

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI-RN
CURSO DE DIREITO**

GUSTAVO SANTIAGO GOMES

**DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: CONTROVÉRSIAS E
(IN)CONSTITUCIONALIDADE NA REDAÇÃO DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL**

**NATAL/RN
2016**

GUSTAVO SANTIAGO GOMES

**DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: CONTROVÉRSIAS E
(IN)CONSTITUCIONALIDADE NA REDAÇÃO DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de **Bacharel em Direito** do Centro
Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN

Orientadora: Prof. **Luciana Flávia Nunes Casimiro**

NATAL – RN

2016

Gomes, Gustavo Santiago.

Direito sucessório do companheiro: controvérsias... / Gustavo Santiago Gomes. – Natal, 2016.

51 f.

Orientador: Prof. Luciana Flávia Nunes Casimiro.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito Civil Monografia. 2. Direito das Sucessões – Monografia. 3. Custódia – Monografia. I. Casimiro, Luciana Flávia Nunes. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 342

GUSTAVO SANTIAGO GOMES

**DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: CONTROVÉRSIAS E
(IN)CONSTITUCIONALIDADE NA REDAÇÃO DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito necessário para obtenção do título de Bacharel em
Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

Monografia aprovada em ____ / ____ / ____

Gustavo Santiago Gomes

Prof. Luciana Flávia Nunes Casimiro
Orientadora

Prof.
Examinador (a) Titular

Prof.
Examinador (a) Titular

Prof.
Examinador (a) Suplente

À Nossa Senhora

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente à minha professora orientadora Luciana Casimiro por sua bondade, paciência e confiança, sem as quais eu jamais levaria adiante este trabalho, sobretudo foi de quem eu ganhei a motivação e o interesse no direito sucessório, em especial por este tema.

Quem busca a verdade, busca a Deus sem sabê-lo.
(Edith Stein)

RESUMO

Analisa-se por meio dialético a exegese da norma infraconstitucional acerca da participação do companheiro no direito sucessório, trazendo à lume a jurisprudência e posicionamentos doutrinários que debatem a celeuma contida no Artigo 1.790 do Código Civil sobre os desrespeitos aos princípios já consagrados no Direito da Família e das Sucessões. Discute-se os desafios presentes frente à uma possível declaração de inconstitucionalidade desta norma e seus respectivos impactos. Conclui-se que na subsunção normativa posterior, em vista desta possível declaração em trâmite no Supremo Tribunal Federal, surgirão fortes precedentes para o tratamento equânime em institutos distintos e o fortalecimento da constitucionalização do Direito Civil.

Palavras-chave: União Estável. Participação do Companheiro na Sucessão. Declaração de Inconstitucionalidade. Constitucionalização do Direito Civil.

ABSTRACT

Is analyzed through dialectic way the exegesis of the infraconstitutional norm about the participation of the companion in the inheritance law, bringing to light the jurisprudence and doctrinal positions that debates the disarray contained in Article 1.790 of the Civil Code on the disrespect to the principles already enshrined in the Succession and Family Law. It is discussed the present challenges in relation to a possible declaration of unconstitutionality of this norm and its respective impacts. It is concluded that in the subsequent normative subsumption, in view of this possible declaration being processed by the Federal Supreme Court, strong precedents will emerge for the equitable treatment in distinct institutes and the strengthening of the constitutionalization of Civil Law.

Keywords: Stable union. Participation of the Companion in the Succession. Declaration of Unconstitutionality. Constitutionalization of Civil Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS E HISTÓRICOS DA SUCESSÃO.....	14
2.1 Direito Romano.....	14
2.2 Droit de Saisine.....	17
3. MOMENTO DE SUA ABERTURA E MODALIDADES DE SUCESSÃO.....	19
3.1 Momento de sua abertura.....	20
3.2 Sucessão Legítima e Testamentária.....	20
3.3 O que vem a ser família e Direito de Família.....	22
4. UNIÃO ESTÁVEL: FORMA DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR.....	23
5. TRATAMENTO DO COMPANHEIRO ANTES DO CÓDIGO CIVIL.....	26
6. POSIÇÃO DO ARTIGO NO CÓDIGO CIVIL.....	28
7. PARTICIPAÇÃO DO COMPANHEIRO NA SUCESSÃO.....	29
7.1 Concorrência do companheiro com descendentes comuns e os unilaterais.....	31
7.2 Concorrência na sucessão híbrida.....	32
7.3 Totalidade da Herança.....	33
7.4 Concorrência com demais parentes sucessíveis.....	35
8. MEAÇÃO E DIREITO REAL DE HABITAÇÃO.....	36
8.1 Meação	36
8.2 Direito Real de Habitação.....	37
9. PREMISSAS DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE.....	38
9.1 Adeptos à inconstitucionalidade.....	39
9.2 Adeptos à constitucionalidade.....	41
9.3 A dialética.....	41
10. NOVO PARADIGMA: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	44

CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

1.INTRODUÇÃO

Durante um bom tempo, desde a edição e vigência do atual Código Civil (BRASIL, 2016) boa parte da doutrina tem considerado que muitas de suas inovações representaram não somente um grande salto ou avanço – como comumente esta terminologia é utilizada nos meios jurídicos – mas uma representativa atualização correspondente às muitas estruturas sociais não vigentes no então e grande monumento que foi o Código Civil de 1916 (BRASIL, 2002). E não somente, mas o reconhecimento no novo diploma legal de institutos ausentes na grande tradição e técnica civilista que nos remonta à inteligência pragmática do imortal Império Romano.

O Novo Código Civil sem demolir as estruturas sobre as quais se assentou por tão longa e louvável tradição, utiliza-se delas para projetar-se na sociedade brasileira no tempo do novo milênio, muito diferente, por sinal, daquele no qual foi redigido e pensado as Instituições de Gaio, também destinado aos estudantes de direito, que como hoje procuram a justa medida e encontram em tão bela ciência uma espécie da vocação natural e genérica do homem: a busca pela Verdade.

Nessa linha reformadora, incorporando muitos dos princípios constitucionais, surgiram novas e necessárias alterações. Foram ao todo mais de 200 novos artigos e pelo menos 170 deles passaram a ter nova redação. Somente em matéria sucessória foram criadas novas seções – é o caso de Cessão de Direitos, Vocação hereditária e Petição de herança – e todos eles informam a nova escala de valores e padrões culturais que regem a sociedade brasileira nos dias de hoje. Se mais não foi modificado em comparação ao diploma de 1916, a despeito dos anseios de doutrinadores do maior espírito militante, é porque não foram as invasões, por meio das quais se deu a globalização, tão relevantes à época.

No entanto, foram necessárias laboriosas décadas, dentre as quais foram aproveitadas as melhores mentes jurídicas do país, até que o projeto fosse concretizado. Um lapso temporal exagerado que viria a prejudicar a atualidade de muitos dos seus então novos artigos, segundo um posicionamento mais modernista, e que em tão pouco mais de uma década após a sua vigência seria palco de um dos maiores debates comentados na seara civilista: o polêmico Artigo 1.790 do novo Código, seus incisos, e a querela quase interminável sobre os seus institutos, afora uma variada incidência de abordagens doutrinárias e jurisprudenciais tratados para cada um deles sob os mais diversos enfoques e objetos formais.

É exatamente aqui onde começa a se delinear as principais intenções deste artigo. E sua importância não consiste precisamente na preocupação em atingir soluções quase sempre desprendidas da tradição exegética sobre o tema, como em muitos casos se espera de um assunto há muito discutido, em vistas de se tornar pacífico, mas por quase todos os civilistas motivo de discussões, por vezes, apaixonadas.

Consiste, por outro lado, primeiramente, em debruçar-se, mesmo que não exaustivamente – em razão dos limites aqui naturalmente impostos –, sobre as fontes doutrinárias mais respeitáveis deste país, elevando a essência de seus posicionamentos e harmonizando-os naquilo em que se assemelham. Não é possível discursar sobre um tema, à primeira impressão tratado prioritariamente na ordem constitucional, sem antes examinar se estes doutrinadores que, silenciosamente influenciam nossos tribunais, estão realmente falando na mesma coisa. Digo, separar o exame nas propriedades, categorias, correspondências e hierarquia entre os objetos; do antijurídico, da tentação em apressar-se por uma conclusão por princípio e aglutinar argumentos de autoridade que a sustente por fim, ainda que a lei obscura nos obrigue por ofício a tomar soluções no lugar do legislador, é o papel do acadêmico.

A partir deste compromisso, num primeiro momento, analisar-se-á as noções preliminares do que venha a ser sucessão, suas formas, e institutos originários desde sua classificação na tecnologia romana até àqueles que por acúmulo das experiências modernas nos deixaram uma impressão mais aprimorada. Será mencionado, pensando nos romanos, sucessão *ab intestato* e os outrora classificados herdeiros internos; a invenção medieval do *droit de saisine*; e por fim – no alvorecer dos grandes sistemas codificados – a sucessão legítima e testamentária. Sua necessidade expositiva não é mero proselitismo: A compreensão dos fundamentos da sucessão será a base para justificar porque algumas exegeses, ou pelo menos a possibilidade delas, são terminantemente abusivas do ponto de vista jurídico ou, mais remotamente, histórico. É o caso, visto bem mais adiante, da limitação material do termo “herança” constante no inciso VI do art. 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2016), somente quanto à disponibilidade ao companheiro sobrevivente pela informação do caput deste mesmo artigo.

Finalizando este capítulo, far-se-á um esforço para delimitar possíveis conceitos de família; e um breve entendimento sobre por que o Estado decide protegê-la e formalizá-la. Justifica-se primeiramente tal abordagem em vista das informações constitucionais sobre esta instituição; a diferença entre a situação fática e a situação jurídica da família, bem como os desdobramentos hermenêuticos na possível existência da faculdade do legislador infraconstitucional disciplinar tratamentos diferenciados entre cônjuge e companheiro nos diversos institutos civis.

Observar-se-á a partir de então os primeiros entendimentos jurisprudenciais em favor da situação fática “união estável”. Aqui, faremos da prática dos tribunais a justificativa do que foi exposto no parágrafo anterior destas considerações iniciais, para, em ato contínuo, deparar-se com um marco: como resguardada em matérias muito restritas e em fontes do direito hierarquicamente inferiores, a união estável ganhou status na norma fundamental. Dessa revolução normativa surgirá o ímpeto regulamentador das leis infraconstitucionais dos anos 90 em acumular os fundamentos que antes orientaram o Supremo Tribunal Federal em matéria obrigacional nas disposições patrimoniais da união estável e ampliá-las até que haja em termos práticos uma equiparação ao regime da Comunhão Parcial de Bens. O conteúdo dessas leis será retomado quando se der a análise dos incisos que compõem o art. 1.790 no tocante ao uso do princípio da vedação ao retrocesso social.

Em seguida será brevemente discutida a posição do artigo no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2016). Trata-se aqui da primeira abordagem preliminar e técnica, com vista de não somente esclarecer se foi ou não acertada a decisão do legislador infraconstitucional em posicionar o artigo nas disposições gerais, como sanar as interpretações que venham ou não desfavorecer o companheiro sobrevivente em matéria de vocação hereditária.

Vencida esta primeira etapa, chega-se a uma das partes altas deste trabalho: a redação propriamente dita do art. 1.790 (BRASIL, 2016); a forma como o companheiro participa da sucessão e se os caminhos decididos pela doutrina a fim de questionar a constitucionalidade deste artigo são acertados. O diálogo com grandes expoentes civilistas será um grande desafio por si só, mas sobretudo porque grande parte deles além de partirem de diferentes pressupostos, *data venia*, pouco fazem comunicação entre as premissas das construções atualmente opostas. Eis que o mapeamento dividi-los-á entre favoráveis ou não da constitucionalidade; subdividindo os favoráveis – todos considerando ser válida a faculdade dada ao legislador no tratamento diferenciado –, serão classificados gradualmente aqueles que consideram por completo a matéria do artigo ser uma positiva ampliação de vantagens, bem como os que opinam ser apenas impróprio ou inadequado, mas ainda não inconstitucional; e, subdividir-se-á os desfavoráveis à constitucionalidade em declaração parcial ou total. A forma como ocorre essa dialética está proposta na introdução do respectivo capítulo concernente ao tema.

