

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO – FADISP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
DOUTORADO EM DIREITO

CARLOS EDUARDO FERREIRA COSTA

**APROXIMAÇÃO DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL ENTRE O CASAMENTO
E A UNIÃO ESTÁVEL NO VIÉS DA ISONOMIA SUCESSÓRIA NO
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

São Paulo
2022

CARLOS EDUARDO FERREIRA COSTA

**APROXIMAÇÃO DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL ENTRE O CASAMENTO
E A UNIÃO ESTÁVEL NO VIÉS DA ISONOMIA SUCESSÓRIA NO
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado em
Direito pela Faculdade Autônoma de Direito -
FADISP, como requisito principal para obtenção do
Título de Doutor.

Linha da pesquisa:

Constitucionalização dos Institutos do Direito
Privado

Orientador: Profº. Dr. Francisco Pedro Juca.

São Paulo

2022

CARLOS EDUARDO FERREIRA COSTA

**APROXIMAÇÃO DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL ENTRE O CASAMENTO
E A UNIÃO ESTÁVEL NO VIÉS DA ISONOMIA SUCESSÓRIA NO
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado em
Direito pela Faculdade Autônoma de Direito -
FADISP, como requisito principal para obtenção do
Título de Doutor.

Linha da pesquisa:

Constitucionalização dos Institutos do Direito
Privado

Orientador: Profº. Dr. Francisco Pedro Juca.

São Paulo, 30 de junho de 2022.

Banca Examinadora:

Dr. Francisco Pedro Jucá (Orientador)

Examinador (a)

Examinador (b)

Examinador (c)

Examinador (d)

Porque Dele e por Ele, e para Ele, são todas as coisas; glória, pois, a Ele eternamente. Amém.

Romanos 11:36

AGRADECIMENTOS

Durante toda trajetória, muitos obstáculos tiveram de serem superados, por isso algumas pessoas foram fundamentais para o alcance deste objetivo.

Agradeço, primeiramente, ao Senhor Deus, pela grande parceria e sabedoria com que me conduziu durante a construção deste trabalho, concedendo essa vitória em minha vida, nunca me abandonando, mantendo-me forte para avançar dia após dia.

A minha grande esposa e amor da minha vida Renata Tebas, que, mesmo diante das dificuldades, sempre se manteve firme demonstrando o apoio necessário, incentivo, companheirismo e compreensão nos meus momentos de ausência.

Ao meu filho Heitor Moraes Costa, hoje com sete anos, sempre trazendo alegria para casa, proporcionando momentos maravilhosos, o que contribuiu para o desenvolvimento deste trabalho de tese, impulsionando o alcance do objetivo final, que é a conclusão deste trabalho.

A minha filha Mariana Moraes Costa que, com apenas 02 aninhos, me proporcionou muitas alegrias devido a sua natureza meiga, delicada e amorosa de ser. Isso corroborou para enfrentar as dificuldades que surgiram durante o percurso da construção de uma tese.

Ao meu pai Lourival Rodrigues Costa, que apesar de não estar mais entre nós, mas, em vida, incentivou-me a continuar meus estudos e a buscar meus objetivos sempre dizendo: “O estudo dignifica o homem, não pare de estudar, pois essa riqueza ninguém pode lhe tirar” e a minha querida mãe, Josemary Ferreira Costa, também responsável por minha formação, não medindo consequências para que este sonho se tornasse realidade. Também agradeço aos meus irmãos, Lourival Filho e Lauro Roberto. Somos sangue do mesmo sangue e, mesmo residindo em cidades diferentes, nossos laços permanecem firmes.

Aos meus sogro e sogra, Paulo Moraes e Rita Tebas, pelo carinho e afeto paterno e materno para comigo, pois sempre oraram por mim para que pudesse permanecer firme neste propósito e, de fato, com a ajuda deles conseguimos, juntos, atravessar a linha de chegada.

Ao amigo, irmão e Prof. Dr. Thiago Pestana e sua digníssima esposa Daiana Pestana, seus filhos Samuel Pestana e Raquel Pestana, que me incentivaram para o ingresso neste programa de doutorado, juntamente com as publicações em parcerias

e leituras que foram fundamentais para meu desenvolvimento como profissional e, claro, sempre fornecendo dicas importantes para conclusão do meu curso. Também gostaria de agradecer imensamente pelas orações constantes por mim e pela minha família.

Aos meus professores(as), Doutores e Doutoradas em Direito, pela grande contribuição, empenho e conhecimento despejado durante as aulas ou fora delas, sendo de suma importância para minha formação profissional e, em especial, ao meu tutor Dr. Francisco Pedro Juca, pela sua importante orientação no sentido de tornar este trabalho uma realidade.

Aos meus irmãos em Cristo da Igreja Batista Nacional Unidos em Cristo e em especial a meus Pastores, que me incentivaram e oraram por mim, por mais essa conquista e realização de um sonho.

COSTA, Carlos Eduardo Ferreira. **APROXIMAÇÃO DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL NO VIÉS DA ISONOMIA SUCESSÓRIA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** 111 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), São Paulo, 2022.

RESUMO

A presente tese abordará a aproximação do regime de comunhão parcial entre o Casamento e a União Estável no viés da isonomia sucessória no entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que tange à meação e herança, e será dividido em seis capítulos. No primeiro capítulo terá a tratativa da constitucionalização do Direito Civil no Brasil, seguido da constitucionalização do Direito de Família e Direito Sucessório. Em seguida será contextualizada a Institucionalização do Casamento no ordenamento jurídico, ensejando seu conceito, formas de Casamentos mencionadas no ordenamento cívico e nas doutrinas, e ainda, os regimes de bens que podem ser inseridos no matrimônio conforme estabelecido em lei. Neste mesmo capítulo, será destacado o Casamento como união patrimonial demonstrando a garantia dos direitos sucessórios que acendem em favor do cônjuge sobrevivente. Posteriormente, ganhará destaque o surgimento da União Estável no ordenamento jurídico, apresentando conceitos e garantias sucessórias reconhecidas pela legislação, além de decisões jurisprudenciais que injetaram certa medida de força normativa para serem aplicadas as situações fáticas que surgiram com a evolução social nas relações entre companheiros. No próximo capítulo será contextualizada a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, objeto de discussão desta temática, com destaque para decisão do relator Min. Luís Roberto Barroso, e ainda, serão relatadas as decisões de cada ministro proferidas em audiência para que, assim, se marque o ponto de partida das discussões que serão objetos de interpretações entre diversos juristas que irão demonstrar seus posicionamentos, além de serem abordadas, em um capítulo específico, as consequências das decisões que inclinaram para inconstitucionalidade do referido dispositivo civil. Para tanto, a pesquisa será qualitativa quanto à abordagem e descritiva quanto aos objetivos. Além de fazer uso de legislação, doutrinas e jurisprudências, utilizando os métodos bibliográficos. Tal discussão trouxe à tona o questionamento do porquê de restringir a inconstitucionalidade do art.1790 do CC apenas ao âmbito do direito sucessório, pois também seria uma afronta ao princípio constitucional da isonomia fazê-lo, tendo em vista a aplicação da teoria conforme a Constituição. Assim, permanecendo tal restrição e distinção, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo, há de se falar em desrespeito aos demais direitos inerentes a União Estável, gerando, assim, um paradoxo em relação à proteção desses direitos já conquistados e entre aqueles ainda não reconhecidos.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Direitos. Sucessões. União Estável.

COSTA, Carlos Eduardo Ferreira. **APROXIMAÇÃO DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL NO VIÉS DA ISONOMIA**

SUCESSÓRIA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 111 f.
Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), São Paulo, 2022.

ABSTRACT

The present Thesis will address the amalgamation of marriage by partial communion regime and the stable union before the isonomy of succession law consolidated by the Federal Supreme Court regarding the moiety and inheritance and will be divided into six chapters. The first chapter deals with the constitutionalization of civil law in Brazil, followed by the constitutionalization of family law and inheritance law. Next, the institutionalization of marriage in the legal system will be contextualized, giving its concept, forms of marriage mentioned in the civil law and doctrines, and also the property systems that can be inserted in marriage as established by law. In this same chapter, marriage will be highlighted as a patrimonial union, demonstrating the guarantee of inheritance rights that accrue to the surviving spouse. Subsequently, the emergence of the Stable Union in the legal system will be highlighted, presenting concepts and succession guarantees recognized by legislation, as well as jurisprudential decisions that have injected a certain measure of normative force to be applied to the factual situations that arise with the social evolution in the relationships between companions. The next chapter will contextualize the declaration of unconstitutionality of article 1790 of the Civil Code, the object of discussion of this theme, which highlights the decision of the reporting justice Min. Luís Roberto Barroso, and also, will be reported the decisions of each minister issued at the hearing so that it marks the starting point of discussions that will be subject to interpretations among various jurists who will demonstrate their positions, in addition to being addressed in a specific chapter the consequences of the decisions that inclined to unconstitutionality of that civil device. For this, the research will be qualitative as to approach and descriptive as to objectives. Besides making use of legislation, doctrine and jurisprudence, using bibliographic methods. This discussion brought up the question of why the unconstitutionality of art.1790 of the CC should be restricted only to the scope of succession law, since it would also be an affront to the constitutional principle of isonomy to do so, in view of the application of the theory according to the Constitution. Thus, remaining such restriction and distinction, even after the declaration of unconstitutionality of that device, it is necessary to speak in disrespect to the other rights inherent to Stable Union, thus generating a paradox in the protection of these rights already conquered and among those not yet recognized.

Keywords: Unconstitutionality. Rights. Succession. Stable Union.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO	15
3	CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO BRASIL	21
3.1	Constitucionalização do direito de família no Brasil	28
3.1.1	Novas entidades familiares.....	32
3.2	Constitucionalização do direito sucessório no Brasil.....	34
4	INSTITUIÇÃO DO CASAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	39
4.1	As formas de casamento previsto no Código Civil	43
4.2	Os tipos e os efeitos dos regimes de bens mencionados pelo ordenamento jurídico.....	47
4.3	Os direitos sucessórios garantidos aos cônjuges sobrevivente	53
5	UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	57
5.1	Conceituação e surgimento da União Estável no Brasil	61
5.2	Os direitos sucessórios dos companheiros na constituição da União Estável	65
6	DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL PROVENIENTE DO JULGAMENTO DA RE 878694/MG	70
7	AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS DIREITOS HEREDITÁRIOS DOS COMPANHEIROS.....	76
7.1	Seria o companheiro também herdeiro necessário?.....	80
7.2	Há equiparação total entre união estável e casamento?	85
7.3	O companheiro passaria a ter direito real de habitação?	87
7.4	É possível a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro?	88
	CONCLUSÃO.....	102
	REFERÊNCIAS.....	106

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira vivencia um cenário de grandes transformações no que se refere à evolução social e às relações matrimoniais, resultado da estruturação sociológica e, principalmente, da sua aceitação jurídica. Isso possibilita pensar, cuidadosamente, na aplicação dos direitos de forma isonômica, atentando para um silogismo entre o social e o jurídico e que, deve ser utilizada uma interpretação mais extensiva quanto aos vínculos conjugais atualmente existentes, se afastando de pensamentos exegéticos que retardam a evolução sistemática do Direito. Diante disso, desenvolve-se a temática: “Aproximação do Regime de Comunhão Parcial entre o Casamento e a União Estável no viés da isonomia sucessória no entendimento do Supremo Tribunal Federal”.

Considera-se importante enfatizar a relevância científica e jurídica dessa temática, tendo em vista que pesquisas revelam que as relações heteroafetivas ou homoafetivas devem ser inseridas neste diapasão normativo, para que possam ser garantidos todos os direitos originados da constituição do Casamento ou do reconhecimento da União Estável, o que possibilita, a cada cônjuge ou companheiro, a legitimidade para exigir seu direito formal e material, quanto à participação do rateio hereditário de maneira justa, legítima e igualitária.

Esse tema também se apresenta dentro de uma relevância social, ao se verificar, no contexto normativo, uma anomalia nos direitos de herança do companheiro, no que diz respeito ao recebimento de seu quinhão, quando ele concorreria com filhos somente do autor da herança, conhecida como relação híbrida dentro do Direito de Família. Essa relação híbrida foi acolhida pelos teóricos do Direito Sucessório, que passaram a ter mais atenção a esta relação unilateral, em virtude da ausência de regulamentação específica dos demais direitos hereditários em regime de concorrência.

O interesse pelo tema surgiu após estudos que revelam o entendimento de que é inconstitucional a diferenciação discriminatória de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado o artigo 1829 do Código Civil em ambos os casos. Diante disso, se faz pensar no possível avanço quanto à garantia dos direitos constituintes frente a muitas antinomias que levam a grandes inseguranças jurídicas promovidas pelos próprios legisladores.

Nesse sentido, destaca-se o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, segundo os quais todos que se encontram em situação igual devem gozar dos mesmos direitos protegidos pela Constituição Federal/88, o que seria o mínimo de coerência jurídica diante dos direitos fundamentais mencionados no texto constituinte.

É nesse cenário que surge a problemática geradora dessa investigação, uma vez que, a ordem de vocação hereditária, elencada no artigo 1829 do Código Civil Brasileiro, menciona os herdeiros necessários contemplando os descendentes, ascendente e cônjuge, sendo assim, questiona-se: não seria digno contemplar os companheiros diante do novo posicionamento da Corte Suprema das leis brasileiras?

Essa inquietação justifica a proposta a partir do posicionamento da Corte Máxima, considerando a isonomia e a dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito sucessório dos companheiros em reconhecimento de sua qualidade como herdeiros necessários disposto no artigo 1829 do Código Civil, que merece ser estudado. Para tanto, faz necessário explicar as argumentações originárias para existência do artigo 1790, na tentativa de esclarecer qual o método de interpretação desde a construção normativa, para a inserção no Código Civil, até sua efetiva aplicabilidade, com o intuito de demonstrar a inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Objetiva-se, com essa pesquisa, destacar dentre tantos direitos materiais, o Direito Sucessório que permite aos cônjuges ou companheiro a serem contemplados em receberem os benefícios da herança deixada pelo seu parceiro afetivo, seja de mesmo sexo ou não.

Compreende-se que estudiosos sobre o assunto buscam esclarecer sobre o termo “sucessão”, enfatizando o fato de o mesmo está relacionado ao entendimento de transmissão de bens, assim como, obrigações aos herdeiros, após morte do proprietário titular dos bens.

O estudo se delineia em uma pesquisa bibliográfica, documental, no qual, fez-se um levantamento teórico, realizado em fontes primárias compostas por livros, antologias, artigos periódicos, dissertações, teses, documentos oficiais, trabalhos apresentados em congressos seminários, dentre outros. Quanto à forma secundária, o pesquisador utilizou resumos e listas de fontes primárias que facilitam a fundamentação dos trabalhos, ou documentos complementares que reforçam as argumentações, e ainda as fontes terciárias que são compostas por revistas e

periódicos devidamente publicados. No entanto, deve ser enfatizado que não são apenas essas formas de levantamento bibliográfico, ou seja, nem sempre as compilações, os resumos, revistas ou livros são os únicos que contribuem para uma boa coleta, mas também filmes, gravações, palestras em congressos.

Trata-se, ainda, de uma investigação com abordagem qualitativa, uma vez que não se detém a dados estatísticos, mas sim, em detalhes das informações obtidas. Utilizam-se o método indutivo, que parte do geral para o particular; dialético, pois os dados são tratados de forma dialógica e explicativa quanto à exploração e análise das informações obtidas, abrindo espaço para a construção de conjecturas e para discussão crítica do tema em abordagem, tendo em vista possíveis hipóteses que surgiram ao longo do desenvolvimento do estudo. Portanto, obedece ao teor de neutralidade, fidedignidade e cientificidade como requer a investigação científica. Como aporte teórico usam-se os apontamentos de Amora (2008); Gonçalves (2021); Tartuce (2019).

Para melhor exposição da temática, a pesquisa foi subdividida em sete capítulos, sendo o primeiro dedicado à parte introdutória, tendo em vista dar uma visão geral do que se pretende com o estudo, deixando claros a problemática, os objetivos e a metodologia aplicada durante a investigação, assim como se busca esclarecer a relevância jurídica, social e científica do tema.

No segundo capítulo, será abordada a origem histórica do constitucionalismo do direito, como base fundamental para entender a evolução do Direito Constitucional no Brasil, passando por todas as fases até a chegada do neoconstitucionalismo que garanta uma interpretação da norma com a presença do juízo de valor considerando a aplicação e a efetivação dos direitos fundamentais.

No terceiro capítulo, destaca-se, no curso do texto, a base histórica da Constitucionalização do Direito Civil no Brasil, apresentando o poder normativo e autonomia do Direito Civil Brasileiro até seu processo de limitação e rendição ao Direito Constitucional. No mesmo capítulo, será abordada a Constitucionalização do Direito de Família e Sucessório, com a explicação acerca da inserção desses direitos na norma constituinte e que passaram a assegurar e proteger as relações de parentescos e patrimoniais, tendo em vista, que a tese enfatiza, com maior apreço, a qualidade do companheiro como herdeiro necessário a partir da decisão do Supremo, sendo fundamentado no princípio da isonomia e dignidade da pessoa humana, buscando apoio em dados teóricos que validem a pesquisa.

Segue-se o estudo, no quarto capítulo, com o intento de ressaltar a Instituição Casamento no ordenamento jurídico, assim como suas formas previstas no Código Civil; esclarecem-se os tipos e efeitos dos regimes de bens e os direitos sucessórios garantidos aos cônjuges sobreviventes.

Prosseguindo, explana-se, no quinto capítulo, sobre a União Estável no ordenamento jurídico brasileiro, conceitua-se seu surgimento no Brasil e enfatizam-se os direitos sucessórios dos companheiros na constituição da União Estável.

Em continuidade, no sexto capítulo, aborda-se a declaração de inconstitucionalidade do Artigo 1790 do Código Civil, proveniente do julgamento da RE878694/MG.

No sétimo capítulo, analisam-se as consequências jurídicas da decisão do Supremo Tribunal Federal relacionadas aos direitos hereditários dos companheiros, trazendo alguns questionamentos sobre o direito do companheiro à herança, à equiparação total da União Estável ao Casamento, assim como o direito do companheiro à habitação.

O ponto crucial trabalhado é a inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como objeto de discussão o Direito Sucessório do companheiro, quando ele concorre com a filiação híbrida do autor da herança, o que levou a uma fundamentação que oportunizou novas interpretações, e uma delas, é tratada neste tema, é a inserção do companheiro na ordem de vocação hereditária. Finalmente, no oitavo capítulo, as conclusões são feitas, demonstrando os resultados dessa investigação.

Destaca-se que a proposta importante dessa investigação, fundamenta-se na necessidade de demonstrar, antes do posicionamento do Supremo, como ocorria a concorrência do companheiro com ascendentes, descendentes e outros parentes sucessíveis do falecido, mencionando os aspectos discriminatórios da norma civil no instante da partilha dos bens adquiridos de forma onerosa, uma vez que não se vislumbra o princípio da isonomia e dignidade da pessoa humana. Outro argumento da proposta consiste em demonstrar o direito do companheiro em adquirir a qualidade de herdeiro necessário, uma vez que a fundamentação da decisão do Supremo Tribunal Federal está baseada no princípio da isonomia, além de prevalecer à dignidade dos direitos humanos.

Diante do exposto, considera-se importante observar a importância dessa pesquisa para a comunidade jurídica e para a sociedade. Esse ponto se torna

importante, pelo fato de que o processo normativo está atrelado aos elementos que compõe uma estrutura tecnicista, instrumentalizada de forma pragmática a serem aplicados pelas teorias normativas, que se constrói uma norma mediante a aplicação de técnicas de interpretação que buscam tornar à norma coerente, eficaz e existente no âmbito social.

Ressalta-se que o estudo oferece conteúdos científicos imprescindíveis relacionados aos direitos hereditários sobre o que foi deixado pelo falecido ou falecida. A pesquisa faz ainda uma análise que esclarece sobre a transmissão da herança, da qual o companheiro sobrevivente se torna proprietário legítimo do bem, total silogismo em manter o direito de usufruto, tendo em vista que já é proprietário sobre a coisa. Portanto, trata-se de um tema que segue em abertura para futuros trabalhos, pois o assunto torna-se fonte inesgotável e favorece novas pesquisas, assim, espera-se que, ao término dessa investigação, tenha se alcançado as respostas para os objetivos propostos.

2 CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo foi um movimento que iniciou na Inglaterra, no século XVII e, no século XVIII, nos Estados Unidos e na França, tendo como objetivo limitar o poder Estatal do príncipe, buscando uma nova organização do Estado, de modo que o povo não estaria comandado por um Estado Absolutista Monárquico, mas sob um governo que desse proteção aos direitos e garantias fundamentais.

A ideia do constitucionalismo é determinar que todos são livres para exercer seus direitos e que um poder absoluto não poderá atrapalhar o exercício desses direitos constitucionais.

No século XVII, o constitucionalismo na Inglaterra teve origem com a Revolução Gloriosa, nos anos de 1688 a 1689, que inicia o fim do Poder Absoluto do Rei atrás da Supremacia do Parlamento, o chamado *Bill of Rights* (Declaração de Direito), forma que determina quem governa. O Rei não governa mais o Parlamento e que, em tempos atuais, permanece assim. (RICHARDSON, 1977)

O século XVIII é marcado pelo surgimento do segundo movimento histórico, tão importante quanto o anterior, o constitucionalismo Norte-americano e Francês, sendo fruto das famosas Revoluções Burguesas, como é o caso da Revolução Francesa, imperando sobre a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Esse modelo de constitucionalismo aplica a teoria da separação dos poderes com a intenção de limitar o poder do Rei. Existe uma dissolução do poder sendo distribuída entre gestão, legislação e julgamento. (HILL, 1940)

Ainda nesse modelo, destacam-se as Declarações de Direitos, a saber: a Declaração de Direito do Homem e do Cidadão de 1789 na França e o *Bill of Rights* de 1791 nos Estados Unidos, passando a constituição a possuir um formato, ou seja, uma Constituição escrita, diferentemente do que ocorre no constitucionalismo inglês, o qual possui uma característica material. Aqui nasce a ideia de que um documento escrito será o comando máximo e que todos devem se submeter à Constituição Federal, seja o povo ou aquele detentor de poder.

As Constituições formais são regidas em vários países. O Brasil possui a sua desde 1824 e todas as outras constituições brasileiras são consideradas formais. Mais qual seria o conceito ideal de constituição? Isso é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política explicitada em um documento escrito que organiza o Estado e estabelecem direitos e garantias fundamentais. Esse é um conceito moderno advindo do século XVIII derivado da Revolução Burguesa e do Iluminismo.

Na segunda metade do século XX, surge o neoconstitucionalismo ou o chamado constitucionalismo contemporâneo, sendo um movimento com o objetivo de estabelecer um novo modo de compreender, aplicar e interpretar as constituições, trazendo mudanças em conceitos pragmáticos a partir da reinterpretação do Direito no olhar constitucional, como discorre Lucas Sales da Costa:

Baseado, eminentemente, no Estado constitucional de direito que se consolida a partir do término da Segunda Guerra Mundial e aperfeiçoa-se no último quarto do século XX, tendo como característica principal a mudança paradigmática oferecida a partir da reinterpretação do Direito sobre a lente da Constituição, as variadas transformações ocasionadas por tal fenômeno costumam ser discriminadas em três marcos fundamentais, que definem a trajetória do direito constitucional para que esse atual estágio considerado, majoritariamente, 'novo': o histórico, o filosófico e o teórico. Costuma-se apontar, como marco histórico do novo direito constitucional, o constitucionalismo do pós-guerra, sobretudo na Alemanha e na Itália. A reestruturação jurídica-política da Europa e sua consequente reconstitucionalização, logo após a Segunda Guerra Mundial e no decorrer da segunda metade do século XX, reaproximou as idéias de constitucionalismo e democracia e concebeu o modelo do Estado Democrático de Direito. (COSTA, 2014, s/p)

Desse modo, verifica-se que, no neoconstitucionalismo, existem três marcos importantes, sendo eles: marco histórico, marco filosófico, marco teórico. O marco histórico é o estado constitucional de direito novo que surge na Europa, no pós-Segunda Guerra Mundial, como é o caso do surgimento das Constituições da Itália de 1948, da Constituição da Alemanha de 1949, com a Lei Fundamental Bonn, da Constituição de Portugal de 1978 e da Constituição da Espanha de 1979. (RAMOS, 2010)

Já o marco filosófico é chamado de pós-positivismo, sendo um fenômeno que visa a superar a dicotomia das teorias do jus naturalismo e do jus positivismo, porque vai além da legalidade estrita sem desconsiderar o direito expresso, ou seja, o pós-positivismo, a grosso modo, ataca algumas características do direito positivo e do natural, mas não entra na discussão de quem deve prevalecer. Assim, busca a conexão entre eles e faz uma interpretação além dessas teorias respeitando o ordenamento jurídico como todo. (RAMOS, 2010)

E por último, o marco teórico é definido pela força normativa da constituição, sendo uma expansão da jurisdição constitucional. Como é o caso das decisões dos

tribunais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e ainda, a utilização dos métodos de interpretação estudados na chamada nova hermenêutica constitucional. (RAMOS, 2010)

O neoconstitucionalismo é uma expressão ibero-americana que, embora controvertida, teve sua origem na Espanha e na Itália, sendo muito utilizado na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois de ampla divulgação da obra intitulada de “Neoconstitucionalismo(s)”, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonelli, sendo publicado na Espanha em 2003:

El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos características, en los últimos años, especialmente desde finales de la Segunda Guerra Mundial. Ejemplos de este tipo de Constituciones son los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero y de Portugal (1976) y España (1978) más tarde. Sin embargo, desde entonces la El constitucionalismo no se ha quedado en un modelo estático, sino que ha evolucionado de muchas maneras. (CARBONELLI, 2009, p.09)

Mesmo diante da definição do jurista, conceituar o neoconstitucionalismo não é uma tarefa fácil, tendo em vista que vários juristas filósofos como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajol apresentam diversidades de posições jusfilosóficas e filosofia política havendo positivistas ou não, que defendem o uso de método de aplicação do direito.

Uma das características centrais do neoconstitucionalismo é a preocupação com a efetividade e a concretização dos direitos fundamentais, bem como a necessidade de levá-los a sério, o que justifica a aplicação do controle de inconstitucionalidade por omissão.

Para melhor entendimento sobre esse controle, faz-se necessário abordar acerca do Constitucionalismo e do Estado Constitucional, no intento de demonstrar a trajetória do controle constitucional em prol dos direitos e garantias fundamentais.

Quando se menciona sobre Constitucionalismo remete-se a uma Constituição que objetiva a organização estatal e que prever direitos fundamentais. Importante lembrar que não se pode confundir a experiência constitucional da Europa Continental, caracterizada pelas ideias de Constituição e Supremacia da lei, com a experiência Constitucional dos Estados Unidos desde o princípio da República, pois o que sempre prevaleceu neste país foi a Supremacia da Constituição.

Assim, compreende-se como Hans Kelsen foi conhecido como pai do positivismo e do controle concentrado de constitucionalidade, sua teoria parte de duas primícias, quais sejam: a construção escalonada da norma jurídica, entendendo que a constituição está sempre no topo da pirâmide normativa e a outra primícia é a da Supremacia da lei, que significava a Supremacia do Poder Legislativo sob o Poder Judiciário.

No modelo positivista tradicional seria a aplicação da lei de forma pura e livre de valores e o controle de constitucional seria a forma de fiscalização desde a formulação legislativa, com o fito de verificar a compatibilidade formal de uma lei, além da competência legislativa no processo legislativo.

E, após a II Guerra Mundial, surge o Estado Constitucional com a Supremacia da Constituição, possibilitando controlar o conteúdo da lei por meio da proteção e efetividade dos direitos fundamentais, o denominado controle de constitucionalidade material.

