equiparação aparentava uma via mais favorável no sentido da descoberta do desejo do constituinte, que parecia não se satisfazer com o caminho trilhado pela jurisprudência brasileira até então, na medida em que transcendia o tratamento dispensado às relações concubinárias como sociedade de fato.

Aqueles que comungavam do entendimento de que a Constituição teria igualado os institutos, defendiam que a prescrição do artigo 226, §3^a, tratava-se de norma constitucional de eficácia contida³¹.

Cahali informa que diante das discussões suscitadas à época, especialmente no que se refere ao direito sucessório, a corrente predominante compreendeu pela persistência de diferenciação entre os institutos do casamento e da união estável, eis que a Lei Maior por si não teve o condão de atribuir ao companheiro a mesma vocação hereditária dispensada ao cônjuge, em caso de falecimento³².

30 *Apud.* CANDIL, Thatiana de Arêa Leão. **A união estável e o direito sucessório**. 2006. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica – São Paulo – SP. 2006.

31 Segundo a classificação esposada por José Afonso da Silva a norma constitucional de eficácia contida dispõe um direito que já pode ser exercido de pronto, se diferenciando das normas de eficácia plena, em razão de contar a possibilidade de restrição desses direitos por meio de legislação posterior. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 277p.)

32 CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3^a ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Sobre o mesmo entendimento, reconhecendo que o §3º, do artigo 226, da Constituição não teve força de equiparação, o Supremo Tribunal de Justiça ratificou a não ocorrência de efeitos sucessórios que beneficiassem o companheiro em período anterior à Lei n. 8.971/94, no seguinte julgado:

União estável. Sucessão. Lei vigente. Antes da edição da Lei 8.971/94, o colateral do 'de cujus' recebia a herança, a falta de descendente e de ascendente (art. 1.603 do CC). Recurso provido em parte. (STJ, 4ª Turma, Resp 79511-GO (1995-0059505-2), Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 28.2.96).³³

A defesa majoritária pela não ocorrência de equiparação entre os institutos levou à constatação de que o óbice na incidência da normatização referente ao casamento sobre a união estável demonstrava a premente necessidade de que a problemática fosse solucionada pela disciplina legal da união estável, demonstrando tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada³⁴, carecendo de regulamentação legislativa para cumprir seus efeitos.

Verifica-se uma variedade de formulações acerca do tema, na tentativa de extrair do legislador constitucional a máxima efetividade. Em seus estudos quanto à evolução doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria, Candil³⁵ pontua acertadamente:

Entendemos que o constituinte, em momento algum, teve a intenção de promover a equiparação dos dois institutos, tanto é que expressamente previu a possibilidade de conversão da união estável em casamento, deixando a cargo do legislador ordinário a regulamentação da matéria quanto aos seus direitos e obrigações, o que só ocorreu efetivamente em 1994. Porém, garantiu-se uma proteção por parte do Estado a essas entidades familiares, diferindo apenas quanto aos seus efeitos e à sua constituição, tendo em vista ser a união estável uma relação extremamente informal.

Assim, pela abordagem normativa que considerava a conversão da união estável em matrimônio, a técnica hermenêutica não admite se falar em converter entidades idênticas, sem recair em inocuidade.

3.1 A LEI n. 8.971/94

A primeira regulamentação infraconstitucional acerca da união estável adveio com a Lei n. 8.971/94, que estabeleceu alguns parâmetros para nortear os rumos constitucionais, especialmente as prescrições do artigo 226, § 3. Assim, o diploma legal delineou alguns

³³ CANDIL, Thatiana de Arêa Leão. **A união estável e o direito sucessório**. 2006. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica – São Paulo – SP. 2006

³⁴Em síntese, José Afonso da Silva dispõe que as normas constitucionais de eficácia limitada caracterizam-se pela necessidade de providências para efetivação dos efeitos pretendidos pelo constituinte. . (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 277p.)

³⁵CANDIL, Thatiana de Arêa Leão. *op.cit.*

requisitos para caracterização da união estável, bem como trouxe alguma disposição acerca de direitos sucessórios dos conviventes.

No mesmo sentido, observa José Francisco Cahali³⁶ ao apontar que com o surgimento da Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, a celeuma acerca da equiparação e autoaplicabilidade da norma constitucional (artigo 226, §3º, da CRFB/88) foi aplacada, eis que se garantiu pela primeira vez aos companheiros direitos antes assegurados apenas aos cônjuges, como aos alimentos e à sucessão.

Em que pese as críticas recebidas em relação a impropriedades legislativas que se afirmavam dissonantes com o caminho trilhado pela doutrina e pela jurisprudência à época, a Lei n. 8.971/94 enunciou em seu artigo 1º elementos que serviam à caracterização da união estável, evidenciando que os partícipes dessa relação deveriam ostentar estado civil de separados judicialmente, viúvos ou solteiros, bem como período de convivência superior a cinco anos ou filhos frutos da relação.

Na contramão da jurisprudência, a literalidade da referida lei não mencionou a constituição de união estável por pessoas casadas, mas separadas de fato, exigindo para qualificação dos conviventes a liberdade do estado civil.

O artigo 2ª da referida lei trouxe disposição acerca do direito sucessório do companheiro na perspectiva do usufruto, condicionado em todas as modalidades ao tempo em que o sobrevivente não constituísse nova união. Assim, o direito ao usufruto era disposto da seguinte forma: I) o companheiro sobrevivente participaria do usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, desde que subsistam filhos comuns; II) ao passo que terá direito à metade dos bens, se não contar com filhos comuns, caso haja ascendentes; III) sendo que somente na ausência de descendentes e ascendentes, o supérstite faria jus à totalidade da herança.

A pesar de a exegese do inciso III, do artigo 2º, do referido diploma legal, gerar dúvidas Cahali³⁷ ressalva que, no tocante ao direito à totalidade da herança, o companheiro sobrevivente não era considerado herdeiro necessário, razão pela qual poderia ser destituído da posição de sucessor por meio de cláusula testamentária.

36CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

37CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Por óbvio, apenas aqueles que se enquadrassem nos requisitos propostos pela lei para disciplina do direito sucessório do companheiro poderiam participar das benesses trazidas pelo artigo 2º da Lei n. 8.971/94.

Entre os questionamentos aos requisitos previstos pela lei, foram suscitadas críticas relativas a não inserção da pessoa casada, mas separada de fato, no rol dos legitimados ao reconhecimento da união estável, situação que inclusive já era aceita pela jurisprudência quando da incidência de normas do direito das obrigações.