Serão a seguir ponderados os limites legais e discriminatórios em sede legislativa sobre o patrimônio, e o que, por outro lado, acolheu o STF no paradigmático Recurso Extraordinário 878.694/MG; os efeitos em matéria sucessória e patrimonial em face da iminente declaração de inconstitucionalidade do artigo, bem como os novos parâmetros adotados na interpretação legal a

nível principiológico no que diz respeito aos rumos da consolidação da constitucionalização do Direito Civil.

2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS E HISTÓRICOS DA SUCESSÃO

Entende-se genericamente a sucessão como determinada meio pelo qual acontece uma transmissão, estabelecendo um liame entre dois sujeitos: aquele que transmite – autor – e aquele sobre quem descansa o direito a receber – sucessor. Nesses termos, a sucessão pode se dar através de muitos atos da vida civil.¹

Aqui, por outro lado, é bem mais específico: relações jurídicas que se perpassam pelo tempo através da figura de sucessores; dos sujeitos-recipientes de um conjunto patrimonial, cuja continuidade esbarra na dicotomia da violenta interrupção da vida e que, esmaltada de uma expectativa universal de um “para além” na humanidade, encontra no plano terreno sua satisfação e realização de imortalidade. A tensão entre morte e continuidade. Nossa vida mesma é uma impressão herdada de limitações e vantagens, vozes e desejos de nossos antepassados de cujo legado nossa apropriação se confunde com a própria noção de cultura e civilização.

“*Le mort saisit le vif*”(o morto agarra o vivo). Dessa expressão que decorre todo o inevitável; todo o trauma; toda a ruptura; e o que nem ao Direito – principalmente ele – escapa de disciplinar, senão absorver, porque se estamos nesse mundo lutando bravamente contra a corrupção do tempo será na expectativa de vencê-lo em nossos sucessores. Neles, onde nem mesmo a invenção engenhosa *Succedere* escapa da regra que criou para si mesma, pois nós somos os maiores beneficiados dos seus inventores que por tão grande feito sentimo-nos ligados a eles de tal forma como se não houvesse entre nós e os romanos sequer um espaço de dois mil anos.

2.1 Direito romano

Transcorridos os milênios e ainda repetimos o que já era usual à época de Gaio – jurisconsulto romano do século II² - cujos manuscritos que chegaram quase inteiramente intactos até nós lhe rendeu constantes citações entre os atuais romanistas e serviu de modelo para as compilações do Império³; dividindo o Direito em das Coisas e das Pessoas. À alguma semelhança do que acontece hoje, as *Institutas* de Gaio, obra integrante do que a historiografia

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, Vol. 21, 5ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2009, p XVIII.

² KASER, Max. **Direito Privado Romano**. 2ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2011, p. 20.

³ GAIO. **Instituições**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2010, p. 25

chama por “corrente secundarista” ou “Jurisprudência Didática” da época clássica e auge da produção técnica (séc. I e II d.C.), exerceu constante atividade hermenêutica no exercício da prática a fim de estabelecer a construção de conceitos que facilitassem o exercício e a vista de uma solução clara das diversas situações jurídicas.⁴

Quanto às sucessões, era inicialmente matéria de Direito de Família. Apesar de na época arcaica, que durou até o séc. III a.C., ser marcada pela ausência técnica, a ideia de sucessão era clara: dar continuidade nos herdeiros domésticos ou herdeiros internos – *sui heredes* – a Sociedade Familiar do *de cuius* na forma e autoridade do *paterfamilias*. Nos filhos e na *uxor in manu* se davam a extensão desta instituição como lugar de culto aos deuses domésticos e empresa agrícola, distribuindo entre os sucessores igualitariamente, e sem cota ideal, o poder, autoridade e propriedade do pai da família, constituindo uma comunhão jurídica cooperativa sem chefe monocrático conhecida por *consortium* – algo muito semelhante em termos patrimoniais ao atual condomínio⁵, embora não se tratasse de uma comunidade patrimonial, mas de uma Sociedade Familiar. A distinção entre os institutos já era clara.⁶

Não havia até aí a instituição do testamento nem partilha de bens. A única forma de obter uma porção desse patrimônio seria ingressar com uma *Actio Familiae Eriscundae*, e evidente que isso estava resultando num fracionamento tão progressivo que prejudicava a rentabilidade da propriedade. Era necessário conservar a propriedade transmitindo o patrimônio indiviso a um único herdeiro, excluindo os demais da participação através de várias medidas *Inter Vivos*: emancipação de filhos do poder familiar, transmissão destes a outros núcleos pela adoção e matrimônio das filhas somado de um dote.

Nessas medidas ainda, seria o testamento com instituição de herdeiro a mais importante inovação, para não limitar a sucessão somente àquele herdeiro residente na propriedade e em poder familiar. Em se tratando agora de um único beneficiado, significa duas únicas formas de suceder: com ou sem testamento, ou seja, sucessão testada e *ab intestato* (intestada) – a presença de um necessariamente excluía a possibilidade do outro.⁷ Isso tinha implicações que consideraríamos estranhas: um causador que na faculdade de suas disposições testamentárias, esquecesse de mencionar cota ou legado, ainda que os beneficiados no testamento não fossem

⁴ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. 2ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2011, p. 20

⁵ Ibidem, p. 366

⁶ Ibidem, Lisboa, p. 373

⁷ Ibidem, 2011, p. 372

seus parentes e o *de cuius* possuísse algum, os bens não mencionados seriam redistribuídos entre os herdeiros testamentários através do direito de acrescer.

De acordo com os parâmetros fixados no parágrafo anterior, na ausência de testamento ou de herdeiros internos, previa a Lei das XII Tábuas que os parentes agnados cola mais próximos deveriam suceder, para só então depois cair nas mãos dos gentios, e não do poder público.⁸ Soma-se ainda que a propriedade poderia ser usucapida por qualquer estranho na falta dos *suis*. Todos estes são conhecidos por *extranei heredes* segundo o *ius civile*, e compõem a sucessão intestada juntamente com os herdeiros internos, mas participam em regra somente na ausência destes.

Embora o testamento tivesse surgido como forma de eleger um herdeiro interno em benefício dos demais que estivessem sob poder familiar, a exclusão deles pela via testamentária não limitava o testador a beneficiar somente o descendente, logo os pressupostos históricos testamentários foram aos poucos sendo menosprezados em detrimento das possibilidades técnicas e a vida urbana necessariamente deu mais liberdade na hora de elaborar um testamento. Sendo assim, havia a possibilidade de contemplar quantos herdeiros ou legatários quisesse o causador, com apenas poucas ressalvas legais, acumulando-se elas progressivamente nas disposições testamentárias ao longo da história do império.

Cabe ressaltar que cada indivíduo filho, ou respectivos representantes do *de cujos*, em conjunto ou não com sua *uxor in manu*, representavam uma *familia* – uma estirpe – e que cada qual possuía uma quota hereditária, mas que até o momento da partilha ainda permanecia em *consortium* com as demais estirpes; e que o direito de representação existia quase que de forma idêntica aos dias de hoje.⁹

Os romanos criaram a divisão terminológica do *ius civile*, inventaram o conceito de herdeiros testamentários e intestados, sendo nesta última classe decomposta entre internos e externos – algo muito próximo entre o conceito de herdeiros necessários e facultativos cogitando-se a ausência testamento; sistematizaram a substituição de herdeiros e o direito de representação por cabeça e por estirpe; criaram os fideicomissos, os legados, seus tipos e limitações nas disposições. Tudo isso fixado segundo uma teoria das obrigações e regras de publicidade que conferiam eficiência na prática do ato – é simplesmente notável.

⁸ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. 2ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2011, p. 368

⁹GAIO. **Instituições**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2010, p. 591

Nada disso seria possível sem os mecanismos de proteção ao entendimento de que os bens familiares, inclusive os imateriais – culto doméstico – deveriam ser preservados e transcorridos pelo tempo prioritariamente na Sociedade Familiar, dando margem nenhuma para o Estado através do evento *causa mortis* vir a figurar como eventual sucessor. Esses pressupostos de continuidade no núcleo familiar são muito fortes e ainda hoje nos acompanham, ainda que por outras causalidades históricas. Entretanto, os romanos não foram os únicos precursores deste princípio.

2.2 *Droit de Saisine*

Da implosão administrativa do Império do Ocidente, surgiram outros em seu lugar que continuaram em sentido cultural a noção de *imperium*, mas toda forma vibrante de pensar as relações jurídicas a partir de situações práticas já tinha desaparecido antes mesmo que Diocleciano fundasse a tetrarquia. Outras formas de se manifestar o Direito, essencialmente costumeiro na Alta Idade Média, substituíram a solenidade imperial.

No entanto, pessoas ainda possuíam terras, contratos ainda precisavam ser realizados, obrigações cumpridas e casamentos celebrados. Ninguém abandonou a vida civil, e a romanidade dos institutos ainda era muito mais presente no cotidiano, sobretudo porque nada ficou tão casual do que ainda permanecer enterrando seus mortos. Como hoje, a combinação de institutos segundo um regramento de vida foi o caminho mais natural, mas há algo particularmente novo e que nos interessa: o *droit de saisine* (ou direito de saisina como consta no Alvará de 9.11.1754).

A origem deste instituto não é muito clara. O debate das fontes leva com mais segurança aos francos,¹⁰ mas o fato é que trata-se de uma forma genérica de tradição, cujo caráter possessório do bem e petitório em favor do interessado são instantâneos e praticamente se confundem. *Saisine*, do verbo francês *saisir* – que significa prender ou agarrar – era utilizado na entrega de uma propriedade de terra ou para firmar qualquer relação jurídica por meio de uma entrega simbólica de bastão ou galho. Era muito importante que houvesse um sinal público e visível, porque nas tradições mais remotas desse instituto a *saisine* continha em seus requisitos a manifestação pública de uso e gozo daquele bem.

Em decorrência da grande necessidade de povoar e estabelecer laços de controle, a *saisine* também se manifestou nas relações de vassalagem, nas quais o senhor *saisit* (prendia) o vassalo por meio da entrega de terras a este pelas mãos daquele. Note-se que aqui era a terra quem se

¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. 21, 5ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 12

prendia ao seu senhor, logo não havia outra *saisine* que não fosse pela mão da autoridade temporal. Era ainda tão forte a ponto de prender os bens de um servo, apenas em posse temporária de propriedades que não eram suas, ao senhor após a morte daquele que os fruía.

O *droit de saisine* era do senhor feudal, contudo os parentes daquele tipo de servo – à época chamado por *mainmorte* – passaram a invocá-lo, a sobrevir a *saisine* do senhor de forma subsidiária somente quando ao tempo da morte do *de cujus* não estivesse coabitando com este nenhum dos interessados. Isso assumiu um caráter tão forte, que os sistemas de controle feudal morreram, mas dele sucedeu a forma do instituto, sobretudo e principalmente a fim de evitar a posse do bem por terceiros estranhos à relação familiar.

Ora, sabemos então que o trauma do evento causador da sucessão implica na continuidade de relações e bens jurídicos que traduzem e lançam nossa atenção sobre os mais angustiantes desejos de lutar contra a morte. Vejam só quanto esforço teórico na classificação e construção de conceitos jurídicos harmônicos movidos pelo desejo pragmático de resolver as situações cotidianas da vida, aplicados numa matéria completamente existencial e iluminados por ela mesma. Por quanto reducionismo não pecam muitos operadores do Direito – contaminados pelo materialismo – em pensar unicamente o Direito das Sucessões sob o objeto formal patrimonialista? Sobre isso a professora Giselda Hironaka citada por Tartuce explica que além de fundada no material, estaria justificada “principalmente no fator de proteção, coesão e perpetuidade da família”¹¹.