A Supremacia da Constituição é marcada por sua rigidez constitucional positivada que possui seu próprio texto imperativo, compondo, na pirâmide hierárquica, o ápice da posição, acima das leis infraconstitucionais, segundo a qual todos os ordenamentos jurídicos devem seguir como filtro constitucional para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, como menciona Paulo Ricardo Schier (2007), em sua Obra “Filmagem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica”.

Segundo o referido autor, a Constituição deve ser o foco holístico para todos os ramos do Direito, fenômeno conhecido como “filtragem constitucional”, de modo que todo ordenamento jurídico deve ser lido e interpretado no viés da Constituição Federal, devendo sempre seguir os princípios e garantias fundamentais norteados no texto constituinte. Isso se dá pela força normativa contida na Constituição, na dogmática constitucional principialista, na retornada da legitimidade e da vinculação dos princípios, além do desenvolvimento constitucional e a aplicação ética dos operadores do direito com a Lei Fundamental. (SCHIER, 2007)

Assim, sustenta-se o Constitucionalismo pós-moderno, projetando para uma concepção de sistema aberto de regras e princípios que permite o diálogo do Direito Constitucional jurídico e normativo no âmbito das relações sociais, políticas e econômicas.

E no Brasil? Qual marco que definiu o modelo ideal para o neoconstitucionalismo do Brasil? O ponto chave foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, levando o Direito Constitucional ao topo, pois, até 1988, o que prevalecia era a lei e não a Constituição.

As Constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes para saírem do papel, o que normalmente não ocorria. A Assembleia Constituinte de 1987/1988 quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo elenco de direitos fundamentais aos quais conferiu aplicabilidade imediata e protegeu do próprio poder de reforma. Reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial e democratizou o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade ao adotar um vasto elenco de legitimados ativos para a propositura de ação direta de constitucionalidade. (MAIA, 2009, p. 145).

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, tornou-se impossível a permanência de um direito positivista que não admite a inserção de valores nas interpretações normativas, posto que sua aplicação absoluta nem sempre supre as falhas existentes nos princípios que, por muitas vezes, conflitam entre si, deixando a desejar quanto à efetiva aplicação do direito. (PRIETO SANCHÍS, 1999.)

Vale ressaltar que mesmo o positivismo tradicional apresentando interpretações vagas, ele precisa utilizar-se de interpretações extensivas, como as fontes de direito utilizadas no surgimento de lacunas normativas. Não se pode esquecer que o positivismo é uma das bases importantes da formação e da efetivação dos direitos.

Segundo Ariza (2003), muitos autores têm buscado compatibilizar o direito positivo e o atual quadro constitucional, afirmando que os instrumentos propugnados pelos positivistas são úteis e ele concorda que esses autores possuem razão ao afirmar que as normas puras e cruas são objetos de resolução de conflitos. Ariza (2003, p. 245) explica que “[...] muitos autores têm se esforçado em realizar uma compatibilização entre o positivismo jurídico e o novo quadro constitucional. Sustentam o fato de que as ferramentas teóricas propugnadas pelos positivistas são ainda úteis.”

Isso se verifica quando a Constituição faz uma correlação entre o direito positivo e os princípios como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, estabelecendo uma relação entre o Direito e a Moral, conforme ensina Daniel Sarmento.

Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo e aplicação do Direito; rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, teorias da argumentação, etc; constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; reaproximação entre Direito e Moral; judicialização da política e das relações sociais, com deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (SARMENTO, 2010, p. 233).

É dessa maneira que se estrutura o neoconstitucionalismo no Brasil, pois por meio da Constituição, o ordenamento jurídico passa por uma mudança pautada nos valores constitucionais que serão aplicados além das fronteiras do Direito e da Moral. Isso mostra que a solução dos problemas, de fato, nem sempre está na rigidez da norma ou na função de conhecimento técnico dos juízes, tornando os intérpretes co-participantes do processo de criação do Direito, assim menciona Luís Roberto Barroso (2015) na sua obra Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO BRASIL

Antes de iniciar a discussão sobre o processo de evolução histórica e constitucional do Direito Civil, faz-se necessário entender o que de fato é a constitucionalização do direito privado. Segundo Júlio Cesar Rivera (1996), a criação das normas de direito privado deve estar atrelada à eficácia dos princípios fundamentais do direito, os quais são a base estrutural para o sistema democrático formado pela República de determinado governo, que prioriza a liberdade, igualdade dos indivíduos e sociedade, dando início ao processo de integralização das normas constitucionais e infraconstitucionais, o que implicaria a substituição do ordenamento privado pelos princípios constitucionais.¹

Esse fenômeno de constitucionalização do direito privado tem como certo o Direito Civil, considerado o centro do direito privado, e que essa relação constitucional-civil deve ser admitida devido à necessidade de aplicar os direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, mas ambos os direitos devem ter seu limite de alcance e isso deve ser definido pelo legislador, porém não é uma tarefa tão fácil, já citava Gomes Canotilho o jocoso verso da música do compositor Chico Buarque, ao cantar “Deus dará, Deus dará – e se Deus não der?”.²

O Direito Civil e sua constitucionalização no Brasil é fruto decorrente da inserção dos princípios fundamentais do ordenamento civil. Desde a Constituição Federal de 1934, a partir da década de 1990, iniciaram-se estudos ideológicos doutrinários na tentativa de contribuir como fonte de complementação normativa para serem aplicadas nas decisões dos Tribunais em todo país.

Com o surgimento do ordenamento civilista em 2002, a norma constituinte não perdeu sua posição de norma central que unificasse as presentes regras dentro do Direito Civil, uma vez que os princípios norteadores permanecem sob os efeitos infraconstitucionais, respeitando, de forma absoluta, os preceitos constitucionais, as leis especiais e demais normas jurídicas.

Na estrutura constitucional estão presentes conteúdos institucionais do Direito Civil como: Direito de Família, contratual e de propriedade, além do direito de

¹ Julio César Rivera, “El derecho privado constitucional”, in: Revista dos Tribunais, v. 725 (mar.1996), p. 11-28, p. 28.

² O ensaio de J. J. Gomes Canotilho intitulado “Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas”, inserido na obra coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: As Garantias do Cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 351-367. Nesse ensaio, Canotilho invoca o jocoso verso da música de Chico Buarque, onde o compositor canta “Deus dará, Deus dará – e se Deus não der?”, como mote para desenvolver suas reflexões.

personalidade mencionado no artigo 5º, caput da Constituição Federal/88, segundo o qual se garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, além de outros direitos e garantias fundamentais protegidos pela constituinte.

Com essa perspectiva, deve-se dar a necessária atenção ao momento em que do Direito Civil, que teve origem em 1916, precisou acompanhar a evolução das normas constituintes, dando início ao processo de constitucionalização desse ordenamento civil, que, até então, era autônomo e absoluto.

A constitucionalização desse ordenamento trouxe, deveras, consequências para a constitucionalização da organização tanto social quanto econômica, os quais caracterizam a real estruturação de um Estado Social Contemporâneo.

As características de um ordenamento jurídico autônomo, absoluto, puro e suficiente levou o Código Civil ao patamar de uma legislação autossuficiente nas relações jurídicas privadas e até mesmo na esfera pública, uma vez que era identificado como o grande *locus* normativo, e que, de fato, não existia nenhum outro ramo do direito tão distante das regras constituintes, logo era conhecido como a constituição do homem comum.

A lenta construção do Direito Civil vem sendo moldada durante a história do direito romano-germânico há mais de dois mil anos. Manifestou-se relutante às mudanças sociais, políticas e econômicas e, em alguns momentos, passou por fases cruentas, momentos esses que foram necessários para evolução de uma sociedade, ou ainda, para mutação nas ideologias de governo.

Aparentemente, as relações sociais não iriam sofrer mutações no campo do direito das relações obrigacionais, no entanto, não foi o que aconteceu de fato, pois as mutações históricas corroboraram pela sua literal modificação, mas sempre permanecendo os princípios, não importando qual concepção política seria adotada.

Mesmo com todo esse contexto histórico e diante do discurso exteriorizado de cada jurista, seja por uma visão atemporal ou não do Direito Civil, o que importa é que esse ordenamento possui preceitos civis que necessitam de serem ajustados e estruturados de recheios infraconstitucionais e se colocar como tal para que o poder originário constitucional regule seus passos e, em contrapartida, o Direito Civil deve se submeter aos ditados de correção da lei maior, uma vez que pertence a um agrupamento de normas que regula o país, dentre regras gerais e específicas.

No entanto, na nova ordem jurídica contemporânea, não se discute demarcação de terreno normativo, sob a égide disjuntiva dos preceitos. No mundo atual, a Constituição Federal está no topo da hierarquia kelseniana, estrutura trabalhada desde a teoria pura do direito, sendo o poder originário detentor da conformidade, organização e aplicação da legislação civil. Assim, os aplicadores do direito devem sempre interpretar o Código Civil em conformidade com os preceitos constitucionais, ou não, como ainda ocorre nos dias atuais.

Essa aceitação forçada, do Direito Civil no processo de mutação e inovação de suas ideologias frente à submissão constitucional, foi um marco revolucionário, tendo em vista que o ordenamento civil era detentor de conceitos e classificações que consolidavam ramos de extrema importância como o direito público, inclusive em normas constitucionais. Isso é decorrente das diversas evoluções, pois o constitucionalismo e os direitos públicos compostos na norma constituinte contemporânea nem mesmo de longe se aproxima da formação estrutural do Direito Civil.³

Hoje, o ordenamento civil encontra-se caminhando ao lado dos mesmos preceitos de origem, subordinando-se à norma constituinte que adotou os valores, princípios e normas previstos anteriormente. Devido a isso, as interpretações do Direito Civil e outras leis infraconstitucionais estão vinculadas aos preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Por isso, existem argumentos pautados no direito privado como, por exemplo, o direito constitucional aplicado, uma vez que nele encontram-se resquícios de preceitos civis a ele mesmo impostos.

Assim, o processo de constitucionalização se configura em avocar uma lei aos planos das regras impositivas constitucionais, oriundas do poder originário controlador, sendo aplicadas pelos tribunais e a todos os cidadãos.

É imaturo não pensar que em todo agrupamento de normas não existem outras normas que se destacam no cotidiano das pessoas, como é o caso do Direito Civil e Constitucional, uma vez que se encontram em constante aplicação a cada um dos seres humanos, que são vistos como sujeitos de direitos e obrigações, capazes de adquirir, modificar e extinguir o direito pautado na manifestação da vontade.

³ Pontes de Miranda considera de direito público as regras jurídicas cujo sujeito ou cujo objeto está em relação imediata com o Estado. As duas classes são exaustivas: o que não é direito público é direito privado (Tratado de Direito Privado, v. 1, p. 73)

Essa manifestação autônoma de vontade proporciona, a cada ser humano, a oportunidade de participar como integrante das relações civis negociais ou familiares, oriundas da permissibilidade normativa de constituírem direitos e deveres na ordem civil, os quais contribuem como elementos formadores da funcionalidade do sistema social tutelado por direitos fundamentais.

A aplicação das normas, no âmbito dos demais ramos do direito, é inserida conforme a situação mais específica de cada relação social, seja no direito público voltado à aplicação de sanções por via de processos formais ou ainda, ou no direito privado, concernente às relações cíveis, trabalhistas, empresariais e de consumo.

Faz necessário mencionar, que jamais pode ser confundida constitucionalização com publicização, uma vez que a publicização trata da supressão do direito privado transferida para o direito público, ou seja, o direito público prevalece sobre os ditames do direito privado e, em meio a essa força, vale destacar o enorme amálgama jurídico entre esses direitos que, de certo modo, vem se definindo, mesmo de baixo a tantas críticas, uma vez que os efeitos provocados pelo direito público, nas relações jurídicas, não são provenientes de uma lógica normativa ou intervenção legal, elementos que compõem a natureza do Estado social e a falta deles não está subtendido que a relação privada perdeu sua autonomia, a exemplo do Direito Civil e Direito do Consumidor.

No que tange ao cidadão vulnerável, perdeu força o interesse do Estado, que se pautava na perspectiva do interesse público quanto à regulação das relações privadas vulneráveis, ou seja, o domínio estatal sobre a vida privada crescia a supremacia do Estado como Imperador soberano sobre a fragilidade do indivíduo. No entanto, as relações privadas, como direito de herança, relações na família de direito pátrios, ou as relações de reparação de danos, embora constitucionalizadas, não se esvaem do caráter civil.

Esse assunto é objeto de discussões entre os civilistas e constitucionalistas que se interessam pelo fenômeno jurídico, refletido em um conjunto de normas civis inseridas aos preceitos constitucionais envolvidos no processo de desenvolvimento da Carta Magna. Nesse pensamento, indaga Gomes Canotilho (2006) em sua obra se o processo de constitucionalização ao Direito Civil não seria a civilização do direito constitucional⁴.

⁴ “A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as

O fato é que no século XX, a constitucionalização do Direito Civil, no Brasil, passou a existir e a com ela nasceu a preocupação com o processo de revitalização e adaptação do Direito Civil e as possíveis adequações aos princípios e direitos fundamentais elencados no ordenamento constituinte de 1988.

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, o Direito Civil, em sua magnitude enquanto norma de regulação geral, encerrou seus aspectos de suficiência no que se refere à codificação, autônoma e independente, uma vez que a sistematização do direito fragmentado o tornou membro das leis infraconstitucionais, trazendo, ao mundo contemporâneo, uma nova realidade na ordem jurídica aplicável a toda sociedade, o que serve como paradigma para o Direito Civil e os fundamentos de Estado Liberal, e ainda o individualismo jurídico que já estava pacificado.

As Constituições de 1824 e 1891 possuíam um Estado Liberal que fora substituído pelo Estado Social das Constituições democráticas e autoritárias de 1934, sendo o marco para organização política, social e econômica, além dos direitos individuais e a incorporação do Direito Civil codificado.

A concentração do Direito Civil para a Constituição trouxe algumas divergências quanto à aplicabilidade das relações privadas, tendo em vista que existiam duas constituições simultâneas que não se comunicavam. De um lado, o Estado que garante a ordem por uma constituição política, e do outro lado, o Código Civil com uma constituição voltada às relações privadas, ou seja, ambas estão bem distantes uma do outra.

Nesse panorama jurídico, os pensadores do Direito Civil vivenciam, até os dias de hoje, esse dualismo, pois na aplicação do Direito Civil ainda se interpreta de forma cumulativa à constituição, exemplo disso seria alguns direitos fundamentais que são direitos da personalidade previstos no Código Civil,

A inserção do Direito Civil, nos moldes dos preceitos constitucionais, marca algumas situações como: a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito,

regulações civilísticas-legais ou contratuais –veem o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directados direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitandotransforma-se emdireitodenão liberdadedodireito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens constitucional e civil—quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais.”(CANOTILHO, 2006, p.211)

promoção da Justiça Social e solidariedade, fatores distintos do pragmático Estado liberal de outrora.

Com isso, matérias reguladas pelo Direito Civil foram agregadas à Constituição de 1988 e, também, outros ramos do direito privado com direito empresarial, direito do trabalho, direito agrário e direito do consumidor, além de outras leis que fazem abordagens das relações civis.

Os preceitos, regras e princípios fundamentais pertencem ao núcleo da Constituição Federal. Já o Código Civil, outras legislações civis especiais e de direito material privado estão sempre gravitando ao redor da Constituição, que mostra seu controle como poder originário legítimo. Assim, não é o Código Civil que dá as cartas, mas a Constituição Federal, respeitando a hierarquia estruturada pela pirâmide normativa de Hans Kelsen, o que demonstra a superioridade da norma constitucional em relação às leis infraconstitucionais.

As fontes infraconstitucionais se encontram em harmonia a partir dos princípios e regra constitucionais. Isso é a única maneira para que sua existência permaneça de forma dinâmica no campo de atuação social. Importante lembrar que as normas infraconstitucionais possuem sua autonomia dentro dos seus alcances jurídicos, enfatizados em seu processo legislativo.

Mesmo com essa sistematização, decorrem algumas antinomias que se resolvem pelo princípio da hierarquia das normas, ou seja, norma superior prevalece sobre a inferior, ou ainda, norma posterior sobre a anterior e norma especial sobre geral.

Esse modelo de constitucionalização do Direito Civil no Brasil, não foi aceito de forma pacífica entre os doutrinadores civilistas. Preconizou, a corrente mais tradicional do Direito Civil, uma resistência em relação à inserção de regras constituintes sobre o Direito Civil. A referida corrente pautou-se na ideologia de que cada ordenamento deveria permanecer em seu campo de atuação, pois acreditam em duas consequências que prejudicariam o ordenamento civil, a primeira seria a banalização do processo, ao elevar as relações civis ao plano constitucional e a outra, seria o fato de que essa interlocução traria diminuição do Direito Civil que, para essa corrente, seria autossuficiente.

Para outra corrente, a descodificação do Direito Civil e o retorno da legislação civil ao centro, seriam um recuo. No século XX, o italiano Natalino Irti (1995) refletiu sobre as descodificações de alguns códigos, uma vez que, segundo ele, já teriam

cumprido sua função e que, de certo modo, não atenderiam mais a sociedade atual e suas constantes mudanças. Passados vinte anos da descodificação, Irti conclui que a sociedade, de fato, modificou-se. Além disso, a descodificação trouxe o Código Civil a um patamar mais inferior e que deixou de ter certa importância como legislação central.⁵

Vale destacar que, mesmo em meio ao processo de descodificação do Direito Civil, está ocorrendo o processo de recodificação, como é o caso do Código Civil de 2002, que trouxe consigo algumas regras do direito do consumidor, sem interferir nas regras do Código de Defesa do Consumidor, mostrando a desnecessidade da interferência da Constituição, pois seria dispensada a intervenção sobre os âmbitos das relações privadas que se considera autossuficiente em sua aplicação normativa.

Diante disso, fica claro que essa visão tradicional não prevalece nos dias de hoje, uma vez que essa cisão entre as duas normas não seria possível. A hermenêutica, aqui, deve ser arraigada sob argumentos que podem complementar seus ideais para resolução dos conflitos em sociedade, somando as regras do Direito Civil aos princípios fundamentais constituintes.⁶

Assim, na atual sistematização normativa do processo de constitucionalização, prevalece a perspectiva de um Direito Civil que respeita as regras constitucionais se apoiando nas correntes constitucionais, e os civilistas contemporâneos não duvidam dessa estrutura e afirmam que cada ordenamento jurídico possui sua força normativa, uma vez que uma norma é constitucional e outra infraconstitucional.

O próprio Direito de Família teve uma evolução, no instante que a Constituição Federal de 1988 contemplou, no art. 226 e 227, a garantia à igualdade entre os cônjuges e também entre os filhos dentro ou fora do matrimônio. Isso mostra que a Constituição incorporou regras das relações privadas para resolver conflitos e garantir direitos fundamentais.

Desse modo, observa-se a concretude da hierarquia normativa como forma de controle e organização sistemática do ordenamento jurídico, para evitar possíveis conflitos entre as leis que compõem a pirâmide normativa, a qual apresenta a posição

⁵ 15 IRTI, Natalino. Codice civile e società política. Roma: Laterza, 1995, p. 16 e 69.

⁶ “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microsistemas, com ausência de um desenho global.” (PERLINGERI, 1999, p.6).

de cada norma em relação à Constituição. Essa base de normas garante à Constituição a posição que possui como Carta Magna, recheada de princípios e preceitos que delineiam os necessários ajustes de cada norma, ou seja, definindo seus campos de atuação em sociedade.

3.1 A Constitucionalização do Direito de Família no Brasil

A partir do surgimento da Constituinte de 1988, o Direito de Família foi reconhecido com mais concretude, uma vez que outrora era visto como direito abstratamente irrelevante e sem muita atenção. Esse campo normativo expressa direitos que regularmente se propõem a enfatizar as relações entre os parentes e cônjuges, passando a ter grande relevância no mundo jurídico e, assim, pronto para ser aplicado em sociedade.

Na atualidade, a norma constitucional integra vários dispositivos que disciplinam o Direito de Família, que passou a adquirir valores importantes na aplicação de normas civis como forma de controle das relações privadas familiares. Assim como a sociedade, as famílias desde a sua origem, formação de conceitos, tipos e características sofrem mutações constantes, o que faz parte do processo de evolução social.

Assim como as normas constitucionais, os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 foram importantes para o Direito de Família, de modo a serem contemplados nos artigos 226 ao 230, o que, de fato, marcou a constitucionalização das relações familiares.

Faz-se necessário quebrar paradigmas conceituais considerados tradicionais e abrir uma visão pluralista acerca de família, buscando elementos que possam compor novos conceitos de entidade familiar, vislumbrando, assim, novos modelos de relacionamentos norteados pelos princípios da afetividade.

Segundo Maria Berenice Dias (2017), nos dias de hoje faz-se necessário identificar, nas estruturas interpessoais, elementos que as permitam nomeá-las de família, e isso só pode ser permitido mediante o vínculo entre os integrantes da relação.⁷

⁷ E necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm como origem em um elo de afetividade, independentemente de sua

Nesse instante, observa-se a imensidão axiológica jurídico-familiares que possa estabilizar a recém inserção da democracia implantada como nova forma de ordem pública, pautada sobre a igualdade e liberdade entre os cidadãos possuidores de direitos e deveres e que fazem parte de todo um contexto social, além das raízes do Estado Liberal de Direito que limita os poderes do Estado em prol de uma liberdade e segurança necessárias ao capitalismo moderno.⁸

Isso corrobora com os ideais de Estado Democrático, pois segundo Tércio Sampaio, a junção do Estado Liberal e Estado Social seria a composição da Democratização de uma forma Estatal, ou seja, o chamado Estado Democrático de Direito⁹

Como mencionado anteriormente, o instituo familiar está protegido pelos preceitos fundamentais, mas não somente isso, pois vale enfatizar que as mutações conceituais devem ser acompanhadas pelos princípios e preceitos constitucionais, pois exige certo controle e atualização das regras, conforme a evolução social-jurídica.

Nesse contexto, a família adquire papel primordial nos caminhos constitucionais do Brasil, e claro, pode-se afirmar que essa entidade é a base da sociedade, para a qual são impostas deveres e garantias, pois, Paulo Lôbo (2016) preceitua sua importância na medida da íntima relação com a própria vida humana, o autor acredita que sobre ela há integridade dos ditames da vida em sociedade.¹⁰

Nessa perspectiva do processo de constitucionalização do Direito de Família, o princípio da dignidade da pessoa humana foi primordial para a regulamentação das

conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. (DIAS, 2017, p. 43)

⁸ Para os lógico-formalistas, Estado de Direito é todo aquele que se submeta ao império da lei. Já para os segundos, Estado de Direito é o Estado oriundo das conquistas do liberalismo. O Estado centrado na limitação do poder pela lei, a expressão perfeita da vontade geral do povo. Já expusemos nossa concepção sobre o Estado Liberal de Direito e nela notamos que sua criação e toda a sua teleologia são de limitação do poder estatal em favor da liberdade e segurança necessárias para o florescimento do capitalismo moderno (GRAU, 2002, p. 119).

⁹ Segundo Tércio Sampaio, o Estado Democrático de Direito é uma junção do Estado Liberal com o Estado Social, pois a passagem do primeiro ao segundo modelo de Estado, bastante nítida na história constitucional brasileira, não implicou a exclusão do segundo pelo primeiro, mas em sua transformação naquilo que a Constituição denomina Estado Democrático de Direito. (JUNIOR, 1989, p. 54)

¹⁰ Visto isso, a família adquire papel vital nos rumos constitucionais do País, sendo declarada como a base da sociedade, sobre a qual são impostos tanto deveres quanto garantias, ao possuir a mais íntima relação com a própria vida humana. Desse modo, jaz sobre ela a integralidade dos ditames da vida em sociedade. Sendo assim, conforme explanado por Paulo Lôbo (2016, p.30), a família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado.

relações familiares, pois a base do indivíduo se digna da proteção do Estado, que alterou as relações patrimoniais e de parentesco.¹¹

Assim, nesse raciocínio voltado às relações familiares, faz-se necessário estudar essa área do Direito Civil, considerando os aspectos do indivíduo bem como o seu comportamento. Ele é um ser inserido em um processo sociocultural e detentor de direitos e deveres na ordem privada, e que, de certo modo, influenciou tanto a integralização do direito constitucional quanto as regras do Direito de Família, rompendo, inclusive, com reflexos patriarcal advindos das raízes conceituais que foram modificadas com a evolução do indivíduo em sociedade.

Nas suas próprias relações individuais, constituíram-se novas entidades jurídicas oriundas da vontade humana, tendo como exemplo a constituição do Casamento, ou União Estável, ou até mesmo a decisão de constituir filhos e isso faz parte do processo sociocultural.

Conforme Paulo Lôbo (2016), o modelo de família igualitária, trazido pelo processo de constitucionalização, contrapõe o autoritarismo do Código Civil anterior, pois o consenso e a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas são base para a mutação pragmática que inspirou o marco dos dispositivos citados na Constituição Federal/88.¹²

Essa afirmativa é contemplada no artigo 226 da Constituição Federal/88, que passou a reconhecer a família a partir da constituição do Casamento Civil e do religioso, já previstos no Código Civil de 1916. Isso mostra a efetiva constitucionalização familiar no entorno das normas infraconstitucionais já previstas.

Vale destacar que o poder constituinte originário, consolidado em 1988, trouxe consigo uma nova estrutura para a família. Segundo Valéria Cardin e Letícia Cara (2014), essa entidade familiar, núcleo da sociedade, é tutelada pelo Estado, independentemente da forma de constituição. Enfatizam, ainda, que todo esse conceito contemporâneo de família passou por transformações históricas e

¹¹ O alicerce do indivíduo, digna da proteção do Estado, alterando substancialmente as relações patrimoniais e de parentesco, reconhecendo uma série de direitos em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de todas as relações jurídicas pela Constituição Federal. (MENEZES, 2017, p.72)

¹² O modelo igualitário da família constitucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança pragmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988. (LÔBO, 2016, p.21)

doutrinárias, as quais foram diretamente influenciadas pela religião, pela sexualidade, pela despatrimonialização da família dentre outros fatores externos.¹³

Reforça-se o processo de constitucionalização no momento em que a Constituição Federal reconhece as relações entre companheiros, passando a chamá-las de União Estável. Segundo Gonçalves (2018), é uma relação familiar nascida fora das regras e trâmites da relação do Casamento.

Importa ainda ressaltar que, embora o texto constitucional restrinja essa entidade familiar apenas à união de um homem e mulher, o Supremo Tribunal Federal estendeu essas características para pessoas homoafetivas, conforme julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.227, que será tratada em capítulo oportuno.

No início do processo de inclusão jurídica, as entidades familiares foram suprimidas pela locução “constituída pelo Casamento” prevista no artigo 175 das Constituições de 1967 e 1969, nas quais o Casamento entre homem e mulher determinava a entidade familiar constituída por ato solene. Essa cláusula de exclusão foi substituída pela expressão “a família”, ou seja, qualquer família.

Vale lembrar que a atual Constituição Federal contempla nova entidade familiar ao citar a família pela constituição do Casamento, pela União Estável, a partir da relação entre companheiros ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos. Isso não significa que se restringe apenas a essas entidades, uma vez os direitos subjetivos não podem ser suprimidos.

Fica claro que o objetivo da norma não é família em decorrência das pessoas que a compõem, mas a restrição de famílias constituídas por atos ilícitos ao cumprimento dos atos solenes do Casamento tradicional, visto até então como modelo único.