Outro ponto alvo de discordâncias foi o estabelecimento de prazo mínimo de convivência, diante da justificativa de não atendimento à evolução reclamada pela abertura da relação afetiva. Além disso, como forma alternativa ao prazo mínimo quinquenal, figurava a existência de filhos, requisito criticável por gerar distorções na aplicabilidade do instituto, que poderia caracterizar como união estável relações pontuais das quais tenham resultado prole, em clara subsunção.

3.2 A LEI n. 9.278/96

Posteriormente ao tratamento jurídico da união estável que se iniciou na Lei n. 8.971/94, foi promulgada a Lei n. 9.278/96³⁸, e, com o mesmo intuito de regulamentar a prescrição constitucional do artigo 223, § 3º, apresentou em seu artigo 1º os requisitos que seriam aplicados à união estável, como sendo a união duradoura, pública e contínua estabelecida entre homem e mulher, com o fito de constituição familiar.

Observa-se que o dispositivo mais recente acerca da matéria não trouxe a qualificação do estado civil dos companheiros como elemento essencial à união estável, de modo a não ocasionar impedimento à formação desta entidade familiar por parte daqueles que se achassem separados de fato, predominando o entendimento de que a normatização acerca da união estável atingia a união em que um ou ambos fossem casados, mas separados de fato.

Além de possibilitar que separados de fatos fossem abarcados pela proteção do instituto, essa concepção representou avanço legislativo ao retirar da ordem jurídica o prazo

38 Candil pontua: “Portanto, a Lei n. 8.971/94 foi revogada tacitamente pela Lei n. 9.278/96, na espécie derrogação, ou seja, somente as disposições colidentes encontram-se revogadas, operando-se no restante, a coexistência das normas, pois, conforme o artigo 2º, § 2º da LICC, ‘a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior’”. (CANDIL, Thatiana de Arêa Leão. **A união estável e o direito sucessório**. 2006. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica – São Paulo – SP. 2006)

mínimo quinquenal de convivência e a prescrição de prole como elementos para consubstanciar a união estável.

Quanto ao direito sucessório do companheiro, este foi trabalhado ainda de forma embrionária na Lei n. 9.278/96, que avançou ao estipular, em seu artigo 7º, parágrafo único, a concessão do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente relativamente ao imóvel destinado à residência da família, limitando-o ao período em que esse não constituísse nova entidade familiar, seja por meio de casamento ou outra união estável.

Identifica-se ainda como louvável o tratamento acerca da conversão em da união estável em casamento (artigo 8º), assim como a fixação de competência da Vara da Família para processar ações relativas à união estável.

Percebe-se que as leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 trouxeram disposições que tentaram sistematizar uma normatização mínima acerca da união estável, mas não culminarem em uma regulamentação coesa acerca do direito dos companheiros à sucessão, de forma que se de um lado a Lei n. 9.278/96 dispunha acerca do direito real de habitação, a lei mais antiga expressava o direito de participação do companheiro no usufruto ou à totalidade da herança, em função da subsistência ou não de ascendentes e descendentes. Assim, não se pode considerar que os direitos sucessórios foram regulados por inteiro pela Lei n. 9.278/96.

Ademais, com o advento da Lei n. 9.278/96 não houve manifestação expressa do legislador revogando expressamente a lei regulamentadora anterior (Lei n. 8.971/94), razão pela qual se suscitou problemática acerca da vigência da primeira norma.

Todavia confirma Tepedino³⁹ que do ponto de vista técnico não há que se falar em força abrogativa da Lei de 1996, porque a disciplina legal incidiu sobre direitos diferentes daqueles abarcados pela lei de 1994. Afirma-se que as leis se complementam uma a outra e nos pontos divergentes sobre o mesmo assunto, a lei mais recente derogou a Lei n. 8.971/94, revogando tão somente as prescrições incompatíveis

3.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o Código Civil de 2002 ocorreu a sistematização legislativa da união estável, revogando-se as regulamentações anteriores. Assim, em seu artigo 1.723, o *Códex* reforçou as

39TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares** [2006]. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>> Acesso em 01 dez 2018.

disposições transmitidas pela Lei n. 8.971/96, apresentando como elementos caracterizadores da união estável a relação entre homem e mulher⁴⁰, marcada pela convivência pública, contínua e duradoura, que tenha por objetivo a constituição de família.

Villaça⁴¹ afirma que a Constituição de 1988 caracterizou como merecedor de proteção jurídica o concubinato puro, sob a alcunha de união estável, defendendo que o amparo legal ao concubinato impuro deve abarcar apenas concubinos que ostentem boa-fé. Nessa perspectiva, no período pós-Constituição Cidadã, Álvaro Villaça propunha a consideração da união estável com base na ideia de continuidade da convivência não adúlterina e duradoura.

Considerando o Código Civil de 2002, Cristiano Chaves de Farias conceitua a união estável como equivalente ao casamento de fato, consumando na relação de duas pessoas, sem os formalismos característicos do casamento, mas protegida pelo Estado como forma de expressão da liberdade e autodeterminação dos indivíduos, que escolhem pela convivência em união livre⁴².

Em que pese a união estável possuir desenho estrutural símile ao casamento, tendo-o como referência, essas instituições não se confundem juridicamente, por serem institutos independentes, uma vez que aquela adquire lugar próprio sem hierarquia ou primazia, como bem entende Paulo Lôbo⁴³.

3.4 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Constatada a existência de união estável, por ocasião do Código Civil de 2002, as disposições sucessórias foram reformuladas de forma substancial, oportunizando que o companheiro sobrevivente tivesse direito sucessório sobre os bens contraídos onerosamente durante a constância da união, sendo essas prescrições conduzidas ao art. 1.790.

A primeira impropriedade apontada quanto à sucessão do companheiro diz respeito ao fato de constar o tratamento sucessório em lugar deslocado da ordem de vocação hereditária, sendo incluído na parte das disposições gerais do Livro, porém para Cahali a inversão de

40 O STF reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo no julgamento da ADPF 132, transformada em ADIn 4.277, concedendo nova interpretação 1.723, do CC/02, para incluir no conceito de união estável as relações entre pessoas do mesmo sexo.

41 AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. Antiga forma de casamento de fato. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 90, p. 91-119, 1 jan. 1995.

42 FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosendal. **Curso de direito civil: famílias**. ed. rev. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm.2016.1.008p.

43LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ªed. São Paulo: Saraiva. 2011.

localização da figura do companheiro não o afasta da temática, tratando-se de regra de convocação do companheiro sobrevivente⁴⁴.

É certo que o Código Civil concedeu abordagem diferente quanto ao direito sucessório reflexo do casamento e da união estável, inclusive possibilitando que o companheiro assumisse posição mais benéfica do que a atribuída ao cônjuge em situação determinada, mas também ocasionando posições desfavoráveis ao companheiro, quando contrapostos os artigos 1.829 e 1.790, do Código mencionado.