Ainda hoje todos esses institutos romanos e medievais citados permanecem conosco, no entanto, é imprescindível atentarmos para as motivações especiais que lhes deram causa e persistem ainda hoje.

Justifico o alerta, pois a despeito disto, cumpre destacar não ser interessante para o Direito qualquer exegese que maliciosamente constrói possibilidades hermenêuticas a fim de fazer participar, a exceção da sucessão testamentária, qualquer estranho não interessado neste evento.

Quando nossa legislação prevê a participação do Estado como eventual sucessor por meio da vacância, ela mesma significa, a exemplo do meio como os gentios se tornavam herdeiros, que não há nenhum outro parente ou integrante naquela *societas* possível de figurar como sucessor. Acontece, porém, ainda hoje, poucos – sorte nossa – optam, por inocência ou preconceito, pela participação do Estado nos bens particulares do companheiro falecido, elegendo a interpretação

¹¹ TARTUCE, Flavio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 9ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2015, p. 4

conjunta do inciso IV do art. 1.790¹² do atual Código Civil com o disposto no caput deste mesmo artigo, limitando a abrangência do termo “herança” daquele inciso aos limites estabelecidos pela onerosidade decorrente dos aquestos.

Tal conclusão não só é acintosa desde o que se pode extrair sistematicamente das demais leis em matéria de união estável – especialmente as antigas leis 8.971/94 (BRASIL, 2016) e 9.278/96 (BRASIL, 2016)– como é contrária à fundamentação histórica da participação dos “internos” na sucessão. Constitui em nós como marca tão visível do homem ocidental, que a participação do Estado nesses termos descritos causa grande indignação.

3. MOMENTO DE SUA ABERTURA E MODALIDADES DE SUCESSÃO

Muito do direito material civil permaneceu inalterado até que a revolução normativa dos grandes sistemas codificados ordenasse os conceitos e tecnologias jurídicas pensadas pelos romanos e medievais numa sequência hierárquica de temas, categorias e espécies conforme seus assuntos e objetos jurídicos. Paralelo ao que acontece hoje, as codificações do século XIX foram uma resposta catalizadora a um sem-fim de leis e consuetudos produzidos numa larga e insuportável escala além de desorganização hierárquica tanto temática quanto a níveis de competência para editá-las.

Ainda hoje, mais do que nunca, sistematizar codificando é sempre a melhor resposta legislativa quando se quer evitar a superposição normativa suspeita, que tanto mais geram infinitas conjecturas e atrapalham quanto nos favorecem em razão das intenções específicas da matéria ali tratada.

Se os microssistemas trouxeram para o direito a possibilidade de contemplar novas pessoas sujeitas de direitos e obrigações, a sistematização codificada dessas matérias em situação posterior à sua maturidade no ordenamento traz não apenas a possibilidade de simplificar e categorizar o específico, mas de manter o código sempre novo possibilitando sua “relação com a legislação especial continuamente produzida”.¹³

¹² Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, Vol. 21, 5ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2009, p XXI

3.1 Momento da abertura

Como explicado há pouco, a sucessão abre-se no instante do evento *causa mortis*.¹⁴ No nosso direito pátrio, o maior efeito disso é a transmissão *in continenti* aos herdeiros legítimos e testamentários¹⁵, sem que por instante algum recaia nas mãos de terceiros. Mais ainda, a propriedade prende-se imediatamente aos sucessores, como força do princípio de *saisine* há pouco demonstrado, só que com gritante diferença: quem exerce o direito originariamente não é um senhor feudal, mas o próprio sujeito passivo – o herdeiro. Nada de novo na história, pois mudam-se os objetos da relação, preservam-se os institutos e os princípios: esse movimento no Direito é quase que o seu próprio modo de respirar.

O fato é que isso terá repercussões importantes, pois a lei a reger a sucessão é aquela na qual se deu a sua abertura¹⁶, logo será a lei vigente sobre a proteção da qual realmente se efetivou a sucessão. Nesse sentido, a sucessão não se dá com a partilha, onde se desfaz o *colatio*, mas no exato instante da morte do causador. Eis que assim, a sentença a homologar a partilha retroage sua aplicabilidade a fim de atingir sua eficácia segundo o regramento jurídico do instante *causa mortis*, e não naquele segundo o qual se deu a partilha ou julgue-se ser mais favorável aos interesses do sucessor.

3.2 Sucessão legítima e testamentária

No Brasil, assim como no primeiro código, o atual diploma tratou da sucessão num livro a parte e dividiu em dois grandes momentos: sucessão legítima e sucessão testamentária, ambas em dois títulos distintos, e antes desses dois, outro título por meio do qual prescrevem-se várias disposições gerais que se aplicariam a todo o direito sucessório. Neste último título em comento também se encontram as duas formas pelas quais acontece a sucessão *causa mortis* como bem pontua o art. 1.786 do Código Civil.¹⁷

Como mencionado na abertura do capítulo anterior, a sucessão de que tratamos aqui é aquela decorrente do efeito morte – *causa mortis* – e como no direito romano, a sucessão *ab intestato* subsiste na ausência de disposição de última vontade do causador. Difere-se hoje daqueles dias, no entanto, quanto da impossibilidade de disposição total do patrimônio na hipótese de existência dos *sui heredes*, atualmente bem mais delimitados quanto a quem são e como participam.

¹⁴ VENOSA, Silveo de Salvo. **Direito Civil**, Vol. VII. 16ª edição, Atlas. São Paulo, 2016, p. 13-15

¹⁵ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

¹⁶ Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

¹⁷ Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

Os antigos *sui* hoje pela Lei 10.406/02 (BRASIL, 2016) são conhecidos como herdeiros necessários¹⁸, com o diferencial de além de serem aqueles cuja lei diz que herdarão, ainda têm direito à metade dos bens disponíveis do *de cujus*¹⁹, motivo pelo qual também são chamados de *reservatórios*.²⁰

Hoje apenas os descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, os ascendentes e o próprio cônjuge como classe isolada são herdeiros necessários. O código não relaciona o companheiro expressamente como herdeiro necessário e discute-se muito se ele o seria em razão da exclusão do rol do art. 1.845 ou ainda quanto a forma de participação nos bens do *de cujus*, uma vez que o companheiro herda somente sobre os aquestos adquiridos após a união²¹ ao invés da metade disponível dos bens do *de cujus* como consta ser efeito intrínseco em ser colacionado como herdeiro necessário. O tema será retomado quando for oportuno mencionar sobre a posição do art. 1.790 no Código e se por acaso o seu lugar na arquitetura do livro realmente afeta em não trata-lo como *necessário* gerando efeitos numa total exclusão da sucessão via testamento.

Existem outros herdeiros cuja sucessão está prevista em lei, mas não há cogência quanto a sua participação. São os herdeiros facultativos e são assim chamados, porque na ausência dos herdeiros necessários, a exemplo dos agnados e *sui heredes*, tomam parte na sucessão intestada. Estes herdeiros restringem-se até o quarto grau. São, portanto, primos, tios, sobrinhos-netos e tios-avôs.

Por si, conclui-se que são passíveis de exclusão da sucessão na sucessão testamentária, não se aplicando sequer aqui as regras de doação inoficiosa²² por força das quais uma doação só pode atingir os limites disponíveis que teria o doador caso estivesse elaborando um testamento²³.

Brevemente – *atestatiomentis* – é a prova do que tínhamos em mente em vida para que fosse realizado após a nossa morte.²⁴ Na disposição de ultima vontade, excluídas a cota parte reservada aos herdeiros legítimos, encontra-se a sucessão testamentária, “representando a

¹⁸ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹⁹ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Novo Código Civil, Vol. 21, 5ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 42-52

²¹ Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes

²² TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. 9ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2015, p. 38

²³ Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

²⁴ Ibidem, p. 334

principal forma de expressão e exercício da autonomia privada”²⁵. Constitui-se, pois, como um ato personalíssimo que cria, transmite ou reconhece direitos, sendo eficaz de produzir efeitos a partir da morte de quem o escreveu, ou seja, do autor da herança.

3.3 O que vem a ser família e Direito de Família

Sabendo que todas essas relações sucessórias foram reconhecidas e sistematizadas a partir das relações familiares, façamos algum esforço sobre este tema antes de nos dedicarmos às espécies familiares que figuram o direito sucessório neste trabalho.

Semelhante em quase todas as formas de grupamento, a família pode abarcar a quase todos eles constatando que foram estabelecidas com a intenção de constituir uma sociedade de fato – com regramentos próprios – com animus ou não de estabelecer uma prole; ou cujos integrantes se ocupem dentro desse grupamento num papel decorrente dessas relações originárias seja substituindo alguém nesse papel ou que esteja ligado a esta comunidade por relações de parentesco²⁶. Evidentemente esse conceito ainda se torna específico, pois necessariamente algum modelo familiar não estará contemplado em sua abstração.

Por isso mesmo que a designação de família é impossível do ponto de vista jurídico, pois o conceito objetivo, abstrato e geral, em decorrência dos inúmeros modelos familiares, criaria entraves caso um eventual membro invocasse o seu direito subjetivo, gerando efeitos desastrosos na tutela jurisdicional – coisa inadmissível num Estado democrático de direito.

Por outro lado, o alargamento dos conceitos prejudicaria a delimitação dos interessados na causa, abrindo enormes possibilidades para se instaurar um caos hermenêutico e jurisprudencial muito maior do que atualmente estamos inseridos.

Até mesmo a doutrina sabe das dificuldades e que há limites práticos tremendos em trazer a teoria do afeto para dentro do Direito. A saída estratégica mais sensata ao legislador parece sempre ser tratar algumas espécies familiares substancialmente menos distintas e estabelecer requisitos não cumulativos a serem preenchidos para a caracterização, concentrando-se nos seus agentes e na relação entre eles para poder deduzir as obrigações e expectativas de direitos. Esses meios encontrados pelo legislador coincidirão com as classificações do que venha inclusive a ser Direito de Família na doutrina. Assim diz Beviláqua citado por Venosa:

²⁵ Ibidem, p. 333

²⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Tratado de Direito das Famílias**. IBDFAM. Belo Horizonte, 2016, p. 55.

Direito de Família é o complexo das normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.²⁷

O problema nesse esforço de objetificação é: até hoje uma das literaturas mais densas é aquela da qual se ocupa em tratar do conceito de direito²⁸, e não sem antes passar por resultados completamente paradoxais concluídos distintamente por cada jurista ou filósofo – algo inesperado numa palavra que depositou em si a força de uma ciência, e não projeta um objeto claro. E o mesmo ocorre com o conceito de família.

Assim, por mais que seja inevitável aceitar na academia como um conjunto de regras erigido para regular a vida humana, saiba, porém, que o Direito não é a regra, mas tem nela a forma pela qual se manifesta, porque com ou sem a norma, estarão sendo concedidas ou não titularidades por seus sujeitos participantes.²⁹

Dessa impossibilidade conceitual a que se deveria chegar todos os juristas, infere-se não ser tipificável em norma qualquer espécie de direito³⁰, inclusive aqueles basilares do Direito Civil. E eis porque quando alguma norma cita algum princípio não é com o propósito de defini-lo, mas de reconhecer que são erigidos nela para tutelar situações atípicas. É exatamente aqui onde existe a perfeita ligação entre o movimento fluído e amorfo do Direito, das formas de família, e principalmente dos princípios constitucionais, justificando-se por que o mais recente movimento de civilistas – voltados para a constitucionalização, especialmente aqueles ligados ao Instituto Nacional de Direito de Família (IBDFAM) – estão mais favoravelmente inclinados a interpretar institutos e normas sistematicamente obedecendo a uma principiologia constitucional de forma responsável. Os princípios constitucionais do Direito Civil serão tratados com maior cuidado na análise do Recurso Extraordinário 878.694/MG quanto à inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

4. UNIÃO ESTÁVEL: FORMA DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR

Vamos avançar agora sobre como o nosso ordenamento jurídico cuidou de absorver a união estável em matéria jurídica, pois sabe-se que ela é reconhecida como um fato jurídico,

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, Vol. VII. 16ª edição, Atlas. São Paulo, 2016, p. 10.

