

A LEGISLAÇÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UMA FILTRAGEM HERMENÊUTICA

THE LEGAL PROVISION OF THE SURVIVING COMPANION SUCCESSION FACING THE FEDERAL CONSTITUTION: A HERMENEUTICAL FILTERING

Danielli Gadenz*
Cristiano Becker Isaia**

Resumo: Tendo por parâmetros gerais o estudo das delimitações teóricas do Estado Democrático de Direito, buscou-se a interpretação hermenêutico-filosófica dos dispositivos legais de modo a adequá-los aos ditames constitucionais. A aplicação dos dispositivos do Código Civil a partir da concepção constitucional do tema pela jurisprudência em casos de sucessão do cônjuge ou companheiro sobreviventes não é consoante com o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Decorre disso a necessidade de extensão da aplicação da legislação concernente ao cônjuge supérstite ao companheiro, em igualdade de tratamento, como primou o constituinte. Diante disso, urge uma modificação formal da legislação civil de modo a adequá-la aos ditames constitucionais.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Entidade familiar. Casamento. União estável. Sucessão. Hermenêutica.

Abstract: Having as general parameters for the study the theoretical boundaries of the Secular State and Democratic State seeks to hermeneutical-philosophical interpretation of the legal provisions in order to adapt them to the constitutional dictates. The application of the provisions of the Civil Code, from the conception of the constitutional issue, the case law in cases of succession to the surviving spouse or partner is not consonant with the paradigm established by a Democratic State. It was noted the need for wider application of legislation concerning the surviving spouse to the surviving companion on equal treatment, he excelled as a constituent. Therefore, a modification of formal civil legislation is needed to adapt it to the constitutional dictates.

Keywords: Democratic State. Family entity. Marriage. Consensual marriage. Succession. Hermeneutics.

* Advogada; Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, na Área de concentração Direitos Emergentes da Sociedade Global e vinculada à linha de pesquisa Direitos da Sociedade em Rede; Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria; danigadenz@gmail.com

** Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor Adjunto lotado no Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado) e no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria; Professor Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano; Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da Universidade Federal de Santa Maria; cbisaia@gmail.com

Introdução

A Constituição Federal de 1988, no parágrafo 3º do artigo 226, expressamente reconhece as entidades familiares procedentes do casamento e da união estável, garantindo-lhes o tratamento como tal. No dizer do constituinte, ainda, a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, garantindo igual proteção às entidades familiares de ambos decorrentes.

A esse respeito existe grande controvérsia doutrinária. As discrepâncias decorrem da interpretação fornecida à vontade do legislador constituinte ao incluir a referida norma no artigo em que tratou da família na Constituição Federal. Alguns entendem pela equiparação do casamento e da união estável, considerando que ambos constituem, igualmente, entidades familiares. Outra parte da doutrina defende que não se pode equiparar algo expressamente diverso, tendo o constituinte, ao facilitar a conversão da união estável em casamento, tendo esclarecido que ambas são diferentes e atribuído maior importância ao matrimônio.

A questão da interpretação constitucional é de suma importância para qualquer lide que se instaure perante o Poder Judiciário. Ademais, em atenção às previsões constitucionais dos direitos fundamentais, não pode o intérprete se afastar dos seus (necessários) reflexos na aplicação da lei infraconstitucional. Assim, o trabalho que se inicia busca esclarecer as diferentes interpretações referentes aos institutos de Direito de Família, com fulcro em uma questão paradigmática de grande relevância social: a diferença no tratamento sucessório decorrente da união estável e do casamento.

A partir da interpretação hermenêutica da disposição da Constituição Federal equiparando as instituições familiares oriundas das mais diversas relações, buscou-se um posicionamento, dentro do ideário do Estado Democrático de Direito, acerca do regime sucessório vigente entre a união estável e o casamento.

A indicação de metodologia para a realização da presente pesquisa deve-se, única e exclusivamente, a uma exigência usual da produção científica. Porquanto, esta pesquisa tem como teoria de base (a qual não se alça neste trabalho à condição de método) a ontologia hermenêutica, que é o retorno ao desvelamento, ou a recondução do olhar do *ente* para o *ser*, incompatível, portanto, em tese, com a utilização de qualquer método. Assim, o “método” de abordagem adotado é o fenomenológico-hermenêutico, que constitui um “deixar ver” que o fenômeno é essencial para o desvelamento, para que o jurista (que desde-já-sempre tem experiência de mundo antecipada pela pré-compreensão) possa compreender a realidade, abnegada pelo positivismo jurídico e pela filosofia da consciência, a partir da tradição na qual está inserido e da finitude de seu conhecimento. Este “método” se aproxima da constatação de que o ser dos entes somente acontece na *applicatio*, o que será possível a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete e de sua consciência histórica.

O método de procedimento empregado no decorrer da pesquisa é o monográfico, utilizado com o intuito de verificar as diversas posições doutrinárias sobre o tema,

por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, com um apanhado histórico e doutrinário sobre o tema. Por fim, é feita a apreciação de julgados acerca do tema, de modo a sopesar as soluções práticas da controvérsia trazidas pelos Tribunais.

No decorrer da pesquisa, discorre-se acerca da (in)constitucionalidade da previsão de sucessão diversa para o companheiro e o cônjuge, tendo por referencial teórico a hermenêutica filosófica, no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Para tanto, parte-se para uma tentativa interpretativa, a partir da hermenêutica filosófica, das disposições da Constituição Federal, verificando sua aplicação no direito sucessório concernente ao cônjuge e companheiro sobrevivente. Também se busca verificar se a aplicação dos dispositivos do Código Civil pela jurisprudência, em casos de sucessão do cônjuge ou companheiro sobreviventes é condizente, ou não, com o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.

1 A noção de Estado Democrático de Direito na interpretação constitucional da lei

Iniciando a abordagem pretendida neste trabalho, cumpre salientar que, a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil eleva-se ao patamar de Estado Democrático de Direito. Todavia, para a efetivação desse novo modelo, é essencial que a legislação infraconstitucional seja aplicada de acordo com esse paradigma, aprofundado adiante. Buscando a superação dos modelos estatais liberal e social, o Estado Democrático de Direito representa um passo importante para o desenvolvimento jurídico, político e social do país.

Antes da abordagem do Estado Democrático de Direito, imperativo inserir no presente estudo algumas características da expressão “Estado de Direito”, que tem sua origem ligada à necessidade de enquadrar e limitar o poder do Estado por meio das normas jurídicas, submetendo seus indivíduos a um regime jurídico (STRECK; MORAIS, 2003, p. 87). Sua origem é atribuída à segunda metade do século XVIII e meados do século XIX, permeada por fundamentos da doutrina liberal e no bojo de suas principais revoluções (a Americana e a Francesa), responsáveis por consolidar o processo de limitação do poder do Estado frente aos indivíduos. A esse respeito, leciona Silva (2006, p. 304, grifo do autor):

Um dos fatos históricos reveladores do vínculo entre o Estado de Direito e o capitalismo está na circunstância de o nascimento de ambos ter-se dado simultaneamente. A destruição da *comunidade* medieval, uma das campanhas empreendidas com especial determinação pelos filósofos a partir do século XVI, teve seu ponto de apoio no Direito e na cada vez mais ampla e envolvente *juridicização* do nascente mundo moderno.

Nessa seara, ocorre também o surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração, como legalidade, liberdade e igualdade, direitos essencialmente individuais, atuando como cerceadores do arbítrio dos detentores do poder (XIMENES, 2008, p. 1). Porto (2006, p. 55) retoma o surgimento da primeira geração de direitos fundamentais para explicar que o nascimento do Estado de Direito ou Estado Constitucional, como aquele

“[...] organizado e limitado constitucionalmente,” ocorreu com o surgimento das primeiras constituições, como forma de limitação do uso arbitrário do poder pelo Estado.

A positivação dos direitos humanos cria a concepção de que o Estado de Direito “[...] não é mais um fim em si mesmo, mas um meio de alcançar os fins exigidos pela cidadania.” (PORTO, 2006, p. 51). O Estado de Direito se constitui de um sistema de direitos positivos, que tem por finalidade garantir a aplicação dos direitos produzidos de forma democrática, proporcionando “concretude e coercibilidade” aos direitos humanos (PORTO, 2006, p. 52). Assim, “[...] é indiscutível que os direitos fundamentais, Constituição e Estado de Direito são conceitos indissociáveis, paralelos e unidirecionados” (PORTO, 2006, p. 52), atuando como instrumentos de limitação do arbítrio estatal:

Constituição e direitos fundamentais, quando somados, representam limites normativos ao poder estatal, daí porque as constituições somente adquirem dignidade quando garantem direitos fundamentais em face do Estado, e o Estado quando os respeita e implementa. Destarte, pode-se afirmar que o Estado de Direito nasce com o constitucionalismo e com a garantia constitucional de direitos humanos, que, nesse estágio, passam a ser designados como direitos fundamentais. (PORTO, 2006, p. 52).