Dessa forma, no que se refere à convocação sucessória, percebe-se que houve restrição da concorrência do companheiro sobrevivente na herança, é o que se depreende da investigação do artigo 1.790. No primeiro momento, o *caput*, do referido diploma legal, exclui a comunicabilidade dos bens resultantes de título gratuito, como a doação e a sucessão, permitindo apenas a participação nos bens fruto do trabalho de um dos companheiros ou de ambos, desde que havidos no período de subsistência da união estável.

Esclareça-se que o dispositivo trata de sucessão do companheiro, a despeito do regime de bens adotado, não podendo se confundir com a meação. O tratamento vinculado de que o companheiro é herdeiro e meeiro, decorre da regra de adoção do regime de comunhão parcial de bens no caso de silêncio das partes, conforme o artigo 1.725, da legislação civilista, pelo qual o companheiro faz jus à meação dos bens adquiridos durante a subsistência da união estável.

A celeuma se perfaz em âmbito doutrinário acerca da destinação dos bens de obtenção gratuita que tenham sido atribuídos ao companheiro falecido. Flávio Tartuce⁴⁵ firma o entendimento de que no caso de restar apenas bens adquiridos a título gratuito pelo companheiro falecido, esses bens devem ser destinados ao companheiro supérstite, por força do artigo 1.844, do Código Civil, que vincula apenas a destinação ao Estado no caso de não existência de cônjuge, companheiro ou algum parente sucessível.

Da análise da tabela construída por Francisco Cahali,⁴⁶ que envolve a divergência doutrinária em relação a questões decorrentes da união estável, extrai-se que a posição

44 CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

45 TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro**. O polêmico art. 1.790 Do CC e suas controvérsias principais.[2010] Disponível em <<http://www.revistajurisfib.com.br/ver-artigo.php?id=49>>. Acesso em 22 nov. 2018.

46 CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *op.cit.*

majoritária corrobora da inviabilidade de que o companheiro concorra com o Estado na situação supramencionada.

Quanto à aplicabilidade prática dos direitos sucessórios do companheiro em concorrência com descendentes do *de cuius*, o inciso I, do artigo 1.790, do CC/02, prevê que sobrevivente concorrerá com filhos comuns, participando de proporção equivalente ao que por lei for atribuída ao filho de ambos.

Ao passo que no inciso II, a prescrição legislativa é no sentido de que a concorrência do companheiro sobrevivo com os descendentes apenas do falecido concede-lhe a metade do que contemplar a cada um dos descendentes. Nota-se que a expressão filhos, presente no inciso I, é substituída por descendentes na segunda disposição, levando maior parte da doutrina a defender a incidência do inciso I quando se tratando de outros descendentes do companheiro e não apenas de filhos.

A posição foi inclusive tema do Enunciado 266 CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil: "Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns".

A proposta de diferenciação estabelecida entre descendentes de ambos e apenas do companheiro falecido, ocasiona distorções na incidência do cálculo sucessório quando subsistirem prole derivada das duas conceituações, culminando do que Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁴⁷ caracterizou como sucessão híbrida.

Dessa formulação sucessória, não descrita pela legislação, emergem três posições doutrinárias mais bem especificadas, assim a primeira corrente argumenta pela aplicabilidade da diretriz relativa a filhos comuns, do inciso I, do artigo 1.790, dispensando aos descendentes o mesmo tratamento destinado aos filhos comuns, como se diante da existência de filhos de ambos os companheiros a regra incidente sobre esses fosse estendida aos demais descendentes unilaterais por atração.

A segunda corrente da qual Flávio Tartuce é partidário⁴⁸, afirma que no caso de sucessão híbrida aplica-se a regra do inciso II, do artigo 1.790, considerando como se todos os descendentes fossem unilaterais do autor da herança. Já a terceira posição defende uma

47 *Apud* TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das sucessões v. 6. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense. 2017.

48 TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das sucessões v. 6. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense. 2017.

técnica de ponderação associada a aplicação de uma lógica matemática para resolução do problema.

No que diz respeito ao inciso III, do artigo 1.790, a concorrência do companheiro com ascendentes e colaterais até o quarto grau, concede-lhe direito a um terço da herança. Nesse aspecto, há posições jurisprudenciais recorrendo à tese de inconstitucionalidade da previsão do inciso III, do artigo 1.790, sob argumentos diversos, dentre os quais destacam-se a questão de que o prejuízo ao direito sucessório do companheiro ocorre em benefício de parentes longínquos, aos quais o autor da herança pode nem ter conhecido em vida, bem como evocação de princípios constitucionais com a igualdade e a dignidade humana. É o que se subentende da ementa abaixo transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade arguido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria". (TJRS, Agravo de instrumento n. 70017169335, Porto Alegre, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 08/03/2007, DJERS 27/11/2009, pág. 38).

Tartuce⁴⁹ afirma ser partidário da tese inconstitucionalidade apenas do inciso III, do artigo 1.790, que prevê concorrência do companheiro com ascendentes e colaterais até o quarto grau. Enquanto Zeno Veloso⁵⁰ aponta a ocorrência de violação ao princípio da igualdade, em razão de o regime sucessório prejudicar em demasia o companheiro sobrevivente.

Da análise do dispositivo, percebe-se a desconsideração para com o companheiro no âmbito da partilha de bens, sendo que a concorrência do companheiro sobrevivente junto aos descendentes incidirá sobre os bens adquiridos a título oneroso, durante a persistência da união estável. Ao passo que na ausência de ascendentes e descendentes, a concorrência persiste com os colaterais até o quarto grau. De outra banda, caso os companheiros não tenham formado patrimônio durante a constância da união estável, não há direito sucessório.

49 TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro**. O polêmico art. 1.790 Do CC e suas controvérsias principais.[2010] Disponível em <<http://www.revistajurisfib.com.br/ver-artigo.php?id=49>>. Acesso em 22 nov. 2018.

50 VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo. Editora Saraiva. 2010. 224p.

Com o advento das legislações regulamentadoras da união estável, inserindo no sistema jurídico as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 e posteriormente com a sistematização legal da matéria trazida pelo Código Civil de 2002, com regras que se encaixam em perfeita subsunção à matéria, não há que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo 1.790 do referido Código, ainda que este estabeleça uma partilha potencialmente desfavorável ao companheiro, este pode optar pelo regime que melhor lhe aprouver, inclusive convertendo a união em casamento, como bem prescreve o artigo 226, em seu § 3º.