²⁸ HART, L.A. Herbert. **O Conceito de Direito**. 6ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2011 p. 6-18

²⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Tratado de Direito das Famílias**. IBDFAM. Belo Horizonte, 2016, p. 60

³⁰ *Ibidem*, p. 62

mas com implicações diversas ao longo da história, na medida em que muitos dos que nela se encontravam mantinham-se no concubinato uma vez que não eram casados, mas separados de fato, não contando com instrumento jurídico próprio para dissolver essa relação. Muito pelo contrário do que acontece hoje, quando a maioria dos concubinos – puros, se preferir – permanecem nessa espécie por livre opção.

Atentemos para o fato de que embora a forma de constituição familiar no ocidente tenha sido prioritariamente o casamento, monogâmico enquanto perdurava a relação, sua noção de indissolubilidade somente se fará presente quando a concepção e formas católicas se introduzirem como culto oficial do Império e o Sucessor de Pedro for investido como *Pontifex Maximus*. Assim, a forma jurídica do direito natural percebido pela autoridade dos bispos encontrou instrumentalidade prática na tecnologia romana. Trata-se de um resumo histórico de mentalidades, e não de uma narrativa, pois muito embora o casamento sempre tenha sido um sacramento, ele acontecia por livre iniciativa dos nubentes³¹ sem obrigatoriedade de convalidação pela autoridade da Igreja nos padres, devendo a boa-fé inspirar os noivos para que não incorressem em nenhum impedimento. Assim, diz-se que o sacerdote somente assiste³² a celebração do casamento, e isso somente se torna requisito formal obrigatório a partir do concílio tridentino no século XVI.

O fato é que a convalidação e indissolubilidade do casamento pela autoridade da Igreja passou a ser controlada pelo Estado no século XIX através da instrumentalização deste instituto pelo *Code Civil*. E dessa absorção de requisitos e conceitos até o enfraquecimento das formas de vida orientadas pela Igreja, somados à tutela de que se auto-investiu o Estado em cuidar dos interesses civis apartados da única concepção católica de constituição familiar, é que surgirão pequenas decisões judiciais a reconhecer não só juridicamente o que seria os requisitos de um concubinato, mas em decorrência desse reconhecimento oferecer algumas tutelas jurisdicionais no campo das obrigações.

Na França foi no século XIX que houve o reconhecimento de sociedades de fato com o intuito de proteger o patrimônio dos envolvidos que colaboraram em esforço comum para sua aquisição. Dissolvendo-se essa sociedade, cada um teria sua parte correspondente por sobre

³¹ DENZINGER, Heinrich. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. 40ª edição, Ed. Loyola. São Paulo, 2007, p. 457

³² Cânon 1.109 do *Codex Iuris Canonici* O Ordinário do lugar ou o pároco, a não ser que por sentença ou decreto tenham sido excomungados ou interditos ou suspensos do ofício ou como tais declarados, assistem validamente, em virtude do ofício, dentro dos limites do próprio território, aos matrimônios não só dos seus súbditos mas também dos não súbditos, contanto que um destes seja do rito latino.

os aquestos. Logo, de uma sociedade econômica, aos poucos concedeu-se aspectos familiares com o reconhecimento do “concubinato notável” a fim de incluir o nome do companheiro no registro de seu filho.

Observe-se que o concubinato para ter preenchido seus requisitos reporta-se bastante ao casamento como paradigma, exceto no que diz respeito ao ato civil solene que uma celebração comporta, pois aquele depende apenas tão somente da situação fática como elemento constitutivo, tratando-se de um vínculo afetivo fora do casamento, mas com a intenção de viver como se casados fossem (*more uxorio*), sem portanto incorrer em nenhum dos impedimentos correspondentes ao matrimônio. Isso significa que antes mesmo de ser abraçado pela lei, o concubinato já constituía uma relação jurídica³³, que no Brasil somente foi reconhecida com amplos direitos a partir da Constituição de 1988 em seu art. 226, §3º excluindo essa incômoda terminologia e passando a chamar de união estável.³⁴

Assim, tem-se como requisitos para a formação da união: estabilidade, publicidade, continuidade e ausência de impedimentos, todos com a intenção de constituir família – *intuitu familiae*. Sem este último, mesmo com a presença de todos os anteriores não implicará em união estável.³⁵

Possui efeitos patrimoniais como claro efeito dos encargos solidários que decorrem desta relação, a exemplo de cuidar do lar e das despesas em comum. Assim a dissolução dessa sociedade familiar, garante ao companheiro (por ato inter vivos) o direito à meação e aos alimentos. Entretanto, se for causa mortis: o direito à meação, herança e direito real de habitação. Lembrando que a meação tem como causa, primordialmente, uma obrigação em razão da sociedade na qual viviam, e não do direito que rege a sucessão.

Assim, o regime de bens pode dar ensejo a situações idênticas quando partem de relações obrigacionais em decorrência de atos inter vivos, e isso traz consequências equânimes do ponto de vista patrimonial na meação resultante do rompimento da relação na causa mortis. Veremos a seguir que a disposição legislativa sobre o tema se assenta numa jurisprudência (e não meros precedentes) de mais de meio século em reconhecer a igualdade nas relações patrimoniais entre os concubinos, pois numa sociedade familiar prevaleceu o

³³ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA. **Tratado de Direito das Famílias**. IBDFAM. Belo Horizonte, 2016, p. 212

³⁴ § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

³⁵ FARIAS, C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**, Vol. 6. 8ª edição, Ed. Juspodivm. Salvador, 2016, p. 467

entendimento de idêntica participação dos constituintes daquele núcleo em construir um patrimônio.

Na sucessão por outro lado, trata-se tanto do domínio quanto continuidade de relações jurídicas do seu autor. É sobre ele que recai a atenção a fim de prolongar tais relações na sociedade familiar na qual ele estava inserido, portanto é sobre essas relações patrimoniais combinadas com a participação dos herdeiros que incidem as normas quanto à participação, concorrência e quotas sucessórias.

5. TRATAMENTO DO COMPANHEIRO ANTES DO CÓDIGO CIVIL

Para facilitar nossa compreensão, evitarei utilizar a partir de agora o termo concubino a fim de designar uma pessoa que não teria impedimentos legais caso estivesse disposta a se casar. Esta designação sempre será destinada, a fim de unificar a terminologia, para as relações adulterinas e incestuosas. Quando for inevitável mencionar concubino como sinônimo de companheiro, farei destaque.

Inicialmente a união estável, essencialmente restrita ao campo das obrigações, no Brasil, os primeiros casos a serem acolhidos em norma em favor de garantir efeitos patrimoniais a esta relação foi o Decreto-lei 7.036 de 1944. Ela oferecia à companheira a chance de perceber indenizações nos casos em que o seu companheiro fora vítima em acidente de trabalho.³⁶

De relações sujeitas de direitos, especialmente patrimoniais, a tendência aqui, a exemplo do que ocorreu na França, será de reconhecer o concubinato (união estável) como sociedade de fato.

De um lado o Decreto-lei 7.036/44 e do outro a sociedade de fato reconhecida na Súmula n. 380 em 1964. A tendência acumulará em si a concepção dos direitos obrigacionais já reconhecidos anteriormente e acrescentará a eles a noção de sociedade de fato. Surgiu uma nova figura nos entendimentos que já pareciam apontar para o inevitável. Logo, de pequenas inclusões simbólicas, o gérmen nelas contido seria precursor do que viria a acontecer em 1988.

Foi então quando a Lei 6.015 de 1973 (Lei de Registros Públicos) passou a admitir o uso do nome do companheiro pelo companheira. Agora o Estado admitia a presença da marca

³⁶ TARTUCE, Flavio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 9ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2015, p. 238

formal mais nítida de uma sociedade familiar que traduzia a coabitação e reciprocidade. Se naqueles tempos o Brasil contasse com uma doutrina tão vanguardista como a que se tem hoje, sequer seria necessário haver disciplina constitucional para procurar na lei a fonte que legitimasse tão claramente a união estável como espécie de família.

Por sorte, a Constituição simplificou tudo, nos economizou o debate e veio a disciplinar a matéria. Não é preciso mencionar que a vantagem de contar com a hierarquia constitucional, abaixo da qual todas as demais normas respondem aos seus comandos por determinação expressa ou principiológica, deu à união estável – por meio da inclusão da matéria no artigo 226 da Carta Magna – o imperativo de ver a norma com eficácia limitada ser regulamentada em leis específicas.

Ao nosso interesse específico no tocante à participação dos companheiros na sucessão, cumpre destacar duas leis: Lei 8.971/94 e a Lei 9.278/96. Foram bastante representativas, pois antes delas a jurisprudência não deferia qualquer direito sucessório por falta de regulamentação.

Quanto à primeira lei, prevê em seu art. 2º, a participação do companheiro em concorrência com os filhos comuns ou unilaterais do cônjuge a quota de usufruto da quarta parte dos bens³⁷. Essa participação aumentava para a metade quando concorria com os ascendentes. Conhecemos hoje essa espécie de participação como usufruto vidual.

Até aí não garantia a propriedade dos bens, exceto no inciso III deste artigo em comento quando diz: “na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança”. Observamos aqui o interesse do legislador em reconhecer o companheiro, já integrante de uma sociedade de fato, constituidor de família, ser um herdeiro interno, desejando fortemente evitar que estes bens parassem em mãos estranhas ou totalmente alheias àquele núcleo – um tio-avô, a exemplo do inciso III do artigo 1.790.

A Lei 9.278/96, como visto, decide ir além das questões patrimoniais e estabelece condições acerca do instituto em seu artigo 1º; além de equiparação de direitos e deveres iguais aos do casamento, tais como respeito, consideração, assistência moral e material, guarda, sustento e educação dos filhos.

³⁷ Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

Nessa linha de reconhecimentos, o art. 5º desta última lei também conferiu aos companheiros que todos os bens adquiridos na constância da união por um ou ambos, a título oneroso, passam a pertencer a ambos. Com isso, retirou a dúvida levantada pela doutrina a respeito do que era esforço em comum na determinação dos aquestos, garantindo, nos termos do artigo, condomínio sobre todos os bens após a união.

O uso do termo condomínio ao invés de comunhão, ao que tudo indica, foi meramente elegido a fim de afastar esforços de identidade entre as formas familiares e seus regimes, mas o fato é que na prática isso significava a comunhão parcial de bens. Além disso, outra concessão importante – extraída do parágrafo único do art. 7º desta lei³⁸ – foi o direito real de habitação concedido ao companheiro sobrevivente na residência destinada à família desde que não constituísse nova união. Trataremos muito brevemente acerca da meação e do direito real de habitação num só capítulo mais adiante, quando pudermos comparar as previsões legais, a jurisprudência e os enunciados da Jornada de Direito Civil na vigência do atual código.

6. POSIÇÃO DO ARTIGO NO CÓDIGO CIVIL

Não bastasse a redação descuidada e a formulação apressada, a sua posição causa mais problemas do que se possa imaginar, pois o artigo 1.790 foi introduzido nas disposições gerais – algo totalmente deslocado. Isso porque as disposições gerais contém um regramento que disciplina todas as demais matérias tratadas em seções especializadas abaixo delas, implicando numa disposição genérica onde outras disposições, a exemplo do que acontece entre um caput e um inciso, restringem o alcance geral.

Há quem pense que a sua posição reflete apenas um descuido, um relapso do legislador que não soube onde bem encaixar um artigo com matéria tão específica e diferente do que jamais se poderia imaginar de se amparar como fato jurídico através de uma norma. Desejando o legislador confessadamente tratar de maneira não equânime o cônjuge e o companheiro em matéria sucessória, decidiu não só na matéria do artigo construir situações quase irresolúveis, como colocar em dúvida a que espécie de herdeiro está classificado o companheiro.

A partir dessas pequenas dimensões, já se constata que o artigo tem algumas implicações muito mais desastrosas do que supérfluas como se possa imaginar. E a primeira

³⁸ Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

delas é quanto à vocação hereditária, a fim de saber se o companheiro é herdeiro necessário ou facultativo.