O artigo 226 da Constituição Federal é cláusula de inclusão de novos tipos de entidades familiares, não sendo admitida a exclusão de qualquer entidade que esteja nos moldes do princípio da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, em conformidade com o §4º do mesmo artigo, segundo o qual, “entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” Assim, as demais entidades familiares ficam implícitas e construídas

¹³ Foi a atual Constituição Federal que trouxe uma nova roupagem à família, ainda considerada o núcleo da sociedade, devendo receber a tutela do Estado, independente de sua forma de constituição. Esse conceito contemporâneo de família passou por uma construção histórica e doutrinária que sofreu de forma direta a influência de fatores exógenos, como por exemplo, a religião, a sexualidade, a despatrimonialização da família e demais fatores externos. (CARDIN e CARA, 2014, p.5)

por conceitos amplos e indeterminados, que serão estudados e apontados pela doutrina jurídica na medida em que a sociedade evolui.

3.1.1 Novas entidades familiares

A doutrina explicita os tipos de entidade que surgiram em decorrência do processo de adaptação do direito à sociedade, provenientes das mudanças sofridas com o passar do tempo. Para tanto, destaque as seguintes entidades: família matrimonial constituída pelo Casamento solene, família informal constituída pela União Estável, família homoafetiva decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, que já possui reconhecimento perante os Tribunais Superiores, família monoparental proveniente do vínculo entre um dos pais com seus filhos, família anaparental decorrentes do convívio entre parentes ou entre pessoas não parentes e família eudemonista constituída por vínculo afetivo.

Roldf Madaleno (2017) elenca outras formas de família como é o caso da família reconstituída, família paralela, família poliafetiva, família natural e a família extensa ou ampliada, família homoafetiva e eudemonista, matrimonial e informal.

Segundo Roldf Madaleno (2017), a família reconstituída, que se origina do Casamento ou da União Estável de um par afetivo, é caracterizada pelo fato de ambos ou um deles possuírem filhos decorrentes de união anterior, a famosa relação entre padrastos, ou madrastas e enteado ou enteadas.

Nas famílias paralelas, Madaleno (2017) explica que se caracteriza pela relação simultânea entre um Casamento e uma União Estável, que constituiria o concubinato, no qual uma pessoa sendo casada possui uma família paralela, mesmo que a União Estável não possa ser reconhecida devido a já existência de um vínculo conjugal reconhecido. Guilherme de Souza Nucci (2015) ensina que a família natural seria a família biológica, constituída pelos lações de sangue, conforme os termos constitucionais no dispositivo do artigo 226, §4º da Constituição Federal/88. Nesses moldes, a família é formada por um homem e uma mulher, seja pelo Casamento ou União Estável.

Para Roldf Madaleno (2013), a família natural é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes e afirma que equivale à família biológica, mas estende essa interpretação a família socioafetiva, uma vez que os laços consanguíneos não são os únicos que efetivam a forma de construção da família. Já

no entendimento de Maciel (2013, p. 155), “[...] não importa se matrimonial ou não o vínculo que une os pais, estes e a respectiva prole constituem uma família natural ou nuclear.”

A família extensa vai além da do casal, ou de pais e filhos. Os parentes próximos formam a denominada família extensa ou ampliada, é o caso dos avós, tios, primos. No entanto, Guilherme de Souza Nucci (2015) afirma que, independente disso, para ser configurada basta que a criança ou adolescente conviva com tais parentes e possua com eles lações de afinidade e afetividade. A família substituta, prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (2015, p.14), surge quando o menor está, de maneira excepcional, sujeito à guarda, à tutela ou à adoção, conforme o artigo 28 do ECA. Para o referido autor, a família substituta seria aquela designada por lei ou medida judicial para dar continuidade à família biológica, ainda que em caráter provisório ou definitivo.

Importante mencionar que a família substituta não foi uma inovação da lei nº 8069/90, pois já estava prevista no Código de Menores sob a Lei nº. 6.697/79 como modalidade de delegação do pátrio poder. Neste código, já revogado, a guarda, a tutela e a adoção plena carregavam a locução de “lar substituto” e hoje, vista como família substituta, consideram-se três modalidades de proteção, a saber: guarda, tutela e adoção. (MACIEL, 2013).

Outra entidade familiar a ser destacada seria a família monogâmica, que é o regime conjugal enraizado aos costumes da população ocidental, sendo caracterizada pelo convívio familiar entre pessoas que detém um parceiro enquanto permanece a União Estável, conforme ensina Luana Malmonge (2017, s/p).

Reforça Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2005, p. 196) que “[...] seria irreal negar que a sociedade ocidental contemporânea é, efetivamente, centrada em um modelo familiar monogâmico, mas não cabe ao Estado, em efetivo desvio funcional, se apropriar deste lugar de interdição”.

Na atual sociedade contemporânea, tem se falado da família poliafetiva, constituída por uma relação afetiva de mais de duas pessoas vivendo todos no mesmo teto, mediante convivência autorizada. Maria Berenice Dias (2017, p. 153) explica que “[...] os termos são muitos, poliamor, família poliafetiva ou poli amorosas. No entanto, todas as formas de amar que fogem do modelo convencional da heteronormalidade e da singularidade, são alvo de danação religiosa e via de consequência da repulsa social e do silêncio do legislador”.

É inegável a existência de várias formas de entidades familiares, É claro que o homem ou a mulher tem a capacidade de amar até mais de uma pessoa, seja seus filhos, parentes ou até mais de uma relação conjugal, como é o caso da família paralela frente ao Casamento e o concubinato. O fato é que, independente da formação do tipo de família, existirá a proteção do Estado, o que importa entre seus membros é a afetividade, companheirismo, igualdade e liberdade.

Nesse diapasão, as entidades familiares construídas por vínculos de parentes consanguíneos e afetos, oriundos da relação entre os membros que as compõem, hoje fazem parte da evolução do Direito de Família, e gozam de proteção constitucional que garante sua existência no âmbito jurídico.

Vale ressaltar que o reconhecimento desses direitos respalda as famílias quanto à aquisição dos direitos sucessórios de cada membro pertencente a sua entidade familiar, ou seja, os bens deixados por pessoa falecida são assegurados a cada um dos herdeiros consanguíneos, afins ou afetivos.

3.2 A Constitucionalização do Direito Sucessório no Brasil

Antes de iniciar uma abordagem sobre a constitucionalização dos direitos sucessórios, importa mergulhar nos aspectos históricos patriarcais para conhecer a origem desses direitos hereditários, pois assim como o Direito de Família, este campo possui dispositivos que garantem direitos de aquisição de bens por motivos causa morte sem discriminação de filhos existentes dentro ou fora da relação conjugal, ainda que sejam adotados. Além abordar acerca de princípios fundamentais como o da igualdade, dignidade da pessoa humana, afetividade e outros de natureza patrimoniais que enfatizam essa garantia constitucional.

Assim, enfatiza-se que o direito sucessório teve sua origem marcada pela ação do indivíduo em adquirir e construir seu patrimônio e isso faz parte da estruturação da sociedade. Do mesmo modo, a família como detentora do seu próprio patrimônio e com suas convicções religiosas, obteve sua importante parcela de contribuição na formação social, apresentando aspectos caracterizadores que definiam a aquisição de patrimônio por meio do denominado culto familiar.

O culto familiar funcionava da seguinte forma: se um determinado homem sem filhos falecesse e, conseqüentemente, não tivesse quem herdar seus bens, a herança seria transferida de varão a varão da sua linhagem, procurando o continuador do seu

culto, pois, conforme a religião, a herança era transmitida pelo sangue, mas só a descendência masculina poderia prosseguir hereditariamente, conforme determinação da liturgia do culto familiar.

Essa herança era transferida aos parentes que pertencessem ao mesmo culto, mas esse parentesco era apenas uma expressão para demonstrar que pertenciam ao mesmo culto original. O fato de os irmãos nascerem da mesma mãe não significava que fossem parentes, para que a herança fosse distribuída, exemplo disso: os filhos de duas irmãs ou um irmão e uma irmã não se comunicavam como parentes, caso não pertencessem a mesma religião doméstica ou mesma família.

Conforme Coulange (2004), a primogenitura era responsável por toda sucessão testamentária, pois, com a morte do seu patriarca, verdadeiro titular dos bens, a herança era transmitida por meio do culto religioso. Porém, nas famílias romanas, não se admitia a titularidade dos bens aos filhos considerados ilegítimos, uma vez que a Lei das XII Tábuas enfatiza que os verdadeiros legítimos são descendentes existentes ao tempo da relação conjugal. No entanto se não tivesse nenhum herdeiro, conforme o culto religioso, os bens seriam transferidos por meio da adoção e do culto religioso do falecido.¹⁴

O direito sucessório, na Idade Média, era marcado pela linhagem masculina, de modo que o filho mais velho do genitor era o sucessor do título, garantindo todo seu patrimônio. Em outro momento no Direito Romano, estabeleceu-se que os filhos naturais, constituídos de uma relação concubinária, seriam considerados como ilegítimos, uma vez que os filhos fora do matrimônio não seriam considerados herdeiros necessários, de modo que a relação entre pais e filhos não era reconhecida. Esse é o ponto de partida para entender o conceito de filiação como relação de parentesco por consanguinidade, que tende a unir pessoas geradas pelos seus genitores, mesmo que fora da relação matrimonial, ainda que seja resultado de adultério, espúrios ou incestos.

O Código Civil de 1916 reconhece, em seus artigos 978 e 1572, que os filhos ilegítimos, concebidos fora do matrimônio, não possuíam direito sucessório, pois a

¹⁴ “Para começar, não era permitido ao testador que, ainda em vida, fizesse segredo de sua última vontade; o homem que deserdesse a família e violasse a lei religiosa deveria fazê-lo publicamente, às claras, e suportar durante sua vida todo o ódio que tal ato suscitava. E isso não é tudo; era preciso ainda que a vontade do testador recebesse a aprovação da autoridade soberana, isto é, do povo reunido por cúrias, sob a presidência do pontífice.”(COULANGES, 2008, p.89)

legitimidade dos filhos não decorria de uma escolha, mas estava vinculada à constituição do Casamento, ou seja, valeria a legitimidade de suceder o patrimônio aos filhos concebidos na constância da relação conjugal.

No entanto, todo esse reflexo normativo foi retirado pela Constituição Federal de 1988, passando a limitar os efeitos de discriminação sofridos pelos filhos havidos fora do Casamento, baseado no norte da isonomia hereditária em todos os aspectos da relação entre filhos e pais. Vale destacar aqui, que o ato de suceder é a transferência de titularidade patrimonial por motivo causa morte.

Por influência do Código Napoleônico, o ordenamento jurídico pátrio, desde 1916, tem adotado o princípio *droit du saisine*, como aborda Gonçalves ao indicar que uma vez aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança devem ser transferidos de pronto aos herdeiros legítimos e testamentários.¹⁵

A transmissão de titularidade de bens ocorre como uma substituição de responsabilidade sobre a propriedade, de sorte que os herdeiros serão legítimos para adquirir os direitos sucessórios, dessa forma ensejando a constatação de aspectos tanto positivos como negativos inseridos nos bens presentes no espólio.

Assim, uma vez falecido o autor da herança, seus bens subsistirão e, a partir de então, passarão a integrar o patrimônio daqueles que receberem, ou seja, aberta a sucessão tal fato dará ensejo ao chamado direito hereditário.¹⁶

A Constituição Federal prevê o direito sucessório em seu artigo 5º, incisos XXX e XXXI, o que demonstra a efetiva constitucionalização do direito hereditário. É pertinente mencionar outras previsões legais, como a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, no seu artigo 10, o Código de Processo Civil, artigos 610 ao 673 da Lei n.13 105/2015, o Código Civil Brasileiro do artigo 1784 ao 2027 e ainda a Lei 11.441/2007, que prevê a forma de realização do inventário, partilha, divórcio.

¹⁵ tal solução consta do art. 978 da Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, e do Código Civil de 1916, em seu artigo 1.527, que dispunha: “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Esse diploma filiou-se ao sistema germânico - francês e foi aperfeiçoado pelo art.1784 do Código Civil de 2002, o qual ainda estabelece que: “aberta a sucessão, a herança será desde logo transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários. (GONÇALVES, 2021, p. 23)

¹⁶ Direito das sucessões, em sentido objetivo, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão de bens e obrigações de um indivíduo em consequência da sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto. (GONÇALVES, 2021, p.20)

Os filhos legítimos ou não, passaram a ter seus direitos hereditários mencionados e reconhecidos no Código Civil de 2002. O artigo 1841 enfatizou que os filhos existentes fora do matrimônio teriam direito a metade da herança que os irmãos bilaterais teriam e, nessa mesma linha de raciocínio, o artigo 1843 também reforçou a legitimidade no momento em que contempla os irmãos unilaterais na concorrência com os irmãos bilaterais, assim, como na falta de ambos, os tios poderiam receber patrimônio deixado pelo falecido.

Vale aqui destacar que, historicamente, a Revolução Francesa impulsionou o processo de construção do Código Civil, e que tanto o Direito de Família quanto o sucessório foram assegurados pela norma constituinte, conforme cita Carlos Maximiliano. Ele ainda afirma que o Direito Sucessório, em sentido amplo, é a sucessão inter vivos ou causa mortis e, em sentido estrito, ocorre quando alguém recolhe a herança e outro indivíduo fica responsável por esses bens, os quais ele teria direitos, e por seus respectivos encargos¹⁷, pertinentes à obrigação sucessória transferidos pelos reflexos da vocação hereditária.

Nesse mesmo sentido, Luís Rica Satres Muncunill (1989) afirma que a sucessão causa mortis é o objeto primordial dessa matéria disciplinada pelo Direito Civil, e que se ocupa tão somente de uma espécie de sucessão, sendo a morte comprovada e declarada de uma pessoa individual e que se destina a regularizar tanto a situação dos bens deixados quanto às relações jurídicas existentes devido à consequência do falecimento.¹⁸

O ordenamento civilista brasileiro supera as diretrizes normativas do direito romano, tendo em vista que as relações sucessórias existentes são fundadas em princípios como a dignidade da pessoa humana e igualdade hereditária e ainda passa a reconhecer o direito de propriedade e o Direito de Família como matérias de base para aplicação do direito sucessório, afinal sem titularidade de bens e relação de

¹⁷ “[...] direito das sucessões, em sentido *objetivo*, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos *bens* e *obrigações* de um indivíduo em consequência da sua morte. No sentido *subjetivo*, mais propriamente se diria – direito de suceder, isto é, receber o acervo hereditário de um defunto.” (MAXIMILIANO, 1942, p.21)

¹⁸ “La sucesión mortis causa, tanto universal como particular, como especie de la sucesión en general, es objeto del llamado Derecho de sucesiones o de sucesión. Esta disciplina jurídica es parte del Derecho civil y se ocupa tan sólo de una especie de sucesión, que es la que origina la muerte, comprobada o declarada, de una persona individual. El Derecho de sucesiones tiene, pues, por objeto, regular el destino de los bienes y relaciones jurídicas del difunto y los demás aspectos de Derecho civil directamente relacionados con el referido destino.”. (MUNCUNILL, Luís Roca-Sastre. *Derecho de sucesiones*, tomo I, 1989, p. 14.)

parentesco por consanguinidade, afinidade, afetividade ou civil, as transmissões hereditárias não teriam sentido algum.

4 A INSTITUIÇÃO DO CASAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Casamento em uma órbita filosófica é entendido como um dos institutos sociais considerado com fundamento social, sendo a base moral de uma sociedade tanto nos aspectos públicos e privados. É também visto com instituto criado por obra divina para educação do ser humano. Uma parcela dos pensadores condena o Casamento, como Arthur Schopenhauer (2021) que afirma provocar um aumento das obrigações do indivíduo e diminuir seus direitos, pois, segundo, ele em um hemisfério monógamo o indivíduo perde a metade dos seus direitos e duplica as obrigações.¹⁹

Esse instituto é visto como uma das tradições mais antigas. Vale destacar que ele se alterna conforme os costumes do lugar e o povo, mas vários povos, de denominações diferentes, adotam seu sistema de vinculação conjugal, conforme suas regras e práticas reiteradas. No mundo atual, o Casamento é visto como um contrato que originalmente inicia as relações conjugais impondo não somente as obrigações advindas da lei, mas também os direitos que cada cônjuge possui um com o outro.

No Casamento também se exige uma formalidade, por exemplo, a realização da cerimônia para o cumprimento de todos os requisitos da união conjugal, momento em que os interessados são envolvidos pelos efeitos do Casamento que pactuaram, trazendo responsabilidades conjuntas provenientes da decisão mútua de viver em matrimônio.²⁰

No entanto, se torna importante mencionar que nem sempre foi assim, o Casamento já foi ferramenta política para a manutenção de relacionamentos de grupos, de modo que a existência do Casamento fortaleceria os aliados, e ainda

¹⁹ Casar-se significa duplicar as suas obrigações e reduzir a metade dos seus direitos. (SCHOPENHAUER, 2021, frase 156.)

²⁰ O casamento é uma das tradições humanas mais antigas e disseminadas pelo mundo, mas é comumente associado à imagem do cristianismo e, mais especificamente, à Igreja Católica. Atualmente, ele é visto como uma ação, contrato, formalidade ou cerimônia que deve ser realizado para estabelecer uma união conjugal, em que os envolvidos têm como propósito a vida em conjunto. Essa vida comum envolve o compartilhamento de interesses, atividades e responsabilidades entre as partes envolvidas.

Porém, as primeiras formas de casamento eram vistas como ferramentas de manutenção de relacionamentos entre grupos sociais. As sociedades tribais anglo-saxãs, por exemplo, viam no casamento uma forma de estabelecer alianças e conquistar aliados, constituindo relações diplomáticas e laços econômicos. Até o século XI, os casamentos eram arranjados pelas famílias dos noivos, que buscavam conseguir perpetuar alianças ou a manutenção do poder econômico familiar ao promoverem casamentos entre famílias com posses maiores ou de tamanho similar. (Texto Eletrônico: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/historia-casamento.htm>)

contribuía para a conquista de novos aliados, além de constituir relações diplomáticas e laços econômicos, como é o caso das sociedades anglo-saxãs.

No século XI, o Casamento originava-se por meio das famílias dos noivos, com o intuito de manter as alianças e o poder econômico familiar na promoção de uniões conjugais com famílias que possuíam maiores posses para manutenção de sua posição em sociedade.

Com o surgimento do Decreto de Graciano em 1140, passou a existir consentimento ou a manifestação voluntária, o que de fato concretizou o verdadeiro matrimônio levantado pelo Direito Canônico com a formação dos ideais da Igreja Católica. Anteriormente, os Casamentos eram sempre arranjados e os noivos se submetiam sempre aos interesses externos, mantendo as alianças políticas, principalmente na realeza, em que os reis, rainhas, príncipes, princesas e outros que compõem a nobreza estavam sujeitos aos interesses constituídos por tratados para assegurar as situações econômicas daquele respectivo grupo.²¹

Até aquele momento, os casamentos constituídos eram considerados irrevogáveis e indissolúveis, para que não afetasse os interesses fins que motivaram a sua aceitação e materializasse a condição ficta do instituto. Em 1534, com o surgimento da Igreja Anglicana, a dissolução do Casamento entre Henrique VIII e Catarina de Aragão marcou o início da dissolução do laço conjugal que outrora estava engessado. Assim, em 1670, o Casamento indissolúvel começou a ser contestado, hoje o chamado divórcio bastante conhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro. (GONZALEZ, 1995)

Seguindo a evolução histórica do Casamento, em 1836, no continente europeu, o instituto deixou de ser apenas religioso passando a possuir efeitos civis, ou não religiosos, mas admitindo a ideia de aceitar o Casamento, mesmo de pessoas que não sejam católicas e que possuíam seus próprios preceitos.

No Brasil, o Casamento surge no período de colonização, pois, conforme explica Mary Del (1997), os portugueses foram os grandes precursores da instituição do Casamento no Brasil, que deu origem aos ideais da Igreja Católica e ficará marcada pela presença e influência das cartas jesuíticas, nas quais os padres conclamavam

²¹ O consentimento só passou a fazer parte da tradição a partir de 1140 com o Decreto de Graciano, uma obra extensa que trata sobre o direito canônico, estabelecendo regras de conduta e normatizando costumes da Igreja Católica. O consentimento, ou a manifestação voluntária em relação à vontade de unir-se em matrimônio, passou a ser, a partir do século XII, condição para que o casamento fosse realizado. (Texto Eletrônico: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/historia-casamento.htm>)

ao rei de Portugal que enviassem órfãos, ou até mesmo meninas de ruas e prostitutas para se casar com os portugueses. Esses Casamentos eram realizados a brasileira, pois, para oficializar, era muito caro e para ter validade dependia dos trâmites formais de Portugal, o que fez marcar o surgimento da bigamia e os famosos concubinatos.²²

Dos séculos XVI ao XVIII, os homens viviam amancebados com índias ou com escravas, ou seja, um relacionamento fora dos padrões da Igreja Católica. Mary Del Priore (1997) percebeu que a legislação desvaloriza os não casados e valoriza os casados. Naquela ocasião, de fato, possuíam poucos padres, mas era o suficiente para a propositura do Casamento dos amancebados.²³

Nos dias atuais, ainda existem muitas discussões, principalmente pelo fato de a evolução social permanecer, o que contribui para o nascimento de novos institutos e novos direitos que devem ser alcançados, como por exemplo: a união das relações homoafetivas, sem aqui se discutir sobre opção sexual, mas tratar dos reconhecimentos já previstos em norma.²⁴

Atualmente, a Constituição Federal, em seu dispositivo 226, contempla de forma clara e afirma que a família é a base da sociedade e, em seus parágrafos, aborda o instituto do Casamento apresentando seus efeitos, alcances e limitações.

O atual Código Civil Brasileiro cita o Casamento em seu artigo 1511, fundamentando que ele estabelece a comunhão plena de vida, se baseando na igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges, além de informar os procedimentos formais da habilitação para casar, vislumbrando até a constituição efetiva do matrimônio, escolha de regime, anulação e sua dissolução.

Conceitualmente, o instituto do Casamento possui uma gama de especificação que o caracteriza e o define a partir das perspectivas do ordenamento jurídico civilista,

²² Bom, desde a chegada dos portugueses à nossa costa que a Igreja Católica vem junta. Então, há um esforço muito grande no sentido de que a nossa colonização seja feita, digamos, sob a égide, sob a bandeira do Catolicismo. E, portanto, essa preocupação com o matrimônio vai estar presente desde as cartas jesuíticas com os padres conclamando o rei de Portugal a enviar ao Brasil órfãos, ou meninas de ruas, enfim, prostitutas até para se casar com os portugueses. (Priore, 1997)

²³ Eram poucos os padres no Brasil, mas era o suficiente para casar os amancebados. O curioso é que, no Brasil Colônia, algumas regrinhas básicas de etiqueta, digamos assim, não eram muito seguidas: As pessoas esperavam então a chegada do padre para se casar. Muitas dessas pessoas, já com famílias constituídas, vivendo juntos há muito tempo, com filhos já dessas uniões consensuais. E a festa era sempre uma festa com viola, uma grande comensal, convidados que afluíam de toda parte, estavam instalados na casa dos recém-casados.

²⁴ Hoje, as discussões que envolvem o casamento ainda persistem e representam muito das mudanças que ocorreram em nossas sociedades. O casamento homoafetivo, por exemplo, é amplamente discutido na sociedade atualmente, principalmente nas esferas políticas, onde a pluralidade e a diferença devem ser contempladas, e nas organizações religiosas que se posicionam contra e acreditam ser a única instituição legítima capaz de consagrar a união matrimonial. (Texto Eletrônico)

o qual traz consigo aspectos construídos, conforme a relação dos indivíduos que pretendem constituir uma união conjugal direcionada à formação da família civil.

O Casamento é visto como instituto familiar, mas também é um negócio jurídico, com características solenes e públicas, que tendem a estabelecer o vínculo jurídico entre dois indivíduos com o objetivo de constituírem um matrimonial para viverem em comunhão plena de vida, respeitando os requisitos da fidelidade recíproca, mútua assistência, uma regular vida sexual, assim como o cumprimento das obrigações para com os filhos. Como fomenta Maria Helena Diniz (2019, p. 39), “[...] o Casamento é o vínculo entre homem e mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e constituição de uma família.”

Afirma no seu pensamento, o civilista Paulo Lobô (2021, p.76) ao mencionar que: “[...] o Casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado.”

É importante ressaltar que, mesmo diante dos conceitos clássicos sobre o Casamento, os sujeitos - homem e mulher - definidos como sendo os únicos e legítimos para constituição do matrimônio, e as relações atuais no mundo moderno quebram a ideia tradicional do Casamento, o tornando ultrapassado em decorrência da evolução da sociedade conforme o passar do tempo, como diria Carlos Roberto de Gonçalves, “Casamento, como todas as instituições sociais, varia com o tempo e os povos.”

Nesse cenário, a sociedade toma ligeiros passos evolutivos provocando o direito no avanço dos efeitos normativos para serem aplicadas para uma nova realidade, como é o caso das uniões homoafetivas, originado por pessoas do mesmo sexo, que buscam ser inseridas nesse contexto conceitual. Assim, vale aqui destacar os ensinamentos de Flávio Tartuce (2019) ao referir que o Casamento é uma união de duas pessoas reconhecida e regulamentada pelo Estado, sendo o responsável pela constituição da família estruturada sob a base do vínculo afetivo.²⁵

²⁵O casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto. (TARTUCE, 2015, p.878)

Quanto à natureza jurídica do Casamento não se tem um consenso entre os doutrinadores, o que gerou o surgimento de algumas teorias como: a teoria institucionalista; sustentando o argumento de que o Casamento é uma instituição envolvida nos aspectos morais e religiosos; e a Teoria Mista ou Eclética entende que o Casamento é uma instituição em seu conteúdo mais também formado através dos requisitos contratuais; já a Teoria Contratual defende que o Casamento é um contrato de natureza especial, contendo as próprias regras de formação, mas deve atender os requisitos que norteiam a relação contratual.

Com base nas fundamentações conceituais, o Casamento é de fato e de direito, um instituto que surge em decorrência da manifestação das partes com interesse em constituir vínculo jurídico conjugal em decorrência da afetividade que busca constituir família, garantido pela norma e regulado pelo Estado.

Diante dessa abordagem, que tratou da evolução conceitual do Casamento e sua natureza jurídica, passa-se a tratar das formas desse instituto conforme o ordenamento civilista, além dos efeitos de cada regime, o Casamento como união patrimonial e o direito de herança do cônjuge.

4.1 As espécies de Casamento previstas no Código Civil

Embora possuam outras espécies de Casamento, o Estado reconhece em nosso ordenamento jurídico duas formas de casamento, quais sejam: o civil e o religioso. Para entender as espécies importa fazer uma abordagem sobre as características e a situação fática de cada uma.

A atual Constituição Federal, instituída em 1988, prevê, em seu artigo 226, §2º, o surgimento do Casamento religioso com efeitos civis, mas no Brasil nem sempre foi assim, pois o Casamento religioso que prevalecia era preconizado pela Igreja, uma vez que esta era competente para realizar o matrimônio dos cristãos, passando a existir apenas a união eclesiástica.

O Casamento Civil foi proclamado pela Constituição Federal de 1891, sendo reconhecido, neste período, como única forma de matrimônio válido. Assim, no Brasil, tem prevalecido o Casamento religioso com efeito civil, mas, com o reconhecimento da União Estável formada pela relação entre companheiros, este paradigma tem se rompido e abrindo novas maneiras de vínculo familiar.