Também anotam Streck e Morais (2003, p. 88) que o Estado de Direito não é apenas “[...] uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis”, não se limitando apenas a “[...] uma concepção de ordem jurídica mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição.” Seguem os autores:

[...] o Estado de Direito não é mais considerado somente como um dispositivo técnico de limitação de poder, resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas; é também uma concepção que funda liberdades públicas, de democracia [...] O Estado de Direito é, também, uma concepção de fundo acerca das liberdades públicas, da democracia e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica. Assim, o Estado de Direito irá se apresentar ora como liberal em sentido estrito, ora como social e, por fim, como democrático. Cada um deles molda o Direito com seu conteúdo [...] (STRECK; MORAIS, 2003, p. 88-89).

Desse modo, como salientado pelos autores, é imprescindível conjugar o ideário democrático ao liberal e social, já analisados, como meio de defesa e efetivação dos direitos fundamentais. Esse é um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, que tem por preocupação básica a transformação do *status quo*, a mudança da realidade social, dentro da legalidade constitucional (STRECK; MORAIS, 2003, p. 92-91).

Explica Porto (2006, p. 72) que “[...] se o Estado Social é uma evolução do Estado Liberal, o Estado Democrático de Direito também é uma evolução em relação ao Estado Social,” pois tem como pilar o princípio democrático, o que faz do Estado Democrático de Direito um paradigma correspondente “[...] a um modelo de busca de legitimidade do poder no Direito e do Direito na sociedade.” Assim, “[...] no Estado Democrático de Direito, o Direito serve a propósitos de transformação positiva da sociedade civil, na direção de uma maior igualdade de oportunidades e de realizações individuais e coletivas.” (PORTO, 2006, p. 72). Nesse sentido, a breve e elucidativa explanação de Streck (2009, p. 66):

Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *welfare state* não passou de um simulacro.

Acerca da relação entre os Estados Liberal, Social e Democrático de Direito, Ximenes (2008, p. 2) faz importante ressalva ao constatar que não se trata de mero somatório de correntes doutrinárias, mas dos reflexos da aplicação dessas doutrinas na sociedade, resultando na evolução dos conceitos à adequação nas necessidades sociais e políticas contemporâneas:

A expressão Estado Democrático de Direito vai além do somatório das duas abordagens verificadas durante os séculos XVIII e XIX. Trata-se de um modelo que, obviamente, respeita os direitos proclamados pelos dois momentos históricos abordados, mas, mais do que isto, permite uma interpretação do Direito que ainda precisa de muito amadurecimento em uma sociedade como a brasileira, que continua buscando a democracia social. Isso porque a democracia política, ou seja, a participação do cidadão na vida pública é apenas um dos aspectos do conceito de democracia hodiernamente.

O Estado Democrático de Direito incorpora os ideais das doutrinas liberal e social, indo além ao adequá-los à realidade, de modo a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais por meio da produção e interpretação do ordenamento jurídico alinhada aos ditames constitucionais, como meio de alcançar a justiça social, como explica Amorim (2011):

O desenvolvimento político, jurídico e social somente se operou com o advento do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Tal Estado funda-se na ideia de justiça social, cujas origens remontam ao século XIX. Ademais, para que o Estado consubstancie-se como Democrático de Direito, deve declarar e assegurar os direitos fundamentais, que se manifestam vinculantes para toda a produção e interpretação do ordenamento jurídico nacional e para o exercício do poder estatal em suas três dimensões, em razão tanto de sua fundamentabilidade formal quanto material. Daí a definição de Estado Democrático de Direito, onde se assegura e declara os direitos fundamentais, direitos subjetivos da pessoa que materializam a liberdade concreta, dialeticamente tornando existência a essência do Direito

[...]

No mais, o atual Estado Democrático de Direito transcende à mera garantia formal das liberdades individuais, incorporando os postulados do Estado Social, que nem sempre foi democrático, a fim de garantir um Estado sujeito ao império da lei, mas também preocupado em assegurar o desenvolvimento das potencialidades do cidadão e sua participação no cenário político.

Esse viés é abordado também por Isaia (2011, p. 43, grifo do autor), para quem o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito é fruto da superação de uma série de conquistas:

Ao prognóstico da legalidade, o Estado Democrático de Direito agrega o qualitativo da *busca pela igualdade da comunidade*, o fazendo através de sua vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade atra-

vés de um complexo sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, o qual vê na justiça social a condição de possibilidade na correção de desigualdades. Por isso é que o adjetivo “democrático” se justifica em razão da superação de um Estado de direito meramente formal a um Estado que estampa ao concretizar a justiça social, pretendendo fazê-lo a partir da consolidação dos valores fundantes da comunidade.

Observa-se, assim, que o Estado Democrático de Direito tem o condão de ser transformador da realidade, não se restringindo a apenas reparar as condições de existência, como prima o Estado Social de Direito.

No que se refere à legislação referente ao casamento e à união estável, especialmente no âmbito sucessório, objetivo central do presente trabalho, vislumbra-se a necessidade da releitura e adaptação das normas jurídicas aos ditames e princípios constitucionalmente postos. Esse é o tema do tópico a seguir, uma vez que, somente com a devida interpretação da Constituição, é possível utilizar os mecanismos nela previstos para a efetivação dos direitos, aplicando seus princípios na readequação da legislação ao conteúdo e ao ideário do constituinte.

2 A sucessão na união estável e o no casamento no paradigma da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal traz, em seu artigo 226,¹ uma nova concepção de família, abrangendo não apenas a oriunda do matrimônio, mas garantindo a tutela do Estado para a “[...] família com realidade plural e instrumentalizada à dignidade dos seus membros, sejam eles cônjuges, companheiros ou filhos sob guarda monoparental.” (TEPEDINO, 2003, p. 130).

Esta concepção de família, nova para o ordenamento jurídico pátrio, já era bastante difundida no contexto de ordenamentos constitucionais de outros países, como lembra Bulos (2009, p. 1332), referindo-se às previsões constantes nas Constituições da Costa Rica, de 1959 (artigo 51); da Itália, de 1974 (artigo 29); de Portugal, de 1976 (artigo 36, I); e da Espanha, de 1978 (artigo 39, I). Segue explicando que, no que se refere ao constitucionalismo brasileiro, a Constituição Federal de 1988 inovou, uma vez que, no passado, “[...] os problemas eram diferentes, os costumes eram outros, o *modus vivendi*

¹ Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

se exteriorizava de forma totalmente distinta da atual.” (BULOS, 2009, p. 1332). Assim, a concepção de família, como um organismo extremamente mutável e diversificado, alinhou-se com os moldes do constitucionalismo moderno.

Adotando esta concepção ampla de família, referente ao “[...] conjunto de pessoas ligadas pelos laços de parentesco, com descendência comum, e de afinidade” (BULOS, 2009, p. 1332, grifo do autor), a Constituição Federal a definiu como a “base da sociedade”, detendo especial proteção do Estado (artigo 226, *caput*). Portanto, a atual noção constitucional de família é ampla, englobando as entidades familiares constituídas a partir do casamento civil ou religioso com efeitos civis (artigo 226, §§ 1º e 2º), aquela constituída pela união estável, devendo a lei ordinária facilitar sua conversão em casamento (artigo 226, §3º), bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Mesmo antes da promulgação da nova Constituição, a legislação civil então vigente (Código Civil de 1916) estava obsoleta e desatualizada em relação à nova sociedade brasileira objeto de sua tutela. Isso fez com que os juristas propusessem, em 1975, sua reforma, que somente foi promulgada em 2002 (HIRONAKA, 2003, p. 98-99). O Código Civil de Bevilacqua cuidava, por excelência, das relações patrimoniais, apenas trazendo normas gerais e desconsiderando as peculiaridades das relações familiares, atribuindo aos sujeitos grande autonomia de vontade, sem qualquer preocupação com as garantias do cidadão perante o Estado. Assim, o Direito Civil se caracterizava, essencialmente, como direito privado, no qual o Estado não deveria se envolver, sendo a Constituição entendida como mera norma de organização política (TEPEDINO, 2003, p. 117).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a ideologia individualista mantida pelo código anterior não poderia prosperar, uma vez que estava consolidado o Estado Democrático de Direito. Isso porque a Constituição de 1988 traz em seu bojo uma série de valores não patrimoniais que devem ser respeitados pela legislação infraconstitucional, na tutela das relações sociais, entre elas a família. Os diplomas legais devem deslocar a sua preocupação essencialmente privada para um viés condizente com a dignidade da pessoa humana pregada pela Constituição Federal (TEPEDINO, 2003, p. 119).

A introdução de valores não patrimoniais de natureza social pela Constituição Federal de 1988, buscando a proteção da pessoa humana e amparados pela busca da sua dignidade, devem então ser conjugados nas relações jurídicas privadas, conforme os moldes trazidos pelo constituinte. A preocupação básica do constituinte é evitar que a iniciativa econômica privada se desenvolva prejudicialmente à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social (TEPEDINO, 2003, p. 118). Disso que se inicia o debate acerca da (necessária) constitucionalização do direito civil, que tem por escopo evitar que as relações patrimoniais tenham um fim em si mesmas, proporcionando maior valoração aos interesses sociais, de modo a adequar a legislação vigente aos princípios constitucionais.