Contudo, apesar da resposta estar na interpretação do artigo, cabe mencionar que sua localização, caso se assuma ser um herdeiro que obrigatoriamente será chamado a participar, perturba as classificações doutrinárias.

Desse desastre nos deparamos com a lastimável lição de que códigos neste país têm prazo de validade muito curtos, pois os responsáveis por ordenar a nova matéria, compreendê-la seja enquanto objeto ou novo instituto, e adaptá-la harmonicamente dentro da pertinência temática e hierárquica, estão pouco preocupados com as suas displicências, sobrecarregando de responsabilidades os doutrinadores e operadores do direito para que paguem por sua inércia presunçosa.

7. PARTICIPAÇÃO DO COMPANHEIRO NA SUCESSÃO

Passemos agora a uma das partes mais relevantes deste trabalho, embora tenha desejado em todos os capítulos anteriores deixar lá marcas que fossem retomadas aqui; bem como imprimir o sentido de uma visão mais ampla – tanto histórica quanto juridicamente.

Chamo atenção, no entanto, ao fato de o principal objetivo deste capítulo não ser preencher com exemplos as situações elencadas no caput e seus respectivos incisos, mas na medida do possível e do que for de pacífica interpretação, primeiramente demonstrar como está sendo aplicado um a um.

Quando houver divergência, e certamente esta será a regra, tentarei demonstrar sob qual premissa está assentada esta jurisprudência ou aquele precedente. Quando estas premissas não se demonstrarem claras ou fortes, partiremos para a doutrina. Aqui surge uma dificuldade maior ainda, pois os juízes – quando não são eles mesmos doutrinadores – também leem e compartilham as mesmas visões das respectivas e inúmeras propostas doutrinárias, o que pode terminar num processo redundante do qual se terá dificuldades para avançar até a etapa seguinte.

Com a expectativa de vencer as dificuldades da etapa anterior, seguiremos na doutrina os mesmos passos que perseguimos na jurisprudência, diferindo-se, no entanto, de que nos apoiaremos na interpretação sistemática dos demais dispositivos normativos a fim de harmonizar e catalisar a substância das premissas erguidas por cada um, seja doutrina ou jurisprudência.

Ao final destes três próximos capítulos chegaremos a um impasse quase intransponível que culminará no retorno da celeuma contida no próprio artigo em comento, resolúvel praticamente por via legislativa, mas que antecipadamente encontrará no Supremo Tribunal Federal a nova realidade paradigmática do Direito Civil. Prossigamos.

Essencialmente a norma que disciplina a participação do companheiro é aquela que trata de sua vocação hereditária, ou seja, o art. 1.790 do novo código, o qual se faz necessário citá-lo inteiramente:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Este artigo contém a substância genérica, enquanto os incisos tratam da matéria que a compõe na forma, evidentemente, restritiva. Contudo, como se verá na análise do inciso IV deste artigo, é muito discutível se o termo herança ali contido está restrito aos termos da onerosidade. Então, preliminarmente, entendamos que se a substância é a herança total sobre a qual participa o companheiro, nada mais significa ser uma péssima e contraditória subordinação categórica entre os termos “herança” e “onerosamente”, a menos que se considere o município como sucessor dos bens particulares.

Assim, pelo exposto no capítulo anterior, o companheiro será convocado a despeito de qualquer vontade do autor da herança, exceto na exclusão por indignidade ou renúncia.

Quanto ao esforço comum, embora o Código Civil não discipline, chega-se à seguinte pergunta: houve revogação total da lei 9.278/96? Bem, como o Código Civil não disciplinou tudo o quanto estava contido nessa norma, pela fonte legal não é possível saber. O mais sensato tendo em vista o silêncio normativo, seria tratar como uma revogação parcial,

concluindo-se por uma subsistência dos artigos em matéria específica, tais como o art. 5º sobre o condomínio e o art. 7º sobre direito real de habitação.³⁹

7.1 Concorrência do companheiro com descendentes comuns e os unilaterais

Sobre os dois primeiros incisos, aqui discorreremos sobre a concorrência do companheiro sobrevivente com os seus descendentes. Dessas formas de concorrência, sabe-se que não há paralelo com as legislações que tratavam sobre o tema, porque desta vez houve uma ampliação dos benefícios concedidos ao companheiro, que somente poderia herdar algum bem na hipótese do inciso III, art. 2º da Lei 8971/94.

Quanto à aplicabilidade do primeiro inciso, ele deve ser lido em conformidade aos limites do caput: a concorrência se dá sobre os bens onerosos. No entanto, um dos primeiros questionamentos quanto a este primeiro inciso seria: Em qual lei se encontra a cota para cada filho se a matéria de concorrência na qual contempla o companheiro está somente balizada neste artigo em comento?⁴⁰ Seria a lei 8.971/94, sem sabermos ao certo se está totalmente revogada; ou o recém aprovado Código Civil? Em matéria de doutrina, Eduardo de Oliveira Leite tenta buscar reforço no art. 1.829, inciso I, justificando-se no art. 1.725.⁴¹

Outro levantamento importante é sobre a restrição quanto aos filhos. Aqui a interpretação é extensiva, pois havendo alguma restrição à mera filiação, os demais descendentes só estariam acobertados pela lei caso pertençam ao ramo do de cujus – caso previsto no inciso seguinte. O entendimento é pacífico e foi expresso no Enunciado 226 da III Jornada de Direito Civil, de autoria de Francisco José Cahali.⁴²

O inciso II, por seu turno, encontra iguais dificuldades na precisão técnica, e mais uma vez o legislador parece equiparar com a previsão de concorrência com a do cônjuge, mas tal como lá encontra as mesmas dificuldades, pois não previu a possibilidade da descendência mista.

Há quem defenda ser estes dois primeiros incisos um retrocesso. Não caberia num só livro adentrar no mérito do que venha a ser um retrocesso e se ele é válido, o fato é que os companheiros não contavam com participação na herança sobre quaisquer bens onerosos ou

³⁹ Enunciado 117 da 1ª Jornada de Direito Civil: 117 – Art. 1831: 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.

⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, Vol. 21, 5ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 70

⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, Vol. 21, 5ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 71-72

⁴² Enunciado 266 – Art. 1.790: 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.

particulares. Outros direitos estavam garantidos e certamente contavam com a meação dos bens adquiridos em esforço comum durante a união estável conforme a Súmula n. 380, mas como já sabemos isso não decorre do direito sucessório.

A tese estaria bem fundamentada caso não fosse permitido a lei prever em assunto específico tratamento diferenciado em matéria patrimonial, dessa forma vinculando o legislador às pretensões de equiparação nos efeitos patrimoniais entre os dois institutos, quando na verdade após 1988 foi por discricionariedade que decidiu contemplar o companheiro em matéria sucessória, levando inclusive à maiores vantagens patrimoniais na união estável do que no casamento, pois somavam a possibilidade de direito real de habitação com o usufruto.

7.2 Concorrência na *sucessão híbrida*

Diante do silêncio do legislador quanto à previsibilidade de um dos companheiros estar em segunda união, desimpedida, novamente a doutrina teve de se socorrer da analogia ou da força criativa para solucionar o impasse. A jurisprudência tenta acompanhar algumas correntes que ao todo são quatro.

A primeira corrente é aquela favorável à aplicação do inciso I, pondo todos os filhos, unilaterais ou não, em igualdade na concorrência por cabeça juntamente com o companheiro. De todas as correntes, essa é aquela com que se conta mais adeptos, sendo a que mais favorece o companheiro, pois a sua proporção na cota é de um inteiro.

A segunda corrente opera em favor da prole, optando pela aplicabilidade do inciso II, motivo pelo qual acreditam ser a prole o objetivo maior da transmissão da herança, obedecendo a regra da vida, segundo a qual os filhos não são enterrados por seus pais ou por quem cumpra socialmente seu papel.

A terceira corrente conta com o apoio de um único doutrinador⁴³ e não se vê julgados operando em favor dela, que segundo a qual, a concorrência em questão deveria ser apreciada conforme os termos do inciso III. Por não haver previsão legal, tratar-se-ia de “outros parentes sucessíveis”. Uma interpretação sistemática afastaria esta opção, pois o legislador teve clara intenção em beneficiar a prole na edição do artigo em detrimento do companheiro sobrevivente, que na opção do inciso III, a depender da quantidade descendentes, estaria sendo beneficiado em favor deles em razão de uma quota reserva.

⁴³ TARTUCE, Flavio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 9ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2015, p. 250

Por último, a quarta corrente decide por uma sequência de médias ponderadas combinando os dois primeiros incisos. Destaca-se entre ela a fórmula Tusa, desenvolvida pelo professor Gabriele Tusa. Conta com apoio doutrinário, mas também não se tem notícia de sua aplicação em decisões judiciais, sobretudo, supõe-se, por sua capciosa fórmula matemática não muito atraente aos operadores do Direito.

7.3 Totalidade da Herança.

O Caput deste artigo não traz a menção quanto aos bens particulares do companheiro falecido, levantando algumas possibilidades quanto a quem eventualmente seria o seu herdeiro.

Na hipótese tratada no inciso IV, o companheiro herdaria na ausência dos demais parentes sucessíveis citados na ordem de vocação tratada nos incisos acima. A pergunta que surge imediatamente é sobre quais bens herda o companheiro-viúvo – são todos os bens particulares em conjunto com os onerosos ou somente os aquestos? Quer dizer, o único herdeiro aqui apresentado será vocacionado a receber a herança em seu sentido completo – todos os bens do de cujus – ou tem seu direito limitado ao comando do caput que diz a forma e a incidência do alcance da participação?

A resposta não é fácil, porque todas as analogias sistemáticas utilizam artigos e pressupostos lógicos em cuja definição não trará outra palavra mais ou menos específica do que aquela já contida no inciso em comento: “herança”. Isso nos fará sempre retornar à questão inicial. Senão vejamos.

O casal Nery (apud Leite, 2009, p. 69) – Nelson Nery Jr. e Rosa Nery – sustentam a tese de incapacidade de participação do Estado sob três argumentos: Os termos do art. 1.844; a lei foge do comando do caput; e a abertura da jacência se dá quando não há mais herdeiros legítimos.

Quanto ao último argumento apresentado traz um problema de ordem técnica: não há consenso se o companheiro é herdeiro legítimo, embora o caput expressamente não torne a sua participação disponível, exceto, óbvio, se for excluído. Já quanto aos dois primeiros argumentos, é impossível, exclusivamente pela lei, ou na análise sistemática determinar o alcance de herança do art. 1.844⁴⁴, uma vez que o art. 1.790 disciplina matéria específica na

⁴⁴ Art. 1.844: Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

vocação hereditária, impossibilitando-nos em saber se a herança em que fala lá no capítulo de sucessão legítima está ou não também em conformidade com os termos do comando do caput do regramento especial, não nos permitindo resolver o alcance. Quanto ao segundo é tão mais grave do que o primeiro, pois um inciso está em regra limitando e disciplinando especificamente o comando da cabeça do artigo sem contradizê-lo. E não há contradição expressa neste caso.

Aqui, mais uma vez, estamos diante de uma bifurcação: ou o inciso de fato foge ao comando do caput, como sugerido acima pelos doutrinadores; ou o legislador passou dos limites da torpeza.

Se nós pudéssemos inferir as intenções legislativas, a partir do que não resta dúvida acerca das diferenças entre cônjuge e companheiro em matéria sucessória, teríamos alguma razão da suspeita, mas atente: este artigo, além de mal posicionado, mal redigido, impreciso e com uma hierarquia categórica deplorável – inefável em erros – nos faz pensar ter sido só mais um cochilo em razão do já conhecido desinteresse de muitos dos nossos legisladores em técnica legislativa.

Digo isso, especificamente, porque a redação deste inciso é precisamente do mesmo teor do inciso III do art. 2º da Lei 8.971/94: “na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.” O que faz supor ele ter optado pelo mesmo regramento desta lei.