O Código Civil anterior trouxe o matrimônio civil e o atual Código Civil de 2002 consolidou, em seu artigo 1512, o Casamento civil e atribuiu, no artigo 1515, os efeitos civis no Casamento religioso, conforme disciplinado na constituinte, além da Lei 6.015/73, a chamada de Lei de Registro Público, e a Lei nº 1.110/50 que regula o Casamento religioso com efeitos civis, somando com as regras gerais do ordenamento civil.²⁶

Segundo Maria Berenice (2017), o Casamento civil é realizado perante o Cartório de Registro Civil, seguido de ato solene celebrado por pessoa designada para realização da cerimônia e na presença de testemunhas, nas dependências do cartório, ou em outro lugar. Ela também aponta que, segundo a Constituição Federal/1988, artigo 226 § 1º e o artigo 1512 do CC/02, o Casamento civil deve ter sua celebração gratuita quando houver a declaração de pobreza, sob pena da lei, isenção das custas o que se estende para o processo de habilitação, ao registro do Casamento e à primeira certidão.²⁷

Outra forma de vínculo conjugal é o chamado Casamento por procuração, que, embora não seja considerado uma espécie de Casamento, está previsto no art.1.542 do atual Código Civil Brasileiro. Essa forma de Casamento deve ser feita por instrumento público com poderes específicos e tendo validade pelo prazo de 90 dias. O interessante desse modelo é que, por ausência normativa, se na realização do Casamento estiver ausentes ambos os cônjuges, o Casamento poderá ocorrer mediante os procuradores devidamente constituídos.

Outro ponto importante, é que a revogação da procuração também deve ser realizada por instrumento público, caso a revogação não tenha chegado ao

²⁶ O casamento civil foi proclamado com a Constituição da República de 1891, que passou a reconhecê-lo como a única modalidade de matrimônio válido, generalizando-se no Brasil o costume de celebrar o casamento religioso ao lado do casamento civil, muito embora essa prática, por diversos motivos, vem cedendo para os relacionamentos informais da união estável.

O Código Civil de 1916 consolidou o matrimônio civil, e o Código Civil de 2002 não promoveu qualquer modificação ao reiterar, em seu artigo 1.512, a validade exclusiva do casamento civil, não obstante o artigo 1.515 do Diploma Substantivo Civil atribua efeitos civis ao casamento religioso, na esteira do comando do artigo 226, § 2º, da Constituição da República de 1988 e da regulamentação disciplinada pelos artigos 71, e seguintes, da Lei n. 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos) e dos artigos 1º e 7º da Lei n. 1.110/1950, que disciplinavam os efeitos civis do casamento religioso até o advento do atual Código Civil, que passou a regulamentar a matéria. (MADALENO, 2018, p.168)

²⁷ O casamento civil é realizado perante o oficial do Cartório do Registro Civil. Trata-se de ato solene levado a efeito por um celebrante e na presença de testemunhas, nas dependências do cartório, ou em outro local. A gratuidade da celebração do casamento civil é preceito constitucional (CF 226 § 1º) repetido no Código Civil (CC 1.512). Quando a pobreza for declarada, sob as penas da lei, a isenção do pagamento das custas estende-se à habilitação, ao registro do casamento e à primeira certidão (CC art.1.512, parágrafo único). Assim, basta que os nubentes firmem singela declaração afirmando falta de recursos para serem dispensados de qualquer ônus. (DIAS, 2017, p. 150)

conhecimento do mandatário e o Casamento ocorrer, o mandante responderá por perdas e danos, conforme o art. 1542, § 1º do Código Civil. No entanto, deve se destacar aqui que, na ausência de legitimidade do procurador, o ato²⁸ segundo o ordenamento civil é considerado anulável, conforme o artigo 1550, inciso V.

Diante desse panorama jurídico, Maria Berenice Dias (2017) diz que existe em uma parte do dispositivo legal, uma falsa crença de que o matrimônio se consumaria na noite de núpcia, mas segundo a autora a justificativa doutrinária é pouco convincente e se pauta no uso malicioso desse expediente para conseguir os desejos sexuais do cônjuge.²⁹ O fato é que está previsto em norma o Casamento por procuração que, em sua essência, tem por finalidade representar um ou ambos esposais para realização do matrimônio.

Outra modalidade contemplada na norma civil é o Casamento nuncupativo ou *in extremis*, que ocorre quando um dos cônjuges está na iminência de morrer, conforme arts. 1540 ao 1542 do Código Civil. Esse tipo de Casamento pode ser celebrado sem a presença do Juiz de paz e sem prévia habilitação, também não é necessário o atendimento a qualquer requisito legal e deve ser realizado na presença de seis testemunhas que não possuam vínculo de parentesco em linha reta ou colateral até segundo grau com os nubentes.

Esse ato deve ser confirmado diante da autoridade judicial no prazo máximo de dez dias, mas todo esse procedimento será dispensado se o enfermo convalescer e confirmar o Casamento perante a autoridade competente. Essa regra vale para ambos os cônjuges. E por fim, caso sobreviva ou não, os efeitos do Casamento retroagirão ao tempo da celebração.

Dando continuidade às espécies do Casamento, o Direito de Família também estuda o chamado Casamento putativo previsto no art.1561, que ocorre quando ambos os nubentes imaginam está contraindo de boa-fé um matrimônio e na realidade o ato não existiu podendo ser nulo ou anulável.

Esse ato é desconstruído mediante sentença transitado em julgado sob efeito *ex nunc*, ou seja, o período entre a celebração do Casamento e a sentença que

²⁸ Portanto, embora realizado o casamento quando já revogada a procuração, e disso não tivesse sido ainda cientificado o procurador, importaria, inapelavelmente, na anulação do casamento, arcando o mandante com os prejuízos morais e materiais causados. (MADALENO, 2018, p. 199)

²⁹ Tal disposição legal acaba por referendar a falsa crença de que o matrimônio se consuma na noite de núpcias. A justificativa doutrinária é pouco convincente: evitar o uso malicioso desse expediente para conseguir os favores sexuais do cônjuge. (DIAS, 2017, p. 151)

declara a nulidade será considerado período válido, assim o Casamento se desfaz depois da sentença que o anulou, conforme o art. 1563 do Código Civil do Brasileiro. No entanto, se a constituição do Casamento for de má-fé, o efeito de anulação é *extunc*, ou seja, retroage a data da celebração do Casamento, sem interferir nos direitos dos filhos.

Com a evolução social que originou a diversidade de gênero e as relações amorosas de pessoas de mesmo sexo, e ainda, trouxe consigo o reconhecimento da União Estável homoafetiva, que se caracteriza por pessoas de mesmo sexo que passam a ter o direito de constituir relação na condição de companheiros devidamente reconhecida mesmo por via extrajudicial.

Essa permissão normativa não se estendeu para o matrimônio devido a constituinte federal reconhecer o Casamento ao homem e à mulher, porém alguns estudiosos entendem que nem a Constituição Federal/88 ou a lei fazem qualquer menção aos sexos dos nubentes, de modo que, segundo eles, não existe impedimento para que pessoas do mesmo sexo possam casar e que a base de fundamentação em não realizar o Casamento seria o mero preconceito, seria um forte obstáculo para a instituição do Casamento entre homoafetivos.³⁰

Em se tratando de uma análise de eficácia e aplicação normativa de direito fundamental, de fato, existem portas abertas para ideologias hermenêuticas que concorrem para pensamento em direção à admissibilidade do instituto do Casamento homoafetivo, podendo citar aqui, a Lei nº 11. 340/06 - Lei Maria da Penha que ampliou o conceito de família para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar.

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que assegurou às relações homoafetivas os direitos e deveres estabelecidos aos casados³¹, motivando, assim, o pedido de conversão da União Estável à condição de Casamento. O Superior Tribunal de Justiça também admitiu o pedido de habilitação, procedimento realizado para

³⁰ Nem a Constituição nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referência ao sexo dos nubentes. Portanto, não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Também, entre os impedimentos para o casamento, não se encontra a diversidade de sexo do par. O que obstaculizava a realização do casamento era somente o preconceito. Aliás, a construção doutrinária sobre casamento inexistente tem como único ponto de sustentação a alegada impossibilidade de elo casamento homossexual. O só fato de a lei estabelecer (CC 1. 565) que , pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família não significa que esteja limitando o casamento a heterossexuais. Simplesmente, o que está afirmado é que tanto o homem como a mulher assumem tal condição, e não que necessariamente tenham de estar casados com pessoas do sexo oposto. (DIAS, 2017, p. 153.)

³¹ STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j . 05/05/20 1 1.

aqueles que desejam constituir matrimônio³² e a Resolução do CNJ 175 impediu qualquer negativa ao acesso do Casamento sob pessoa de mesmo sexo.³³

Outra espécie a ser citada é o Casamento consular que ocorre quando o cidadão brasileiro se encontra em país estrangeiro e decide realizar Casamento perante autoridade consular brasileira, submetendo-se às leis pátrias, devendo realizar os mesmos proclames de registro, no prazo de 180 dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao País. Esse registro deve ser realizado no domicílio dos nubentes, e não havendo domicílio deverá ser realizado no 1º Ofício da Capital do Estado que passarem a residir, conforme o artigo 1544 do Código Civil.

E por último, o Casamento homoafetivo, que há oito anos o ordenamento jurídico assegurou o matrimônio entre casais de mesmo sexo, aprovado em 14 de maio de 2014, a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a qual obrigou os cartórios de todo o país a celebrarem o Casamento civil e a conversão da União Estável homoafetiva em Casamento. Além disso, essas famílias passam a ter os mesmos direitos patrimoniais, conforme o regime de bens. Esse novos avanços contribuíram, na prática, para o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

4.2 Os tipos e os efeitos dos regimes de bens mencionados pelo ordenamento jurídico

Antes de esboçar a classificação dos regimes de bens mencionados pelo Código Civil Brasileiro, importa descrever os aspectos históricos para explicar o surgimento dos padrões de regras dos patrimônios dentro do Casamento. Inicia-se destacando que o Casamento era dito como a causa da formação da família, isso já era pontado pelo Código Civil de 1916, como ente responsável pela construção da união plena de vida e do patrimônio, marcada pelo caráter indissolúvel.

Nessa época, o regime legal era o regime de comunhão universal, visto como regras para aqueles que desejavam submeter-se ao vínculo conjugal, a chamada propriedade de duas mãos, que regia a solidariedade de todos os bens, não

³² STJ, REsp 1. 183. 378/RS, 4.ª T., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

³³ Resolução do CNJ 175.

importando o período de aquisição dos bens, ambos pertenciam ao casal de forma igualitária.³⁴

Ainda possuía o regime dotal que era marcado pela entrega dos bens da mulher a gestão do marido e os rendimentos seriam destinados ao sustento do lar, sendo este revogado devido à falta de uso.

Posteriormente, surgiu o Estatuto da Mulher Casada, que trouxe, ao ordenamento jurídico, a incomunicabilidade dos bens adquiridos pela esposa como fruto do seu trabalho, os chamados de bens reservados, ou seja, o esposo não teria direitos sobre os patrimônios constituídos pelo esforço exclusivo da mulher. No entanto, esse instituto foi excluído do ordenamento por afrontar o princípio da igualdade, protegido pela Constituição Federal/88.

Com o advento da Lei 6525/77, a chamada Lei do Divórcio substituiu o regime legal pelo regime de comunhão parcial, o que trouxe alguns efeitos jurídicos pertinentes aos aspectos da incomunicabilidade, como é o caso da herança, legados, doações e aquisição de direitos nos bens do cônjuge adquiridos fora do matrimônio, ou seja, neste último caso, a comunicabilidade só atinge os bens adquiridos dentro do condomínio.³⁵ Apesar da exclusão do regime dotal, o Código Civil de 2002 contemplou um novo regime chamado de participação final dos aquestos que será tratado de forma detalhada mais à frente.

O regime parcial de bens também é levado como regra em relação às Uniões Estáveis, pois os companheiros serão submetidos à comunicação de bens existentes dentro do período na união, mas é permitido que os companheiros possam convencionar um regime diferente por meio do pacto antinupcial, escolhendo as suas regras de condôminos.

³⁴Quando da edição do Código Civil de 1916, família era exclusivamente a constituída pelo casamento, que era indissolúvel, ensejando a união plena de vida e do patrimônio. O regime legal era o da comunhão universal de bens, fazendo surgir o que se chama de mancomunhão - propriedade a duas mãos -, que gera o condomínio de todos os bens, de forma igualitária, não importando a origem do patrimônio e a época de sua aquisição. Existia também o regime dotal: os bens da mulher eram entregues à administração do marido e os rendimentos eram destinados a atender aos encargos do lar. Por ter-se mostrado inútil, não se tem notícia de ter sido utilizado, daí sua revogação. (BERENICE, 2019, p. 296)

³⁵ Mais adiante, e com nítido caráter protetivo à esposa, surgiu o Estatuto da Mulher Casada (L 4. 121/62). Instituiu a incomunicabilidade dos bens por ela adquiridos com o fruto de seu trabalho, o que se denominou de bens reservados. Contudo, a consagração constitucional da igualdade entre o homem e a mulher, somada à oposição de alguns doutrinadores, levou ao reconhecimento da extinção do instituto, por afronta ao princípio da isonomia. (DIAS, 2017, p. 297)

Em se tratando do artigo 1511, que marca o início de toda regulamentação jurídica do instituto do Casamento, somado ao artigo 1565 do Código Civil de 2002, pode-se perceber que o legislador apresenta características do Casamento essenciais para buscar uma definição melhor desse instituto. Ao estabelecer a plena comunhão de vida norteadas de obrigações recíprocas entre homem e mulher que se vinculam entre si na condição de consortes responsáveis pela formação, manutenção da família e criação dos filhos, parece que, na junção dessas especificidades, teria a construção conceitual do que de fato representa esse instituto. E esses requisitos não estão longe daqueles utilizados no regime de União Estável, pois essa se submete as regras impostas pela lei, mesmo que o casal tenha decidido em não constituir matrimônio ou reconhecer os laços de companheiros.³⁶

Silvio Rodrigues (2004) conceitua o regime parcial de bens como aquele que se excluem, basicamente, os bens que não pertencem ao período de comunhão, ou que venham a adquirir por causas anteriores e alheias ao Casamento, como as doações e sucessões.³⁷

Outro regime a ser tratado seria o de separação obrigatória de bens, que não necessita de pacto antinupcial, uma vez que o próprio artigo 1641 dispõe sua exigência legal para os casos definidos como rol taxativo. Assim, o regime de separação obrigatória de bens se destina às circunstâncias que trazem contravenção à norma que disciplina as causas suspensivas da celebração do Casamento, e ainda, protege certas pessoas que, pela posição que podem se encontrar, passam a ser alvo de pessoas com interesse em seu patrimônio, tendo como vítima os menores de 16 anos e maiores de 70 anos e todas que dependem do suprimento judicial para casar.

Essas causas de suspensão estão elencadas no artigo 1523 do Código Civil, que cita aqueles que não devem casar como a viúva ou viúva que tiver filhos do

³⁶ O casamento estabelece plena comunhão de vida (CC 1.511) e impõe deveres e obrigações recíprocos (CC 1.565): pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Ou seja, o casamento não é só uma comunhão de afetos. Também gera a solidariedade dos cônjuges entre si e frente à entidade familiar. Além da mútua assistência, responde o par pela criação dos filhos e a manutenção do lar comum. São ambos responsáveis pela subsistência da família, devendo cobrir os custos e suprir os gastos com suas rendas e bens, na medida da disponibilidade de cada um. Não são muito diferentes os direitos e deveres na união estável que também se submete a imposições legais, ainda que o par tenha optado por não casar e nem formalizar a união. (BERENICE, 2019, p. 297)

³⁷ Regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão de bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e as sucessões, e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso. (RODRIGUES, 2004, p.92.)

cônjuge falecido, enquanto não inventariar os bens deixados, ou a viúva ou a mulher cujo Casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 meses depois do fim da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal, e ainda, nas hipóteses do divorciado, enquanto não houve homologado ou decidida a partilha do casal e, por último, o tutor e curador e os seus descendentes e ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não encerrar a tutela e curatela e não estiverem saldadas as respectivas dívidas.

Importa destacar que as irregularidades já previstas no disposto considera Casamento irregular, impondo aos cônjuges o regime de separação obrigatório como uma espécie de sanção em nome da proteção patrimonial do indefeso. Silvio Rodrigues (2004) remete o pensamento de que os interessados na constituição do Casamento possam solicitar juridicamente que não sejam aplicadas as hipóteses de suspensão, nas circunstâncias previstas no artigo 1523, parágrafo único do Código Civil.³⁸

No que tange as pessoas maiores de 70 anos a intenção da norma é a promoção em caráter protetivo para que os bens não sejam retirados de seu domínio e propriedade através de manobras ardilosas. No Código Civil de 1916, a legislação mencionava esta proteção aos homens maiores de 60 anos e as mulheres maiores de 50 anos, com o Código Civil de 2002 essa realidade foi alterada para os maiores de 70 anos, independente do sexo, trazendo os efeitos da isonomia constitucional.

No entanto, vale ressaltar que correntes doutrinárias entendem que a respectiva restrição atenta contra a liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade e intimidade dos nubentes, princípios protegidos pela constituinte e que o aludido artigo 1641 do Código Civil e que este dispositivo estaria em contradição aos citados direitos e garantias constitucionais.

De modo que, a doutrina majoritária afirma que a restrição se mostra totalmente atentatória ao princípio da liberdade individual e que a tutela excessiva do Estado seria descabida e injustificada, e assim, não existem motivos que possa impedir sexagenários de unir suas riquezas de forma livre sob o regime de comunhão de bens. Nessa perspectiva, Silvio Rodrigues (2004) entende que seria mais cômodo o Código Civil de 2002 dispormos como regime legal o de separação legal, facultada, entretanto, na celebração do pacto antinupcial para opção de outro regime, ou por autorização

³⁸ Direito Civil, v.6, p. 144.

judicial.³⁹ Nesse sentido, percebe que o autor atribui uma solução entre os conflitos normativos para que possa conciliar a norma com os princípios constitucionais.

Reforça ainda Caio Mario da Silva Pereira (2018), na obra atualizada por Tânia Silva Pereira, que a restrição não encontra justificativa econômica e moral, pois a possível desconfiança no Casamento não teria razão para subsistir. E defende que se é certo que podem ocorrer esses matrimônios nessa faixa etária, também é certo que ocorreria em faixa etária menor.⁴⁰

Segundo Villela, a proibição é um reflexo da postura patrimonialista do próprio Código Civil e que segundo ele constitui mais um ultraje gratuitos que a nossa cultura impõe a terceira idade.⁴¹

No mesmo sentido, Paulo Lôbo afirma que as restrições ofendem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana por reduzir sua autonomia na escolha do regime e constrangê-la a tutela reducionista do Estado, além de contrariar o princípio da liberdade, e ainda aponta a sua inconstitucionalidade.⁴²

No entanto, como toda boa discussão jurídica, existe entendimento contrário, que segundo a autora Regina Beatriz Tavares da Silva (2009), atualizadora do volume de Direito de Família do Curso de Direito Civil escrito por Washington de Barros Monteiro, entendendo que as restrições a princípios estão em vários pontos do ordenamento civil, como é o caso dos impedimentos previstos em norma, em destaque aqui o Direito de Família, além da exigência da fidelidade, proibindo as relações sexuais fora do matrimônio. Assim, enfatiza que a limitação a liberdade individual é notória em vários dispositivos que rela o Direito de Família.⁴³

Acrescenta a autora que concorda com os pensamentos do Senador Josafhat Marinho, em relação à permanência do artigo 1541, inciso II do Código Civil, e que considera um dispositivo prudente para que se aplique a devida proteção aos bens, pois, segundo ele, as pessoas mais idosas se tornam mais carentes, necessitando de

³⁹ Direito Civil, v.6, p. 144-145.

⁴⁰ Instituições, cit., v.5, p. 194.

⁴¹ Liberdade família, Revista da Faculdade de Direito UFMG, v.7, p.35.

⁴² Código Civil, cit., v. XVI, p. 242-243.

⁴³ Regina Beatriz Tavares da Silva, atualizadora do volume atinente ao direito de família no prestigiado Curso de Direito de Washington de Barros Monteiro, manifesta entendimento contrário, argumentando que os limites à liberdade individual existem em várias regras do ordenamento jurídico especialmente no direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1521, n. I ao VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1566, I). Não pode o direito aceitar e aduz que “se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por mero interesse financeiro, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue.” (SILVA, 1990, p. 218)

afetividade ficando mais vulneráveis e podem se tornar vítimas de pessoas com interesse em adquirir vantagens da sua carência.⁴⁴

No mesmo sentir, a civilista Silmara Juny Chinelato (2004) opina no argumento de que uma pessoa de 70 anos tem total capacidade para tomar suas próprias decisões, além de considerá-la madura em conhecimento de vida pessoal, familiar e profissional. Reforça a aludida autora que a capacidade mental deve ser observada em cada caso concreto⁴⁵, ou seja, o famoso ditado “cada caso é um caso”⁴⁶, não podendo a legislação simplesmente presumir, por mero capricho do legislador que, segundo a autora, seria a chamada política legislativa que surgiu no Brasil no século passado.

Já existe entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre tal circunstância, no sentido de reconhecer a obrigatoriedade do regime de separação obrigatória para os Casamentos de idosos acima de 70 anos de idade, semelhantemente às Uniões Estáveis. A referida Corte ressalva que Casamentos entre idosos que já conviviam como companheiros dispensa a aplicação do regime de separação de bens.⁴⁷

O Código Civil ainda menciona o regime de participação final do aquesto, em seu artigo 1671, o qual preleciona que cada cônjuge possui o seu patrimônio e que, na dissolução do Casamento, a metade dos bens adquiridos de forma onerosa na constância do matrimônio.

Essa espécie de regime tem características híbridas, pois durante o Casamento se aplica as regras do regime de separação total de bens e após a dissolução do matrimônio será aplicado o regime de parcial de bens, pois esse tipo de regime nasce da convenção entre as partes, de modo que ambos definem quais os bens serão submetidos a efeito da comunhão de bens, passando a ser objeto de meação tanto no divórcio quanto no evento morte.⁴⁸

⁴⁴“Como bem justificou o Senador Josaphat Marinho, na manutenção do art.1641, n. II, do atual Código Civil, trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. Conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas, e portanto, maiores riscos correm aqueles que tem mais de setenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras.” (1990, p. 218)

⁴⁵ Comentário ao Código Civil, v.18, p. 290-291.

⁴⁶ (Grifo nosso)

⁴⁷ STJ. REsp. 1090.772, 3ª T, rel. Min. Massami Yeda, disponível em <https://www.lex.com.br/>. Acesso em: 18 ago. 2021. STJ, 4ªT, rel. Min. Luis Felipe Salomão, disponível em: <https://www.lex.com.br/> Acesso em 18 ago. 2021.

⁴⁸ Trata-se de um regime híbrido, pois durante o casamento aplicam-se as regras da separação total e, após de sua dissolução, as da comunhão parcial. Nasce de convecção, dependendo, pois de pacto antinupcial. Cada cônjuge possui patrimônio próprio, com direito, como visto, a época da dissolução da

Importa destacar que, nesse regime, os cônjuges são livres para administrar seus bens sem a necessidade da autorização por outorga marital - autorização do marido para com a esposa - ou uxória - autorização da esposa para com o marido -, situação muito comum nos regimes de comunhão total e parcial, em conformidade com o dispositivo 1673, parágrafo único do Código Civil.

4.3 Os Direitos Sucessórios garantidos aos cônjuges sobreviventes

Com a vigência do Código Civil em 2002, o direito sucessório tem sofrido diversas alterações, consideradas como importantes inovações, uma delas se refere à situação do cônjuge sobrevivente.

O cônjuge sobrevivente é o indivíduo casado com o falecido no instante da abertura da sucessão e da morte do “*de cujus*”, conhecido como o autor legítimo da herança. Toda e qualquer relação fora isso é considerada concubinato.

A legislação brasileira frente à Constituição Federal e ao Código Civil reconhece a qualidade dos herdeiros necessários, citando os descendentes, ascendentes e cônjuge, e ainda, garante a todos o direito na herança deixada pelo falecido. Não pode, o autor da herança, privar os herdeiros ditos necessários a receber sua herança, ainda que a termo expresso declare o desejo de última vontade de não contemplá-los, uma vez que o ato de disposição de última vontade só poderá atingir a metade da legítima, garantindo a outra metade aos herdeiros necessários. Somente na inexistência destes, é que seria permitida a disposição total dos bens.

Isso é uma forma de proteção aos direitos da família, pois é notório que o legislador se preocupou com os herdeiros necessários, e claro, isso inclui o cônjuge sobrevivente. No entanto, importa aqui destacar que, havendo sempre divergências, deve se prevalecer à proteção à família e não a vontade do legislador. Isso se fundamenta no artigo 226 da Carta Magna, que traz consigo a prevalência do interesse da família e que goza de proteção quando afirma que a família é a base da sociedade, pois são as famílias que compõem o Estado.

De modo que, mesmo no direito sucessório, a família goza de proteção jurídica e que, de fato, a vontade do autor da herança deve ser respeitada, mas não é capaz

sociedade conjugal, à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. (GONÇALVES, 2019)

de sobrepujar sobre os direitos da herança de cada membro pertencente à família, conforme ensina Carlos Roberto de Gonçalves (2009, p. 186), "Os defensores do princípio da legítima invocam o arbítrio que poderia representar a exclusão dos familiares e argumentam com a necessidade de se proteger a família".

Outra autora que reconhece essa proteção é Giselda Hironaka (2003). Para ela não existe quaisquer dúvidas sobre a proteção da família, não apenas no direito de propriedade frente aos direitos de suceder a herança deixada pelo falecido, mas no sentido de proteger, unir e perpetuar a família.⁴⁹

Diante disso, fica claro que a legislação constitucional e infraconstitucional reconhece a proteção da família como prioridade e prevalece diante de interpretações contrárias a isso, de modo que, o cônjuge sobrevivente, como herdeiro necessário, goza da garantia dos direitos patrimoniais advindos da herança, salvo os casos de separação judicial, quando existia, e a separação de fato por mais de dois anos, conforme o artigo 1830 do Código Civil.

Nessa perspectiva, percebe-se que o cônjuge sobrevivente seria herdeiro ilegítimo, se, ao tempo da morte, estivesse divorciado, ou ainda, que outrora, no estado de desquite, não era reconhecido como herdeiro necessário, pois no Código Civil de 1916, no artigo 1611, o cônjuge só teria condição de herdeiro se, ao tempo da morte do falecido, não existisse mais a sociedade conjugal, e por esse motivo afastaria o cônjuge dos direitos em suceder. Assim, diante da separação de fato, e ambos estivessem em concubinato com terceiros, e sobrevivendo a morte, ambos poderiam ser herdeiros um do outro.

Nessa discussão, é notório perceber que o campo de proteção da família é extremamente claro, e também se respalda no ordenamento cívico, em seu artigo 1831, que garante o direito ao cônjuge sobrevivente o direito de habitação que se destina à residência da família, na ausência de outro bem a inventariar.

Com o surgimento da Lei nº 10.406/02, o novo Código Civil, que revogou a legislação anterior, contemplou o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, sendo componente da terceira classe na ordem de vocação hereditária para ser convocado a receber a herança, conforme artigo 1829 do ordenamento civil.

⁴⁹ "(...) parece ter-se enquadrado entre aqueles que veem como fundamento do direito sucessório não apenas o direito de propriedade em sua inteireza como também o direito de família, com o intuito de protegê-la, uni-la, perpetuá-la" (HIRONAKA, 2003, p.14)

O cônjuge sobrevivente ainda terá privilégio em receber a herança por inteiro na ausência de descendentes e ascendentes, conforme o artigo 1838 do mesmo ordenamento. Isso foi, de fato, uma evolução, pois, anteriormente, o cônjuge estava em quarto lugar na classificação após os parentes colaterais e, posteriormente, com a nova legislação civil, ele passou a adquirir os mesmos direitos dos herdeiros de sangue.⁵⁰

O dispositivo 1845 do atual ordenamento civil confirma o cônjuge como herdeiro necessário e, por isso, não poderá ser privado dos direitos na legítima por mera disposição de vontade do autor da herança, garantindo o seu quinhão dentro da parte indisponível prevista na legislação.