A relativização dos conceitos de direito civil é patamar básico para a constitucionalização desse ramo do direito, e deve ocorrer a partir da compreensão do direito como fenômeno histórico e social, atenuando-se a estrita divisão entre os institutos de direito público e privado, diante da nova realidade social que se apresenta. A legislação civil infraconstitucional deve absorver os valores trazidos pelo Texto Constitucional, de

modo a traduzir a ordem pública constitucional que se apresenta, alcançando e respeitando as modificações sociais (TEPEDINO, 2003, p. 120).

O Direito é ciência social, devendo se realizar como um fenômeno dialético de constante modificação, assim como é a sociedade em que se vive. O Direito não pode se servir apenas da história, devendo se manter atento às modificações sociais contemporâneas, de modo a tutelar da melhor forma possível os novos e mais diversos contornos dessas relações. No dizer de Tepedino (2003, p. 121), a constitucionalização do direito civil se reflete na “[...] necessidade de absoluta e urgente [...] compreensão do Direito não mais como um instrumento de mera racionalização de movimentos históricos que lhe são externos e anteriores,” no entanto, o Direito deve ser entendido como “[...] um fenômeno dialético e essencialmente social.” Assim, a compreensão do Direito como fenômeno social significa, para o autor, “[...] vê-lo como fruto da interação do dado normativo com as demandas sociais e culturais que se transmudam a cada dia, forjando-o e alterando-o a todo tempo.” (TEPEDINO, 2003, p. 121).

A nova prerrogativa constitucional, visando ampliar a tutela do Estado a fim de alcançar também as relações jurídicas privadas, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, instaura uma nova fase no direito civil pátrio, uma nova ordem pública, de controle estatal na atividade privada como meio de efetivação da solidariedade social (TEPEDINO, 2003, p. 122). Assim, a constitucionalização do direito civil é a alteração da ordem pública com a mudança de seus valores norteadores, com o fim de tornar a pessoa humana sua noção central e prioridade absoluta.

A Constituição Federal de 1988 foi responsável por uma transformação valorativa do direito civil, centralizando o ordenamento na dignidade da pessoa humana e tornando essa concepção o norte para todas as relações sociais tuteladas, especialmente as patrimoniais. Assim, a legislação vigente deve ser (sempre) aplicada de modo a garantir a tutela da dignidade da pessoa humana, nos moldes prescritos pelo constituinte.

No entanto, a atual legislação civil acerca da sucessão do companheiro não seguiu os ditames constitucionais, ao colocá-lo em posição inferior à do cônjuge sobrevivente. Por essa razão é que, tendo a legislação civil o escopo de regular as relações privadas, é imprescindível que suas regras estejam de acordo com a realidade social que lhe cabe tutelar, ou seja, aquela que é contemporânea à legislação. Pelas razões expostas e diante das disparidades no tratamento do cônjuge e do companheiro (especialmente no âmbito sucessório), a necessidade de readequação da legislação civil vigente (Código de 2002) é imprescindível à efetivação dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Todavia, o que se tem visto é a aplicação da “letra da lei” pelos tribunais, à mínima dos princípios que regem todo o ordenamento, não contribuindo para o alcance da justiça social. Por essa razão, a interpretação das normas infraconstitucionais deve estar conectada às normas constitucionais, formando um sistema interligado e aplicável socialmente. A solução aqui defendida para esse problema é, portanto, a melhor aplicação das normas legais vigentes, a ser realizada a partir da hermenêutica constitucional dos institutos em debate.

3 Aportes hermenêuticos

O direito está atrelado à filosofia, devendo esta ser aplicada àquele, não podendo a filosofia ser utilizada como forma de correção do positivismo ou dogmatismo no direito. O obstáculo existente entre a filosofia e o direito deve ser removido, deixando-se de vê-la como “simples adorno” (TRAESEL, 2011, p. 187). Isso porque a “[...] hermenêutica jurídica repousa sobre a hermenêutica filosófica, pois em tudo o que o Direito enuncia nos Códigos ou na Constituição, opera uma historicidade e um sentido que desde sempre vêm antecipados na pré-compreensão.” (STEIN, 2004 apud TRAESEL, 2011, p. 189). Conclui Traesel (2011, p. 189): “É da pré-compreensão que surge a autocompreensão e que acompanha a compreensão do texto no Direito, ou de qualquer texto.”

Assim, sendo a Constituição o regramento máximo da nação, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz dos seus ditames, legitimando o Estado Democrático de Direito. Essa hermenêutica constitucional é essencial para, como leciona Streck (2011, p. 45-46), “[...] delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-as do constante perigo da exceção.” Continua:

Resgatar o mundo prático *do* direito e *no* direito significa colocar a interpretação no centro da problemática da aplicação jurídica, explorar o “elemento hermenêutico” da experiência jurídica e enfrentar aquilo que o positivismo desconsiderou: o espaço da discricionariedade do juiz e o que isso representa na confrontação com o direito produzido democraticamente. À luz de uma hermenêutica constitucional superadora das diversas posturas positivistas, esse espaço discricional é preenchido pela tematização dos princípios constitucionais, que nada mais fazem do que resgatar o *mundo prático* esquecido pelo fatalismo das posturas teóricas positivistas. (STRECK, 2011, p. 46, grifo do autor).

O Estado Democrático de Direito traz em seu bojo o Constitucionalismo Contemporâneo, que, como movimento teórico jurídico-político, busca limitar o exercício do poder por meio de mecanismos capazes de gerar e garantir o exercício da cidadania (STRECK, 2011, p. 37). Isso proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir do que Streck (2011, p. 60, grifo do autor) apresenta como uma característica especial, qual seja: “[...] a existência de uma Constituição extremamente embebedora (pervasiva), invasora, *capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais.*” A respeito da função deste novo Constitucionalismo, Nascimento (2011, p. 87) ressalta que ele “[...] funciona como uma diretiva fundamental a orientar as três funções estatais, servindo, ao mesmo tempo, como limite e garantia do Estado Democrático de Direito.”

Porto (2006, p. 71, grifo do autor) explica que o Constitucionalismo Contemporâneo tem por objetivo permitir a efetividade das normas constitucionais, a partir da inserção de seus princípios na aplicação das leis infraconstitucionais:

A proposta do Constitucionalismo contemporâneo, também denominado *neoconstitucionalismo*,² é superar esta dicotomia³ que, sem perceber, tem um ponto em comum: a negação de efetividade ao Direito Constitucional. Parte-se da crítica sociológica em direção a um discurso substantivo, objetivo e comprometido com a realização de valores e direitos contemplados na Constituição, mas que existem fora e acima das regras constitucionais, e que ali encontram abrigo após longa evolução no pensamento filosófico e na prática política.

Desse modo, o advento da Constituição Federal como quebra do paradigma, com a inauguração do Estado Democrático de Direito no Brasil, impõe a adequação da legislação infraconstitucional aos seus princípios e ditames. Para Streck (2011, p. 62, grifo do autor), o debate, necessário ao novo paradigma instituído, proporciona a:

[...] superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) se torna possível a partir das regras (preceitos) e princípios – produzidos democraticamente – introduzidos no discurso constitucional que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo.

Depreende-se disso a necessidade da superação do positivismo jurídico, como passo imprescindível à efetiva realização do constitucionalismo contemporâneo:

É inegável que a noção de Constitucionalismo teve a função de trazer para o âmbito da Constituição temáticas que antes eram reservadas à esfera privada. Daí que a nova Constituição – assim como o constitucionalismo do segundo pós-guerra – publiciza os espaços antes “reservados aos interesses privados”. E essa publicização somente poderia ocorrer a partir da assunção da materialidade, *espaço que vem a ser ocupado pelos princípios*. Com efeito, se a própria Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo, e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra, há, agora, um princípio que não a deixa de “desvencilhar” do mundo prático), *é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo*. (STRECK, 2011, p. 66-67, grifo do autor).

² A respeito dessa nomenclatura, Streck (2011, p. 35-37) comenta que existe uma contradição nesse termo, causando diversas ambiguidades teóricas. Refere que, considerando-se as especificidades do direito brasileiro, as características do “neoconstitucionalismo” acabaram provocando condições patológicas, contribuindo para a “[...] corrupção do próprio texto da Constituição.” (STRECK, 2011, p. 36). Isso porque o neoconstitucionalismo apenas afirma críticas antiformalistas deduzidas a partir das Escolas do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e, posteriormente, da Jurisprudência dos Valores. Por essas razões, salienta que a nomenclatura adequada é “Constitucionalismo Contemporâneo”, que significa a “[...] construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição.” (STRECK, 2011, p. 37). Nascimento (2011, p. 86), citando as diversas nomenclaturas adotadas para este fenômeno (como constitucionalismo do Pós-Guerra, pospositivismo, neoconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo), ressalta que “[...] mesmo sobre enfoques diversos é importante a reflexão em torno de diferentes posicionamentos para tentar melhor compreender o mosaico de fenômenos que abarcam o constitucionalismo contemporâneo.” Salienta, ainda, que essas variações terminológicas demonstram a difícil abordagem desse tema, pois “[...] engloba debates constitucionais polêmicos desde o significado e o papel da Constituição há hierarquia das normas até a interferência entre as funções estatais.” (NASCIMENTO, 2011, p. 87).