O problema porém é que o art. 2º apenas elenca hipóteses de participação da herança tratada como um todo, o inciso IV do art. 1.790, porém, além de não se tratar de usufruto viual, ordenaria a partir de uma restrição na forma como o sobrevivente participaria: onerosamente.

Por sorte não vivemos num Estado que além de altos tributos, inclusive sobre a sucessão, não peticiona ações de herança, tampouco não se vê por aí juízes deferindo vacância sobre os bens particulares do autor da herança tendo restado algum herdeiro interno, de modo que este ponto incômodo não tem sido motivo de grandes alardes na doutrina ou na jurisprudência.

Além disso, como explicado nos capítulos anteriores, sobretudo na parte histórica, não há razões – não que o Estado precise de alguma quando ele obstinadamente quer –, para alguém totalmente alheio àqueles herdeiros tomar parte como se fosse um dos “seus” (em

referência a *sui heredes*).⁴⁵ O ato de suceder significa a permanência, no tempo, de um conjunto de valores, de bens mais imateriais do que materiais, no seio do núcleo familiar. Ou seja, nada é mais privado do que a intimidade da cumplicidade e da vida na família da qual não faz parte o ente abstrato chamado Estado.

Nesse sentido, o acórdão 4034200 do TJSP⁴⁶: “Falecida a companheira, sem deixar descendentes ou ascendentes, herda com exclusividade seu companheiro, Interpretação sistemática da atual ordem constitucional. Art. 1.829, III, CC/2002 c/c 226 CF”⁴⁷

7.4 Concorrência com demais parentes sucessíveis.

Dessa previsão no artigo 1.790, de todas, ela é a mais nevrálgica e talvez uma das poucas que em termos de doutrina e jurisprudência haja discordância quanto à sua total desproporção e insensatez. Nunca qualquer norma anterior contemplou a obrigatoriedade dos parentes colaterais concorrerem com o cônjuge.

O companheiro nesses termos, concorrerá com o parente colateral e o ascendente, na proporção de um terço, sobre os bens que em esforço comum – antes fossem os particulares – adquiriu juntamente com o de cujus. Alguns doutrinadores veem neste inciso um esforço do legislador em trabalhar com possíveis compensações, a fim de que não acontecesse o mesmo a partir da dupla aplicabilidade das leis 8.971/94 e 9.278/96 quando o companheiro obtinha mais vantagens do que o cônjuge, ao acumular o usufruto e o direito real de habitação.

Nesse sentido, invoca-se inclusive o princípio da vedação ao retrocesso social a fim de descaracterizar sua aplicabilidade. Apesar de ser uma visão muito predominante, muitos tribunais se recusam a adotar posições que julgam exegeticamente arriscadas, e preferem negar provimento nos pedidos de inaplicabilidade deste inciso com base na vedação do retrocesso social, e na afronta à igualdade em todas as formas de família no tratamento equânime ao cônjuge viúvo como herdeiro de terceira classe, na combinação do art. 226 da Constituição com o art. 1.829, inciso III.⁴⁸

⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, Vol. 21, 5ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 70

⁴⁶ http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/04/02_da.sucessao.do_companheiro.pdf. Consultado em 25 de novembro de 2016

⁴⁷ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. 9ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2015, p. 239

⁴⁸ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

8. MEAÇÃO E DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

8.1 Meação

Sem nos concentrarmos demasiadamente sobre o assunto, não poderíamos deixar de lado dois grandes efeitos obrigacionais que surgem a partir da *causa mortis*. Ambos são institutos separados do ramo sucessório, mas em decorrência do rompimento dos laços que mantém seus integrantes, geram consequências patrimoniais, garantindo ao companheiro sobrevivente um montante além do que teria por direito, caso esteja no regime patrimonial equivalente ao da comunhão de bens.

Foi demonstrado ainda há pouco que a partir do advento das leis regulamentadoras da união estável nos anos 90, muitas relações patrimoniais que estavam restritas na jurisprudência ganharam força de lei.

A mais importante foi a Lei 9.278/96, pois em seu art. 5º, como dito, afastou as dúvidas sobre o que seria esforço em comum após constituída a união estável, equiparando-se quase que totalmente em termos práticos ao regime de bens no casamento, pois conferiu especificidade quanto aos aquestos contidos no teor da Súmula n. 380.

Em 2002, o Código Civil confirmou a equiparação e a presunção de esforço em comum contida na lei especial e fundou no artigo 1.725 uma amplitude na interpretação sistemática quanto à comparação de regimes entre os dois institutos familiares. Para afastar essa presunção, que é absoluta,⁴⁹ apenas um contrato escrito entre os companheiros seria necessário.

Tão logo cumulada a possibilidade de meação dos aquestos na Súmula n.380; os requisitos para o que venha a ser esforço em comum; a dimensão e alcance para equiparar os companheiros aos cônjuges quanto ao regime; surge o enunciado 115 da Jornada de Direito Civil⁵⁰ a fim de não tornar mais necessária a prova do esforço em comum para verificar o que eles chamam por “comunhão”. Assim diz o enunciado:

III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais.

⁴⁹ FARIAS, C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**, Vol. 6. 8ª edição, Ed. Juspodivm. Salvador, 2016, p. 494.

⁵⁰ Enunciado 115 da I Jornada de Direito Civil – Art. 1.725: há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens.

Enunciado 115 da I Jornada de Direito Civil – Art. 1.725: há presunção de comunhão de aqüestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens.

Consolida esse caminho bem trilhado em lei há 20 anos as nossas cortes superiores, reconhecendo a meação dos bens onerosos adquiridos ao longo da relação sem a necessidade de provar o esforço em comum, que sempre é presumida⁵¹. No entanto, é possível que se afaste essa presunção provando que esses bens não foram adquiridos na constância da união, e logo foram elencados três possibilidades de afastamento: quando as partes estipulam contrato de convivência em sentido contrário; se a aquisição ocorreu durante a convivência, mas em sub-rogação de bens adquiridos anteriormente; e na hipótese de aquisição após a separação de fato⁵².

No direito sucessório, a meação, conforme regra do art. 1.790, pode, a depender do caso, vir a beneficiar mais ainda o companheiro do que se ele estivesse sob a proteção do art. 1.829, pois quando houver muitos bens onerosos presumidos de forma absoluta dos conviventes incorporaram o acervo, sobre essa mesma base, recairão as regras de sucessão do artigo 1.790, bem como a meação por dissolução da sociedade.

Essa vantagem é inclusive motivo de arguição de inconstitucionalidade por afronta à isonomia, tendo como seus defensores a posição de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim.⁵³

8.2 Direito real de habitação

Brevemente, o direito real de habitação surgiu com a intenção de proteger o companheiro sobrevivente do desamparo. Foi editado no art. 7º da Lei 9.278/96 e juntamente com a Lei 8.971/94 garantem o usufruto dos bens do de cujus, entendendo a doutrina, antes da vigência do novo código, serem cumulativos.

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19128044/recurso-especial-resp-633713-rs-2004-0028417-4-stj> Consultado em 24 de novembro de 2016

⁵² <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9052056/recurso-especial-resp-758548-mg-2005-0097055-2/inteiro-teor-14230836> acessado em 24 de novembro de 2016

⁵³ TARTUCE, Flavio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 9ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2015, p. 338

Após 2002, para maior parte da doutrina, bem como para a jurisprudência, o direito real de habitação do companheiro sobrevivente ainda resta vigente, a despeito do silêncio no Código. Acontece dessa forma por força do princípio da vedação ao retrocesso social, e aplicação analógica do art. 1.725 cumulado com o art. 1.831 do novo Código.

9. PREMISSAS DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Um artigo com tantos problemas, técnico, material e formal, não poderia deixar de suscitar grandes comoções nos tribunais, sobretudo porque eles não possuem uma uniformidade de compreensão acerca dele.⁵⁴ As diferenças entre os posicionamentos, as matizes com que partem as premissas, tudo, são um reflexo de como os magistrados mesmos enxergam o direito, e esse barulho que não se coaduna para tirar ao menos conclusões parecidas depende de uma incidência mais ou menos harmônica entre os que se posicionam de forma diferente opere por cima de um objeto ao menos possivelmente harmônico.

Contudo, não é possível dividir o direito em maniqueísmos; uma batalha entre o legalismo e os princípios gerais, se poderíamos dizer assim. Mesmo que alguém tome sua posição a partir desse embate, deve ao menos reconhecer que quando uma norma é construída em cima de uma prática hermenêutica mais ou menos consensual, ou ainda, ao menos bem redigida e catalogada, os impactos e incidências dela, seja para solucionar o silente ou o inadequado, são bem menores. Não é o caso.

Não há nada neste artigo que aja em seu favor: é como se pensássemos ter sido editado para irracionalidade e obstinação presunçosa, porque mesmo partindo da premissa de constitucionalidade, na melhor das hipóteses, quem a defende sustentará como último bastião a faculdade legislativa em tratar os institutos civis em matéria patrimonial de maneiras distintas, mas não poderá deixar de admitir a arbitrariedade vil com que foi tomada não uma, duas, três, mas várias decisões propositadamente bem pensadas a fim de diferenciar o companheiro do cônjuge em matéria sucessória.

É essencial que se repita, assim, o §3º do art. 226, que diz: “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Esse parágrafo é o mais duro campo de batalha

⁵⁴ HIRONAKA, G. et al. **Direito de Família e das Sucessões Temas Atuais**. Forense. São Paulo, 2009, p. 455

dos civilistas especialistas em família e sucessões, pois dele decorrem quase todas os posicionamentos acerca da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Se pudermos mapear as doutrinas que influenciam nossos tribunais nessa matéria, dividiríamos basicamente em dois grandes ramos, todas elas, evidentemente, partindo de pressupostos deduzidos da Constituição. Assim, é essencial primeiramente que tratemos do comando dado a partir da Constituição Federal (BRASIL, 2016) com uma clara e efetiva proteção da instituição familiar como um todo nas suas mais diversas formas de manifestação. Vejamos algum dos posicionamentos doutrinários sobre os quais exerceremos exame de suas premissas logo após a exposição de seus argumentos.

9.1 Adeptos à inconstitucionalidade

Por um lado os adeptos da total inconstitucionalidade reportam-se à igualdade entre todas as formas de família quanto à sua dignidade; e de que essa igualdade reporta-se à semelhança porque são substancialmente família, mas situações distintas, como provaremos logo mais. De qualquer forma, desse desatino semântico – que não prejudica a conclusão a que eles querem chegar – infere-se: se a união estável possui regime patrimonial equiparável por lei àquele do casamento e ainda se o direito sucessório apoia-se nesses regimes para decidir como deverá ser feita a partilha, é injusto que em outro regime tomado como equiparado ao do casamento hajam a partir dele tomada de decisões desiguais para o companheiro caso fosse unido ao de cujus pelo casamento.

São favoráveis a esse entendimento muitos dos grandes doutrinadores do país, inclusive Zeno Veloso. Veloso (apud Tartuce, 2015, p. 286):

As famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito. Não há em nosso país, família de primeira, segunda ou terceira classe. Qualquer discriminação, neste campo, é nitidamente inconstitucional. O art. 1.790 do Código Civil desiguala as famílias. É dispositivo passadista, retrógrado, perverso. Deve ser eliminado o quanto antes. O Código ficaria melhor – e muito melhor – sem essa excrescência.

Sobre a igualdade e a isonomia entre o cônjuge e o companheiro, O Enunciado 3º do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família: “Em face do princípio da igualdade das entidades familiares, é inconstitucional tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro.”⁵⁵

⁵⁵ < <http://daleth.cjf.jus.br/>>. Consultado em 25 de novembro de 2016.

Maria Berenice Dias, reforça bem a fonte constitucional que segundo ela faz da norma terminantemente inconstitucional. Dias (apud Tartuce, 2015, p. 287):

As diferenças são absurdas. O tratamento diferenciado não é somente perverso, é escancaradamente inconstitucional. No mesmo dispositivo em que se assegura especial proteção à família, a Constituição Federal reconhece a união estável como entidade familiar, não manifestando preferência por qualquer de suas formas.