Além disso, o cônjuge sobrevivente poderá concorrer à herança conjuntamente com os descendentes e, na falta destes, com os ascendentes do falecido, conforme artigo 1829 do Código Civil segundo o qual, "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; III- ao cônjuge sobrevivente;"

Na concorrência com os ascendentes, é garantido, ao cônjuge sobrevivente, um terço da herança, cabendo a metade da herança se existir apenas um dos ascendentes, conforme artigo 1837 do Códex, o qual enfatiza que, "Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau."

Explicando melhor o legislador, se o cônjuge concorrer com ambos os ascendentes, ou seja, pai e mãe do autor da herança, cada um receberá um terço da herança, ocorrendo por cabeça, de modo que cada um tocará o quinhão na proporção quantitativa de herdeiros. No entanto, se o cônjuge concorrer apenas com um dos ascendentes, receberão cada um a metade da legítima, ou seja, 50% (cinquenta por cento).

Desse modo, demonstrou-se a qualidade da pessoa enquanto cônjuge casado e que, outrora, já era reconhecido, mas verificou-se que seus direitos sucessórios não

⁵⁰ "A princípio, colocava-se em quarto lugar, logo após os parentes colaterais. Passou para o terceiro em lei confirmada pelo texto do Código Civil revogado, alcançando atualmente o vínculo matrimonial o mesmo plano do vínculo de sangue" (Gomes, 2019, p?)

possuíam tanta atenção legislativa e que, somente após a reformulação do Código Civil, o legislador garantiu a proteção a alguns direitos tais como: à habitação, ordem de vocação semelhante aos herdeiros consanguíneos e a concorrência com os descendentes e, na falta desses, com os ascendentes, consolidando ao cônjuge sobrevivente a qualidade de herdeiro necessário e participante da legítima, dependendo do regime de bens.

5 A UNIÃO ESTÁVEL E ANTAGONISMO DO CASAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A União Estável está inserida no atual Código Civil sendo mencionado do artigo 1723 a 1727, incorporados os princípios básicos contemplados pelas leis 8971/94 e 9278/96 que tratam de efeitos processuais e patrimoniais e, é claro, que os efeitos patrimoniais ficam a cargo do direito sucessório no artigo 1790 do Código Civil Brasileiro.

Em conformidade com a Lei 8971/94, esse novo modelo de relação passou a possuir uma conceituação básica prevista no dispositivo 1723 do ordenamento civil, que reconhece essa forma de vínculo amoroso entre homem e mulher como entidade

familiar, a qual apresenta algumas características essenciais, como: convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família.

Furlan (2003) menciona que, de fato, o artigo 1723 adotou uma definição ampla da União Estável por não estabelecer um prazo mínimo para sua caracterização, assim como no artigo 1º da Lei 9278/96, mas que, em sua visão, o autor admitiu a necessidade de convivência pública, assim como sua continuidade e durabilidade. Enfatiza, ainda, que essa união deve ter o objetivo de constituir família e acrescentou que a União Estável não pode ser constituída cercada de impedimentos patrimoniais.

Na visão holística tanto para a União Estável como para o Casamento, existem causas de impedimentos elencadas no artigo 1521 do Código Civil, como é o caso daqueles que não podem casar nem considerar a União Estável, a saber: os ascendentes com os descendentes, seja por parentesco natural ou civil; os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; o adotado com o filho do adotante; as pessoas casadas; o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Embora a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 se refiram à União Estável apenas entre homem e mulher, atualmente já se considera aquela entre casais do mesmo sexo, inclusive aplicando-se as mesmas normas disciplinadoras por analogia, conforme ADIn 4277/DF, tendo-se, inclusive, reconhecido a equiparação de direitos sucessórios entre companheiros do mesmo sexo, conforme o que é previsto para União Estável no Recurso Extraordinário 646.721 de 2011.

Importa ressaltar que a legislação civilista traz, no texto do artigo 1724, os mesmos deveres do Casamento, quais sejam: lealdade, respeito, assistência; e guarda, sustento e educação dos filhos, exceto a coabitação.

O ordenamento civil ainda destaca a distinção entre companheiro e concubinato, embora na vigência do Código de 1916 não se reconhecessem as uniões estáveis, considerando-as concubinato, ou seja, uniões em que existiam impedimentos. Já o atual código reconhece, expressamente, a União Estável no artigo 1723 e o concubinato no artigo 1727, que considera as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar.

No que tange à sucessão mais especificamente, a ilustre civilista Giselda Hironaka (2016) é enfática ao dizer que, mesmo tendo se passado quatorze anos entre a

Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, o legislador ordinário desconsiderou a equalização que o legislador constitucional considerou entre o Casamento e a União Estável em seu artigo 226 §3º e acabou tratando de forma díspar as duas formas de família (HIRONAKA, 2016).

O Código Civil de 2002 em seu Livro V (Do direito das Sucessões), Título I (Da Sucessão em Geral), delimita, em seu artigo 1.790, como se dará a sucessão do companheiro e menciona que a companheira ou companheiro terá participação da herança um do outro sob os bens adquiridos onerosamente e, quando concorrem com filhos comuns, passará a ter direito equivalente a quota destes; ou, se concorrer com descendentes só do autor da herança, terá direito à metade que couber a cada um daqueles, e ainda, se ocorrer com outros parentes sucessíveis, o companheiro terá direito a metade do que cada um daqueles possuir, e se somente se, não existir parentes, terá direito na totalidade na herança.⁵¹

Conforme estabelecido em lei e ao comparar o texto normativo do dispositivo 1.790 CC/02 com a Lei 8971/94, o companheiro se encontra em posição inferior da ordem taxativa na vocação hereditária, uma vez que somente herdará a totalidade dos bens inexistindo parentes sucessíveis, conforme inciso IV do mesmo artigo, lembrando que a Lei 8971/94 determinou em seu artigo 2º, inciso III, a transmissão do patrimônio ao companheiro ou companheira sobrevivente, e não aos colaterais, em caso de inexistência dos descendentes ou ascendentes (PEREIRA, 2018). De modo que os herdeiros colaterais são chamados a suceder até quarto grau, em conformidade do artigo 1.839 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Em relação à restrição da herança somente aos bens adquiridos onerosamente e à crítica a este ponto, Zeno Veloso (2010) menciona um exemplo de uma companheira que possua longa convivência com homem rico, o qual possui vários patrimônios a época inicial do relacionamento afetivo, não terá direitos na herança se os bens hereditários não foram alcançados mediante sua participação onerosa e,

⁵¹ 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.

sendo esta companheira pobre, estará ela totalmente desamparada, a não ser que o falecido tenha contemplado-a em testamento.⁵²

Por outrora, a sucessão do cônjuge é prevista no Título II (Da sucessão legítima), mais precisamente no artigo 1829 do CC/02, que diz que a sucessão legítima seguirá a seguinte ordem: os descendentes, na concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo algumas exceções referidas no dispositivo; os ascendentes; o cônjuge sobrevivente e os colaterais.⁵³

Giselda Hironaka (2016) explica os efeitos de preferência nos direitos hereditários e pontua que, na sucessão do cônjuge, em terceiro lugar na vocação, ele será chamado para herdar todo o acervo e, apenas em sua ausência, os herdeiros colaterais serão chamados a receber até o quarto grau em linha colateral, com fulcro no artigo 1829, inciso IV. Em contrapartida, o companheiro somente herdará após a vocação de todos os demais parentes sucessíveis do *de cujus*.⁵⁴

Outro antagonismo diz respeito à concorrência na sucessão, ou seja, o cônjuge somente concorrerá se tiver optado por regime de bens compatível, ou seja, comunhão parcial existindo bens particulares do falecido; regime de comunhão convencional e regime de participação final dos aquestos'. Por outro ângulo, convivido estavelmente com o morto, não importará o regime de bens, variando, sua quota, apenas conforme a quantidade em relação ao fato de serem os descendentes comuns ou exclusivos do morto (HIRONAKA, 2016).

Ainda remonta o artigo 1.830, a admissão da concorrência entre cônjuge e companheiro, se comprovado que o cônjuge não estava separado judicialmente ou

⁵² [...] a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro, se este não adquiriu (onerosamente!) outros bens durante o tempo de convivência. Ficará essa mulher, se for pobre, literalmente desamparada, a não ser que o falecido, vencendo as superstições que rodeiam o assunto, tivesse feito um testamento que a beneficiasse (VELOSO, 2012, p.2010)

⁵³ Art. 1.829. [...] 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; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

⁵⁴ na sucessão do cônjuge, em terceiro lugar na vocação para herdar, ele mesmo será chamado e herdará todo o acervo, e, apenas em sua ausência, em quarto lugar, serão chamados os colaterais até quarto grau (Art.1829, IV), no entanto, na sucessão do companheiro, o mesmo só é chamado a herdar a totalidade do acervo após todos os demais parentes sucessíveis do *de cujus*. (HIRONAKA, 2016)

separado de fato por mais de dois anos desde que por culpa exclusiva do morto, passaria a ter direitos hereditários.⁵⁵

Em uma análise literal do dispositivo supra mencionado, tem direitos sucessórios o não separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos, ainda podendo ter direito, mesmo após transcorrido os dois anos de separação, desde que comprove que a impossibilidade do convívio se deu por culpa do falecido.

Hironaka (2016) pontua que, no que se refere ao artigo 1.830, a jurisprudência tem sido coerente no sentido de que o ônus da prova de que a separação de fato se deu por culpa do sobrevivente, para sua exclusão da sucessão, cabe a terceiros interessados.

Outra questão que merece destaque é a não inclusão do companheiro como herdeiro necessário no artigo 1845 do CC/02: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Pereira (2018) refere que, com o Código Civil de 2002, a posição do cônjuge ganha inegável relevo na sucessão legítima, pois este não apenas se torna herdeiro necessário (art. 1845), nos mesmos moldes em que o são os descendentes e ascendentes no Código de 1916, como ainda passa a concorrer com uns e outros (art. 1829, n os I e II), com direito a uma fração variável da herança, segundo as circunstâncias.

O Código Civil de 2002 também não menciona o direito real de habitação do companheiro, havendo referência no artigo 1831 ao cônjuge sobrevivente, seja qual for o regime de comunhão de bens, no que se refere aos direitos da herança e ao direito real de habitação.

No que diz respeito ao âmbito processual, o ônus da prova, para demonstrar que a separação de fato se deu por culpa do cônjuge sobrevivente, cabe aos terceiros interessados, para a obtenção do resultado desejado, que se funda no pedido de exclusão integral da sucessão. (HIRONAKA, 2016)

No caso de União Estável, o companheiro também concorre com descendentes e ascendentes (art. 1790) e não apenas para fazer “*jus*” ao usufruto de parte do acervo hereditário ou ao direito real de habitação sobre o imóvel familiar, como na legislação

⁵⁵ Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornará impossível sem culpa do sobrevivente.

anterior ao Código de 2002 se previa (Lei 8.971/94, e 9.278/96), senão para receber a propriedade de parte dos bens transmitidos (PEREIRA, 2018).

Porém, várias são as críticas em relação à redação do artigo 1790 quer pelo fato de limitarem a sucessão do companheiro aos títulos onerosos obtidos com a vigência da União Estável, quer pela sua concorrência com outros parentes possíveis de suceder, neste caso permanecendo apenas com 1/3 dos bens obtidos onerosamente e, conforme Venosa (2017), a sucessão em concorrência com os descendentes é aceitável, no entanto os ditames do artigo 1790 III são lastimáveis.

Para melhor entender essa modalidade de entidade familiar reconhecida pelas leis ora supracitadas, propõe-se em conceituar a União Estável, de modo a apresentar as suas características essenciais, além de relatar a sua origem nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro.

5.1 Conceituação e surgimento da União Estável no Brasil e algumas implicações no processo de implantação

Desde sempre na estória da constituição dos vínculos conjugais já perduram diversas formas de uniões que carregam diferentes aspectos e que divergem das características do Casamento. No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro, no Código Civil de 1916, os laços matrimoniais tornaram-se cada vez mais protegidos pelo Estado em detrimento daqueles que viviam uma relação de concubinato – como era chamada a União Estável àquela época.

Apesar disso, as pessoas não deixaram de estabelecer entre si relações de concubinato. Ocorre que quando havia rompimento ou separação por morte, os companheiros passaram a buscar a tutela jurisdicional do Estado. Entretanto, tendo em vista o seu não reconhecimento por lei, havia apenas uma espécie de indenização por serviços domésticos prestados.

Em um momento posterior, a justiça passou a reconhecer a existência de uma sociedade de fato. Sendo os companheiros considerados "sócios", como uma forma de ensejar a divisão dos bens. Tal posicionamento foi posteriormente sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, pela súmula 380: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum." (STF, DJ de 08/05/1964, p. 1237; DJ de 11/05/1964, p. 1253; DJ de 12/05/1964, p. 1277)

Contudo, não se cogitava conceder mais nenhum direito, nem alimentos, nem direitos sucessórios. Logicamente, com o passar dos anos e décadas, esse tipo de união ganhou aceitação social e jurídica, pois a Constituição Federal de 1988 traz no caput do artigo 226, §3º, o termo “entidade familiar” que, de acordo com a hermenêutica jurídica, abrange todas as formas de constituição familiar.⁵⁶

Maria Berenice Dias (2017) afirma a tese de que em matéria sucessória não houve nenhuma evolução. Persistiu a vedação de conceder herança ao companheiro sobrevivente e a negativa de assegurar direito real de habitação ou usufruto de parte dos bens.⁵⁷

No aspecto constitucional, houve, então, a equiparação entre Casamento e União Estável. Tendo sido o afeto requisito essencial e primordial para tal previsão legal. Logo, se ambos os institutos familiares são merecedores da mesma tutela estatal e jurisdicional, é válido que as uniões homoafetivas também se valham do mesmo direito.⁵⁸

Dessa feita, se não há qualquer hierarquia ou distinção entre os dois institutos, é passível de questionamento o direito de adoção pelos companheiros, tendo em vista que estes necessitam comprovar a “estabilidade familiar”, conforme previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA 42 § 2.º e 197-A III, exigência esta que não é feita aos casados.

Assim como o direito de sucessão e a meação, as diferenciações entre Casamento e União Estável são consideradas uma grave afronta ao princípio da igualdade, , segundo enunciado aprovado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM: “Enunciado nº 3 do IBDFAM: Em face do princípio da igualdade das

⁵⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 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. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

⁵⁷ A especial proteção constitucional conferida à união estável de nada ou de muito pouco serviu. Apesar de a doutrina ter afirmado o surgimento de novo sistema jurídico de aplicação imediata, não sendo mais possível falar em sociedade de fato, o mesmo não aconteceu com os tribunais. A união estável permaneceu no âmbito do direito das obrigações. Nenhum avanço houve na concessão de direitos, além do que já vinha sendo deferido. A Súmula 380 continuou a ser invocada. As demandas permaneceram nas varas cíveis. (DIAS, 2016, p.409)

⁵⁸ A referência constitucional a "um homem e uma mulher" na definição da união estável (CF 226 § 3º), durante muito tempo serviu de justificativa para negar às uniões de pessoas do mesmo sexo o status de entidade familiar merecedora da tutela do Estado. Foi necessário que o Supremo Tribunal Federal, proclamasse a existência dos mesmos e iguais direitos e deveres às uniões homoafetivas. (DIAS, 2017, p.410)

entidades familiares, é inconstitucional tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro.”

Ao longo dos anos, a relação entre companheiros, em outro momento conhecida como conviventes, passou por diversas mudanças. Uma delas foi quanto ao aspecto moral e social, tendo em vista que qualquer relação extramatrimonial era considerada clandestina, sofrendo deveras discriminações. Diante desse quadro, observou-se a necessidade de alteração das normas jurídicas para que se desse continuidade à corrida da regulamentação dos fatos sociais que evoluem de forma muito rápida.

Ao pensar assim, devem-se observar alguns aspectos importantes para o início do processo normativo relacionado a um acontecimento ocorrido no meio social, afinal, as normas alteram devido à necessidade de um fato novo em sociedade que tenha sido objeto de formação do direito.

Abrindo aqui um parêntese nessa abordagem de mudança, Miguel Reale (2004) tem a tese formada de que o direito é um fenômeno histórico-social que está submetido a mudanças constantes no espaço e no tempo. Essas variações e intercorrências determinam as alterações no mundo fático, axiológico e normativo⁵⁹.

Assim, respeitando a dialética do tridimensionalismo do direito, conforme Miguel Reale (2004), destaca-se o direito como um conjunto dos elementos fato, valor e norma, a ser aplicado em conformidade com tempo e espaço. Considerando essa tríade, a Lei n. 8.971/94 passou a regulamentar e a definir os conviventes como companheiros, referindo-se a homem e mulher que mantinham união comprovada, ainda na permanência do estado de solteiro, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos ou com prole:⁶⁰

Posteriormente, a lei nº 9.278/1996 alterou o conceito acima citado, omitindo os requisitos de natureza pessoal, tais como o tempo mínimo de convivência e existência de prole. Preceituava o seu artigo 1º que se considera entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher,

⁵⁹ “o Direito é um fenômeno histórico-social sempre sujeito a variações e intercorrências, fluxos e refluxos no espaço e no tempo”. São essas variações e intercorrências que irão determinar as mudanças no mundo fático, axiológico e normativo. (REALE, 2004, p. 14)

⁶⁰ A primeira regulamentação da norma constitucional que trata da união estável adveio com a Lei n.8.971, de 29 de dezembro de 1994, que definiu como “companheiros” o homem e a mulher que mantenham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole. (GONÇALVES, 2014, p.407)

estabelecida com o objetivo de constituição de família, conforme mencionado anteriormente.

O artigo 5º, do mesmo ordenamento, tratava da meação sobre os bens adquiridos durante o tempo de convivência, a título oneroso, desde que eles fossem frutos do trabalho e da colaboração comum dos companheiros, salvo se houvesse estipulação contrária em contrato expresso, ou se a aquisição dos bens se desse com proventos anteriores ao início da união.

Logo, diante da situação provocada pela lei, foi possível perceber que existia o fenômeno da inversão do ônus da prova, tendo em vista que a formação do patrimônio era presumida entre os companheiros, cabendo a negativa de esta afirmação ser devidamente comprovada.

Essa situação suscitou diversas polêmicas relacionadas ao Código Civil de 1916, devido a iminente possibilidade de ser promovida a partilha patrimonial entre os, então, conviventes, tendo em vista que estes possuíam uma sociedade de fato. Diante disso, em acórdão promovido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que decidiu contra o Relator Des. Alexandre Loureiro, colocando as coisas no seu devido lugar, declarando inescindíveis, o concubinato e a formação do patrimônio comum. De modo que, a partilha de bens decorre, na verdade, da sociedade de fato já existente anos outrora e não da existência de um concubinato.⁶¹

O Código Civil de 2002 revogou as leis nº 8.971/94 e 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, tendo este inserido o título referente à União Estável no Livro de Família e incorporando princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar.

A nova lei tratou apenas dos aspectos pessoais da União Estável, não tratando do direito sucessório patrimonial. Revogou-se, também, o período mínimo de convivência estabelecido anteriormente por lei. Para tanto, afirma Gonçalves (2014, p.409) que, “Em face da equiparação do referido instituto ao Casamento, aplicam-se lhe os mesmos princípios e normas atinentes a alimentos entre cônjuges”.

⁶¹ Acabou prevalecendo a corrente que a admitia, sendo de destacar, a propósito, os argumentos do voto vencido do Des. ALEXANDRE LOUREIRO, no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que colocou as coisas em seus devidos lugares, declarando: “Inescindíveis o concubinato e a formação do patrimônio comum. A partilha dos bens decorre, na verdade, não da existência do concubinato, mas da sociedade de fato, existente desde 1956 e admitida pela corré apelante a partir de 1962”. (GONÇALVES, 2014, p.408)

Dessa feita, pautado no princípio da isonomia, entende-se que não somente os direitos inerentes aos alimentos devem ser aplicados de forma equiparada à União Estável, neste caso, principalmente o que se refere aos direitos sucessórios patrimoniais, tais como o regime de bens.⁶²

Ainda existe uma previsão legal que admite a conversão da União Estável para condição de casados, basta que os companheiros manifestem a sua vontade de constituir o matrimônio, alterando a qualidade de companheiro para casado, devidamente homologado pelo Juiz e assentado em Registro Civil, isso está disposto no artigo 1.726 do Código Civil 2002.

5.2 Os direitos sucessórios dos companheiros na Constituição da União Estável

É sabido que nos últimos anos, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 e, a figura da União Estável ganhou mais força e reconhecimento. Contudo, como se dá a defesa dos direitos patrimoniais desses companheiros?

Diante desse questionamento, afirma Carvalho (2007) afirma que “[...] o companheiro é herdeiro necessário, uma vez que ele deve participar da herança de modo imperativo, seja como herdeiro ou como legatário”.

Entretanto, recentemente, alguns entendimentos de tribunais superiores passaram a reconhecer o direito dos companheiros, por meio da equiparação da União Estável ao Casamento em caso de herança. A quarta Turma do STJ reconheceu, por unanimidade, ilegitimidade dos irmãos e sobrinhos para promoção de ação anulatória da adoção, por ser ela a única sucessora, abrindo interpretações quanto a sua legitimidade no direito de suceder.⁶³

⁶² No tocante aos efeitos patrimoniais, o Código Civil de 2002 determina a aplicação, no que couber, do regime da comunhão parcial de bens, pelo qual haverá comunhão dos aquestos, isto é, dos bens adquiridos na constância da convivência, como se casados fossem, “*salvo contrato escrito entre os companheiros*” (art. 1.725). (GONÇALVES, 2014, p.409)

⁶³ A Quarta Turma do STJ reconheceu, por unanimidade, ilegitimidade dos irmãos e sobrinhos para mover esse tipo de ação, tendo em vista que apenas a companheira herdeira poderia ajuizar processo de anulação da adoção, por ser ela a única concorrente na sucessão. Os ministros do tribunal seguiram o entendimento do Supremo de maio, que julgou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, justamente o que previa que a companheira por união estável teria direito a apenas um terço da herança se concorresse com outros parentes. (CAMBRICOLI, 2017)

Destaca-se que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226 §3º, garante o reconhecimento e proteção à União Estável enquanto entidade familiar firmada entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em Casamento. Esse dispositivo apresentou novo silogismo no que tange às relações estáveis, mormente a sucessão do eventual patrimônio oneroso havido ao longo do relacionamento.

Dessa forma, permitindo o recebimento da herança deixada pelo *de cujus*, passa o sobrevivente a concorrer com descendentes e colaterais do autor da herança, havendo, na mais recente hermenêutica constitucional, extensão para as relações homoafetivas, desde que devidamente consolidadas.

Nesse diapasão, o reconhecimento da União Estável pelo ordenamento constitucional e pela regulamentação introduzida pelas leis 8.971/94 e 9.287/96 alavancaram o ordenamento jurídico brasileiro em direção ao reconhecimento das relações entre companheiros, independentemente da identidade sexual, sendo esta visão consolidada no Código Civil vigente, o qual, em seus artigos 1723 ao 1727, consolidou a relação entre companheiros, ainda que não tenham sido previstas, expressamente, garantias relevantes como os direitos de habitação e usufruto vital.

Também essas conquistas foram ratificadas através do Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovada na I Jornada de Direito Civil, que corrobora com a extensão direito real de habitação ao companheiro, união reconhecida pela constituinte.⁶⁴

No que se diz respeito ao usufruto da coisa, vale lembrar que o artigo 1790 do Código Civil assegura aos companheiros, que concorrem com filhos híbridos, os direitos hereditários sobre o que foi deixado pelo falecido e, uma vez transmitida a herança, o companheiro sobrevivente se torna proprietário legítimo do bem, em um total silogismo em manter o direito de usufruto, tendo em vista que já é proprietário sobre a coisa. Nessa discussão, afirma Tartuce (2019, p. 210) que “[...] a concorrência tal como atualmente estabelecida, por motivo de lógica, exclui a possibilidade de reconhecimento de usufruto em favor do companheiro”.

No entanto, mesmo que o Código Civil tenha contemplado os companheiros na parte que trata do Direito de Família, no direito sucessório, a ausência de clareza,

⁶⁴ O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da lei de 96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, da Constituição Federal de 1988. (Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovada na I Jornada de Direito Civil)

quanto à concorrência relacionada à herança dos companheiros, desfavorecia a afirmação por um tratamento isonômico, apesar de estar expressa em lei a garantia hereditária pela herança legítima.

No que se refere ao exposto no artigo 1.790, nos termos em que a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro. Assim, em meados de 2017, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o dispositivo 1790 do Código Civil, O Ministro Luís Roberto Barroso se manifestou da seguinte forma: “O artigo 1.790 é, em última análise, inconstitucional porque viola os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Essa é uma questão de segurança jurídica, e não do Casamento ser hierarquicamente superior à União Estável”.

O ministro Alexandre de Moraes frisou que o centro da questão é a “proteção à família” e posicionou-se quanto ao desrespeito ao princípio da isonomia e da solidariedade, ao desconsiderar um companheiro de aproximadamente 40 anos de convívio. Assim, menciona o ministro: “Não me parece estarmos respeitando nem a igualdade muito menos a solidariedade ao privar um companheiro de aproximadamente 40 anos de convívio, privá-lo do que seria o seu direito, o seu quinhão na herança, tão somente por não ter o papel passado, o Casamento por papel.”

Tais posicionamentos se deram em virtude do julgamento do Recurso Extraordinário – RE 646721, como se pode observar o teor da decisão abaixo:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 498 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, que redigirá o acórdão, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Ricardo Lewandowski. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de Casamento quanto nas de União Estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2017.

Logo, em virtude desses novos posicionamentos e decisões, é viável que o direito dos conviventes à herança e à meação seja cada vez mais reconhecido e respeitado, em decorrência das constantes mudanças da norma civilista e seu impacto favorável à sociedade e ao ordenamento jurídico brasileiro, pois a interferência estatal,

nesses casos, exercida por meio da jurisdição de seus juízes, traz decisões benéficas e justas para aqueles que buscam o reconhecimento de seus direitos perante o Poder Judiciário.

Nota-se que o direito de meação também foi afetado pelos recentes entendimentos dos tribunais superiores, pois, anteriormente, o companheiro garantia apenas um terço da herança, se concorresse com os demais parentes. Além disso, em legislação anterior, Lei nº 9.278/96 estabelecia que era necessária a colaboração entre os conviventes para que um destes pudesse reclamar o direito à meação e sucessões.

Contudo, novas vertentes desse direito foram reconhecidas, aplicando-se os direitos antes previstos somente àqueles que vivam matrimonialmente, uma vez que o artigo 1725 do Código Civil de 2002 contemplou direitos já previstos no ordenamento jurídico, reconhecendo-os nas relações entre companheiros, inclusive o direito a suceder.⁶⁵

Nota-se que os companheiros têm liberdade para firmar contrato escrito, dispondo sobre o regime de bens que será aplicado às suas relações, cabendo, então, na falta do pacto antinupcial, a aplicação do regime de comunhão parcial de bens, pois, conforme preceitua Carlos Roberto Gonçalves (), os bens adquiridos a título oneroso, na constância da União Estável, pertencem a ambos os companheiros, sendo partilhados, em caso de dissolução, em atenção as normas que regulam os efeitos do regime de comunhão parcial de bens.⁶⁶

Para melhor compreensão do tema em questão, faz-se necessário relatar e entender as teses e julgamento de cada ministro, que se posicionou pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil Brasileiro, em face da discussão no que se refere à aplicação do princípio da isonomia nas relações entre companheiro em comparação ao Casamento Civil, ou ainda, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁶⁵ O art. 1.725 do novo Código Civil, embora guarde semelhança com o referido dispositivo, não abre a possibilidade de se provar o contrário para afastar o pretendido direito à meação, pois a união estável, nesse particular, foi integralmente equiparada ao casamento realizado no regime da comunhão parcial de bens. Dispõe, com efeito, o mencionado dispositivo: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. (GONÇALVES, 2014, p.420)

⁶⁶ Em suma, os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável pertencem a ambos os companheiros, devendo ser partilhados, em caso de dissolução, com observância das normas que regem o regime da comunhão parcial de bens. (GONÇALVES, 2014, p.420)

6 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL PROVENIENTE DO JULGAMENTO DA RE 878694/MG

No dia 31 de agosto de 2016, deu-se início a votação do Recurso Extraordinário 878.694, que discutia o direito sucessório da companheira em concorrência com parentes colaterais do *de cujos*. Trata-se de um caso em que, no juízo de primeira instância, teria o magistrado reconhecido a companheira como herdeira universal, já que não havia descendentes e nem ascendentes do falecido, com fundamento no Art.1829, III, CC/02, tratando de forma semelhante a União Estável e o Casamento (ANDRADE, 2018) .