4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Não obstante, o referido diploma legal ocupar-se da matéria sucessória referente aos companheiros de uma forma integralizada do que a sistemática das legislações extravagantes anteriores, recebeu diversas críticas por estabelecer ao companheiro um tratamento sucessório diverso daquele dispensado aos cônjuges pelo mesmo Código.

Nesse aspecto de debate acerca da igualdade de tratamento entre os regimes de casamento e união estável, emerge a questão acerca da constitucionalidade do dispositivo. Antes de trazer qualquer disposição sobre esse tema, importa salientar que a união estável configura-se como uma entidade familiar ausente de formalismos, sendo sua existência comprovada por meio de circunstâncias fáticas, tratando-se de ato-fato.

A união estável difere-se do casamento inclusive quanto à sua natureza jurídica, eis que se insere como ato-fato, conforme dicção de Paulo Lôbo,⁵¹ não carecendo de qualquer manifestação de vontade para que produza efeitos jurídicos. De outra banda, o instituto do casamento é comprovado por meio de certidão de registro civil e caracteriza-se como uma relação mais formal, possuindo natureza de ato jurídico, sendo uma escolha do indivíduo optar pela produção dos efeitos jurídicos no plano concreto. Assim, união estável e casamento são institutos jurídicos diferentes tanto na sua constituição quanto à produção de efeitos. Sendo que o casamento, por ser um ato mais solene confere maior segurança ao sistema jurídico.

Diante da controvérsia acerca da constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil instaurada nos Tribunais, levando a diversas decisões divergentes com fundamentos variados, a Suprema Corte foi instada a decidir a questão.

Assim, em posição inovadora, no Julgamento dos Recursos Extraordinários nº 878.694-MG e 646.721-RS, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil brasileiro, conforme se depreende da seguinte ementa:

Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hétero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a

⁵¹LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4ªed. São Paulo: Saraiva. 2011

“inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: **“No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”**. (RE 646721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017) (grifo nosso)

Após dezesseis de vigência do artigo 1.790, do Código Civil, que revogou as Leis 8.971/94 e 9.278/96, e a evolução do debate na união estável, não avançou o suficiente para garantir a necessária segurança jurídica acerca da matéria.

Percebe-se que na decisão proferida, o Supremo Tribunal Federal afastou em sede de controle incidental de constitucionalidade, nos autos do Recursos Extraordinários 878.694-MG e 646.721-RS, a aplicação do disposto no artigo 1.790 do Código Civil, prevendo a aplicação do artigo 1.829 do Código Civil também à sucessão de companheiros.

Os fundamentos que embasaram a fixação da tese de incompatibilidade da vocação sucessória dispensada ao companheiro pelo artigo 1.790, do Código Civil de 2002, convergem na incidência de princípios como o da igualdade (art. 5º, CRFB/1988), da dignidade humana e da afirmação da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso, tendo em vista que o Código Civil estabeleceu regras menos favoráveis aos companheiros do que aquelas estabelecidas pelas leis 8.971/94 e 9.278/96, ressuscitando o debate acerca da existência de equiparação entre os direitos sucessórios do companheiro e do cônjuge no período anterior ao Código Civil de 2002.

A justificação pela inconstitucionalidade aponta ainda ofensa à inexistência de hierarquia entre as formas de entidades familiares explicitadas no art. 226, da CRFB/88, sendo que de fato ambas as constituições familiares, casamento e união estável, não possuem hierarquia, como bem destaca Paulo Lôbo⁵², mas possuem diferenças substanciais entre si.

52 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4ªed. São Paulo: Saraiva. 2011

Além disso, o intérprete coloca a solidariedade social como fundamento para a escolha de projeto de vida, mas não define tampouco delinea os contornos metodológicos de aplicabilidade desse conceito constitucional ao caso concreto, sendo essa ausência de rigor metodológico uma das críticas apontadas por Leal como uma deficiência da aplicação da doutrina civil constitucional.

Para mais, em que pese Maria Berenice Dias indicar que a análise dos votos demonstra o entendimento pela inexistência de distinção entre casamento e união estável no âmbito do direito sucessório, inclusive argumentando que não deve persistir diferença entre os regimes do casamento e da união estável não só no campo sucessório como em nenhum outro ramo do direito privado, informando que a disparidade se restringe à solenidade perante o Estado, visualizada quanto ao casamento (informação verbal)⁵³.

Como se observará na decisão que rejeitou os embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal se furtou a decidir quanto a aplicação de outras disposições relativas ao cônjuge no tratamento do companheiro, limitando-se a tratar apenas da inconstitucionalidade do artigo 1.790, razão pela qual pode-se afirmar que houve uma equiparação parcial, apenas no que diz respeito aos direitos sucessórios prescritos no diploma legal alvo de incompatibilidade constitucional.

Além disso, tendo em vista a Lei Maior prescrever em seu artigo 226, § 3º, *in fine*, ao prescrever que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, propôs uma diferenciação entre os institutos. Assim, se a disposição trata de facilitar a conversão, é possível depreender que esta estabelece diferenciações entre os institutos. Tanto que fala em converter um tipo para o outro.

Diante da possibilidade de conversão, o indivíduo pode escolher se migra para a égide do instituto do casamento, submetendo-se as regras prescritas para este, ou permanece sob as normatizações da união estável. Entender o contrário é não deixar alternativa para que o indivíduo possa constituir suas relações, esbarrando no exercício da liberdade. É homogeneizar as diversas formas de família que se abrem ao longo do tempo em um único tipo por equiparação.

Verifica-se que a equiparação total prejudica a pluralidade familiar, eis que é possível admitir as diversas relações familiares, mantendo-se características próprias do

53 Informação verbal extraída das discussões para aprovação do Enunciado 641, da III Jornada de Direito Civil. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=zihYzj4CE5M>>, a partir de 03h01min. Acesso em 26 dez 2018.

reconhecimento de cada conformação social, sendo certo que o reconhecimento da entidade familiar pela constituição não homogênea os institutos delineados na legislação infraconstitucional, razão pela qual não há uma incompatibilidade da regulamentação com o mandamento constitucional.