Por último, sem a necessidade de trazer todos os especialistas em sucessões, sustenta a professora Giselda Hironaka, a quem se credita ser uma das vozes vanguardistas em Direito de Família e das Sucessões mais sensatas do país:

O art. 1.790 do CC restringiu a possibilidade de incidência do direito sucessório do companheiro a parcela patrimonial do monte partível que houvesse sido adquirido na constância da união estável, não se estendendo, portanto, aquela outra quota patrimonial relativa aos bens particulares do falecido, amealhados antes da evolução da vida em comum. A nova lei limitou e restringiu, assim, a incidência do direito a suceder do companheiro apenas àquela parcela de bens que houvessem sido adquiridos na constância da união estável a título oneroso. Que discriminação flagrante perpetuou o legislador, diante da idêntica hipótese, se a relação entre o falecido e o sobrevivente fosse uma relação de casamento, e não de união estável⁵⁶

Flávio Tartuce, embora aceite parcialmente a inconstitucionalidade apenas em seu inciso III⁵⁷, busca isonomia até mesmo na norma processual:

A propósito essa distinção não foi feita pelo Novo Código de Processo Civil, que equiparou o companheiro ao cônjuge para fins processuais. Há assim, uma clara mensagem de isonomia dada pelo legislador mais recente.

Outros doutrinadores dividem-se pela inconstitucionalidade parcial, sendo o único ponto pacífico desta matéria: todos concordam que a desproporção nas relações familiares entre companheiro-viúvo e parentes colaterais, especialmente os de quarto grau, como se interpreta a partir do inciso III, é inconstitucional, sobretudo porque a Lei 8.971/94 antes de

⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2ª edição, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014, p. 420.

⁵⁷ TARTUCE, Flavio. **Direito das Sucessões**. 9ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2015, p. 288

conceder a participação total do companheiro na herança, não tratava de colaterais, mas de descendentes e ascendentes. É o caso de Flávio Tartuce. Já Sílvio de Salvo Venosa, apesar de criticar a existência do inciso III, não chega a mencionar inconstitucionalidade dele, tampouco do artigo por completo.

9.2 Adeptos à Constitucionalidade

Quanto aos adeptos da constitucionalidade, seus argumentos partem de pressupostos distintos. A primeira corrente, à qual se filia Eduardo de Oliveira Leite, não só vê a diferença entre as duas formas familiares na norma infraconstitucional é fruto de um comando original da Constituição, como também credita ao art. 1.790 que omitindo a noção de usufruto e substituindo pela participação no patrimônio por quotas tem a intenção de “guindar o companheiro ao mesmo patamar do cônjuge, na ordem de vocação hereditária”.⁵⁸

Já uma segunda corrente na qual tem um dos seus expoentes Mário Luiz Delgado, tal como a que se filia Eduardo de Oliveira Leite, entende quanto à diferença tratada entre as duas formas familiares tratadas na Constituição, na repercussão prática paralela à análise dos institutos, desestimularia a conversão buscada pelo §3º do art. 226. Assim diz o Delgado (apud Tartuce, 2015, p. 288):

Ambos (casamento e união estável) são entidades familiares? Não há dúvida! Porém com características fundamentalmente distintas. A equiparação total, em direitos e obrigações, da união estável e do casamento, por outro lado, desestimularia a conversão de um em outro, esvaziando o sentido da norma constitucional.⁵⁹

Uma terceira corrente não busca justificar-se no artigo 226 da Constituição, mas na faculdade que é dada à lei ordinária em dar tratamento diferenciado no tocante à obrigações e matéria patrimonial. Ela conta com o apoio de Francisco José Cahali que segundo ele a norma é imprópria por diferenciar o companheiro do cônjuge, mas que a inconstitucionalidade está distante com base unicamente nesses pressupostos.

9.3 A dialética

O problema entre eles se aparenta quando da dedução de que a família é um só gênero do qual decorrem as duas espécies-meio em se constituí-la, uns defendem que essa dignidade em nada sofre alterações quanto aos efeitos patrimoniais que são dados a ela, ainda que em

⁵⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, Vol. 21, 5ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 71

muitas situações, em se tratando de institutos distintos, haja equiparação; enquanto outros que partindo igualmente da dignidade que da família decorre, o tratamento desigual não é só inapropriado, mas inconstitucional, pois se o Direito das Sucessões em seus efeitos patrimoniais se baseia no regime, não haveria razões de na situação fática ou jurídica na qual se encontra constituída a família trata-las injustificadamente de forma diferenciada, uma vez que ambas igualmente se baseiam na equiparação dos regimes.

Mesmo todos convictos acerca de que todas as formas de família devam merecer e ter garantida a proteção do Estado – interpretação *in literis* do parágrafo –, quando levantada a hipótese sobre qual forma de constituição familiar o Estado prefere, os ânimos tomam conta das páginas e deixando quase à mostra uma opinião, prefere-se quase sempre, constante e apressadamente, saltar para a conclusão puxando o art. 5º da Constituição Federal.⁶⁰ Não se trata de uma crítica. É preciso ter calma.

Por outro lado, quando surge uma tendência – de doutrinadores de peso, diga-se⁶¹ – em apoiar-se neste mesmo artigo a fim de justificar o tratamento desproporcional entre o cônjuge e o companheiro em matéria de concorrência sucessória, apressa-se, embora menos que na hipótese anterior, em concluir que o legislador está autorizado ao tratamento diferenciado pela preferência do constituinte em facilitar a conversão de uma situação fática (união estável) para uma jurídica (casamento), como se a diferença e a igualdade entre os institutos estivesse descansada por sobre os efeitos patrimoniais distintos que se pode conferir a cada uma dessas situações.

Explico – comumente se diz na doutrina não haver lógica em tratar igualmente em matéria patrimonial os dois institutos, porque o sentido da conversão de um objeto noutro reside na diferença entre eles e não na identidade, o que justificaria, portanto as diferenças abissais entre o companheiro nos termos do art. 1.790 e o cônjuge no art. 1.829 e seguintes. Conjecturando ainda, por efeito, um possível incentivo à inércia indesejada da Constituição na permanência da união estável.

Em parte é verdade na conjectura dos efeitos, mas a facilitação em comento na Carta se traduz por incentivos positivos; por meios que evitem formalismos excessivos, e não em distinções arbitrárias, que em nada tem outra causa de ser senão punições e desestímulos, totalmente impróprios. A meta tanto da união estável quanto do casamento é a própria

⁶⁰ FARIAS, C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**, Vol. 6. 8ª edição, Ed. Juspodivm. Salvador, 2016, p. 448

⁶¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, Vol. 21, 5ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2009, p. 59

família, o *animus familiae*, e a preferência por acreditar que uma possui mais qualidades do que a outra em determinados pontos, é tão perfeitamente viável ao Estado quanto aos sujeitos que elegem um ou outro meio, pois o Estado não está desprendido de meios de ação que se coadunem com os caminhos mais fáceis e convenientes.

Isso não significa, porém, que a vontade do Estado, ainda que baseada nas melhores intenções paternalistas, possa substituir a disponibilidade dos sujeitos sob pretexto de uma estabilidade certa em um dado instituto, uma vez que os prejuízos decorrentes da natureza da forma constitutiva de cada família é por conta e risco dos sujeitos constituidores, livres em disponibilidade para em seus motivos particulares igualmente julgar conveniente qual é o meio mais adequado.

Retomando a natureza constitutiva de cada espécie familiar, muitos não atentam, contudo, ao fato de que a semelhança ou não dos institutos – união estável e casamento – não está nos efeitos patrimoniais eletivos conferidos a cada um deles, mas nos meios e causas constitutivas destas espécies. É assim ou do contrário a Constituição jamais falaria em equiparação ou mesmo em semelhança.

A questão é meramente lógica e semântica, mas pode ser iluminada com a seguinte pergunta: a equiparação patrimonial em outros institutos distintos das sucessões, por acaso tornou idênticas a união estável e o casamento? Ainda, as disposições conferidas pelo art. 1.725 conferem identidade entre situação fática e jurídica? Mais além: a equiparação ao regime de bens fez da união estável idêntica ao casamento?

Digo novamente: sempre nos referimos ao termo “equiparação” – com precisão utilizada pela Constituição –, porque a identidade, em oposição à semelhança, é um outro elemento que pertence à substância dos objetos, os quais em comento são fundamental e substancialmente distintos.

Quando existe a hierarquia entre os institutos, por sua vez, ela está relacionada à espécie constituidora de núcleo familiar e diz respeito aos meios, que podem ser preteridos pelo Estado em razão de seus benefícios decorrentes do formalismo e da solenidade, mas não se trata dessa preferência uma eleição em dignidade, porque a dignidade pertence à família e não aos meios de se alcança-la, enquanto, por outro lado, a Carta Magna está se referindo aos meios que prefere e não à finalidade a que se prestam esses meios. É assim, pois uma vez que o gênero família é tutelado igualmente pela Constituição, por conseguinte, comunicar-se-á às suas espécies a mesma dignidade e respeitos a que fazem jus pelos arts. 226 e 227 da Carta

Magna num claro efeito do disposto no art. 5º do mesmo diploma. Essa hierarquia, portanto, em nada tem a ver com relação aos efeitos patrimoniais distintos, porque são as propriedades constitutivas do vínculo naturalmente distintas.

A expressão “no que couber” inserida no do art. 1.725 do Código Civil assume que alguns institutos podem se assemelhar naquilo em que são semelhantes e portanto equiparados, mas com eficácia restrita ao que numa ou em outra situação não puderem ser sequer semelhantes. Essa desigualdade brota, essencialmente ou da natureza do regime de patrimônio (expressão usada por Francisco Cahali para diferenciar de regime de bens, que é próprio da comunhão), o que não é o caso, ou ainda da vontade legislativa que em nossa tradição na edição de normas concernentes às disposições patrimoniais, equiparou os institutos em alguma propriedade de forma específica e separada conforme lhe é permitido fazer dentro de suas atribuições legais.

No entanto, quando se toma por premissa que essa disponibilidade legislativa se apoia na intenção, pretensamente constitucional, de que a conversão mencionada no §3º do art. 226 deve-se necessariamente incorrer em métodos discriminatórios sem uma única justificativa plausível – como ficou demonstrado acima –, estamos diante da arbitrariedade única e exclusivamente punitiva. Isso porque existe um abismo muito grande que separa as realidades em por um lado preferir facilitando a conversão e por outro punir a quem prefira permanecer como companheiro dificultando-se essa escolha por meios – não há outro modo de dizê-los – sancionatórios.

Eis que agora não se trata de uma situação atípica a ponto de se operar por analogia ou por princípios; tampouco é algo fora da praxe legislativa, o que não oferece muitos sinais claros de inconstitucionalidade. Estamos agora diante de uma barreira quase intransponível. Quase.

10. NOVO PARADIGMA: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Ao final do terceiro capítulo, quando fizemos algum esforço a fim de tentar delimitar o objeto do Direito, o conceito de família, e mais ainda a combinação desses dois num possível Direito de Família, deixamos lá as pistas do que viria a ser a conclusão ou solução deste trabalho.

Concluímos lá que não é possível externar nem o Direito nem a família num objeto, tampouco este numa norma, diante da impossibilidade de tratar formalmente a essência de

algo que inevitavelmente estaria fora da capacidade de subsunção da abstração da norma. Essa é a força e a fraqueza da lei.

E aqui estamos não somente diante de uma lei que expõe mais defeitos do que uma única abordagem pode tratar; mas estamos diante de uma eleição injustificada, de uma arbitrariedade confessadamente discriminatória, porque mesmo que não haja impedimentos para o legislador em matéria patrimonial tratar distintamente os vários institutos que a ela se submetem, a disciplina de uma lei deve ser contemplada segundo princípios jurídicos, e até mesmo valores.

Antes de pensarmos neles, vejamos a seguinte situação: quando se pensa o Direito Civil, por força do que nos é ensinado nas academias, tendemos a distinguir dicotomicamente em direito privado. Não há outro meio mais adequado de fazê-lo, mas muitas das regras que acreditam-se fazer parte do escopo privado estão disciplinadas segundo a Constituição.