No entanto, para os dois irmãos do morto, parentes colaterais de segundo grau, caso fosse aplicado o Art.1790, III do CC/02, eles concorreriam com a companheira pela herança, ficando ela com apenas 1/3 do patrimônio adquirido a título oneroso, na vigência da união, ficando todo o resto para os parentes colaterais, no caso em tela, para os dois irmãos. Portanto, estes inconformados com a decisão, recorreram ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que por sua vez reformou a decisão aplicando o art.1790, III. Por sua vez, a companheira interpôs Recurso Extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal (ANDRADE, 2018).

Para Tartuce (2017), a votação do recurso inicia-se com a demonstração da grande divergência sobre o tema, existindo julgamentos conflitantes entre os Tribunais Estaduais do Rio de Janeiro e São Paulo, os quais chegaram a conclusões opostas sobre a questão, ambos em sede de arguição de inconstitucionalidade. O TJ-SP, a exemplo do TJ-MG, entendeu pela constitucionalidade do dispositivo 1790 CC/02, enquanto o TJ-RJ manifestou-se pela sua inconstitucionalidade.

Num primeiro momento, o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, votou pela inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC/02 como um todo, devendo-se aplicar as regras do cônjuge, seguindo o artigo 1829 do CC/02, segundo o qual o companheiro herdaria no caso, a totalidade dos bens. Assim, votaram em conjunto com o relator, os ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lucia, enquanto o Ministro Dias Toffoli pediu vistas dos autos, não encerrando o julgamento, porém já era possível concluir pela inconstitucionalidade, tendo em vista a maioria dos votos.

Em 2017 o recurso voltou à pauta e Dias Toffoli votou pela constitucionalidade do artigo 1790; o Ministro Marco Aurélio pediu vistas e votou também a favor da

constitucionalidade do dispositivo, mesmo tendo se pronunciado em recurso anterior a favor da equiparação na União Estável entre hetero afetivo e homoafetivo. O Ministro Ricardo Lewandowski também votou pela constitucionalidade do art. 1790, adotando como fundamento o *in dubio pro legislatore*, ou seja, na dúvida prevalece o texto da lei.

No entanto, os ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski restaram vencidos pelos votos dos ministros: Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fuchs, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes, tendo o placar final ficado em oito votos a três a favor da inconstitucionalidade, tendo o julgamento terminado em 10 de maio de 2017.

Diante desses posicionamentos, importa destacar alguns entendimentos que fundamentaram a decisão pela inconstitucionalidade do dispositivo, todos retirados do RE 878.694/MG.

Segundo o ministro Luís Roberto Barroso, que se funda na tese da involução do Código Civil de 2002, em relação aos direitos do companheiro: não o incluiu no direito real de habitação mesmo havendo lei anterior, conforme já mencionado, assegurando tal direito e, inclusive, sendo mais benéfica ao companheiro do que ao cônjuge.

O referido ministro, ainda ressaltou que o ápice dessa involução se deu com o artigo 1790 do CC/02 que referencia a sucessão do companheiro sobrevivente de forma diferente do artigo 1829 que, por sua vez, regula a sucessão para o cônjuge, citando algumas diferenças.

A primeira delas diz respeito à restrição da participação hereditária do companheiro aos bens adquiridos, onerosamente, durante a vigência da União Estável, em relação aos quais o companheiro já possui meação, levando-se em consideração que o regime legal atual é a comunhão parcial de bens para a maioria das uniões informais. Além disso, exclui qualquer título obtido gratuitamente, assim como qualquer bem adquirido onerosamente antes da União Estável.

A segunda diferença, enfatizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, diz respeito ao quinhão a que tem direito o companheiro, que, no caso do recurso, em discussão, se encaixa no Art.1790, III, de modo que a companheira concorreu com três irmãos do falecido, levando apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a União Estável e os irmãos ficariam com todos os demais bens, tanto os adquiridos onerosamente antes da União Estável ou gratuitamente a qualquer tempo,

mais os dois terços do que foi adquirido onerosamente durante a União Estável; enquanto na mesma situação o cônjuge teria direito a totalidade dos bens.

Com relação ao artigo 226 §3º da Constituição Federal, o ministro menciona que o dispositivo afirma que a lei deve facilitar a conversão da União Estável em Casamento, pressupõe-se que são figuras juridicamente distintas, o que possibilita, ao legislador, atribuir regimes jurídicos diversos a ambos, entretanto, o que não é possível é admitir que essa diferenciação implique na hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desigualando, assim, a proteção estatal.

Segundo o posicionamento do ministro relator, essa afirmação vem da análise, por exemplo, do princípio da dignidade humana, da proporcionalidade e da proibição ao retrocesso., os quais ele explica em seu voto ponto a ponto, mostrando a importância desses para a formação do seu posicionamento.

A dignidade da pessoa humana e da igualdade, como valores intrínsecos, segundo o Ministro, postulam que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Isso implica a proibição de preconceitos, entendendo-se não apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação a discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, mas também devido à forma de constituição de família adotada.

O princípio da proporcionalidade, ainda de acordo com o voto do relator, tal como é hoje expresso, atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Segundo o Ministro, tal princípio abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados, de forma que o conjunto normativo resultante do artigo 1790 do Código Civil, no qual veicula uma proteção insuficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em União Estável e, a depender das circunstâncias, tal regime jurídico sucessório pode privar o companheiro supérstite dos recursos necessários para seguir a sua vida de forma digna (VOTO MINISTRO RELATOR, p.26).

Em relação ao princípio da vedação ao retrocesso, o ministro afirma que não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros, estabelecido pelo novo Código Civil de 2002, representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis, pois, como já mencionado, antes do CC/2002, o regime jurídico sucessório da União Estável,

estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996, era, substancialmente, igual àquele previsto para o Casamento no CC/1916, então vigente.

Assim, cônjuges e companheiros ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária (ambos ficavam atrás dos descendentes e dos ascendentes), possuíam idêntico direito à meação e ostentavam tanto o direito de usufruto, quanto o direito real de habitação. Para o ministro, as leis anteriores ao CC/02, portanto, concretizaram o imperativo constitucional de proteção às famílias (independentemente de seu modo de constituição), previsto no artigo 226 da Carta de 1988 (VOTO DO RELATOR, p. 28 e 29).

De modo diverso, o Código Civil de 2002 aprovou regulamentação alternativa que simplesmente anulou boa parte da proteção sucessória conferida pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 aos companheiros.

Para Luís Roberto Barroso, seriam duas as soluções: na primeira, consideram-se válidas as disposições das Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 diante da inconstitucionalidade da norma revogadora ou aplica-se o artigo 1829 à sucessão dos companheiros, concluindo-se que esta última é a mais acertada.

Para o ministro, no artigo 1829, reforça-se a proteção estatal aos parceiros remanescentes do falecido, tanto pela sua elevação à condição de herdeiro necessário, como pelos critérios de repartição da herança mais protetivos em comparação à legislação até então existente.

É importante observar, porém, em sua visão, que a declaração de inconstitucionalidade relacionada à distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, prevista no artigo 1790 do CC/2002, não impede uma futura atuação do legislador no sentido de garantir a possibilidade de exercício da autonomia da vontade pelos companheiros (e também pelos cônjuges).

Desde que se mantenha a equiparação de regimes sucessórios entre o Casamento e a União Estável como regra geral, o Poder Legislativo poderá criar regimes sucessórios diversos, de modo que os companheiros poderão optar, em vida, mediante acordo escrito. Nesse caso, porém, para que não se viole a presente decisão, será preciso fixar que, não havendo convenção, será aplicável à União Estável o regime estabelecido no artigo 1.829 do CC/2002. (VOTO, p. 32).

Ainda na visão do ministro relator, para modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, a solução ora alcançada, ou seja, a inconstitucionalidade do artigo 1790 e aplicação do artigo

1829 para sucessão de cônjuges e companheiros devem ser aplicadas apenas aos processos judiciais, que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais que ainda não tenha sido lavrada escritura pública. (voto, p. 33).

O ministro Edson Fachin pronunciou seu voto em favor do relator, sendo importante seu posicionamento, apesar de considerar a equiparação da sucessão entre companheiros às regras da sucessão entre cônjuges aplicando-se, ao caso, o artigo 1829 do CC/02. O referido ministro parece não compreender pela inclusão do companheiro no artigo 1845 CC/02 como herdeiro necessário, tendo em vista o trecho de seu voto: “a sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento”. (p.48 de 151).

A ministra Rosa Weber vota pela inconstitucionalidade, mas menciona Silvio de Sávio Venosa, afirmando que a condição do companheiro na sucessão, segundo o artigo 1790, não seria de um todo desvantajosa, posto que o artigo 1829 impõe, ao cônjuge sobrevivente, concorrer na herança com descendentes de maneira restrita a alguns tipos de regime de bens, excluída, expressamente, a hipótese de Casamento nos regimes de comunhão universal, da separação obrigatória ou na comunhão parcial, desde que ausentes bens particulares.

Ressaltam-se, ainda, falhas do artigo 1790 CC/02, pelo fato de não prever uma situação corriqueira, qual seja, a existência tanto de filhos comuns quanto de filhos de um só dos companheiros, referida pela doutrina como hipótese de hibridismo, assim, quando há concorrência tanto de filhos comuns quanto de filhos de apenas um dos companheiros, o código não apresenta solução.

O ministro Dias Toffoli preocupou-se em anular a autonomia de vontade, pois da mesma maneira que no artigo 1725 do CC/02, quando se fala do Direito de Família, os conviventes podem alterar aquele regime, declarando o regime legal para comunhão, porque não aplicar, também, o princípio da autonomia no artigo do 1790 do CC/02, com relação à divisão de bens patrimoniais? (VOTO, p. 91 de 151)

Assim, após pedido de vistas, o voto do ministro Toffoli foi fundamentado como base na distinção entre entidades familiares, ou seja, Casamento e União Estável, como especificado na Constituição Federal. O Casamento, portanto, não é União Estável, o que autoriza que seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos. Para o ministro, certo é que a norma civil, apontada como inconstitucional, no caso o artigo

1790, não hierarquizou o Casamento em relação à União Estável, mas acentuou serem eles formas diversas de entidades familiares, nos exatos termos da exegese do art. 226 § 3º, da Constituição Federal.

O Ministro Marco Aurélio pediu vistas por ser, também relator do Recurso Extraordinário 646.721. Ele votou a favor da igualdade de direitos entre casais heterossexuais e homoafetivos em União Estável, porém votou no RE 878.694 em questão, contra a isonomia na sucessão de cônjuges e companheiros.

Segundo ele, entender de modo diverso, igualando Casamento e União Estável, em especial no tocante ao direito sucessório, significa, além do prejuízo para os sucessores, desrespeito à autonomia do casal, quando da opção entre os institutos, em eleger aquele que melhor atendesse à pretensão de constituição do núcleo familiar – Casamento ou União Estável.

Por fim, a tese final, após o julgamento do recurso, foi declarada, conforme tema 809 de repercussão geral, inconstitucional, a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, prevista no artigo 1790 do CC/02, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de Casamento quanto nas de União Estável, o regime do art.1829 do CC/02.

Flávio Tartuce (2017) acrescenta que esse mesmo tratamento deve ser dado ao cônjuge ou companheiro homoafetivo, diante da evolução doutrinária e jurisprudencial que culminou com o reconhecimento pleno das famílias homoafetivas, apesar da falta de regulamentação legal, conforme Recurso Extraordinário 646.721/RS.

Andrade (2018) lembra que embora tenha se declarado sua inconstitucionalidade, o artigo 1790 não foi revogado, uma vez que essa tarefa cabe ao Poder Legislativo, assim, o artigo apenas perde sua aplicabilidade prática.

Além disso, para garantia da segurança jurídica, o ministro relator propôs, e foi seguido pelos votos em favor da inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC/02, que tal decisão deve alcançar os processos judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não se tenham lavrado escritura pública.

Diante dos posicionamentos apresentados por meio dos acórdãos de cada magistrado, se a necessidade de mencionar as consequências das decisões no âmbito jurídico que incidiram nas relações das famílias que possuem uma relação entre companheiros independente do sexo.

7 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS DIREITOS HEREDITÁRIOS DOS COMPANHEIROS

Como enfatizado anteriormente, os companheiros também são recepcionados com os direitos sucessórios previstos no artigo 1790 do Código Civil de 2002, concorrendo com os ascendentes e descendentes e fazem *jus* ao usufruto de parte do acervo hereditário ou direito real de habitação sobre o imóvel familiar, como na legislação anterior ao Código de 2002 que assim previa (Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e nº 9.278, de 10 de maio de 1996), senão para receber a propriedade de parte dos bens transmitidos (PEREIRA, 2018).

Antes de adentrar as decisões proferidas pelo Supremo para dirimir os problemas provenientes da evolução do vínculo conjugal das relações familiares, é importante descrever quem são os herdeiros necessários e apontar seus direitos hereditários decorrentes do falecimento do autor da herança.

Com relação ao rol estabelecido quanto aos herdeiros necessários, no artigo 1845 do Código Civil de 2002, destacam-se os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, que também são conhecidos herdeiros forçados ou reservatórios, sendo eles contemplados a herança legítima ou intocável, que garante-lhes o direito a metade do espólio deixado pelo morto, como mencionado no dispositivo 1846 do Código Civil de 2002 (TARTUCE, 2019).

É importante ressaltar que a legítima é uma proteção aos herdeiros necessários, mas não pode julgá-la como absoluta, pois existem duas hipóteses que relativizam esta garantia, como é o caso da deserdação e da exclusão do herdeiro, previstas nos artigos 1814 e 1961 do atual Código Civil.

A deserdação é uma disposição testamentária na qual o testador, invocando causa expressamente prevista no artigo 1962 e 1963 do mesmo ordenamento, passa a excluir, portanto, o herdeiro necessário, quebrando o paradigma da intangibilidade da legítima. (GODOY, 2018)

Os efeitos das causas de exclusão (indignidade) são semelhantes à deserdação, mas possuem algumas diferenças, como afirma Godoy et al (2018), quando destaca alguns pontos, como: a deserdação provém de disposição testamentária enquanto a indignidade provém da lei; a deserdação somente priva da herança o herdeiro necessário, enquanto a indignidade pode privar qualquer tipo de

herdeiro, a causa da deserdação antecede a abertura da sucessão, a indignidade pode ser posterior. Além disso, todas as causas de indignidade justificam a deserdação, conforme a redação do artigo 1961, mas, além dessas causas, existem outras elencadas nos artigos 1962 e 1963 que não configuram indignidade.

Em uma visão holística de Godoy et al (2018) e de alguns outros doutrinadores, o ordenamento civil só menciona a deserdação de parentes em linha reta, deixando omissos o cônjuge, apesar de ser inserido no rol dos herdeiros necessários. Segundo Pereira (2018), o legislador deixou de enumerar as causas de deserdação do cônjuge, a quem, pela natureza restritiva do artigo 1963, não deve ser aplicado, cabendo-lhe a indignidade e a deserdação, com base no artigo 1814 do CC/02,⁶⁷ mencionando, ainda, um projeto de Lei nº 6960 que teria por objetivo a inclusão do artigo 1963-A, com previsões expressas de deserdação pelo cônjuge.⁶⁸

Embora Pereira (2018) afirme a inexistência de causas de deserdação, o artigo 1963 as apresenta, porém não contempla o cônjuge no caput do artigo. Dessa forma, se considerar o companheiro como herdeiro necessário por equiparação ao cônjuge, será subentendido que as regras de deserdação descritas acima eram perfeitamente aplicadas para sua real condição. E aqui mostra uma das questões a serem reconhecidas ao companheiro na condição de herdeiro necessário, mesmo que os seus direitos de herança sejam limitados pela circunstância de deserdados ou excluídos.

Assim, ao se tratar dos direitos hereditários dos companheiros, resgata-se, nesse ponto, a discussão anteriormente travada pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790, passando a questionar-se quanto aos direitos hereditários entre cônjuges e companheiros. Conforme a regra do artigo 1829 do Código Civil de 2002, estaria, automaticamente, o companheiro elencado como

⁶⁷ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

⁶⁸ Art. 1.963-A. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação do cônjuge: I – prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento, ou que determine a perda do poder familiar; II – recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns; III – desamparado do outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade.

herdeiro necessário juntamente com o cônjuge, no artigo 1845 do atual ordenamento civilista?

Para Tartuce (2017), apesar do julgamento do Recurso Extraordinário 878.694 nada mencionar a respeito, o autor visualiza, no voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, que sim, o companheiro passa a herdeiro necessário sendo incluído no artigo 1845 do Código Civil e ainda acrescenta que esse é o mesmo entendimento dos juristas Zeno Veloso (2010), Giselda Hironaka, Francisco Cahali e Euclides de Oliveira (2008).

Entendendo pela omissão em relação à inclusão ou não do companheiro no rol de herdeiros necessários, é válido destacar que, em outubro de 2018, o IBDFAM entrou com embargos de declaração no STF, cujo principal questionamento foi que o regime sucessório do cônjuge não se restringe ao artigo 1829 do Código Civil, de forma que o acórdão embargado, no caso o referente ao Recurso Extraordinário 878.694, nada havia mencionado, ou seja, teria se omitido, com relação a diversos dispositivos legais do regime sucessório do cônjuge que devem se aplicar aos companheiros. Porém, o Supremo se pronunciou no sentido de que não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação em relação ao artigo 1845 ou a qualquer outro do Código Civil, pois isso não havia sido objeto de apreciação da repercussão geral (TARTUCE, 2019).

Para Tartuce (2017), os embargos de declaração foram rejeitados por questões processuais, nada definindo a respeito de ser ou não o companheiro um herdeiro necessário. No entanto, Mario Luiz Delgado, igualmente membro da entidade que entrou com o embargo, já visualiza de outra forma, pois, para ele, a Corte constituinte foi categórica ao afirmar que a repercussão geral é no sentido de usar o artigo 1829 para o companheiro, não o incluindo ao artigo 1845 como herdeiro necessário (IBDFAM, 2018).

Em outras palavras, não houve discussão a respeito da integração do companheiro como herdeiro necessário, sendo assim, não há omissão a ser resolvida, segundo o julgamento do embargo de declaração proposto. Ainda de acordo com Tartuce (2017), sobre a rejeição do embargo, cabe aos doutrinadores e à jurisprudência do STJ, a partir de então, responder por meio de interpretação ao *decision* do STF se o companheiro é ou não herdeiro necessário.

O fato é que o poder designado à cúpula do judiciário não cumpriu com as características de resolver as questões de forma clara devido a um mero quesito

processual de formalidade, deixando algumas lacunas que precisam ser preenchidas, mas sem abstrações e genéricos, propiciando uma dose certa de prudência, como já mencionado por Tomás de Aquino, pois sem isso as consequências podem ser irreversíveis.

Nesse sentido, escancara-se uma porta para debates, sobre posicionamentos voltados à omissão da corte, mas que está implícita a sua inserção ou a posição de que não caberia a apresentação do companheiro ao rol hereditário.

Entre os que se opõem à inclusão do companheiro no rol do artigo 1845, pode-se citar Mário Luiz Delgado, que, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal, não cabe a aplicação do artigo 1845, uma vez que, para ser herdeiro necessário, deveria preencher o requisito de estado civil casado, pois essa qualidade é requisito formal próprio do Casamento.

Assim, diante desse argumento, o jurista afirma que é uma condição restritiva de direito, ou seja, é taxativo, para tanto, somente a lei pode retirar qualquer herdeiro do elenco ou ampliar o rol taxativo. (DELGADO, 2018).

Embora Tartuce (2017) defenda seu posicionamento com base no voto do ministro relator Luís Roberto Barroso, destaca-se aqui, mais uma vez, no mesmo acórdão referente ao Recurso Extraordinário 878.694/MG, parte do voto de Fachin, segundo o qual não apreça entender, dessa forma, pela inclusão: “a sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento”. (RE 878.694/MG, p.48, DJE06/02/2018)

No que se refere aos julgados, Tartuce (2017) respalda ainda seu posicionamento pela inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários, pois, segundo o autor, estaria implícita esta ideia, conforme o Recurso Especial 1.337.420/RS, tendo como relator o Ministro Lázaro Guimarães. Assim, a companheira estaria com seus direitos hereditários garantidos e sua qualidade de herdeiro necessário segura e estabelecida no rol de vocação hereditária previsto no Código Civil Brasileiro.

Conforme evidencia a doutrina, apesar da inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, com a devida equiparação entre cônjuge e companheiro para efeito sucessório, aplicando-se em ambos os casos, o artigo 1829 do Código Civil de 2002, ainda restam alguns pontos a serem discutidos, e somente com decisões dos tribunais e amplas discussões doutrinárias se chegará a um consenso.

Os quatro pontos mais debatidos, doutrinariamente, de acordo com Flávio Tartuce, que em seus textos também cita autores como Zeno Veloso (2010) e Giselda Hironaka, seriam: o companheiro tornou-se herdeiro necessário? O companheiro embora não seja mencionado no Código Civil de 2002 possui direito real de habitação? A aplicação dessa inconstitucionalidade e equiparação entre cônjuge e companheiro deve ser utilizada em processos em curso, cuja partilha ou inventário tenham sido abertos antes dessa decisão? É possível a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro? Serão estes quatro assuntos discutidos e pormenorizados em tópicos a seguir.

7.1 Seria o companheiro também herdeiro necessário?

Esta questão será tratada de maneira minuciosa em seus detalhes, pois qualquer preenchimento de partículas de interpretação levará a um entendimento somado a conjecturações concretas ou abstratas e a ideia central será discutir qual a qualidade do companheiro como herdeiro legítimo para o recebimento de quotas hereditárias deixadas pelo companheiro falecido.

Para tanto, o enfoque para a resposta desta pergunta está galgada nos julgados mencionados no capítulo anterior, considerando as interpretações jurídicas apontadas por cada ministro que servem como ponto de partida para fazer uma análise jurídica e doutrinária das ideias levantadas por cada ministro e doutrinadores.

Por exemplo, segundo Tartuce visualiza-se, no voto do ministro relator, a afirmação de que o companheiro estaria inserido como herdeiro necessário, há trechos em que tal posicionamento parece divergir dentro do mesmo voto, conforme percebemos pelo trecho destacado a seguir:

Com efeito, o Código trouxe dois regimes sucessórios diversos, um para a família constituída pelo matrimônio, outro para a família constituída por União Estável. Com o CC/2002, o cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845), o que não ocorreu – ao menos segundo o texto expresso do CC/2002 – com o companheiro. (RE n. 878.694/MG, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10/5/2017)

A verdade é que, sobre tal aspecto, há um debate, tendo em vista que ainda não existe uma decisão vinculante nesse sentido, ou seja, de ser o companheiro herdeiro necessário.

Entre os argumentos dos que se opõem à inclusão do companheiro no rol do art.1845 pode-se citar Mário Luiz Delgado:

Mesmo após a decisão do STF, não cabe a aplicação do art. 1.845, com elevação do companheiro sobrevivente ao status de herdeiro necessário. Primeiro porque ser herdeiro necessário decorre do preenchimento das formalidades próprias do Casamento, dispondo a lei, de forma explícita, que somente quem possua o estado civil de 'casado' portará o título de sucessor legítimo, ostentando a qualificadora restritiva da liberdade testamentária. Segundo porque o art. 1.845 é nítida norma restritiva de direitos, pois institui restrição ao livre exercício da autonomia privada e, conforme as regras ancestrais de hermenêutica, não se pode dar interpretação ampliadora à norma restritiva. O rol do art. 1.845, portanto, é taxativo. Da mesma forma que só a lei pode retirar qualquer herdeiro daquele elenco, somente a lei pode ampliar o seu conteúdo, não sendo permitido ao intérprete fazê-lo (DELGADO, 2018, s/p).

Nesse sentido, Delgado se posiciona em um viés distante das supostas ampliações interpretativas da hermenêutica jurídica, uma vez que compreende que o rol taxativo não é constituído por requisitos de presunção, mas sim na plenitude normativa expressa, pois o legislador incorpora um elemento taxativo norteado de características que possam preencher uma qualidade adequada para composição daquele grupo de herdeiros necessários.

Delgado (2018) afirma que essa qualidade de herdeiro necessário se origina por meio das formalidades do Casamento, dispondo a lei de forma explícita a qualificadora, deixando a liberdade patrimonial para as liberalidades do testamento.

A pergunta que se faz nesse entendimento e qual seria a base jurídica para a afirmação de que os companheiros seriam considerados ilegítimos e excluídos do rol dos herdeiros necessários? A informalidade, por essência, da União Estável. Mesmo sendo um procedimento informal, não significa que não exista um procedimento judicial ou extrajudicial que descrimine esse modelo de família, uma vez que já é reconhecido como entidade familiar dentre tantas formas de famílias, já apresentadas no texto.

Não existe, na legislação, qualquer proibição normativa, de forma geral ou específica, segundo a qual os companheiros possam ser reconhecidos como herdeiros necessários, pois o velho ditado na essência legal diz: “aquilo que não é proibido pela lei, é permitido”. Isso é devido ao princípio da legalidade, descrito no artigo 5º inciso II da Constituição Federal, que garante a proteção dos indivíduos contra abusos cometidos pelo Estado ou por particulares.

Outro princípio é o da autonomia da vontade, segundo o qual o indivíduo poderá fazer tudo aquilo que não for proibido, tendo autonomia de escolha em suas decisões sem restrição normativa.

De fato, o artigo 1845 do Código Civil não contempla os companheiros como herdeiros necessários, pois de acordo com ele: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.” Aqui se respeita o rol taxativo para que não se traga uma insegurança jurídica, pois se não fosse assim, qualquer parente, no ciclo hereditário, poderia ser ilimitadamente reconhecido como herdeiro necessário. No entanto, pautado nos últimos entendimentos majoritários dos ministros do Supremo Tribunal Federal, o já julgado RE n. 878.694/MG reconhece os direitos dos companheiros como herdeiros necessários, devendo ser acrescentado no rol dos ascendentes, descendentes e cônjuges.

Delgado (2018), diferente de Tartuce, embasa seu entendimento no voto de Fachin:

Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, a priori, menos direitos ou direitos diferentes do Casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios. (RE 646.721, MINISTRO EDSON FACHIN, p. 57).

E, conforme o julgado no Ministro Edson Fachin, a liberdade patrimonial dos conviventes já é uma garantia oferecida mesmo para aqueles que não possuam o reconhecimento da qualidade de herdeiros necessários, podendo, inclusive, afastar os efeitos da herança por ato de disposição de última vontade.

No que se refere aos julgados, Tartuce (2017) respalda ainda seu posicionamento pela inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários, pois, segundo o autor, como dito anteriormente, estaria essa ideia implícita.