Confirmando o entendimento pela não equiparação entre casamento e união estável e sustentando a constitucionalidade do artigo 1.790, para aplicação de partilha mais favorável à companheira sobre os bens particulares, cita-se a ementa do seguinte acórdão da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PARTICIPAÇÃO DE COMPANHEIRA SUPÉRSTITE NA HERANÇA – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. Deve ser reconhecida a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, haja vista a intenção do constituinte de conferir tratamento isonômico entre união estável e casamento conforme evidenciado pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Em ação de inventário, a filha do de cujus apresentou impugnação às primeiras declarações apresentadas para excluir a companheira do falecido da partilha dos bens adquiridos antes da união estável. Julgada improcedente a impugnação sob o fundamento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC e da aplicabilidade do art. 1.829 do mesmo diploma, a filha interpôs agravo de instrumento. Conforme observado pelo Relator, a depender da aplicação de um ou de outro artigo, altera-se completamente a partilha referente ao período em que a companheira viveu com o autor da herança. **Para o Julgador, não existe inconstitucionalidade no art. 1.790 do CC, uma vez que é patente a intenção do constituinte de unificar o tratamento entre união estável e casamento, ao considerar aquela como entidade familiar.** Assim, a companheira supérstite tem direito à meação e ainda sucede em concorrência com os demais herdeiros pela outra metade; entretanto, no caso em análise, a agravada não poderá ser herdeira dos bens particulares do autor da herança, mas apenas dos bens comuns, pois, apesar de efetivamente ter se casado com ele, tal casamento se deu sob o regime da separação de bens. Desse modo, a Turma reformou a decisão, para excluir a companheira do falecido como herdeira dos bens adquiridos antes do reconhecimento da união estável. (Acórdão n. 1063330, 07133808720178070000, Relator Des. GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 29/11/2017, publicado no DJe: 7/12/2017)(grifos nossos)⁵⁴.

Destaca-se ainda a não aplicabilidade da doutrina do Direito Civil Constitucional diante de norma de perfeita subsunção, como era o caso do artigo 1.790, do Código Civil, considerando que do ponto de vista legal não havia impedimento para a manutenção de tratamentos diferentes entre o casamento e união estável, quanto à disposição patrimonial dos indivíduos. As discordâncias quanto à desqualificação do companheiro na elaboração de uma configuração sucessória menos favorável merece as devidas críticas, mas não há fundamento para inconstitucionalidade, inclusive não violando o princípio da igualdade por se tratar de escolha dos indivíduos.

⁵⁴Disponível em <[Http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2018/informativo-de-jurisprudencia-n-363/participacao-de-companheira-superstite-na-heranca-constitucionalidade-do-art-1-790-do-codigo-civil](http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2018/informativo-de-jurisprudencia-n-363/participacao-de-companheira-superstite-na-heranca-constitucionalidade-do-art-1-790-do-codigo-civil)>. Acesso em 23.11.18.

Candil⁵⁵ corrobora dessa posição ao advogar a tese de constitucionalidade do artigo 1.790, em razão de não subsistir equiparação entre os institutos do casamento e da união estável, ainda que apontando como imerecida a dispensa de mais garantias sucessórias ao cônjuge do que ao companheiro.

4.1 O ENUNCIADO 641 DA VIII JORNADA DE DIREITO CIVIL E A EQUIPARAÇÃO PARCIAL DO COMPANHEIRO AO CÔNJUGE

Neste sentido, considerando que cada instituto deve respeitar os efeitos jurídicos envolvidos na situação pactuada, o enunciado doutrinário propõe que a decisão de inconstitucionalidade do artigo 1.790 equivale a uma equiparação parcial, apenas no que se refere aos direitos sucessórios, conforme se observa:

ENUNCIADO 641 da VIII Jornada de Direito Civil – Art. 1.790: “A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável”⁵⁶.

Tendo em vista que a VIII Jornada de Direito Civil ocorreu no dia 27 de abril de 2018, em data anterior ao julgamento dos Embargos de Declaração, julgados no dia 26 de outubro de 2018, opostos para esclarecimento dos contornos da decisão prolatada nos autos do RE 878.694, discutiu-se na sessão de votação do enunciado 641 o alinhamento deste com a decisão do Supremo Tribunal Federal, argumentando-se pela equiparação parcial, no sentido do quanto à sua formação e extinção a união estável não pode ser equiparada ao casamento, além de se tomar em consideração a perspectiva solene do matrimônio e a situação de fato que se visualiza na união estável (informação verbal)⁵⁷.

Destaque-se ainda a proposta de reflexão sugerida por Judith Martins-Costa ao defender que, para além da incoerência de subsistir duas expressões diferentes na ordem jurídica para significar a mesma realidade, no caso de ocorrência de equiparação total, é

55 CANDIL, Thatiana de Arêa Leão. **A união estável e o direito sucessório**. 2006. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica – São Paulo – SP. 2006.

56 *Ibidem*.

57 Informação verbal extraída das discussões para aprovação do Enunciado 641, da III Jornada de Direito Civil. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=zihYzj4CE5M>>, a partir de 03h01min. Acesso em 26 dez 2018.

preciso questionar o caminho perfilado pela jurisprudência brasileira, no sentido de afinar a área de liberdade individual no âmbito das relações privadas.(informação verbal)⁵⁸

Questiona ainda o espaço dentro das relações afetivas para que os particulares exerçam seu direito fundamental à liberdade, apontando que as interpretações que os Tribunais têm dado para as regras de direito de família e sucessões sugerem uma perda desse direito. Para mais, Martins-Costa justifica seu voto pela aprovação do enunciado em razão deste ensejar a garantia de um pequeno espaço de liberdade.

Nota-se, que a união estável é uma forma de arranjo familiar mais livre do que aquela constituída pela expressão da vontade, como figura o casamento. Por óbvio, as famílias não devem se perpetuar sem regulamentação alguma, mas a normatização da união estável deve observar a proteção de direitos e garantir a autodeterminação dos companheiros, como forma de preservação da essencial liberdade dos partícipes.

Nessa mesma linha, Álvaro Villaça defende a necessidade de que a regulamentação da união estável mantenha a liberdade dos companheiros, tratando da pertinência de se atribuir por meio da normatização responsabilidade da conduta para garantia da segurança e prevenção de lesões a direitos, ao afirmar que:

“não se pode, em sã consciência, admitir que o regramento de conduta, na família de fato, seja inibidora da liberdade, porque, em Direito, cuida-se da liberdade jurídica, que vive no complexo do relacionamento humano, com as limitações necessárias”⁵⁹.

É certo que ao se relacionar o indivíduo assume responsabilidades, mas há que se preservar a liberdade em aspectos sucessórios, sendo que o ordenamento jurídico abre leque de possibilidade de escolha dos indivíduos, de modo que optem pelo regime sucessório que melhor lhe convier. Assim, o Estado não pode invadir o patrimônio de forma restritiva nesse aspecto.

É certo que como fato social constituído baseado na espontaneidade afetiva, a legislação deve incidir no sentido de obstar violações aos direitos dos partícipes nos efeitos da união estável, em observância à liberdade do indivíduo.