³ O autor refere-se à dicotomia existente entre a concepção constitucional lassaliana, de que o atual Direito Constitucional é insuficiente, ao passo que não tem se prestado (adequadamente) à promoção da transformação social; e outra, que ignora o questionamento sobre a validade legitimadora das regras constitucionais e legais (PORTO, 2006, p. 70).

Nesse sentido, Hironaka (2003, p. 114), em estudo lançado logo após a promulgação do Código Civil de 2002, já apontava as mudanças necessárias à nova legislação civil-constitucional:

O Direito Civil que nos foi legado tinha na autonomia privada – propriedade e contrato – o seu pilar fundamental, mas, na atualidade, verifica-se uma profunda alteração axiológica na sua concepção, passando por uma crise que visa resgatar a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, conforme estampados na Constituição Federal.

Partindo-se dessa breve explanação delineada, ensaia-se uma interpretação hermenêutica no direito, por meio da inserção no paradigma constitucional, das previsões do Código Civil acerca do direito sucessório decorrente da união estável e do casamento.

A “interpretação hermenêutica no direito” pretendida é a compreensão, “[...] entendida como uma concepção moral, a qual recebe força deontológica de um direito (constitucional) nascido juntamente com a superação do esquema sujeito-objeto, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete.” (ISAIA, 2012, p. 231). A respeito desta compreensão hermenêutica, Streck (2009, p. 46) anota a necessidade de se substituir o espaço de discricionariedade do juiz pela “[...] tematização dos princípios constitucionais, que nada mais fazem do que resgatar do *mundo prático* esquecido pelo fatalismo das posturas teórico-positivistas.” Atenta o autor que o positivismo jurídico representa um “déficit democrático”, pois o Estado Democrático de Direito atribui ao direito o viés transformador da realidade social, sendo um “[...] retrocesso reforçar/acentuar formas de exercício de poder fundadas na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária,” o que conduz a arbitrariedades (STRECK, 2009, p. 45). Arremata, defendendo que “[...] a hermenêutica filosófica, com os aportes da teoria integrativa de Dworkin, representa, nesse contexto pós-metafísico e pospositivista, uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais.”

Trata-se, pois, de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na “[...] superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.” (STRECK, 2009, p. 588-589). Assim, a atividade interpretativa do direito, ou seja, a sua aplicação a partir do caso concreto, demonstra que “[...] o intérprete não extrai nem decodifica o sentido do texto, mas atribui sentido ao mesmo. Se o texto e a norma não estão cindidos [...], os sentidos não estão nos textos legais, mas se dão na intersubjetividade, ocorrendo *na e pela* linguagem, para além do esquema sujeito-objeto.” (ISAIA, 2012, p. 231, grifo do autor).

É o que se pretende com a análise jurisprudencial, realizada a seguir.

4 Análise da jurisprudência

O primeiro acórdão paradigma a se proceder à apreciação trata de decisão proferida em 12 de março de 2010, pelo Quarto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Es-

tado do Rio Grande do Sul, em sede de Embargos Infringentes opostos de decisão da Sétima Câmara Cível, que reconheceu o companheiro como herdeiro em concorrência com o descendente da companheira falecida.⁴ Na apelação, o Tribunal havia deixado de aplicar a regra constante do artigo 1.790, II⁵ do Código Civil de 2002, entendendo que se tratava de tratamento anti-isonômico dispensado ao companheiro em relação ao cônjuge. Todavia, a Corte reuiu sua decisão, procedendo ao recurso do embargante.

Em breve apanhado das teses levantadas pelo julgamento, inicia-se pelo voto do Desembargador Relator Rui Portanova. O julgador anota que a discussão se refere ao critério utilizado pelo Código Civil de 2002, para tutelar a vocação hereditária nas uniões estáveis, especialmente no que diz respeito à aplicação do inciso II do artigo 1.790 (referente ao par sobrevivente da união estável), em comparação aos termos do inciso I e II do artigo 1.829⁶ (referente ao sobrevivente do casamento) em concorrência (ou não) com ascendentes e descendentes. Ressalta-se que no caso, não havia qualquer controvérsia acerca da efetiva existência da união estável (que durou 27 anos até o falecimento da companheira).

O Relator, votando pela inconstitucionalidade do dispositivo referente à sucessão do companheiro, atentou para o que chamou de “má vontade do novel legislador civil no trato com a união estável”. Proclamou seu entendimento, amparando-o nas razões de ordem constitucional que têm levado a doutrina e a jurisprudência a equiparar a união estável ao casamento para fins de vocação hereditária. Entre elas, a atribuição de tratamento paritário à união estável em relação ao casamento, pelo artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal. Lembrou também o fato de ter o atual Código Civil “rebaixado” o *status* hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao do cônjuge. Sustentou que, ao assim dispor, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Constatando as diferenças na tutela legal da sucessão do casamento e união estável, buscou verificar se no ordenamento civil informado pelos princípios constitucionais haveria lugar para essas regras diferenciadas.

⁴ EMBARGOS INFRINGENTES. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. RECONHECIMENTO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE COMO HERDEIRO, EM CONCORRÊNCIA COM O DESCENDENTE. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE. CONSTITUCIONALIDADE DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 1.790 E INCISOS DO CÓDIGO CIVIL, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO AO COMPANHEIRO E AO CÔNJUGE. Em razão do julgamento de improcedência no colendo Órgão Especial deste Tribunal, da Arguição de Inconstitucionalidade n. 70029390374, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil, por aplicação do disposto no art. 211 do RITJRS há que se reconhecer a aplicabilidade do artigo 1.790, CC/02, inclusive relativamente ao inciso II, incidente no caso concreto. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (Embargos Infringentes n. 70032120735. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Rui Portanova. Julgado em 12 mar. 2010).

⁵ Artigo 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:
II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles (BRASIL, 2002).

⁶ Artigo 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge (BRASIL, 2002).

Segundo o magistrado, não se pode admitir a superioridade do casamento em relação à união estável, uma vez que todas as entidades familiares são análogas e têm por finalidade a promoção do desenvolvimento da personalidade de seus membros. Para ele, admitir a superioridade do casamento significa proteger mais, ou priorizar algumas pessoas em detrimento de outras, apenas pela razão de que elas optaram por constituir uma família a partir da celebração do ato formal do matrimônio. Tal situação origina uma contrariedade ao ordenamento constitucional, e viola o princípio da igualdade, à medida que estabelece privilégios a alguns indivíduos em prejuízo de outros, de forma injustificada.

Concluiu que a proteção à dignidade da pessoa humana é igual a todos e, sendo a família um instrumento para a concretização deste princípio, todas as entidades familiares devem ter o mesmo grau de proteção e a mesma relevância no ordenamento jurídico, pois a liberdade de escolha da forma de constituição de família é intrínseca à dignidade. Assim, o Relator votou pela interpretação sistemática do artigo 1.790, II, considerando-se a regra contida no artigo 1.829, I e os preceitos constitucionais, uma vez que o legislador conferiu tratamento diferenciado ao cônjuge e o companheiro, e, portanto, inconstitucional.

Em oposição à posição defendida pelo Relator, o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves entendeu pela constitucionalidade do dispositivo, partindo da premissa que casamento e união estável são institutos distintos, com características peculiares. Para ele, a união estável não é um casamento, não se equiparando a este para todos os efeitos legais. No casamento, o cônjuge sobrevivente continua preferindo os colaterais na herança, herdando a totalidade de bens, na falta de descendentes e ascendentes. Porém, o companheiro sobrevivente, quando não houver descendentes nem ascendentes, não fica com a totalidade da herança, mas a divide com os colaterais.

O magistrado justifica esse tratamento, explicando que o legislador não se equivocou quando da redação do novo Código Civil, apenas o fez porque a união estável é instituto completamente diferente do casamento, tanto que a Constituição Federal determinou a facilitação da conversão desta em casamento. O Desembargador admitiu que a nova disciplina dada pelo Código Civil vigente, no que se refere à ordem de vocação hereditária, é pior que a do sistema anterior, concluindo que embora a lei devesse sofrer alterações, não haveria contrariedade com a Constituição, que, a seu ver, apenas prevê que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento, o que demonstraria claramente que são institutos de natureza jurídica distinta. Referiu ser até uma heresia afirmar que a Carta Magna equiparou a união estável ao casamento civil, pois este continua a ser o principal instituto do Direito de Família. Ou seja, o casamento civil (incluindo, por óbvio, o casamento religioso com efeitos civis) é o paradigma para a constituição de uma família e, inclusive, baliza as relações pessoais e econômicas da união estável. E tanto é assim que o legislador constituinte apontou a necessidade de ser facilitada a conversão da união estável em casamento. Entende que o casamento civil veio revigorado na Carta Magna de 1988, que o valorizou mesmo sendo sensível ao fato social de uniões informais e estáveis, para as quais assegurou *status* de entidade familiar, merecedora também da proteção do Estado, mas sem com isso desbancar o casamento civil como

paradigma. Concluiu que o fato de a lei não ter dado tratamento igualitário aos conviventes e aos casados não a torna inconstitucional, pois são institutos distintos, cada qual com as suas peculiaridades, vantagens e desvantagens, tendo em comum apenas o fato de que ambos ensejam a constituição de uma família.