No julgado a seguir, fica evidenciado, em trecho de destaque, que é conferido à companheira o direito de habitação, antes determinado como direito exclusivo dos cônjuges sobreviventes, o que leva a uma interpretação mais extensiva.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SUCESSÕES. ARROLAMENTO DE BENS. EX-COMPANHEIRA. DESCOMPASSO ENTRE SUCESSÃO DE CÔNJUGE E SUCESSÃO DE COMPANHEIRO. HABILITAÇÃO NO INVENTÁRIO DEVIDA. DIREITO AO USUFRUTO VÍDUAL. NÃO CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

SUCESSÃO QUE DEVE OBSERVAR O REGIME ESTABELECIDO NO ART. 1.829 DO CC/2002. RECURSO PROVIDO. 1. Referida controvérsia foi enfrentada recentemente pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, em que se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, em que se propôs a seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002." 2. O recurso especial deve ser provido apenas para negar o direito da recorrida ao usufruto viual, mantendo-a habilitada nos autos do arrolamento/inventário, devendo ser observados e conferidos a ela os direitos assegurados pelo CC/2002 aos cônjuges sobreviventes, conforme o que for apurado nas instâncias ordinárias acerca de eventual direito real de habitação. 3. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1139054 PR 2009/0086949-3, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 06/02/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/02/2018).

Isso demonstra a total coerência na qualidade de sucessor entre cônjuges ou companheiro, independente da forma de constituição da entidade, ainda que sob a condição de União Estável de fato, bastando apenas o pedido de reconhecimento jurídico, com efeito *ex tunc* dos direitos alcançados deste a formação do vínculo afetivo do casal.

Outro recurso bastante citado por Tartuce (2017) em seus textos e obras refere-se ao Recurso Especial 1.337.420/RS no qual se discute a legitimidade de parentes colaterais (irmãos e sobrinho) do falecido que pleiteiam ação de anulação de adoção e, uma vez anulada a adoção, os parentes referem não haver descendente a herdar e invocam o artigo 1790 para fazerem jus à herança bem como a legitimidade para pleitear a anulação da adoção, ainda que na existência de companheira sobrevivente. Na decisão, o ministro Luís Felipe Salomão declara a ilegitimidade ativa dos parentes colaterais, invocando a inconstitucionalidade do art.1790.

Esse entendimento é acertado, posto que os herdeiros colaterais perdem sua força legítima para participar das quotas de herança, tendo em vista que a declaração inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil legitima a companheira ao recebimento das quotas hereditárias, o que reforça, cada vez mais, a ideia de herdeira necessária.

Em vários pontos do voto, o Ministro Salomão cita Tartuce, em trechos de obras, nos quais ele discute a inclusão do companheiro no rol de herdeiros

necessários, porém é possível inferir que o ministro apenas ressalta que é um ponto a ser discutido, sem, contudo, se posicionar, podendo-se perceber isso, inclusive, em uma de suas falas:

Dessa forma, caso o Código Civil continue a ser interpretado em sua literalidade, um indivíduo jamais poderá excluir seu cônjuge da herança por testamento, mas este mesmo indivíduo, caso integre uma União Estável, poderá dispor de toda a herança, sem que seja obrigado a destinar qualquer parte dela para seu companheiro ou companheira. (Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, RESP 1.337.420, p.13 DJE 21.09.17)

Ou ainda, segundo o entendimento de Tartuce (2017), o companheiro é considerado herdeiro necessário explicitamente no Recurso Especial 1.357.117/MG, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas, no qual originalmente se discutia o direito à sucessão da totalidade dos bens de companheiro morto sem descendentes e ascendentes à sua companheira, tendo em sua decisão, proferido integralmente as seguintes palavras ao final do relatório e de seu voto:

Portanto, a companheira, ora recorrida é de fato a herdeira necessária do seu ex-companheiro, devendo receber unilateralmente a herança do falecido, incluindo-se os bens particulares, ainda que adquiridos anteriormente ao início da União Estável. (Resp. 1.357.117/MG, p.13 Relatório/voto min RICARDO VILLAS BÔAS, DJE 26.03.18)

Caso o entendimento seja pela inclusão do companheiro como herdeiro necessário, tem-se como efeitos: incidência das regras dos artigos 1846 a 1849 do CC/02 para o companheiro, gerando restrições nas doações e no testamento, uma vez que o companheiro passará a ter direito à legítima; o companheiro passaria a ser incluído no artigo 1974 para fins de rompimento de testamento; assim como teria o dever de colacionar bens recebidos em antecipação (arts. 2002 a 2012 do CC), sob pena de serem considerados sonegados (arts. 1992 a 1996).

Nesse sentido, a companheira sobrevivente deve ser conhecida como herdeira necessária e, sendo assim, a expressão do artigo 1845 deve ser “ascendente, descendes, cônjuge e companheiro”, uma vez que nada proíbe a sua inclusão, passando a adquirir a metade dos bens da herança, constituindo a legítima, conforme o artigo 1846, além de todas as regras dos direitos sucessórios previstos ao cônjuge sobrevivente.

Caso não se entenda a ideia de ser o companheiro elencado no artigo 1845, como consequência, ele poderá ser excluído da sucessão por via testamentária, para

isso bastaria que não fosse contemplado nas disposições de última vontade já que não gozará da proteção da legítima.

O não reconhecimento dessa qualidade seria um retrocesso no direito brasileiro, uma vez que, a isonomia sucessória, já reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, estaria sendo desrespeitada avançando na contramão das garantias constitucionais previstas no artigo 5º e 226 § 3º da Carta Magna.

7.2 Há equiparação total entre União Estável e Casamento?

Tartuce (2017) é defensor de que a decisão do STF pela inconstitucionalidade do artigo 1790 apenas aplica-se ao plano sucessório e menciona corrente, a seu ver respeitável, representada por Anderson Schreiber, Ana Luiza Nevares e outros, no sentido de haver equiparação entre as duas entidades familiares para fins de normas de solidariedade, que é o caso das regras de sucessão, de alimentos e regimes de bens. No entanto, no que se refere à exigência de formalismo conjugal, que caracteriza o matrimônio, não se iguala ao procedimento de reconhecimento de União Estável, não admitindo a integral equiparação de ambos as entidades familiares.

Delgado (2018) refere que o Casamento é ato solene e formal com prova, exclusivamente, documental ao passo que a União Estável não exige formalidade nem solenidade, bastando a convivência pública e duradoura com prova basicamente testemunhal. Destaca, ainda, que o fim de ambos os tipos de união também se diferenciam: para o Casamento é necessário certidão, reconhecimento estatal, enquanto a União Estável decorre de um fato da vida, o fato da cessação da convivência, não exigindo qualquer procedimento ou formalidade, destacando que tratam-se de duas situações familiares distintas.⁶⁹

⁶⁹ a qualificação de cônjuge ou de companheiro decorre do atendimento ou não de formalidades ou de exigências exigidas por lei. No casamento, formalidades e solenidades integram a substância do ato, sem as quais aquele não ingressa no plano da validade. Na união estável, inexistem formalidades exigíveis como requisito de ingresso ao plano da validade, ainda que os conviventes desejem formalizar a relação. O que importa é a convivência no plano dos fatos, com as qualificadoras exigidas pela lei. Da mesma forma, o status de herdeiro necessário também decorre do preenchimento dessas formalidades próprias do casamento, dispondo a lei, de forma explícita, que somente quem possua o estado civil de “casado” portará o título de sucessor legítimo, ostentando a qualificadora restritiva da liberdade testamentária. E sob esse raciocínio, pode-se afirmar que a situação jurídica de herdeiro necessário guarda relação direta com as formalidades do casamento, única entidade familiar com a aptidão a modificar o estado civil, de maneira que a interpretação a favor de uma não inclusão do companheiro como herdeiro necessário seria admissível com base nas próprias distinções decorrentes das normas de formalidade. (DELGADO, 2018).

Inclusive, na VIII Jornada de Direito Civil ocorrida em abril de 2018, aprovou-se o enunciado 641 do Conselho Nacional de Justiça: “A decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1790 não importa equiparação absoluta entre Casamento e União Estável.”

Delgado (2018) é profundo crítico da equiparação entre cônjuge e companheiro e enfatiza, em seus textos, considerando seus conhecimentos em direito comparado, em grande parte dos países, o Casamento é a instituição regra e, ainda que se reconheçam efeitos jurídicos às uniões de fato, para o autor, viver informalmente é bem diferente do que viver fora das leis.

Assim, não se cogita, na maioria dos países, equiparar as duas figuras jurídicas e, para ele, o Brasil caminha na direção oposta, a ponto de a posição a favor do tratamento diferenciado entre União Estável e Casamento estar sendo contestada, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Para Delgado (2018), não compete ao legislador, nem muito menos à jurisprudência, regulamentar a União Estável a ponto de atribuir-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal, o que implica, na prática, transformar a União Estável em Casamento contra a vontade dos conviventes, aos quais estar-se-ia impondo um verdadeiro “casamento forçado”, expressão continuamente utilizada pelo autor em vários de seus textos nos quais discute tal posicionamento.

Ainda segundo Delgado (2018), a orientação infraconstitucional não pode anular a liberdade daqueles que não desejam se submeter ao regime típico de Casamento, sob pena de tornar ineficaz a parte final do §3º do artigo 226 da Carta Magna, que trata da facilitação da conversão de União Estável em Casamento, de forma que, para o autor, 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.⁷⁰

Em seus textos, Tartuce (2017), algumas vezes, refere que Delgado parece entender pela equiparação total entre União Estável e Casamento, e, portanto, por

⁷⁰ restringir a liberdade testamentária do autor da herança, no caso, mostra absoluto descompasso com a realidade social, marcada pela interinidade dos vínculos conjugais. Notadamente nas uniões informais, que se formam e se dissolvem mais facilmente que o casamento. Sem falar na insegurança jurídica que resultaria da necessidade de reconhecimento judicial *pos mortem* da UE, muitas vezes em relação de simultaneamente com um casamento válido, como se dá em grande parte das famílias recompostas. (DELGADO, 2018).

esse motivo visualiza, nessa equiparação, um Casamento forçado, no entanto, Tartuce (2017) esclarece que a isonomia se daria em termos sucessórios, conforme já mencionado, e não de forma total.

O entendimento majoritário, portanto, parece ser nesse sentido: equiparação para efeitos sucessórios e não uma equiparação total entre cônjuges e companheiros e, conseqüentemente, entre União Estável e Casamento.

A discussão travada é desnecessária, uma vez que já se encontra definido pelo enunciado 641 do Conselho Nacional de Justiça, tendo em vista que em seu texto diz que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do ordenamento cívico não equipara os institutos do Casamento com a União Estável, exceto ao direito sucessório. Não cabendo mais questionar se equiparou ou não ambos, a resposta é clara, não equiparou, não há que se presumir quaisquer igualdades, ressalvado o fato da morte do seu companheiro que terá os mesmos direitos hereditários protegidos pelas decisões da maioria dos ministros do Supremo.

7.3 O companheiro passaria a ter direito real de habitação?

Não houve qualquer menção a esse direito na tese final extraída da decisão do STF no Recurso Extraordinário 878.694/MG, nem tão pouco nos embargos de declaração opostos à decisão. Ficou clara a aplicação dos demais dispositivos do Código Civil referentes à sucessão do cônjuge a ser, também, aplicada ao companheiro.

Para uma primeira corrente, o companheiro não teria o citado direito real de habitação, o que é defendido por Flávio Augusto Monteiro de Barros, Francisco José Cahali, Inácio de Carvalho Neto, Mário Roberto Carvalho de Faria Delgado, que argumentam que o legislador fez silêncio eloquente, não pretendendo tratar desse direito, pois não quis incluí-lo, como doutrina Francisco Cahali, essa corrente se utiliza ainda de outro argumento, que seria o da revogação tácita de todos os preceitos materiais que não foram incorporados pelo Código Civil de 2002, no caso específico, o art. 7º da lei 9278/96 não foi incorporado pelo CC/02 e, portanto, revogado tacitamente (TARTUCE, 2019).

A segunda corrente, no qual se inclui Tartuce (2019), defende que o companheiro tem direito real de habitação na linha que vem seguindo a doutrina e a jurisprudência superior, no entanto, o autor pontua: qual seria o limite desse direito?

Teria o companheiro esse direito porque ainda vigora o artigo 7º, parágrafo único da Lei 9278/96 ou devido a aplicação equiparada do art.1831 do CC/02?

É válido ressaltar as diferenças entre ambas situações, pois o artigo 1831 traz em sua literalidade: ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Pode-se inferir que o direito real de habitação sucessório a favor do cônjuge sobrevivente, conforme redação do Art.1831 do CC/02, é o direito que este tem de permanecer residindo na morada do casal após o falecimento de seu consorte, quando o imóvel utilizado pelo casal como moradia seja o único bem residencial a ser inventariado, ressaltando que este direito independe do regime de bens do Casamento e não possui um tempo de durabilidade para que o cônjuge sobrevivente deixe a casa, portanto, torna-se, assim, vitalício, mesmo que existam outros herdeiros pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Já o artigo 7º, parágrafo único da Lei 9278/96, enfatiza que: 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.

Segundo Tartuce (2019), o mesmo tende para a justificação conforme o Código Civil, e, em sua obra recente, ele menciona ainda o enunciado n. 117 do CJP/STJ, da I Jornada de Direito Civil: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/1996, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6.º, caput, da CF/1988 e a premissa número 8, publicada na ferramenta Jurisprudência em Teses do STJ, que trata da União Estável (Edição n. 50, de 2016), com o seguinte teor: o companheiro sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel no qual convivia com o falecido, ainda que silente o art. 1.831 do atual Código Civil (TARTUCE, 2019).

É fácil observar que ainda existe uma indefinição sobre a utilização de quais dispositivos os tribunais irão se basear para justificar o direito real de habitação, seguem-se julgados que ora se baseiam no Código Civil ora se utilizam do artigo 7º da Lei 9278/96.

Em julgamento de embargos de declaração, a ministra Cristina Tereza Gaulia do TJ-RJ fundamenta decisão ancorada no artigo 1831 do CC/02 conforme ementa:

Embargos de declaração. Reexame por determinação do STJ. Limites da reapreciação conforme a exata dicção do Acórdão do Superior. Aos companheiros conviventes em União Estável reconhecem-se hoje idênticos direitos que aqueles atribuídos aos cônjuges. Precedentes. Questão pacificada. Direito real de habitação que na forma do art. 1831 CC se garante ao companheiro convivente supérstite. Mens legis do dispositivo legal que visa proteger a parte sobrevivente do casal garantindo-lhe o direito de moradia no imóvel que era destinado à residência da família. Interpretação da expressão restritiva único (imóvel) daquela natureza que deve se dar pela via da hermenêutica teleológica, levando-se em conta as normas constitucionais que protegem o idoso, o direito de moradia e a dignidade da pessoa humana (arts. 230 c.c 6º CC 6º c.c 1º CF/88). Interpretação literal que se afasta. Jurisprudência que garante o direito real de habitação na forma do dispositivo da lei civil, mesmo em hipóteses de existência de outros imóveis. Imóvel da zona sul do Rio de Janeiro, próximo à praia, e onde a embargada residiu 27 anos com o obituado companheiro que não é da mesma natureza da casa situada no campo no município de Porciúncula noroeste do ERJ. Direito real de habitação que não se deve obstaculizar por meio de aplicação por analogia do art. 1790 CC, este que teve sua aplicação restringida pelo REsp 878694, em repercussão geral. Restrição ao direito da autora que ademais não consta da legislação aplicável à hipótese. Provimento dos declaratórios para suprir os vícios apontados pelo STJ, mantendo-se integralmente o resultado do julgamento ad quem que gerou os aclaratórios. (TJ-RJ - APL: 02034732220118190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 12 VARA ORFAOS SUC, Relator: Des(a). CRISTINA TEREZA GAULIA, Data de Julgamento: 04/12/2018, QUINTA CÂMARA CÍVEL).

Assim como o embargo de declaração anteriormente e diretamente citado, utilizou-se, como tese de direito, o artigo 1831 para justificar o direito real de habitação do companheiro, utilizando-se, portanto, da equiparação por analogia, já que o ordenamento civil foi silente em relação a este direito para o companheiro. É possível, também, encontrar decisões que se baseiam no artigo 7º da Lei 9278/96, conforme ementa a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. 1. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REMOÇÃO DE INVENTARIANTE. RECONHECIMENTO DA QUALIDADE DE HERDEIRO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF QUANTO À DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO PARA OS CÔNJUGES E COMPANHEIROS. APLICABILIDADE DA DECISÃO. Não prospera o pleito de remoção do companheiro sobrevivente do exercício da inventariança sob o fundamento de que ele não ostenta a qualidade de herdeiro, pois o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 878.694/MG, cuja repercussão geral foi reconhecida (Tema 809/STF), declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, firmando a tese de que no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime

estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. No mesmo julgado, restou definido que com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. Logo, estando o inventário em tramitação, não havendo sentença de partilha transitada em julgado, a decisão do STF é aplicável à espécie, de modo que se impõe reconhecer o companheiro sobrevivente como herdeiro, à luz da ordem de vocação hereditária do art. 1.829 do CCB. 2. RECONHECIMENTO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO AO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DO INÍCIO DA UNIÃO ESTÁVEL. CABIMENTO. É de ser reconhecido o direito real de habitação do companheiro sobrevivente sobre o imóvel destinado à residência da família, pois se trata de uma garantia legal que lhe foi alcançada pelo parágrafo único do art. 7º da Lei n.º 9.278/96, não interessando, para tanto, a data de aquisição de tal bem. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70077314656, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, Julgado em 19/07/2018). (TJ-RS - AI: 70077314656 RS, Relator: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS. Data de Julgamento: 19/07/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/07/2018)

O entendimento está pautado no reconhecimento do direito de habitação ao companheiro, do mesmo modo que o cônjuge possui esse direito, mas a preocupação está no fato de que esse direito pode ser limitado, uma vez que o artigo 1831 caracteriza esse direito sendo vitalício enquanto que a Lei nº 9278/96 impõe limitação em sua aplicabilidade, será garantido enquanto não constituir nova união.

O Resp.1781/RJ interposto contra a decisão de apelação que contrapõe o direito de habitação de companheira supérstite que venha contrair nova união, ao que o tribunal de origem não reconheceu a perda do direito, sob a alegação do ser vitalício, conforme estabelecido no artigo 1831 do ordenamento cívico. A interposição desse recurso especial teve como fundamento a violação do artigo 7º da Lei nº 0278/90, no entanto, em sede de decisão monocrática, negou-se o recurso fundado na ausência de pré-questionamento.⁷¹

Mesmo diante da pesquisa realizada, ainda não foi possível evidenciar julgados que preconizassem a perda do direito real de habitação após companheiro supérstite contrair nova união. Carvalho (2017) faz imaginar uma situação diante da atual

⁷¹ Merece destaque o Resp 1.781.892/RJ interposto contra decisão de apelação onde discutia-se o direito real de habitação de companheira supérstite que contraiu nova união, ao que o tribunal de origem não reconheceu a perda do direito alegando o mesmo ser vitalício, conforme exegese do Art.1831 CC/02, o Resp. foi interposto com base na violação do Art.7 da Lei 9278/96 no entanto, em sede de decisão monocrática negou-se o recurso com base na ausência de pré-questionamento (Resp 1781892/RJ, Min. Rel. NANCY ANDRIGHY, 3ª turma, DJE 28.05.2019).

redação do artigo 1831 do CC/02: o cônjuge ou companheiro sobrevivente casa-se novamente ou constitui União Estável e continua a viver no imóvel que pertence aos herdeiros necessários ou mesmo legítimos ou testamentários, mas que terão de aguardar o falecimento do habitador portador do direito real de habitação para dispor do bem, situação que o autor considera um absurdo.

Importa destacar que o direito real de habitação permanece, ainda que possam existir outros bens no patrimônio particular do cônjuge sobrevivente, conforme o julgado, sendo inclusive tema do informativo 0633 do STJ:

Registre-se inicialmente que o art. 1.831 do Código Civil e o art. 7º da Lei n. 9.278/1996 impõem como única condição para garantia do cônjuge sobrevivente ao direito real de habitação que o imóvel destinado à residência do casal fosse o único daquela natureza a inventariar, ou seja, que dentro do acervo hereditário deixado pelo falecido não existam múltiplos imóveis destinados a fins residenciais. Nenhum dos mencionados dispositivos legais impõe como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge sobrevivente (REsp 1.582.178/RJ, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, por maioria, julgado em 11/09/2018, DJe 14/09/2018).

Carvalho (2017) destaca o entendimento doutrinário de renomados especialistas, tais como Aldemiro Rezende Dantas Júnior e Maria Berenice Dias, no sentido de que, caso exista mais de um imóvel residencial no espólio do legítimo herdeiro, é possível a concessão do direito real de habitação e, para decidir qual dos imóveis será objeto do direito, aplica-se por analogia, com fulcro no Art. 5º da Lei 8009/90, ou seja, recairá sobre o imóvel de menor valor, acrescentando ainda que tal entendimento baseia-se na garantia constitucional à moradia, a qual o doutrinador se funda em posicionamento jurisprudencial que vem ganhando predominância nas cortes dos tribunais superiores.

Apesar do artigo 1831 do Código Civil mencionar que o direito real de habitação é totalmente garantido ao cônjuge sobrevivente, em relação ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único dessa natureza, nada impede que prevaleça o direito real de habitação em caso de existirem outros imóveis.

Por fim, Tartuce (2019) se posiciona no sentido de que, como o direito real de habitação visa à tutela do direito à moradia, presente no artigo 6º da Constituição Federal, sempre demanda a análise de cada caso específico. De modo que, se o companheiro sobrevivente estiver em situação de desamparo em relação à moradia, no entanto possua um imóvel, ele não será contemplado com a tutela. Da mesma

forma refere-se ao caso dos demais herdeiros que, também, tiverem necessidade de um lugar para constituir sua moradia, hipótese que, segundo o doutrinador, deve ser afastada a materialização desse direito ao companheiro.

Para Carvalho (2017), é preciso ponderar os dois direitos: direito de propriedade, em sua visão, um direito superior, em confronto com o direito real de habitação relacionado a cada caso.

Adentrando ainda em outro aspecto sobre o direito real de habitação, a posição de Tartuce (2019) também é a de que não se deve falar em direito real de habitação quando o imóvel pertencer a terceiros, a não ser quando em caso de extrema necessidade.

7.4 É possível a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro?

Em meio à discussão proposta da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, esse questionamento merece destaque, muito embora o texto do dispositivo já apresente efeitos jurídicos que geram intensão e diversas formas de interpretação doutrinárias ou jurisprudenciais para que possam ser abordadas e exploradas entre os juristas.

Assim, ensejando o debate, a redação do artigo 1723 § 1º do CC/02 enfatiza que a União Estável não pode ser constituída em face da existência de impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1521 do mesmo código, como já referido anteriormente, no entanto, faz a ressalva de que, em caso de pessoa casada, é possível a União Estável, se esta se encontra separada de fato ou judicialmente.

Segundo o texto do artigo 1830 do ordenamento civil, permite-se dizer que será reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem de fato há mais de dois anos, salvo prova, nesse caso, que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente, ou seja, havendo culpa exclusiva do falecido.

Antes de prosseguir à análise sobre a inconstitucionalidade do artigo 1790, abra-se um parêntese para explicar o lapso temporal de reconhecimento dos direitos sucessórios do cônjuge separado judicialmente ou de fato, bem como a última parte do artigo referente à culpa da dissolução da união.

No Resp. 1.513.252/SP, julgado no ano de 2015, a despeito das críticas doutrinárias em relação à possibilidade de discussão de culpa como requisito para

se determinar a exclusão ou não do cônjuge sobrevivente da ordem de vocação hereditária, a tese jurídica afirma ser necessário analisar-se o alcance de tal dispositivo.

No referido Recurso Especial, cuja relatora é a Ministra Maria Isabel Gallotti, defende-se a relevância da análise da culpa para o fim da relação a despeito das críticas doutrinárias e utiliza-se do seguinte argumento, segundo ela, amparado na doutrina:

Assim, a exclusão do direito sucessório do cônjuge sobrevivente com a simples separação de fato, independente de lapso temporal ou arguição de culpa, não exprime o valor da justiça nos casos de abandono de lar por um dos cônjuges, ou de decretação de separação de fato pelo Poder Judiciário dos consortes em virtude de tentativa de morte ou injúria grave, de casais unidos, por exemplo, há mais de vinte anos, e que estão separados de fato há mais de dois anos. Nesse sentido, a doutrina continua: "seria absurdo defender que uma mulher que conviveu por anos com seu esposo e contribuiu para a dilatação do patrimônio do casal, em sendo abandonada por seu marido não tivesse direito à herança do falecido, por ser legalmente apartada da sucessão". (REsp 1.513.252-SP, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, julgado em 3/11/2015, DJe 12/11/2015).

No entanto, durante, no 1º Encontro Estadual da Magistratura de São Paulo, aprovaram-se 43 enunciados sobre Direito de Família e sucessões, entre os quais o de que, a partir da Emenda Constitucional 66/2010, passou-se a admitir divórcio sem prazo mínimo de Casamento e sem discussão de culpa. Assim, tornou-se inconstitucional a previsão do artigo 1830 do Código Civil, parte final, no sentido de que o direito sucessório do cônjuge sobrevivente poderia se estender além de dois anos da separação de fato se provado que a convivência se tornara impossível sem culpa dele. Em consequência, decorridos dois anos de separação de fato, extingue-se esse direito, sem possibilidade de prorrogação.

Importa discutir e fazer uma análise dos artigos 1523 § 1º e 1830 do CC/02, os quais demonstram a situação possível na qual uma pessoa separada de fato há menos de dois anos constitua uma relação afetiva com outro e que tal relacionamento venha a ser reconhecido como União Estável, aplicando-se, assim, todas as regras atinentes a esta forma de entidade familiar, inclusive no tocante ao trato dos direitos sucessórios, possibilitando, desse modo, uma possível concorrência entre cônjuge e companheiro na sucessão do montante hereditário.

O Enunciado de nº 525, da V Jornada de Direito Civil, pontua que os arts. 1723 § 1º, 1790, 1829 e 1830 do Código Civil admitem a concorrência sucessória entre

cônjuge e companheiro sobreviventes na sucessão legítima, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a União Estável.

Portanto, eis o motivo em destacar esse assunto dentro da inconstitucionalidade do artigo 1790, uma vez que tendo sido declarada a sua inconstitucionalidade e, se, como consequência disso, houve a equiparação entre cônjuge e companheiro para efeitos sucessórios, a aplicação do artigo 1830 do CC/02 não se daria apenas sobre os bens adquiridos onerosamente durante a União Estável, mas sobre a totalidade dos bens do *de cujus*, uma vez que se passa a utilizar o artigo 1829 para cônjuges e companheiros sem distinção.

Válido destacar que mais um enunciado de Direito de Família e sucessão foi aprovado no 1º Encontro de Magistratura do Estado de São Paulo. Segundo o referido enunciado, o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, separado de fato até dois anos, previsto no art. 1830 do Código Civil, cessa se, antes desse prazo de dois anos, o *de cujus* havia constituído União Estável.

Sobre este ponto Tartuce (2019) reflete: eis mais um assunto delicado e polêmico no direito das sucessões. É preciso aguardar como a jurisprudência irá se pronunciar a respeito do artigo 1830, no entanto, é preciso ter cuidado para não cair no radicalismo dos excessos: tudo para o cônjuge e nada ao companheiro ou vice-versa.⁷²

A seguir, um agravo de instrumento no qual há a concorrência entre cônjuge e companheira pelo direito real de habitação, um dos direitos sucessórios existentes aos companheiros e cônjuges sobreviventes, apesar de o ponto principal de discussão ser a aplicação ou não do artigo 551, parágrafo único para a companheira, assim como o texto literal menciona para o cônjuge. Mas merecem destaques os trechos da decisão que se baseia tanto no artigo 1830, para afastar o direito sucessório da cônjuge separada de fato há mais de dois anos, quanto na inconstitucionalidade do artigo 1790 para afirmar que não se pode excluir o direito real de habitação com base na não aplicação do artigo 551, pelo fato de mencionar em seu texto apenas cônjuge:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ABERTURA DE INVENTÁRIO. DIREITO DE ACRESCER. ARTIGO 551 P. ÚNICO CÓDIGO CIVIL. COMPANHEIRA.