Isso significa que a Constituição Federal não se trata de uma norma meramente programática, mas que dá vida ao direito, no sentido de que ela mesma absorve muitos dos princípios do Direito Civil e lança por sobre este último a capacidade de segundo os princípios constitucionais libertar-se de uma exegese fechada, mas com o objetivo de algo mais axiológico.

Isso nem compromete a autonomia da Constituição – o que também não a transforma em norma meramente programática –, como também não limita o Direito Civil, pois não se trata aqui de uma publicização de institutos privados, pois a matéria do direito civil (seus institutos) não são publicizados, mas trata-se de reorganizar o direito segundo suas metas, pois o direito não foi feito para prender a sociedade num conceito, mas para servir aos interesses dela. Tanto mais se reafirma a identidade do Direito Civil quando se procura nele a dignidade da pessoa humana, escondida em seus incisos, pronto a nos comunicar um direito que é vivo por excelência.

Não se trata de uma análise moral do Direito, embora tenha efeitos nisso, porque quanto mais se exalta a dignidade do homem, mais se reafirma a moral de que foi investida a lei. Assim temos a lei civil que serve ao mesmo tempo a pessoa individual, mas que exerce-a como cidadã. É assim ou do contrário todos os dias não agiríamos ao mesmo tempo como cidadãos dentro de atos que na maior parte da nossa vida são regidos pelo Direito Civil.

Nessa esteira que torna-se mais urgente do que nunca aplicar os princípios constitucionais ao Direito de Família. Muitos passaram a ser deduzidos, mas os dois mais importantes para a nossa temática são os princípios do pluralismo e o da igualdade e respeito às diferenças. Importam-nos, pois saiba-se que quando muitos dos grandes movimentos históricos em favor da declaração dos direitos humanos reconheceu o verdadeiro papel do Estado na sociedade, a tarefa apenas tinha começado, uma vez ser impossível que a dignidade da pessoa humana fosse tratada somente com relação ao exercício de cidadania enquanto atos públicos e estes com relação ao Estado se, no entanto, a pessoa humana, civil, individual, dentro dos muros de casa, a ela não estava sendo garantidos esses direitos. Era fundamental que se reorganizasse e se deduzisse quais princípios à luz da norma fundamental estariam intimamente ligados à vida civil.

Quanto aos dois citados, limitemo-nos ao princípio da liberdade e respeito às diferenças. Ele age diretamente na substância dos sujeitos e objetos, equalizando as relações entre eles. Assim, se por exemplo temos os sujeitos participantes de uma família, esse princípio enxergará o que tem de substancial entre eles: entidade familiar. No entanto, era preciso que um não exercesse por direito uma opressão que ferisse o direito fundamental da dignidade da pessoa humana dos que com ele coabitasse, assim, como solução, passa-se a enxergar o que há de substancial nestes entes para além da família: sua humanidade.

Essa forma de operar também se aplicou aos vários tipos de sociedade, até que, como vimos na descrição deste trabalho, elas foram equalizadas no que havia de substancial nelas: o ser família. Assim, sem nem percebermos, os princípios constitucionais guiaram naturalmente o agir do homem sujeito de relações privadas indiscutivelmente à luz da cidadania efetiva.

Quando se narra a partir dessa perspectiva de longa duração, sabe-se que não existiram abusos, tampouco arbitrariedade em usar dos princípios constitucionais para determinar uma moral vacilante, que se adequa e até mesmo altera a substância principiológica com o fito de satisfazer às próprias vontades. Daí notamos que a humanidade, o respeito às diferenças, o pluralismo, a igualdade, à contramão do que se ensina, é a nossa maior força desde o Império Romano, que absorvendo e legando a cultura dos povos agasalhados sob seu poder, transmitiu-nos isso como uma marca de identidade.

Ele é a chave para resolver a nossa celeuma. A técnica e a lógica sistemática quanto aos requisitos formais, torna perfeitamente possível que os legisladores sejam investidos de tratar

diferentemente institutos diferentes. No entanto, é quase impossível observar o artigo 1.790 e não dizer seja lá sob qual perspectiva: tem algo muito errado neste dispositivo.

Quando surge um impasse, a primeira coisa a ser feita é buscar com dedicação e paciência a finalidade, o objetivo da norma, sem querer impor uma pretensa vontade pessoal tomada como premissa e revestida de conclusões prontas, seja de qual “lado” o jurista esteja.

Em Direito não pode haver “nós” e “eles”, mas sempre “nós, o povo”. Nós, o povo, somos a razão da norma, e a que tipo de interesse serve a um povo, que à margem do interesse do Estado, já constituía uniões estáveis ou mesmo casamentos sem que sequer houvesse alguma convalidação, tem por força da lei reduzida disposições a contragosto próprio, não recebendo do Estado o estímulo que por norma fundamental ele está vinculado? Para um povo não interessa se ao legislador cai a faculdade do arbítrio injustificado. Interessa, porém, a tutela por meio da igualdade.

Essa igualdade que, sim, é faculdade do legislador, jamais alteraria a natureza das situações jurídicas como ficou demonstrado no capítulo anterior, mas agiria em seus efeitos patrimoniais sobre os quais as pessoas precisam ser tuteladas, pois não pode haver reconhecimento à dignidade humana se não o se dá ao que há de substancial no homem. E convenhamos: reconhecer a humanidade é um ato de grandeza, pois chama toda a humildade necessária a fim de que se contemple uma verdade

Durante todo o capítulo anterior, especialmente na parte dialética, observamos que em detrimento de uma faculdade legal predominou-se arbítrios desnecessários, sob justificativas que aqui não cabem investigar.

Mas tendo em vista ao que nos interessa – a tutela – e iluminando o Direito Civil na sua ordem natural, não resta dúvidas de que o impasse é principiológico. Devemos agora ponderar o direito à igualdade e respeito às diferenças que garantem a dignidade humana em contraponto com o direito e liberdade, dentro da legalidade, de legislar.

Foi pensando nisso que o Recurso Extraordinário 878.694/MG (BRASIL, 2016), de relatoria do Ministro Roberto Barroso, ganhou repercussão geral, porque afeta a vida de muitas famílias erigidas sob a forma de união estável. No teor do acórdão prevalece o interesse em equalizar institutos com propriedades distintas, mas em alguma coisa comunicável, a exemplo dos efeitos do regime patrimonial da união estável cujos integrantes são equiparados a outra sociedade com regime de bens semelhantes.

Assim, o que não obsta a igualdade entre esses dois institutos, também não obstará em matéria sucessória, conforme o princípio da igualdade. E é sobre esse princípio a que relatoria do Ministro Barroso se refere quando se reporta ao art. 226. Assim ele diz no Recurso Extraordinário 878.694/MG (BRASIL, 2016):

Possui natureza constitucional o debate acerca da validade de dispositivos que preveem direitos sucessórios distintos ao companheiro e ao cônjuge, distinguindo a família proveniente do casamento e da união estável, especialmente à luz do princípio da isonomia e do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Por enquanto o Recurso está suspenso a pedido de vistas dos autos pelo Ministro Dias Toffoli desde o dia 31.08.2016, mas o movimento jurídico por detrás da declaração de inconstitucionalidade desta norma já tomou um caminho sem volta, e fará desse julgamento um precedente paradigma na equiparação de institutos civis por meio de princípios constitucionais.

Nosso ordenamento jurídico ainda é pouco experimentado na resolução de conflitos nessa escala por via principiológica. Por isso muitos dos tribunais ainda, com uma justificada responsabilidade, tem receio em decidir conflitos dessa natureza nessa via pouco explorada unicamente direcionando a norma quando há colisão de grandes princípios, lançando para instâncias superiores a fim de que surjam precedentes nestas cortes.

O resultado deste Recurso Extraordinário agirá diretamente na resolução dos problemas intermináveis na doutrina acerca deste tema, porque além de retirar o artigo 1.790 do ordenamento, e por força do artigo 1.725 fazer agasalhar diretamente o companheiro por sob a proteção do artigo 1.829, também será fonte hermenêutica na extensão e alcance patrimonial do artigo 226 da Constituição entre as formas familiares, e de como, e principalmente, os princípios do Direito Civil abarcados no Direito Constitucional podem ser harmonizados e instrumentos de harmonia. É definitivamente uma nova fase para o Direito Civil.

CONCLUSÃO

Durante a exposição deste trabalho, houve o esforço em demonstrar os principais aspectos do embate acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, tendo em vista em se aprofundar nas premissas da lei, doutrina e jurisprudência. A todo instante

quis-se demonstrar, retomando as perspectivas, sob quais objetos formais estavam partindo cada um desses agentes, a fim de que pudéssemos ter uma visão panorâmica de uma confusão que por si traz toda a necessidade do cuidado expositivo.

Para isso, algumas vezes observamos ao longo deste trabalho a história e os fundamentos essenciais da sucessão e que por valiosa herança integram nossa cultura desde longa data a fim de balizar como referência aquilo que ainda não mudou: a mortalidade do homem e sua luta em erigir legados para aqueles que consideram *seus*.

Foi necessário explicar em aspectos muito gerais as principais regras sucessórias sobre as quais agem a lei obscura e mais ainda como os doutrinadores incidem suas conclusões sobre ela.

Demonstrou-se como atualmente se constata o impasse entre a obrigatoriedade ou não da equiparação das espécies familiares em matéria sucessória que semelhantes em regimes patrimoniais, baseia-se nos princípios que deram causa à essa mesma equiparação no passado.

Concluiu-se que a cada ato do poder público, principalmente legislativo, em conferir equiparações entre os institutos, derivava da liberdade e autonomia desta autoridade, e não da obrigatoriedade que determinados ramos da doutrina entendem que são evidentes.

Desse impasse, observou-se a celeuma entre a autonomia patrimonial dos institutos e o dever de tutelar, este por sua vislumbrado conforme o princípio de igualdade e respeito das diferenças, conforme percepção de um movimento hermenêutico influenciado pela constitucionalização do Direito Civil. Assim, ficaram-se superadas as dificuldades a nível principiológico quanto à equiparação, sem evidentemente desconstruir a autoridade e autonomia legislativa.

Ficou demonstrado como impacto a influência que esse julgamento tem como paradigma, seja de reforço à equiparação entre os efeitos patrimoniais dos meios de se constituir família – união estável e casamento –, seja como precedente jurisprudencial unificador, uma vez que além de sanar toda a problemática levantada pela doutrina servirá como posterior fonte hermenêutica na ponderação de princípios em situações semelhantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acessado em: 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acessado em: 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acessado em: 25 de novembro de 2016.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. 20ª edição. Ed. Loyola. São Paulo, 2011

DENZINGER, Heinrich. **Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral**. 40ª edição, Ed. Loyola. São Paulo, 2007

FARIAS, C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**, Vol. 6. 8ª edição, Ed. Juspodivm. Salvador, 2016

GAIO. **Instituições**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2010

HART, L.A. Herbert. **O Conceito de Direito**. 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2011

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder**. 2ª edição, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014

HIRONAKA, G. et al. **Direito de Família e das Sucessões Temas Atuais**. Forense. São Paulo, 2009

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA. **Tratado de Direito das Famílias**. IBDFAM. Belo Horizonte, 2016

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2011

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, Vol. 21, 5ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2009

TARTUCE, Flavio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 9ª edição, Forense. Rio de Janeiro, 2015

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, Vol. VII. 16ª edição , Atlas. São Paulo, 2016

STF, RE 878.694/MG Relator: Roberto Barroso, Data do Julgamento: 16/04/2015, Data da Publicação: DJ 19/05/2015 p. 1

STJ - REsp 758548 MG Relatora: Ministra Nancy Andrigli, Data da Publicação: DJ 13/11/2006 p. 257

STJ - REsp 633713 RS Relator: Vasco Della Giustina, Data do Julgamento:16/12/2011 , Data da Publicação: DJe 02/02/2011