O voto do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves foi acompanhado pelos demais julgadores, vencendo o Relator. Os Embargos Infringentes foram julgados procedentes, reformando-se a decisão proferida em sede de apelação, de modo a manter a aplicação do artigo 1.790, II do Código Civil, garantindo ao companheiro do *de cujus* (embargado) apenas a metade da quota atribuída ao descendente exclusivo do autor da herança (embargante).

Reportando-se à decisão referida, analisam-se os argumentos trazidos, inserindo-os nas discussões traçadas desde o início do presente trabalho.

O princípio da dignidade da pessoa humana, colacionado pelo Relator do acórdão, paradigma para justificar a impossibilidade e a inconstitucionalidade do tratamento diverso dispensado aos companheiros em contraste ao dispensado aos cônjuges, quando da sucessão, é basilar à devida interpretação das normas infraconstitucionais. Gebran Neto (2002, p. 47) considera este princípio o “[...] núcleo essencial da hermenêutica.” Para o autor, a dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º da Constituição Federal, como fundamento do Estado, ao lado da soberania, cidadania, valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político,⁷ deve ser entendida como “[...] núcleo essencial da Constituição, funcionalizando-se o Estado ao cumprimento desta tarefa.” (GEBRAN NETO, 2002, p. 48). Ela confere conteúdo à proteção atribuída pelo Estado à família: a pessoa humana e o seu desenvolvimento são objeto principal da proteção do Estado; todo o ordenamento, inclusive as normas de direito de família, devem convergir, buscando sua realização. Servindo como norte à interpretação constitucional, a dignidade da pessoa humana deve ser observada em todas as decisões judiciais e nas criações legislativas, sob pena de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, Perlingieri (2008, p. 3) atenta para a “[...] impossibilidade de manter separada a teoria da interpretação das leis ordinárias e a teoria da interpretação das normas constitucionais,” lembrando que o ordenamento deve ser sempre interpretado em sua unidade, o que pressupõe o fortalecimento e a atualização de cada uma das normas ou do conjunto delas com os valores constitucionais, comunitários e internacionais, devendo o ordenamento ser lido e interpretado sempre. Conclui afirmando que “[...] essa necessidade é verificada no controle obrigatório que o intérprete deve fazer da

⁷ Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político (BRASIL, 1988, grifo nosso).

legitimidade constitucional de qualquer disposição [...] que seja aplicada no caso concreto pelo juiz.” (PERLINGIERI, 2008, p. 3).

Portanto, a aplicação do ordenamento jurídico deve ocorrer dentro da órbita da dignidade da pessoa humana, diante da prerrogativa interdisciplinar inaugurada pelo constituinte em 1988, fazendo com que as relações jurídicas intersubjetivas se funcionalizem, principiologicamente, em favor da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2003, p. 122). Assim, as mudanças trazidas pela Constituição Federal devem permear todo o ordenamento:

O Texto Constitucional [...] foi o responsável pela transformação valorativa do direito civil, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, ao qual funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais. Suplantou, com isso, todas as formulações constitucionalistas que idealizavam o direito civil como o estatuto das relações patrimoniais. (TEPEDINO, 2003, p. 128).

Corroborando, Dias (2010, p. 63, grifo do autor) justifica a ligação entre o direito das famílias (denominação que usa para indicar a pluralidade de relações encontradas nesse ramo do direito) e a dignidade da pessoa humana, sustentando-a nos direitos humanos:

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos *direitos humanos*, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, *versão axiológica* da natureza humana. O princípio da dignidade da pessoa humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado a várias formas de filiação ou vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.

Ainda, intrínseco ao Constitucionalismo Contemporâneo, encontra-se a “[...] superação da separação do direito privado e do direito constitucional,” sustentando a ideia de que “[...] o sistema não é somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito.” (PERLINGIERI, 2008, p. 5). Disso exsurge e se sustenta a urgente reinterpretação dos institutos civis, readequando-os aos princípios e valores constitucionalmente postos e à contemporaneidade social:

No centro dos sistemas jurídicos contemporâneos dos documentos jurídicos, como são as constituições, que contêm princípios éticos, estas devem ser evolutivamente interpretadas de acordo com a modificação dos valores ético-políticos da comunidade a que a constituição se refere. (PERLINGIERI, 2008, p. 5).

Novamente é importante tecer considerações acerca da constitucionalização do direito civil, que se faz presente na solução da controvérsia instaurada pelo inconsistente regramento sucessório inaugurado pelo Código Civil de 2002 em relação ao companheiro. Essa corrente doutrinária, como brevemente apontado no tópico anterior, baseia-se na “re-interpretação” da legislação civil em consonância com os princípios constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana, como reflexo da despatrimonialização do direito privado. Sobre esse fenômeno, leciona Lôbo (2008, p. 20), lembrando que a constitucionalização do direito civil deve ser vista como resultado inevitável do Estado social:

Os civilistas, finalmente, descobriram a Constituição. Perceberam que a elevação dos fundamentos do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da consequente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo [...] A ordem jurídica infraconstitucional deve concretizar a organização social e econômica eleita pela Constituição, não podendo os juristas desconsiderá-la, como se os fundamentos do direito civil permanecessem ancorados no modelo liberal do século XIX.

Fachin (2004) também aponta a necessidade de conjugação da legislação civil com os ditames constitucionais, salientando que a devida compreensão do Código Civil de 2002 depende de “[...] uma operação ideológica e cultural que deve passar por uma imprescindível releitura principiológica, reconstitucionalizando o conjunto de regras que integre esse corpo de discurso normativo.”:

Da morte por asfixia se salvou o Direito Civil contemporâneo ao abrir-se para além do neo-exegese. Do Direito formal chegou-se à legalidade constitucional. Nada obstante, de modo diferente dos civilistas tradicionais, o Direito Civil brasileiro contemporâneo tomou como norma vinculante os princípios constitucionais. Foi à fonte do novo constitucionalismo. O inverso também impende ser verdadeiro, para evitar que o Código Civil seja citado como sinônimo de Direito Civil, ou para os menos avisados que tomam o pretérito como presente, e ao fazerem caricatura do passado estão se projetando no objeto do que perdeu sentido. (FACHIN, 2004).

Assim, a aplicação das normas infraconstitucionais deve ser realizada em atenção aos princípios constitucionais, que norteiam sua interpretação, o que não significa, como adverte Lôbo (2008, p. 21) que basta, simplesmente, a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. A constitucionalização do direito civil se concretiza na aplicação das normas constitucionais de duas formas: constatando-se a ausência de norma infraconstitucional para o caso concreto, cabe ao juiz extrair da norma constitucional todo o conteúdo necessário para a resolução do conflito; e, se houver norma infraconstitucional sobre a questão, esta deve ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis (LÔBO, 2008, p. 21). Assim, a respeito do caso concreto ora examinado, a solução da controvérsia exige que a norma infraconstitucional existente seja interpretada de acordo com as normas constitucionais.

Por essas razões, entende-se, com amparo do exame até aqui realizado, que não subsistem os argumentos expostos pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, apenas pelo fato de que o constituinte não igualou expressamente os institutos jurídicos da união estável e do casamento. A diferença entre eles não tem o condão de determinar o tratamento inferiorizado dispensado pelo legislador civil ao companheiro. Outros fatores implicam a readequação da norma sucessória vigente: citem-se a equiparação das entidades familiares, os princípios da dignidade da pessoa humana e isonomia, a vedação ao retrocesso, além dos fundamentos do direito sucessório e a tendência de despatrimonialização do direito privado.

A respeito dos princípios informadores do direito de família, Lôbo (2003, p. 209-211) faz interessante apanhado que tem íntima relação com o debate aqui delineado, merecendo destaque:

Hoje a família recuperou a função que, por certo, teve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida [...] Três são os mais importantes princípios constitucionais regentes das relações familiares: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade. O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais, nas relações familiares [...] No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social [...] O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção da entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador, à livre aquisição e administração do patrimônio familiar, ao livre planejamento familiar, à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos, à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas, à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. O princípio da igualdade, formal e material, relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos.