⁷² Eis mais um assunto delicado, polêmico e complexo do Direito Sucessório brasileiro, mantida a divergência com a decisão do STF. Encerrando o tópico, como bem ensinava Zeno Veloso, estamos longe de ter a completa elucidação do problema que, no momento presente, está impregnado de perplexidade, confusão. Só a jurisprudência, mansa e pacífica, dará a palavra final. (TARTUCE, 2019, p. 164.)

APLICAÇÃO. I - A Constituição Federal brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do Casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante União Estável, não sendo legítimo desequiparar, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo Casamento e a formada por União Estável. II - A hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988, e discriminar a companheira no sentido de negar-lhe do direito contido no artigo 551, parágrafo único, do CC por pertencer somente a cônjuges, entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJ-GO - AI: 03617984520188090000, Relator: JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 28/03/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 28/03/2019)

Esse agravo se deu em virtude da decisão de primeiro grau que conferiu direito real de habitação sobre bem imóvel doado à companheira e a seu companheiro falecido; esse imóvel estaria sendo inventariado e o juiz de primeiro grau afastou o direito sobre o imóvel em relação à cônjuge separada de fato há mais de dois anos, porém manteve o direito ao bem imóvel para os filhos descendentes da primeira união, alegando não ser aplicável o artigo 551 do CC/02 para a companheira.

Tartuce (2019) menciona que vem crescendo, na jurisprudência, a discussão em relação aos direitos em casos de uniões plúrimas, havendo julgados que, inclusive, reconhecem direitos à concubina, no entanto, é preciso averiguar cada caso dentro das suas especificações fáticas.

O doutrinador ainda menciona circunstâncias em que o falecido mantinha esposa e concubina, com a esposa aceitando socialmente a “outra” e por que não a divisão dos bens após a morte do *de cujus*? No entanto, esclarece que pela letra fria da lei não há que se reconhecer direitos à concubina, embora o entendimento dos tribunais venha pendendo para a questão do afeto.

Tartuce (2019) ainda menciona a possibilidade de uniões estáveis, ou haveria neste caso o concubinato desleal, conforme definição de Álvaro Villaça do Azevedo?

Há exclusividade, apesar de não constar expressamente no art. 1.723 do CC/2002, considerada, por parte da doutrina, um dos requisitos para a caracterização da União Estável, relacionada com a intenção de constituição de família e decorrente dos seus deveres, constantes do art. 1.724 da atual codificação material e, sobre essa exclusividade, analisa-se a denominada União Estável plúrima ou múltipla (uniões paralelas), situação em que a pessoa mantém relações

amorosas, enquadradas no artigo 1.723 do Código Civil, com várias pessoas e ao mesmo tempo.

Desse modo, Flávio Tartuce (2019) cita um caso hipotético de Ticio, que trabalha viajando e tem residência em três lugares diferentes, mantendo em cada um desses lugares uma Maria como companheira, segundo o artigo 1723 CC/02, vindo a falecer e, no dia do velório, as três Marias aparecem, sendo que nenhuma sabe da existência das outras.

Segundo o autor, existem três correntes doutrinárias: uma que não reconhece nenhuma das Marias como herdeiras por não reconhecer a União Estável em nenhum dos casos, cabendo apenas danos morais e materiais; outra que associa a situação com o Casamento putativo, hipótese em que as duas Marias que não sabiam da primeira união podem pleitear seus direitos segundo o artigo 1561 CC/02 e uma última corrente que reconhece o direito de todas.

Ainda nas palavras de Tartuce (2019), o entendimento majoritário segue a primeira corrente, pois sendo o Brasil um país monogâmico não há que se reconhecer uniões plúrimas, considerando-se, doutrinariamente, a lealdade como elemento da União Estável embora não haja regra legal expressa nesse sentido e cita, inclusive, o informativo nº 04, ed.50 do STJ Jurisprudência em tese, publicado em 2016: não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.⁷³

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS concedeu a uma mulher que matinha a relação de companheira por 23 anos simultaneamente ao Casamento do falecido e que peticionou, na Justiça, o acesso aos bens inventariados da esposa falecida do companheiro. Tanto o relacionamento e as mortes dos cônjuges quanto o inventário ocorreram anterior a Constituição de 1988. O Egrégio Tribunal reconheceu o direito de se habilitar no espólio da família, ainda que o inventário esteja concluído para os filhos frutos do Casamento.

A referida situação é objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça – STJ, pois, após a morte do companheiro, a companheira solicitou, judicialmente, o

⁷³ Precedentes: AgRg no AREsp 609856/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 19/05/2015; AgRg no AREsp 395983/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 07/11/2014; REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014; REsp 912926/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 07/06/2011; AgRg no Ag 1130816/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 27/08/2010. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 464)

reconhecimento da União Estável, sendo ratificado pelo Tribunal Regional do Rio Grande do Sul e a companheira passou a ter direitos à herança deixada para esposa devidamente casada. A corte utilizou as leis atuais para julgar os fatos que aconteceram antes das normas que regulam a União Estável.

A autora da ação pretendeu anular o inventário da esposa que faleceu em junho de 1980, se de fato isso se concretizar e o Superior Tribunal de Justiça reconhecer esse direito sucessório, abriria brechas jurídicas para outros casos, inclusive a partilha entre três, considerando a existência de relações simultâneas.

Outra circunstância seria um determinado indivíduo que se encontra separado de fato, mas vive, simultaneamente, em União Estável com outra pessoa, e ocorrendo sua morte, quais seriam os resultados alcançados na sucessão dos bens do *de cujus*? Seria a cônjuge ou a companheira que atualmente vive?

Até o referido momento o Código Civil Brasileiro não contemplou na norma soluções para esta situação fática, pois o legislador não teve tal cuidado ou atenção para estudar uma solução normativa plausível, cabendo aos doutrinadores lançarem uma interpretação necessária para, assim, tornar-se uma doutrina majoritária no intuito de ganhar força como fonte necessária de direito e, assim, resolver os questionamentos originados da evolução proveniente das relações familiares.

Em conformidade com o artigo 1830 do ordenamento cívico, anuncia-se o reconhecimento do cônjuge como herdeiro necessário, entretanto, estando ele separado de fato por mais de dois anos seria afastado dos direitos sucessórios, salvo comprovado culpa do *de cujus*. Nos aspectos do sistema anterior, o entendimento do STF, fazia necessário adaptar o último comando ao então vigente artigo 1790 do Código Civil.

No olhar de Euclides de Oliveira (2008), todos os bens seriam divididos de forma igualitária entre ambos. Tanto o cônjuge como o companheiro teriam direitos iguais, visão que poderia trazer preocupações, uma vez que, hipoteticamente, as partes envolvidas já estariam em certo conflito, devido a própria circunstância de desvinculação conjugal e constituição de nova relação entre companheiros. Essa isonomia, na divisão da herança, poderia levar a solução para horizontes cada vez mais distantes.⁷⁴

⁷⁴ (OLIVEIRA, 2003, p. 182)

Outra hipótese tratada por José Luiz Gavião de Almeida (2003) seria garantir ao companheiro um terço dos bens adquiridos de forma onerosa durante a permanência da União Estável e o restante dos bens seria destinado ao cônjuge, entendimento apoiado no artigo 1790 inciso III do atual Código Civil ⁷⁵. Importa aqui destacar, com todo respeito ao doutrinador, que não seria justo garantir ao cônjuge certa fração de herança de bens que não teve participação na sua constituição, mesmo na condição de cônjuge separado de fato, tendo em vista que também aceitou está condição e, tacitamente, concordou com isso, ao invés de garantir ao companheiro hora detentor dos bens que adquiriu com seu companheiro? Fica aqui este questionamento, mas não seria uma corrente a ser adotada.

Em uma terceira perspectiva é abordada por Eduardo de Oliveira Leite (2003) e Guilherme Calmon Nogueira da Gama (ano), o primeiro pensador já citando o segundo, os quais consideram uma espécie de herança conjunta, caracterizada pelo fato do cônjuge e da companheira herdariam os bens deixados pelo *de cujus*, desde que não haja testamento. Passou-se a denominar esta hipótese como conjunção aditiva, reportando ao artigo 1603 do antigo Código Civil, respeitando o reconhecimento do direito de meação do cônjuge sobre o patrimônio adquirido no matrimônio e com relação ao companheiro, da mesma forma e pela mesma razão, não tendo direitos da comunhão, uma vez que somente tocaria nos bens adquiridos de forma onerosa.⁷⁶

O Enunciado n. 525, aprovado na V Jornada de Direito Civil, tendo como autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “Os arts. 1723, §1º, 1790, 1829 e 1830, do Código Civil, admitem a concorrência sucessória entre cônjuges e companheiro sobreviventes na sucessão legítima, quanto aos bens adquiridos onerosamente na União Estável.” Esse entendimento respalda a terceira corrente sobre os bens destinados ao companheiro.

Na quarta perspectiva doutrinária, o entendimento recai na atribuição de todos os bens destinados à companheira, tendo em vista que neste caso prevalece a União

⁷⁵ (ALMEIDA, 2003, v. XVIII, p. 217).

⁷⁶ “será de considerar, nesta hipótese excepcional, que o companheiro e o cônjuge herdam conjuntamente a herança deixada pelo falecido, devendo-se considerar a conjunção aditiva ‘e’ no inciso III do art. 1.603 Código Civil – de 1916 –, para o fim de se deferir a sucessão legítima, desde que, é claro, não haja testamento (ou o testamento não se refira a todo o patrimônio), descendente, ou ascendente’. Evidentemente, o cônjuge sobrevivente não ficará privado de sua eventual meação sobre o patrimônio adquirido na constância do casamento. E o companheiro, da mesma forma e pela mesma razão, não terá direito à comunhão, já que bens adquiridos onerosamente anteriormente à união estável” (LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários..., 2003, v. XXI, p. 230).

Estável, principalmente pela presença do afeto vivo entre os conviventes, estando assim materializado o vínculo jurídico da relação. Nesse pensamento, corrobora Cristiano Cassettari⁷⁷, Maria Berenice Dias⁷⁸ e Francisco José Cahali⁷⁹, que a esposa que esteja separada de fato deveria ser excluída da herança.

Diante de todos esses questionamentos, entendimentos e divergências doutrinários, solidifica-se a posição de que o cônjuge separado de fato deve ter seus direitos sucessórios garantidos durante o matrimônio, inclusive a meação, quanto à companheira, devem ser respeitados os direitos sucessórios desde a constituição do convívio afetivo.

Nessa afirmativa ideológica, vale pontuar a seguinte situação: João de tal casado com Maria Fulana, posteriormente se separam de corpos por mais de dois anos e, em seguida, João e Maria constituem uma nova relação afetiva com outras pessoas, surgindo, então, dessas relações, filhos. Caso João, ou mesmo Maria falecessem, qualquer um dos dois teria direito de meação, segundo o Enunciado nº 525, respeitando os direitos de herança dos companheiros sob os bens adquiridos de forma onerosa, conforme mencionado pela terceira corrente doutrinária.

No entanto, se João e Maria estavam separados de corpos a menos de dois anos exigidos pela lei e sobreviesse o falecimento de qualquer um deles, já estando presente a relação afetiva com outras pessoas, pergunta-se: Faria diferença nos efeitos jurídicos a serem aplicados ao cônjuge ou a companheira? Independentemente do prazo de dois anos estabelecido em lei para configuração de direito de herança, estes já são garantidos e engessar direito alcançado seria um atraso, pois os envolvidos já manifestaram suas vontades e essa autonomia é atribuída tanto para constituição de entidade como para sua extinção.

Por tanto, ao cônjuge é garantido o direito de meação até a permanência completa do Casamento e, ao se separar de fato, seria excluída dos direitos de herança, cabendo ao companheiro os direitos sucessórios dos bens contados a partir do início da relação afetiva.

Mas o direito à pensão por morte seria alcançado frente ao concubinato versos ao Casamento sob separação de fato? Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli, é de uma incompatibilidade constitucional reconhecer

⁷⁷ (CASSETTARI, 2008, p. 104)

⁷⁸ (BERENICE, 2011, p. 87)

⁷⁹ (CAHALI, 2012, p. 206)

os direitos previdenciários à pessoa que manteve, durante longo tempo e com aparência familiar, união com outra na condição de casada, uma vez que o concubinato não se equipara, como meio de proteção estatal.⁸⁰

Esse entendimento já possui seguidores como: Min. Marco Aurélio, Nunes Marques, Ricardo Lewandowski, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Rosa Weber. No voto apresentado pelo Ministro do STF Dias Toffoli, o ministro Alexandre de Moraes levantou a tese, de que a preexistência simultânea do Casamento e União Estável de um dos conviventes, ressalta o artigo 1723 §1º do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo no mesmo período do já existente, inclusive para fins previdenciários, devendo respeitar a fidelidade e a monogamia presente no ordenamento jurídico.⁸¹

Esse entendimento seria o correto? A análise que deve ser feita precisa conter um toque de realidade ao fato, afinal a sociedade é criadora da lei. É por meio das relações sociais que a lei é produzida.

Partindo do ponto de vista de que uma relação afetiva pode gerar efeitos jurídicos hereditários, considerando a presença de prole, evidencia-se que estes filhos são frutos de uma conjunção carnal ilícita, isso é configurado com infidelidade meio ao Casamento formal. No entanto, existem vários Casamentos de papéis “passados” e que um ou o outro dessa relação, ou ainda, ambos não desejam mais esta união, mas, para efeito jurídico, não formalizaram o pedido de divórcio e já se encontram, a longos anos, em outros relacionamentos, inclusive na dependência financeira destes. Se ambos já possuem outras famílias constituídas, ainda há que se falar em fidelidade? Pela formalidade do ordenamento jurídico sim, mas o sentimento de traição não existe mais, portanto tanto não poderia ser aplicada a culpa na dissolução do Casamento.

A discussão não se remete ao reconhecimento de União Estável, mas seria prudente entregar todos os direitos previdenciários a pessoa que não pertence mais ao vínculo afetivo do falecido, tendo em vista que o mesmo já não tinha qualquer

⁸⁰ "É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável." (Min. DIAS TOFFOLI – STF)

⁸¹ "a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro." (Min. DIAS TOFFOLI-STF)

ligação amorosa, tendo o concubino a necessidade de provar o período de convivência, com fulcro no Enunciado nº 525 da V Jornada de Direito Civil.

O respectivo caso está em julgamento no Supremo Tribunal Federal e trata sobre um pedido de uma mulher para garantir parte da pensão deixada pelo concubino, sendo reconhecido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que entendeu: "Comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus à companheira a quota parte de pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva."⁸²

⁸² O caso que está sendo julgado pelo STF decorre de uma ação interposta por uma mulher que se beneficiou de uma decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que lhe garantiu parte da pensão deixada pelo ex-companheiro. "Comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus à companheira a quota parte de pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva", no período entre 1998 e 2001, enquanto foi mantida a relação, segundo a decisão do tribunal. (VER Revista Consultor Jurídico, 6 de julho de 2021. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-06/stf-maioria-negar-pensao-ex-companheira-homem-casado>. Acesso em: 28 out. 2021.

CONCLUSÃO

O objetivo geral dessa tese foi analisar as garantias dos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente frente à declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil em consonância aos princípios da isonomia e de dignidade da pessoa humana, que aproximaram os efeitos do regime de comunhão parcial entre o Casamento e a União Estável.

Após profunda análise doutrinária e jurisprudencial, devidamente atualizada, foi possível perceber que os principais desdobramentos discutidos acerca da declaração de inconstitucionalidade do Art.1790, pelo Supremo Tribunal Federal, atribuiu ao companheiro sobrevivente a qualidade legítima de herdeiro necessário.

Alguns pontos de discussão foram o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário; a equiparação total entre Casamento e União Estável no viés do direito sucessório; se o companheiro dispõe do direito real de habitação claramente amparado na lei aos cônjuges sobreviventes; e por fim tratou sobre a possibilidade de concorrência sucessória entre cônjuge e companheiros.

O primeiro ponto se refere ao reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário e verificou-se, na doutrina, uma divergência de opiniões a favor e contra essa garantia constitucional de herança. Os entendimentos majoritários, pautados nas decisões jurisprudenciais tomadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, apresentam-se pontos omissivos ou não, tão claros e definidos, já que a matéria tratada exige formulações de textos mais transparentes que definam os direitos. Isso tudo para evitar interpretações equivocadas e não gerar inseguranças quanto à aplicação do direito.

Abre-se um parêntese de atenção à rejeição dos embargos de declaração promovidos pelo IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, em decorrência do recurso que considerou a inconstitucionalidade do artigo 1790 do ordenamento cívico. Essa situação se tornou cada vez mais obscura, momento importante da pesquisa.

Verificou-se, no corpo do trabalho, que as decisões proferidas pelos ministros geram momentos de dúvidas em virtude de falta de clareza, com a presença de trechos implícitos e outros explícitos pela inclusão do companheiro no rol do dispositivo 1845 do Código Civil, porém não foi possível encontrar, na literatura, algum julgado que versasse expressamente a respeito, por exemplo, da exclusão total de

um companheiro da herança pela via testamentária e sobre isso a este isto, pode se questionar: deve haver diferenças nas disposições de última vontade na condição de casado ou solteiro? Isso seria um grande retrocesso para as regras de sucessão hereditária, não devendo admitir a disposição de cem por cento dos bens diante de herdeiro necessário.

O segundo ponto refere-se à equiparação total entre cônjuge e companheiro, a qual não há que se discutir diante dos argumentos levantados. A Constituição Federal aclama esta condição, não de igualdade plena, pois não haveria sentido de os institutos estarem firmados sob mesmas regras, mas equiparam-se os direitos de sucessão entre cônjuge sobrevivente e companheiro sobrevivente, pois, em conformidade ao julgamento do recurso extraordinário 878.694/MG, é inconstitucional a diferenciação entre União Estável e Casamento no que diz respeito à sucessão, mas que se mantenham as diferenças formais por respeito à própria norma constitucional, conforme tantas vezes se repetiu ao longo do trabalho. Além disso, faz referência à facilitação da conversão de União Estável em Casamento, evidenciando serem institutos diferentes, porém não comportam diferenças que levem à discriminação entre as diferentes formas de família.

O terceiro ponto da pesquisa é o direito real de habitação que, por seu turno, embora não contemplado no texto do Código Civil de 2002 para o companheiro, parece, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, haver consenso de que se trata de uma interpretação extensiva ao companheiro, restando dúvidas apenas quanto aos limites desse direito: seria um direito vitalício, conforme o art.1831 do CC/02, ou limitado pelo estabelecimento de nova União Estável ou Casamento?

Embora tenhamos tentado encontrar, não foi possível verificar, na jurisprudência, a existência, por exemplo, de um companheiro que tenha perdido o direito real de habitação por contrair nova União, tendo sido encontrado apenas um recurso especial rejeitado por ausência de pré-questionamento diante de uma decisão de um tribunal que não considerou a nova união como motivo para a perda desse direito.

O quarto ponto refere-se à possibilidade de ocorrer concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro, Pela leitura do art.1831 do CC/02, existe esta possibilidade para o caso de alguém que se separou judicialmente ou de fato por até dois anos e, posteriormente, estabeleceu União Estável, e vem a falecer. No entanto, até a inconstitucionalidade do art.1790 do CC/02 ser julgada, o companheiro faria jus

ao que lhe coubesse na sucessão dos bens adquiridos onerosamente, no entanto, após a inconstitucionalidade, há que se levar em consideração todo o patrimônio do “*de cujus*”, conforme o Art.1829 CC/02.

Na pesquisa não foi possível encontrar, na jurisprudência, concorrência entre cônjuge separado a menos de dois anos e companheiro para se verificar como seria feita essa partilha, mas encontrou-se julgado onde se observou concorrência entre cônjuge separado há mais de dois anos e a companheira, embora sem análise de culpa mortuária, mostrando que é possível que se observe cônjuge e companheiro pleiteando direitos sucessórios.

Mesmo ante a decisão da Corte normativa, verifica-se, no texto redacional da norma, que o companheiro é considerado, implicitamente, herdeiro, daí se deduzindo que a qualidade de herdeiro, a ser assumida pelo companheiro sobrevivente, existe ainda que não tenha sido expressamente tratada na legislação em comento.

Se por um lado o artigo 1790 do Código Civil determina que o companheiro sobrevivente fará *jus* aos bens adquiridos de forma onerosa na constância da União Estável, também é importante lembrar que este terá direito a meação conforme os artigos 1559 e 1660 do mesmo diploma normativo, mais um ponto em comum quanto ao cônjuge, sem contemplar os bens adquiridos gratuitamente.

Por fim, verifica-se que é um tema bastante abrangente e quanto mais se lê mais se verificam lacunas a serem preenchidas no futuro pela jurisprudência ou mesmo por meio de alterações do Código Civil. No entanto, um importante passo foi dado em relação aos direitos do companheiro diante do retrocesso nítido do texto do Código Civil quando comparado à legislação anterior que praticamente equiparava os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro. Como afirmado pelos doutrinadores, não seria justo com alguém que dedicou seus dias ao lado de seu companheiro herdar menos que um parente colateral distante, que sequer convivia com o *de cujus*.

Desse modo, foi demonstrado o direito do companheiro em adquirir a qualidade de herdeiro necessário, uma vez que a fundamentação da decisão do Supremo Tribunal Federal está baseada no princípio da isonomia, além de prevalecer a dignidade dos direitos humanos.

Ressalta-se que não se pretende dar por encerrado os debates em torno da temática estudada, uma vez que as interpretações são diversas, conforme o olhar de cada doutrinador ou magistrado, pois a pesquisa sobre o assunto pode despertar

novas contribuições. Dessa forma, espera-se que esta tese desperte interesses de outros pesquisadores e, desse modo, colaborar com novos ensinamentos jurídicos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Raissa Nacer Oliveira de. Efeitos sucessórios decorrentes da União Estável, após o julgamento do RE 878.694 no STF. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5464, 17 jun. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66477>>. Acesso em: mai. 2019.

ARIZA, Santiago Sastre: La Ciencia Jurídica Ante el Neoconstitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: Abr. 2021.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, **Enunciado Nº 641 VIII**. Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1180>. Acesso: Out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, **Resolução Nº 175** de 14/05/2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso: Ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal**. I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em março de 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-ev-jornada-dedireitocivil/compilacaoenunciadosaprovados1-34jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: Fev. 2016.

BRASIL. **Lei 8.971 de 29 de Dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília, 29 de dezembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm. Acesso em: Mai. 2019.

BRASIL. **Lei 9.278 de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, 10 de maio de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm. Acesso em: Mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1. 183. 378/RS**, 4.^a T., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.090.772**, 3.^a T. Rel. Min. Massami Uyeda. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16821753/recurso-especial-resp-1090722-sp-2008-0207350-2/inteiro-teor-16821754> Acesso em: Ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.337.420**, p.13 DJE 21.09.17, 4ªT. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501653240/recurso-especial-resp-1337420-rs-2012-0162113-5/inteiro-teor-501653247> Acesso em: Ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.277 e ADPF 132**. Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **RG RE: 878694 MG - MINAS GERAIS** 1037481-72.2009.8.13.0439, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 16/04/2015. Data de Publicação: DJe-092 19-05-2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícia do STF**. Brasília, 31 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982> Acesso em: Ago. 2019.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta, Madrid, 2009.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito Civil: Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CASSETTARI, Christiano. **Direito Civil: direito das sucessões**. Orientação de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Coordenação de Christiano Cassettari e Márcia Maria Menin. São Paulo: RT, 2008.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código: do direito de família** (arts. 1591 a 1710). Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). 1ªed. Saraiva: São Paulo, 2004.

COSTA, Lucas Sales de. **Neoconstitucionalismo: definição, origem e marcos**, 2014. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br/artigo. Acesso em: Mai. 2021.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. Coordenação de textos de Carla Bassanesi. São Paulo: Contexto, 1997.

DELGADO, MÁRIO LUIZ. Razões pelas quais companheiro não se tornou herdeiro necessário. **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-29/processo-familiar-razoas-pelas-quais-companheiro-nao-tornou-herdeiro-necessario>. Acesso em: Out. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 2ªed. São Paulo: RT, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio et al. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. **Código Civil comentado**. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.

GOES, Severino. STF forma maioria para negar pensão por morte a ex-companheira de homem casado. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-06/stf-maioria-negar-pensao-ex-companheira-homem-casado>. Acesso: Out. 2021.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 9a.Ed. Rev. Atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

GONZALEZ, Justo L. **E até os confins da Terra**: Uma história ilustrada do Cristianismo. São Paulo: Vida Nova, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HILL, C. **The English Revolution 1640**. Lond on, Lawence & Wishart, 1940.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. Coordenação de Antonio Junqueira de Azevedo. V. 20, São Paulo. Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. Concorrência sucessória no Brasil: o estado da arte na lei, na doutrina e nos tribunais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice, coords. Família: pluralidade e felicidade. **Congresso Brasileiro de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/231.pdf> Acesso em: Ago. 2019.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. O Sistema de Vocação Concorrente do Cônjuge e/ou do Companheiro com os Herdeiros do Autor da Herança nos Direitos Brasileiro e Italiano. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 45-87, abr./maio 2005. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/102940316/O-Sistema-de-Vocacao-Concorrente-do-Conjuge-e-ou-companheiro-com-os-herdeiros-do-autordaheranca-nos-direitos-Brasileiro-e-Italiano>. Acesso em: fev. 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil** – Famílias. São Paulo, editora Saraiva, 2021.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. et al. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos, 6ª. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012, São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. Gen Jurídico, 25 de janeiro de 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/25/paradoxo-uniao-estavel-Casamento-forcado/>. Acesso em: Jun. 2019.

MALMONGE, Luana. Poliamor: a quebra do paradigma da “família tradicional brasileira”. **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5128, 16 jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57970>>. Acesso em: Ago. 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 5ª. ed. 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1942.

MUNCUNILL, Luís Roca-Sastre. **Derecho de sucesiones**. 2. edición revisada, ampliada y puesta al día. Barcelona: Bosch, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: A nova ordem de sucessão. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice, coords. Família: pluralidade e felicidade. **Congresso Brasileiro de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. Disponível e:<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/231.pdf> Acesso em: Acesso em: Ago. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil constitucional. trad. M. C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar,1999.

PRIETO SANCHÍS, Luiz. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Variações Sobre a Justiça**. 2004. Disponível em [Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/varjust.htm>](http://www.miguelreale.com.br/artigos/varjust.htm). Acesso em 24 de setembro de 2021.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. rev. atual. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 4ª tiragem, 2004.

RICHARDSON, R. J. **The Debate of the English Revolution**. London, Methuen, 1977.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28. ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Pilar Baptista. **Metodología de pesquisa**. 3ªed. São Paulo: McGRAW-HILL, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Parerga e Paralipomena**: pequenos escritos filosóficos. São Paulo: Lebooks editora, 2021.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Dever de assistência imaterial entre cônjuges**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

TARTUCE, F. **Direito Civil**: direito das sucessões. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro, editora Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 878, e-book.

TARTUCE, F. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Migalhas, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047->

STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do.
Acesso em: jun. 2019.

VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. 1ºed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**. Coordenação Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil** - Família e Sucessões. vol. 05. 20ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

VILLELA, João Batista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Fac. Direito UFMG, 1980.