Não obstante a ausência de formalização se operar justamente entre as classes menos abastadas, esse fundamento não é suficiente para alterar o conceito jurídico e equiparar a união informal ao casamento civil. Eis que perpassa muito mais por perseguir formas de

58 Informação verbal extraída das discussões para aprovação do Enunciado 641, da III Jornada de Direito Civil. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=zihYzj4CE5M>>, a partir de 03h01min. Acesso em 26 dez 2018.

59 AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. Antiga forma de casamento de fato. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 90, p. 91-119, 1 jan. 1995. p. 100.

aplar as desigualdades que assolam o país, condenando parcela da população à marginalização e distanciamento da ordem jurídica.

É preciso criar mecanismo de difusão do conhecimento e conseqüente alargamento da capacidade de escolha dos indivíduos, para que não operem malabarismos na ordem jurídica, na tentativa de justificar a restrição de proteção sucessória.

De fato as disposições do 1.790 desqualificam o companheiro quanto ao direito sucessório, se posto em comparação com o tratamento dispensado ao cônjuge. Mas há que se preservarem os espaços de liberdade dos indivíduos dentro das relações de direito privado, de modo que se afirma a colocação do companheiro como herdeiro necessário como injusta limitação da legítima.

De outra banda, apesar das críticas dispensadas ao dispositivo, não há que se falar em inconstitucionalidade do 1.790, por mais que se achem um tratamento diferenciado, essa posição é justificada pela natureza não solene de convivência entre os indivíduos e decorre de sua opção de não vivenciar o casamento e seus efeitos especificados na ordem jurídica, como conseqüência de uma liberdade também garantida constitucionalmente, sendo a correção das desigualdades perpetradas pelo artigo 1.790 uma questão de produção legislativa.

É necessário reconhecer em quais aspectos o legislador realmente pautou discriminação maléfica aos pares e em que ponto a distinção entre os regimes é necessária para garantia da liberdade, considerando que há diversas diferenças entre a união estável e o casamento, sejam na forma como se constituem, na comprovação e na extinção.

Por conseguinte, afirma-se a impossibilidade de equiparação entre casamento e união estável, por se concretizar situação de excesso de paternalismo estatal nas relações privadas, na medida em que ocasiona prejuízo à ordem jurídica por se configurar a tese sustentada por Leal de que “a substituição da afirmação da vontade pela tutela da dignidade humana como centro de gravidade do direito privado desloca, em larga medida, o protagonismo do indivíduo para o Estado”⁶⁰.

À primeira vista pode parecer benéfico o argumento de que o Estado se propõe à proteção de seus membros em nome da dignidade. No entanto, um olhar mais atento nos permite perceber as implicações jurídicas que esta intervenção ocasiona na vida do indivíduo

⁶⁰LEAL, Fernando. Seis Objeções à Constitucionalização do Direito Civil. **Direitos fundamentais & justiça**. ano 9, nº 33, p. 123-165, out./dez. 2015. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24323>>. Acesso em 25 out de 2018.

Dessa forma, em que pese o direito sucessório brasileiro ter por fundamento a continuidade patrimonial e manutenção do padrão de vida, há que se ter cautela no afã de proteger os cidadãos para uma vida digna, considerando o desejo do indivíduo, de modo que não há que se falar em melhoramento de aspectos subjetivos da vida pelo Estado, quando não houver confirmação por parte do indivíduo.

O que se busca realmente não é uma concepção segregacionista. É certo que não hierarquização, mas é preciso delinear os efeitos jurídicos que incumbe a cada instituto.

Recorde-se que a prescrição da Lei Maior pela possibilidade de conversão da união estável em casamento, em seu artigo 226, § 3º, *in fine*, numa conversão resultante de sua autonomia, o indivíduo pode escolher se migra para a égide do instituto do casamento, submetendo-se as regras prescritas para esse. Entender o contrário é não deixar alternativa para o indivíduo constituir suas relações afetivas.

4.2 DA OMISSÃO QUANTO À APLICABILIDADE DE OUTROS DIREITOS SUCESSÓRIOS PRÓPRIOS DO CASAMENTO À UNIÃO ESTÁVEL

Opostos dois Embargos de Declaração, um pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e outro pela Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, em face do acórdão que promoveu a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC/02, determinando a aplicação do 1.829, do CC/02, ambos fundamentados na existência de omissão no julgamento quanto à aplicabilidade de outros dispositivos referentes ao instituto do casamento.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela ausência de omissão, sob alegação de que a problemática da aplicabilidade dos demais institutos jurídicos não constitui parte do objeto do caso discutido na Corte Suprema, conforme a ementa abaixo transcrita:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICABILIDADE DO ART. 1.845 E OUTROS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL ÀS UNIÕES ESTÁVEIS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. 1. Embargos de declaração em que se questiona a aplicabilidade, às uniões estáveis, do art. 1.845 e de outros dispositivos do Código Civil que conformam o regime sucessório dos cônjuges. 2. **A repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos.** 3. Embargos de declaração rejeitados⁶¹ (grifo nosso).

61 Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>>

A rejeição dos referidos embargos propostos no intento de se definir o enquadramento do companheiro no elenco de herdeiros necessários, expõe que a decisão pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, propõe a equiparação parcial da união estável ao casamento, apenas no que se refere à igualdade de direitos sucessórios.

Apesar da posição do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, ao afirmar em seu voto que:

Não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação com relação ao art. 1.845 ou qualquer outro dispositivo do Código Civil, pois o objeto da repercussão geral reconhecida não os abrangeu. Não houve discussão a respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários, de forma que inexistiu omissão a ser sanada.

Ao pugnar pela aplicação do artigo 1.829, do Código Civil, como sendo uma alternativa mais favorável do que a recuperação das legislações anteriores (Lei n. 8.971/94 e Lei n. 9.278/96) como solução adequada para reger a situação sucessória do companheiro, diante da incompatibilidade constitucional do artigo 1.790. Em voto vitorioso nos autos dos Recursos Extraordinários 878.694-MG e 646.721-RS, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso suscitou a questão do não enquadramento do companheiro como herdeiro necessário como sendo uma situação discriminatória, fundamentando tratar-se de instrumento de proteção jurídica do cônjuge, que garante a reserva patrimonial e a perpetuação do *status* social do sobrevivente na ausência do amparo do *de cuius*.

Observa-se que o persiste pertinência de julgamento da questão do enquadramento do companheiro no elenco de herdeiros necessários, restando comprovado que a decisão em análise não conseguiu elidir as incertezas referentes à temática.

Eis que o Supremo Tribunal Federal não tomou posição sobre uma questão fundamental, que tem reflexo direto na controvérsia referente aos contornos da equiparação das entidades familiares. É necessário considerar os efeitos da modificação na estrutura jurídica como um todo, no intento de garantir maior segurança à interpretação integralizada do ordenamento jurídico.