Outro ponto ventilado pelo Relator no acórdão em análise diz respeito ao viável retrocesso na tutela da sucessão da união estável provocado pela publicação do Código Civil de 2002, em relação às Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, acerca do qual Dias (2010, p. 167-168) tece importantes considerações:

O casamento e a união estável são merecedores da mesma e especial tutela do Estado. Todavia, em que pese a equiparação constitucional, a lei de forma retrógrada e equivocada outorgou à união estável o tratamento notoriamente diferenciado em relação ao matrimônio [...] A consagração e a proteção assegurada às entidades familiares constituem garantia constitucional. Assim, não podem sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. Não é possível sequer limitar direitos que já haviam sido consagrados em leis anteriores. A legislação infraconstitucional não pode ter alcance jurídico social inferior ao que tenha sido estabelecido, originariamente, pelo constituinte, sob pena de ocorrer retrocesso ao estado pré-constituinte. É o que se chama de princípio da proibição do retrocesso social.

No caso apreciado, se adequadamente foram observados os ditames constitucionais, de modo que a decisão fosse proferida em consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito e em conformidade com o Constitucionalismo Contemporâneo, a decisão não deveria ter sido reformada. O voto do Desembargador Relator Rui Portanova é condizente com as conclusões do estudo realizado e devidamente amparado pela Constituição Federal.

No caso concreto, a aplicação do artigo 1.829, I, como norma mais benéfica ao companheiro, em nome da isonomia entre as entidades familiares, deveria ter sido observada, pois a aplicação do artigo 1.790, II, do Código Civil, resulta em prejuízo para o companheiro supérstite, uma vez que, segundo o mencionado artigo, o companheiro herdará somente a metade do que o descendente exclusivo do *de cujus* receberá (conside-

rando apenas os bens adquiridos na constância da união estável, nada recebendo quanto aos bens do *de cuius* anteriores ao início da relação), ao passo que, a aplicação do artigo 1.829, I, garante ao companheiro o recebimento dessa quantia que o descendente, tudo em consonância aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Acerca da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, Fachin e Pianovski (2011, p. 11) sublinham a necessidade de uma adequação interpretativa das leis infraconstitucionais a este princípio, denominando-a de “repersonalização” do direito civil, que compreende: “[...] colocar a pessoa humana no centro das preocupações no Direito. Trata-se de revisitar, de algum modo, a ideia de que o ser humano é dotado de dignidade, e que constitui fim em si próprio.”

Merece destaque, neste estudo, a decisão a seguir exposta que garantiu o que é a devida interpretação à norma infraconstitucional. Os desembargadores do Quarto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 10 de julho de 2009, acolheram Embargos Infringentes, aplicando à companheira supérstite o regramento dado pelo Código Civil ao cônjuge.⁸ Na decisão, o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves teve seu voto, pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, vencido. Em suma, o voto do Desembargador Relator André Luiz Planella Villarinho, acompanhado pelos demais julgadores, estabeleceu que a aplicação do artigo 1.829, III do Código Civil à companheira sobrevivente era a solução adequada diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e igualdade.

A referida decisão é paradigmática na temática proposta, pois interpreta a legislação ordinária de acordo com os ditames constitucionais e os aplica ao caso concreto, posicionamento defendido no presente estudo.

Outras diferenças entre a sucessão do cônjuge e do companheiro também podem ser apontadas, observando-se que elas não se prezam a garantir tratamento equânime, aos moldes da Constituição, por exemplo: o convivente não está incluído na ordem de vocação hereditária, tendo somente direito à concorrência sucessória quanto aos bens adquiridos na vigência do relacionamento;⁹ é subtraída do parceiro sobrevivente a ga-

⁸ EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. Companheira sobrevivente. Direito à totalidade da herança. EXCLUSÃO DOS colaterais. Inaplicabilidade do art. 1.790, inc. III, do CÓDIGO CIVIL.

Tendo a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, equiparado a união estável ao casamento, o disposto no art. 1.790, III, do Código Civil vigente colide com a norma constitucional prevista, afrontando princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, resguardados na Carta Constitucional, razão para ser negado vigência ao disposto legal. À união estável são garantidos os mesmos direitos inerentes ao casamento, efeito que se estende ao plano sucessório, mormente no caso em exame onde autora e de cujus viveram more uxorio por três décadas, obtendo o reconhecimento judicial desta união como estável aos fins da C.F. inexistindo descendentes e ascendentes, é da companheira sobrevivente o direito à totalidade da herança, excluindo-se os parentes colaterais. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. SUSCITADO INCIDENTE DE RESERVA DE PLENÁRIO. (Embargos Infringentes 70027265545. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Tribunal de Justiça do RS. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 10 jul. 2009).

⁹ Artigo 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais (BRASIL, 2002).

rantia da quarta parte da herança, cota mínima assegurada ao cônjuge sobrevivente, em concorrência com filhos comuns;¹⁰ o direito real de habitação é outorgado somente ao cônjuge,¹¹ era-lhe garantido pela Lei n. 9.278/96.

Vislumbra-se, assim, grande desprestígio da relação não matrimonial, como reflexo de um dos vieses criticados no presente estudo, qual seja, o apego dos juristas à tradição religiosa do casamento, como meio de justificar a maior valoração deste em detrimento à união estável. Em relação a esses apontamentos, Dias (2010, p. 167, grifo do autor) traz uma solução para a aplicação da lei:

Quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de ter simplesmente tal referência como não escrita. Sempre que o legislador deixa de nominar a união estável frente a prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, deve tal omissão ser tida por inexistente, ineficaz e inconstitucional. Do mesmo modo, em todo texto em que é citado o cônjuge é necessário ler-se cônjuge ou companheiro.

Assim, nos casos apontados, a omissão do legislador deve ser interpretada extensivamente, abrangendo casamento (cônjuge) e união estável (companheiro).

A próxima decisão examinada se refere à garantia do direito real de habitação. Trata-se de Recurso Especial julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 09 de outubro de 2012, no qual foi reconhecido o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, conforme previsto no artigo 7º, parágrafo único da Lei n. 9.278/96, entendendo-se pela sua não revogação pelo Código Civil de 2002 em decorrência da aplicação do princípio da especialidade.¹² O Recurso Especial foi interposto de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que reconheceu o direito real de habitação para a companheira sobrevivente, alegando ofensa ao artigo 1.831 do Código Civil, que prevê este direito apenas ao cônjuge supérstite.

¹⁰ Artigo 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (BRASIL, 2002).

¹¹ Artigo 1.831. 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 (BRASIL, 2002).

¹² DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N. 9.278/96. RECURSO IMPROVIDO.

1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR. Relator: Ministro SIDNEI BENETTI. TERCEIRA TURMA. Julgado em 19 jun. 2012, Dje 27 jun. 2012.

2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, *caput*, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB).

3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei n. 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade. Da omissão do Código Civil

4. Recurso improvido. (RECURSO ESPECIAL n. 1.156.744 - MG (2009/0175897-8. Relator: Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgamento em: 09 out. 2012. Publicação: Dje 18 out. 2012).

O entendimento do Ministro Relator Marco Buzzi foi no sentido de que o direito real de habitação se relaciona ao direito à moradia,¹³ garantido pela Constituição. Entendeu que apesar de não haver norma expressa no Código Civil garantidora deste direito ao companheiro, seu silêncio não o afasta, pois a evolução jurídica do instituto indica que este é aplicável, também, à união estável. Para ele, não é razoável compreender que a omissão ocorreu para restringir o direito real de habitação aos companheiros. Lembrou que, atualmente, tanto a jurisprudência constitucional quanto a doutrina especializada pugnam pela ampliação e efetivação dos direitos fundamentais, motivo pelo qual o âmbito de incidência destes tem sido alargado constantemente. Sustentou que a não extensão do direito real de habitação aos companheiros seria “[...] hermenêutica inadequada, pois implicaria uma catagênese do direito social/fundamental, que é repelida, veementemente, pela teoria da proibição do retrocesso,” pois este direito perderia a abrangência anteriormente concedida (artigo 7º da Lei n. 9.278/96).

Por fim, concluiu pela não revogação do referido dispositivo diante da ausência de qualquer regramento conflitante, citando a edição do Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em setembro de 2002: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo artigo 6º, *caput* da CF/88.”

5 Premissas a serem consideradas na aplicação da lei infraconstitucional

A partir do exame de decisões judiciais, como primeira consideração, adverte-se que, nesse entendimento, não se trata de proporcionar às duas figuras tratamento idêntico em todos os âmbitos da vida civil, mas de conceder direitos, dentro do âmbito sucessório, objeto deste estudo, condizentes à posição do que tanto o cônjuge quanto o companheiro sobrevivente ocupam dentro da entidade familiar. Como bem referido pelo Desembargador Rui Portanova, Relator da primeira decisão examinada, a atual legislação civil andou para trás ao retirar direitos antes concedidos aos companheiros pelas leis anteriores. Assim, o legislador civil não agiu dentro dos aportes constitucionais, ao passo que o atual regramento vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como solução da controvérsia e, em homenagem ao princípio da isonomia, defende-se o equilíbrio das garantias ao cônjuge e ao companheiro, no âmbito sucessório, pela interpretação da legislação conforme os princípios constitucionalmente postos. Como dito, não se trata de igualar em todos os aspectos da legislação civil a união estável e o casamento. A partir do momento em que a Constituição Federal equipara as entidades familiares, o tratamento legal delas tem que ser harmônico. Sublinhe-se que, dentro da seara sucessória, não existe justificativa para que ao cônjuge seja garantida a totalida-

¹³ Artigo 6º São direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, a previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

de da herança na ausência de descendentes e ascendentes, excluindo-se os colaterais, e ao companheiro, seja obrigatória a divisão com esses parentes, por exemplo.