4.3 DA NÃO INSERÇÃO DO COMPANHEIRO NO ROL DE HERDEIROS NECESSÁRIOS

Constata-se que no período anterior ao Código Civil de 2002 o cônjuge e o companheiro achavam-se não considerados como herdeiro necessário, mas o advento da

referida legislação colocou o cônjuge na posição de herdeiro necessário, não o fazendo em relação ao companheiro.

Os herdeiros necessários estão caracterizados no artigo 1.845, do Código Civil, como sendo os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, referindo-se àqueles que terão direito à legítima, segundo respalda o artigo 1.846 do mesmo Código, ao prescrever que metade dos bens da herança deve ser destinada aos herdeiros necessários.

É certo que, em caso de equiparação total e conseqüente aplicação de toda matéria sucessória acerca do casamento à união estável, o companheiro seria erigido à categoria de herdeiro necessário, recebendo a proteção da sucessão legítima nos termos do artigo 1.845, do Código Civil.

De qualquer sorte, a restrição da legítima em favor do companheiro só seria viável diante da equiparação total entre os institutos do casamento e da união estável, para além da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, considerando que o companheiro não se encontra expressamente previsto na relação de herdeiros necessários.

Cahali⁶² aponta que a condição de herdeiro necessário não pode ser concedida ao companheiro, justamente em razão de não constar no rol do artigo 1.845.

Visualiza-se que o companheiro não deve ser erigido à categoria de herdeiro necessário, por limitar a liberdade patrimonial, em virtude de uma união sem formalismo, na qual os partícipes não escolhem seus efeitos. O fato de o companheiro não ser reconhecido como herdeiro necessário concede maior liberdade patrimonial aos pares, que poderão dispor do patrimônio em vida pela via testamentária, na proporção que lhe aprouver.

No mesmo sentido é o posicionamento de Regina Beatriz Tavares da Silva, que concorda pela inexistência de herança necessária na união estável, pugnando pela liberdade dos companheiros na realização de seu projeto sucessório, incluindo pela via testamentária, fundamentando sua posição no princípio da autonomia da vontade, para preservação da liberdade dos indivíduos na escolha de relações diversas do casamento, com implicações jurídicas também distintas⁶³.

62 CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

63 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **O que será da liberdade e da segurança jurídica em uniões estáveis?**. Disponível em < <http://adfás.org.br/2018/10/11/o-que-sera-da-liberdade-e-da-seguranca-juridica-em-unioes-estaveis/>> Acesso em 21 nov de 2018

4.4 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Questão controversa emerge do direito real de habitação do companheiro sobre o imóvel do casal, especialmente porque essa garantia não foi expressamente prevista no Código Civil de 2002, mas achava-se consagrada em legislação anterior ao Código, especificamente no parágrafo único, do artigo 7º, da Lei n. 9.278/96, gerando assim controvérsia no âmbito jurisprudencial acerca da vigência desta lei, para fins de extensão do direito real de habitação aos companheiros.

De todo modo, as duas Turmas de Direito Privado do Supremo Tribunal de Justiça corroboram do entendimento pela concessão do direito real de habitação àqueles que vivem em união estável, embora com base em fundamentos legais diferentes.

Assim, destacamos julgado da Terceira Turma do STJ, representando orientação pela aplicabilidade da Lei n.º 9.278/96, cuja ementa informa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO. POSSIBILIDADE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NÃO RECONHECIDO NO CASO CONCRETO. (...) 3. **O Código Civil de 2002 não revogou as disposições constantes da Lei n.º 9.278/96, subsistindo a norma que confere o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal matéria em relação aos conviventes em união estável, consoante o princípio da especialidade.** 4. Peculiaridade do caso, pois a companheira falecida já não era mais proprietária exclusiva do imóvel residencial em razão da anterior partilha do bem. 5. Correta a decisão concessiva da reintegração de posse em favor das co-proprietárias. 6. Precedentes específicos do STJ. 7. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. 8. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ-3ª T., AgRg no REsp 1.436.350/RS, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 12/04/2016, DJe 19/04/2016) (grifo nosso)

Para mais, observa-se que a Quarta Turma do STJ argumenta que a Lei n. 9.278/96 acha-se revogada, entendendo pela aplicação do artigo 1.831, do Código Civil, por analogia, sugerindo uma situação de equiparação do companheiro ao cônjuge, segundo se depreende da seguinte ementa:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. **O Código Civil de 2002 regulou inteiramente a sucessão do companheiro, abrogando, assim, as leis da união estável,** nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. Portanto, **é descabido considerar que houve exceção apenas quanto a um parágrafo.** 2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1831 do Código Civil traz previsão

expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que não parece verdadeiro pela regra da Constituição Federal. 3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. 4. No caso concreto, o fato de a companheira ter adquirido outro imóvel residencial com o dinheiro recebido pelo seguro de vida do falecido não resulta exclusão de seu direito real de habitação referente ao imóvel em que residia com o companheiro, ao tempo da abertura da sucessão. 5. Ademais, o imóvel em questão adquirido pela ora recorrente não faz parte dos bens a inventariar. 6. Recurso especial provido. (STJ-4ª T., REsp 1.249.227/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 17/12/2013, DJe 25/03/2014) (grifos nossos)

Sobre a temática destaca-se ainda o Enunciado 117 CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil: "o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88".

Percebe-se que além do argumento pela não revogação expressa da Lei n. 9.278/96, no tocante ao direito real de habitação do companheiro, o enunciado doutrinário suscita a preponderância do direito real de moradia, garantia constitucional presente no *caput*, do artigo 6º, da CRFB/88, demonstrando se coadunar com o Direito Civil Constitucional⁶⁴.

A conclusão majoritária da jurisprudência pátria caminha no sentido de garantir o direito real de habitação em benefício do companheiro. De todo modo não se vislumbra óbice à invocação da teoria civil-constitucional para garantir o direito real de habitação do companheiro, uma vez que este tema não obteve disciplina legal aposta no Código Civil de 2002.

⁶⁴TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro.** O polêmico art. 1.790 Do CC e suas controvérsias principais.[2010] Disponível em <<http://www.revistajurisfib.com.br/ver-artigo.php?id=49>>. Acesso em 22 nov. 2018.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Civil de 1916 não dispunha acerca da regulamentação das relações concubinárias, de forma a constatar-se que suas prescrições visavam mais desqualificar o concubinato, com regras de impedimento de doação à concubina pela via testamentária, razão pela qual o ato do testador casado era considerado nulo.