Outra questão inconcebível dentro do panorama constitucional atual é a retirada de direitos já concedidos ao companheiro pelas legislações passadas, um real retrocesso. Lembra-se que a lei anterior garantia ao companheiro o direito real de habitação da residência que este dividia com o *de cuius*; tal garantia foi sucumbida pelo atual Código Civil, que passou a garanti-la somente ao cônjuge sobrevivente. Assim, faz com que o indivíduo prejudicado tenha que recorrer ao aparato judiciário para ter seu direito garantido, como é o caso da segunda decisão examinada.

Evidente que não é possível igualar os dois institutos, até porque ao casamento são exigidas maiores formalidades em razão da segurança jurídica que este garante aos indivíduos. Cita-se, como exemplo, a necessária citação em demandas envolvendo bens imóveis¹⁴ (artigo 10 CPC), a obrigatoriedade do registro de bens imóveis em nome de ambos os cônjuges, entre outras. Estas medidas não são exigidas aos companheiros, o que dificulta a realização de negócios jurídicos com a devida segurança, que é garantida aos terceiros e aos cônjuges que com eles contratam.

Quanto à segurança jurídica, um exemplo que pode ser citado é a possibilidade de fraudes envolvendo a omissão da união estável, já que esta não possui qualquer documentação comprobatória, é a prestação de fiança por apenas um dos conviventes, sem mencionar a existência da relação. Assim, se fossem aplicadas as mesmas regras do casamento, a ausência de concordância do convivente viciaria a outorga da fiança, tornando-a sem validade. Todavia, no caso da união estável, o terceiro (locador) dificilmente terá conhecimento da relação, e aceitará a outorga da fiança por apenas um dos conviventes.

A esse respeito, interessante comentar a decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em Agravo Regimental no Recurso Especial proferida em 17 de maio de 2011, com relatoria do Ministro Og Fernandes, na qual o agravante pleiteava a nulidade do contrato de fiança por não ter a concordância do convivente.¹⁵ No caso, o lo-

¹⁴ Artigo 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.

§ 1o Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:

I - que versem sobre direitos reais imobiliários;

II - resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles;

III - fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados;

IV - que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges.

§ 2o Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse ou de ato por ambos praticados (BRASIL, 1973a).

¹⁵ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA SEM OUTORGA UXÓRIA. SÚMULA 332/STJ. PARTICULARIDADE FÁTICA DO CASO CONCRETO QUE AFASTA A APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO SUMULADO DESTA CORTE. MEAÇÃO DA COMPANHEIRA RESGUARDADA. 1. Tendo o fiador faltado com a verdade acerca do seu estado civil, não há como declarar a nulidade total da fiança, sob pena de beneficiá-lo com sua própria torpeza. 2. Assegurada a meação da companheira do fiador, não há que se falar em ofensa à legislação apontada. Particularidade fática do caso que, por si só, afasta a aplicação do entendimento fixado pela Súmula n. 332/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.095.441 - RS (2008/0228617-6). Ângela Maria Garcia Menezes e Alberto Miele. Relator: Ministro Og Fernandes. Julgamento em: 17 maio 2011. Publicação: DJe: 01 jun. 2011).

gador não tinha conhecimento da relação estável do fiador, o que impediu, na visão do julgador (que se consider correta), a anulação do negócio, pois tal seria se beneficiar da própria torpeza, acarretando vantagem ilícita ao locatário devedor e ao fiador.

Assim, até que tais determinações legais sejam alteradas, não se pode exigir a aplicação da totalidade das regras do casamento à união estável, sob pena de comprometimento da segurança jurídica. Isso porque, livre de maiores formalidades para a sua constituição, bastando apenas o fato social da convivência contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família (artigo 1.723 do Código Civil),¹⁶ a união estável não garante aos conviventes ou a terceiros a mesma segurança que o casamento, como a sua certidão permite. Então exsurge a facilitação da conversão da união estável em casamento,¹⁷ modo pelo qual se alcança a mesma segurança jurídica.

No que se refere à possível insegurança jurídica advinda da informalidade da união estável, cita-se a questão registral: de acordo com a Lei dos Registros Públicos¹⁸ (Lei n. 6.015/73), somente o casamento tem o condão de alterar o registro civil do indivíduo, constituindo estado civil e proporcionando conhecimento de tanto a terceiros. Isso não é possível ao contrato de união estável, pois este não é averbado ao registro civil do cidadão. O artigo 9º do Código Civil,¹⁹ igualmente, não prevê a averbação no registro civil do contrato de união estável, que pode ser feito por escritura pública.

Todavia, como esboçado, algumas extensões interpretativas devem ser realizadas, ao menos até que haja a total adaptação legislativa,²⁰ como é o caso da questão

¹⁶ Artigo 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002).

¹⁷ Artigo 1.726. A união estável poderá se converter em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil (BRASIL, 2002).

¹⁸ Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nessa Lei.

§ 1º Os Registros referidos neste artigo são os seguintes:

I - o registro civil de pessoas naturais;

Art. 2º Os registros indicados no § 1º do artigo anterior ficam a cargo de serventuários privativos nomeados de acordo com o estabelecido na Lei de Organização Administrativa e Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios e nas Resoluções sobre a Divisão e Organização Judiciária dos Estados, e serão feitos:

I - o do item I, nos ofícios privativos, ou nos cartórios de registro de nascimentos, casamentos e óbitos;

Art. 33 Haverá, em cada cartório, os seguintes livros, todos com 300 (trezentas) folhas cada um:

I - "A" - de registro de nascimento;

II - "B" - de registro de casamento;

III - "B Auxiliar" - de registro de casamento Religioso para Efeitos Civis;

IV - "C" - de registro de óbitos;

V - "C Auxiliar" - de registro de natimortos;

VI - "D" - de registro de proclama (BRASIL, 1973b).

¹⁹ Artigo 9º Serão registrados em registro público:

I - os nascimentos, casamentos e óbitos;

II - a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz;

III - a interdição por incapacidade absoluta ou relativa;

IV - a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.

Artigo 10. Far-se-á averbação em registro público:

I - das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal;

II - dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (BRASIL, 2002).

²⁰ Faz-se imperioso ressaltar que algumas modificações legislativas estão em andamento, como é o caso do Projeto de Lei n. 2285/2007. Este projeto prevê a criação do "Estatuto das Famílias" e, entre outras modificações, insere a possibilidade de alteração do registro civil pela união estável, inserindo uma nova possibilidade de estado civil ao ordenamento pátrio.

sucessória em debate, na qual as garantias dadas ao cônjuge devem ser estendidas ao companheiro, pois, dentro da família e diante da equiparação constitucional das entidades familiares, não se admite tratamento desigual no âmbito patrimonial.

Assim, deve-se estender ao companheiro o mesmo regramento sucessório do cônjuge, pois ambos são figuras igualmente importantes no seio familiar, pela simples razão de ter o constituinte equiparado as entidades familiares, independentemente do modo que foram constituídas. Qualquer tratamento distinto, nesses casos, é clara violação à dignidade da pessoa humana, e, portanto, inconstitucional. Portanto, infere-se que a realização de modificação formal da legislação para a efetivação do desejo constitucional de total equiparação do convivente estável ao cônjuge se faz imperiosa.

Especificamente no âmbito sucessório, o tratamento deve ser, desde já, igualitário, pois a sucessão *causa mortis* tem por escopo garantir a continuidade afetiva e patrimonial da entidade familiar remanescente. Dentro dela, tanto cônjuge quanto companheiro possuem a mesma importância, o que autoriza o tratamento imposto pelo constituinte, devendo-se considerar não escritas as normas que tragam tratamento inferior a qualquer das figuras.

Conclusão

Como premissa para a interpretação hermenêutica da legislação sucessória do cônjuge e companheiro, objetivo principal deste estudo, atentou-se às matrizes do Estado Democrático de Direito, traçando-se esboço histórico de sua formação e análise principiológica. Assim, a partir de uma abordagem filosófica do assunto, com o amparo dos princípios constitucionais e da doutrina do Constitucionalismo Contemporâneo, realizou-se o exame de julgados dos tribunais pátrios envolvendo as questões polêmicas quanto à sucessão do cônjuge e do companheiro.

Ao final, foi possível concluir que a legislação infraconstitucional tuteladora da união estável no âmbito sucessório não segue as determinações constitucionais, por tratar de forma discrepante e inferior o companheiro sobrevivente. A Constituição Federal de 1988 equiparou as entidades familiares, independente da sua formação. Ao fazer isso, o constituinte igualou a importância dos indivíduos no seio familiar.

Nesse sentido, a justificativa do Projeto quanto às modificações concernentes à união estável: "O Estatuto procurou eliminar todas as assimetrias que o Código Civil ostenta em relação à união estável, no que concerne aos direitos e deveres comuns dos conviventes, em relação aos idênticos direitos e deveres dos cônjuges. Quando a Constituição se dirige ao legislador para que facilite a conversão da união estável para o casamento, não institui aquela em estágio provisório do segundo. Ao contrário, a Constituição assegura a liberdade dos conviventes de permanecerem em união estável ou a converterem em casamento. Dessa maneira, há a liberdade de os cônjuges se divorciarem e constituírem em seguida, ou tempos depois, união estável entre eles, se não desejarem casar novamente. Uniformizaram-se os deveres dos conviventes, entre si, em relação aos deveres conjugais. Optou-se por determinar que a união estável constitui estado civil de "convivente", retomando-se a denominação inaugurada com a Lei n. 9.263/1996, que parece alcançar melhor a significação de casal que convive em união afetiva, em vez de companheiro, preferida pelo Código Civil. Por outro lado, o convivente nem é solteiro nem casado, devendo explicitar que seu estado civil é próprio, inclusive para a proteção de interesses de terceiros com quem contrai dívidas, relativamente ao regime dos bens que por estas responderão." Dispõe o parágrafo único do artigo 63 do referido projeto: "Parágrafo único. A união estável constitui estado civil de convivente, independentemente de registro, e deve ser declarado em todos os atos da vida civil." (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2007).

Considerando-se como fundamento do direito sucessório a manutenção da propriedade na família, sem esquecer a afetividade como pilar fundamental das relações familiares, não é possível conceber, dentro do ideário do Estado Democrático de Direito, a existência de normas diferenciadoras do cônjuge e do companheiro. A influência religiosa absorvida pelo legislador é facilmente evidenciada no tratamento inferiorizado garantido ao companheiro pelo Código Civil de 2002. Este tratamento é inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade humana, ao tratar de forma diferenciada figuras igualmente importantes, equiparadas pela Constituição, dentro do seio familiar.

Outro ponto que merece destaque é o visível retrocesso, fruto de descuido (e desleixo) do legislador no trato com a união estável, ao suprimir da nova legislação civil o direito real de habitação garantido pela lei anterior, o que igualmente fere os ditames constitucionais. Trata-se de violação à vedação ao retrocesso, motivo pelo qual se deve estender a aplicação da legislação do cônjuge ao companheiro, como têm feito os tribunais superiores, conforme jurisprudência colacionada.

Adverte-se, todavia, que o tratamento igualitário ao cônjuge e companheiro em todos os aspectos da vida civil, apesar da igualdade prevista na Constituição, não pode ser viabilizado no atual estágio da legislação infraconstitucional, sob pena de ferir, gravemente, a segurança jurídica. Isso porque, dada a ausência de formalidades para a sua verificação, a união estável, quando não devidamente registrada, constitui mero fato social. Salienta-se, desse modo, que o não conhecimento de terceiros da relação não pode constituir manobra para atos ilícitos e fraudes. Um exemplo analisado trata de arguição de nulidade de contrato de fiança em razão da ausência de concordância do convivente. Tal não merece prosperar, e não foi aceito, corretamente, pelo julgador em decisão examinada, pois viabilizaria fraude ao credor.

Assim, inobstante grande parte da doutrina defender a aplicação estendida de todos os dispositivos referentes ao casamento à união estável, o que é constitucionalmente correto, a nosso ver, não existe até o presente momento, viabilidade legal (sob pena de apego excessivo à forma) no Brasil. Para exemplificar, citou-se a questão registral: de acordo com a Lei dos Registros Públicos, somente o casamento tem o condão de alterar o registro civil do indivíduo, constituindo estado civil e dando conhecimento de tanto a terceiros. Isso não é estendido ao contrato de união estável, pois este não é averbado ao registro civil.

Portanto, faz-se imperiosa a realização de modificação formal da legislação para a efetivação do desejo constitucional de total equiparação do convivente estável ao cônjuge. No âmbito sucessório, o tratamento deve ser, desde já, igualitário, pois a sucessão *causa mortis* tem por escopo garantir a continuidade afetiva e patrimonial da entidade familiar remanescente. Dentro dela, tanto cônjuge quanto companheiro, possuem a mesma importância, o que autoriza o tratamento imposto pelo constituinte, considerando-se não escritas as normas que tragam tratamento inferior a qualquer das figuras.

Por óbvio que o estudo dessa questão continua em aberto, e o posicionamento aqui adotado não tem o condão de encerrar esta pesquisa, pois, como já referido, o direi-

to é ciência social e deve, sempre, adaptar-se às mutações da sociedade, da forma mais célere e efetiva possível.

Referências

AMORIM, Ivan Gerage. Notas sobre o Estado Democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3041, 29 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20310>>. Acesso em: 23 out. 2012.

BESSA NETO, Guilherme. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3072, 29 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20527>>. Acesso em: 04 nov. 2012.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 16 nov. 2012.

_____. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1973b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em: 16 nov. 2012.

_____. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

_____. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de declaração de nulidade de fiança na qual o fiador omitiu união estável. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.095.441 - RS (2008/0228617-6). Relator: Ministro Og Fernandes. Sexta Turma. Julgamento em 17 maio 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 01 jun. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Default.asp?registro=200802286176&dt_publicacao=01/06/2011>. Acesso em: 20 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Vigência do art. 7º da lei n. 9.278/96, direito real de habitação do companheiro. Recurso Especial n. 1.156.744 – MG (2009/0175897-8). Relator: Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Julgamento em 09 out. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 18 out. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=direito+real+de+habita%E7%E3o+companheiro&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380, de 03 de abr. de 1964. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 maio 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 18 ago. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. Rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/07. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios. *Notadez*, Porto Alegre, v. 52, n. 324, p. 16-19. Out. 2004. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/revista_online/artigo%2022.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, Curitiba, ano 3, n. 5, 2011. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2012.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coord.) *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Estatuto das Famílias*: projeto de Lei n. 2285/2007. Porto Alegre: Magister, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil e hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito*. Curitiba: Juruá, 2012.

ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2011.

LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Constitucionalização do direito civil. In: _____. *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: _____. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos Fundamentais Sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucionalidade do art. 1.790, II do Código Civil, que confere tratamento diferenciado ao companheiro e ao cônjuge. Embargos Infringentes n. 70032120735. Horácio Monteiro Neto e Américo Almeida da Silva. Quarto Grupo Cível. Relator: Des. Rui Portanova. *Jus Brasil*, Porto Alegre, 12 mar. 2010. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70032120735%26num_processo%3D70032120735%26codEmenta%3D3629232+sucess%C3%A3o+c%C3%B4njuge+companheiro&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70032120735&comarca=Santa+B%2E1rbara+do+Sul&dtjulg=12-03-2010&relator=Rui+Portanova>. Acesso em: 01 nov. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Inaplicabilidade do art. 1.790, III, do Código Civil. Embargos Infringentes 70027265545. Geni Verza e outros. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Quarto Grupo Cível. Julgamento em 10 jul. 2009. *Jus Brasil*, Porto Alegre, 10 jul. 2009. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70027265545%26num_processo%3D70027265545%26codEmenta%3D3076976+EMBARGOS+INFRINGENTES.+UNI%C3%83O+EST%C3%81VEL.+SUCESS%C3%83O.+COMPANHEIRA+SOBREVIVENTE.+DIREITO+%C3%80+TOTALIDADE+DA+HERAN%C3%87A.+EXCLUS%C3%83O+DOS+COLATERAIS.++INAPLICABILIDADE+DO+ART.+1.790%2C+INC.+III%2C+DO+C%C3%93DIGO+CIVIL.+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70027265545&comarca=Ant%2F4nio+Prado&dtjulg=10-07-2009&relator=Andr%2E9+Luiz+Planella+Villarinho>. Acesso em: 03 dez. 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, p. 65-77, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/index.php?e=1>>. Acesso em: 27 out. 2012.

_____. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: _____. *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TRAESEL, Clório Erasmo. Considerações acerca do testamento na perspectiva da hermenêutica filosófica. In: _____. *Direito sucessório em perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

XIMENES, Julia Maurmann. Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito. *Atena: Revista integrada dos cursos jurídicos IESB e Metropolitana*. Brasília: IESB, 2008. Disponível em: <<http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/?fuseaction=fbx.Materia&CodMateria=3384&CodEditoria=20>>. Acesso em: 10 out. 2012.

Data da submissão: 25 de maio de 2013

Avaliado em: 03 de setembro de 2013 (Avaliador A)

Avaliado em: 17 de setembro de 2013 (Avaliador B)

Aceito em: 08 de outubro de 2013