Nesse ínterim, as orientações jurisprudenciais passaram a utilizar da sociedade de fato para reconhecer direitos aos que vivenciavam o concubinato, em virtude do esforço comum para aquisição patrimonial, culminando na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.

Advindo o reconhecimento constitucional da união estável, com a Constituição de 1988, estabeleceu-se como marco para a doutrina Civil Constitucional, no sentido de inserir no Texto Maior um instituto próprio do Direito das Famílias. Em que pese a aposição do termo união estável no artigo 226, §3º, da CRFB/88 ter padecido de regulamentação durante sete anos de silêncio da legislação infraconstitucional, o referido termo ocasionou uma modificação positiva no âmbito do direito privado, fazendo-se positiva a evocação dos valores constitucionais para concessão de direitos a uma entidade familiar ainda sem os contornos metodológicos não delineados.

O advento da Lei n. 8.971/94 inaugurou no plano infraconstitucional a regulamentação dos direitos sucessórios dos companheiros, concedendo o direito de usufruto ao companheiro supérstite. Após a Lei n. 9.278/96 trouxe a possibilidade de garantir o direito real e habitação ao companheiro sobrevivente.

Com o Código Civil de 2002 emerge a sistematização do direito sucessório dos que partilham a união estável, especificamente no artigo 1.790, que previa regramentos distintos aos dispensados ao cônjuge, de forma a desfavorecer o companheiro na maioria das situações.

A extensão do art. 1790 suscitou divergências tanto no âmbito jurisprudencial quanto no doutrinário, sendo que a doutrina se debruçou sobre o tema para sugerir aplicações compatíveis com o sistema jurídico no cálculo sucessório, na tentativa de apresentar a tese que melhor propagasse correções à discriminação perpetrada contra o companheiro.

Todavia, o do Supremo Tribunal Federal afastou em sede de controle incidental de constitucionalidade, nos autos do Recurso Extraordinário nº 878.694, a aplicação do disposto

no artigo 1.790 do Código Civil, prevendo uma equiparação parcial do companheiro ao cônjuge.

Por mais que se digne a constatar uma série de discriminações quanto ao tratamento sucessório do companheiro, não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, pois embora não se reconheça hierarquia entre união estável e casamento, há que se preservar as diferenças existentes em cada instituto, tendo em vista que não houve equiparação da união estável ao casamento na Constituição.

Assim, a Constituição Republicana não obsta o regramento diferenciado, inclusive abrindo a possibilidade de que o legislador estabeleça os contornos da união estável no plano infraconstitucional, apenas especificando quanto ao mandamento de facilitar a conversão da união estável em casamento.

Dentro da vertente crítica à constitucionalização do direito civil, encontra-se a ideia de excesso de paternalismo jurídico, que traduz o que representa a equiparação do companheiro ao cônjuge, uma vez que a ingerência do Poder Judiciário, enquanto representante do Estado na reformulação dos efeitos do instituto jurídico da união estável, limita a vontade do indivíduo.

Suscitado a decidir acerca da aplicação de outros institutos referentes aos direitos sucessórios decorrentes do casamento à união estável, o Supremo Tribunal Federal dignou-se a afirmar a inexistência de omissão no acórdão que promoveu a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC/02. Denota-se que a Suprema Corte não decidiu controvérsia essencial à delimitação da equiparação do companheiro ao cônjuge.

Neste sentido, quanto à colocação do companheiro no rol de herdeiros necessários, entende-se que nesse caso haveria restrição indevida da disposição patrimonial diante da garantia da legítima, prevista no artigo 1.846, do Código Civil.

De qualquer sorte, diante da ausência de decisão sobre a matéria e a equiparação parcial, determinando a igualdade no cálculo sucessório, sem dispor sobre a aplicação dos demais dispositivos presentes na legislação civil, que versam sobre o instituto do casamento, as inquietações não se acham estabilizadas, sendo provável que não tardarão a incitar discussão dos desdobramentos do caso na Corte Suprema, que se objetivamente questionada, espera-se decisão pelo não enquadramento do companheiro como herdeiro necessário, preservando as devidas distinções entre as formas de arranjo familiar.

De último, pugna-se pela aplicação da doutrina civil constitucional para concessão do direito real de habitação ao companheiro, uma vez que não subsiste regra de incidência ao caso no Código Civil de 2002, considerando a revogação da Lei n. 9.278/96. Assim, prima-se pela aplicação da garantia constitucional disposta no *caput*, do artigo 6º, da CRFB/88

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. Antiga forma de casamento de fato. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 90, p. 91-119, 1 jan. 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, out. 1988.

_____. Lei n.3.071, de jan. de 1916. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, jan. 1916 (Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002)

_____. Lei n. 8.971, de 29 de dez, de 1994. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão**. Brasília, DF, dez. 1994.

_____. Lei n. 9.278, de 10 de mai, de 1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal**. Brasília, DF, mai. 1996

_____. Lei nº 10.406, de 10 de jan 2002. **Institui o código civil**. Brasília, DF, jan. 2002.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CANDIL, Thatiana de Arêa Leão. **A união estável e o direito sucessório**. 2006. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica – São Paulo – SP. 2006

FARIAS, Cristiano Chaves de; NELSON, Rosenvald. **Curso de direito civil: famílias**. ed. rev. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm.2016.1.008p.

MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. 2014.

LEAL, Fernando. Seis Objeções à Constitucionalização do Direito Civil. **Direitos fundamentais & justiça**. ano 9, nº 33, p. 123-165, out./dez. 2015. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24323>>. Acesso em 25 out de 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ªed. São Paulo: Saraiva. 2011

RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 239-254, 1 jan. 1993.

SCHREIBER, A; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo. Ed. Atlas. 2016

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 277p.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **O que será da liberdade e da segurança jurídica em uniões estáveis?**. Disponível em < <http://adfas.org.br/2018/10/11/o-que-sera-da-liberdade-e-da-seguranca-juridica-em-unioes-estaveis/>> Acesso em 21 nov de 2018

TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro.** O polêmico art. 1.790 Do CC e suas controvérsias principais.[2010] Disponível em <<http://www.revistajurisfib.com.br/ver-artigo.php?id=49>>. Acesso em 22 nov. 2018.

_____. **Direito civil: direito das sucessões** v. 6. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense. 2017

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil.** jul. 2017. Disponível em <www.tepedino.adv.br/tep_artigos/premissas-metodologicas-para-a-constitucionalizacao-do-direito-civil>. Acesso em 10 nov. 2018.

_____. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares** [2006]. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>> Acesso em 01 dez 2018.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro.** São Paulo. Editora Saraiva. 2010. 224p.