



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
GRADUAÇÃO**

**THAYS PIMENTEL LOPES**

**A EQUIPARAÇÃO DO REGIME SUCESSÓRIO ATRIBUÍDO AO CASAMENTO  
PARA A UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STF**

**FORTALEZA  
2017**

**THAYS PIMENTEL LOPES**

**A EQUIPARAÇÃO DO REGIME SUCESSÓRIO ATRIBUÍDO AO CASAMENTO  
PARA A UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Ensino Jurídico.

Orientadora: Profª. Drª. Raquel Cavalcanti Ramos Machado

**FORTALEZA**

**2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária  
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

L856e Lopes, Thays Pimentel.

A equiparação do regime sucessório atribuído ao casamento para a união estável à luz da atual jurisprudência do STF / Thays Pimentel Lopes. – 2017.  
82 f. : il.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Raquel Cavalcanti Ramos Machado.

1. União estável, direito sucessório, família, constitucionalidade, casamento. I. Título.

CDD 340

---

THAYS PIMENTEL LOPES

A EQUIPARAÇÃO DO REGIME SUCESSÓRIO ATRIBUÍDO AO CASAMENTO PARA A  
UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STF

Monografia apresentada à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como requisito  
parcial para obtenção do Título de Bacharel em  
Direito. Área de concentração: Ensino Jurídico.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Profa. Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva  
Universidade Estadual do Ceará (UFC)

*Aos amores da minha vida, Amanda, Rita,  
Armendes e Rita Maria, pelo apoio e carinho  
de sempre.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, que sempre foi minha fonte de resiliência para transpor os obstáculos da vida.

A minha família, que acompanha meu esforço e dedicação desde o início da minha trajetória acadêmica, em especial a minha mãe, Rita Pimentel Cavalcante Lopes, que me ensinou que o conhecimento é a maior herança que um pai pode deixar para um filho. A meu pai, Armendes José Vieira Lopes, por ser meu maior exemplo de que o esforço e a dedicação ao trabalho significam o ser humano. A minha irmã, Amanda Pimentel Lopes, com quem tive a felicidade de compartilhar meu ingresso na Universidade Federal do Ceará no ano de 2013, com a sua aprovação no curso de medicina e que tenho certeza que será uma profissional incrível. A minha tia, Rita Maria Pimentel Cavalcante van der Zande, que acompanha minhas vitórias e derrotadas desde o início da minha vida e que considero como segunda mãe. Por fim, à Antônia Vilma Lopes Vieira, Manuela Maria Vieira Oliveira, Raimunda Ingraça Vieira e Rene van der Zande que alegram e acompanham estes momentos importantes e inesquecíveis.

Aos amigos que o curso de direito me trouxe, tornando estes últimos cinco anos inesquecíveis: Vitor Pimentel de Oliveira, Levi Negreiros Gomes Lima, Alison Vaz Ferreira, Nayara Sales Medeiros, Gabriel Pires Vieira de Oliveira, Lucas Alves de Oliveira, Wesley Jerônimo Pinto Martins, Roberto Amaro Guimarães, Marcelo Rubens Fernandes Macêdo Alves Felix, e em especial, a Paulo Cézar Nobre Machado Filho pelo inigualável companheirismo e paciência nestes últimos anos.

Aos amigos de longa data, que foram minhas primeiras referências de amizade: Liane Gabriela Frota Soares, Maria Helena Monteiro de Sousa, Valesca Luna Silva, Anne Caroline Frota Soares, Walber Pompeu Anastácio, Nilo Cézar Pereira Carneiro de Lima Saraiva e Isadora Castelo Branco.

À professora Raquel Cavalcanti Ramos Machado pela sua excelente orientação no decorrer da feitura deste trabalho e inigualável postura como profissional.

Aos professores participantes desta banca examinadora, Fernanda Cláudia Araújo da Silva, profissional dedicada a esta faculdade e sempre acessível aos anseios dos alunos e William Marques Paiva Júnior, que despertou em mim o interesse pelo estudo do Direito Civil nos primeiros semestres da faculdade e por quem possuo profunda admiração pelo profissionalismo e dedicação.

*“Ao jurista não é dado ignorar a realidade fático-social, pelo contrário, pois a própria lei impõe que na interpretação (e por óbvio também na feitura) de qualquer norma se deve atender aos fins sociais e exigências do bem comum (...).”*

(Giselda Maria Fernandes Novaes Hinonaka)

## **RESUMO**

Aborda-se a declaração de constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 pelo Supremo Tribunal Federal e suas possíveis consequências. De início, se faz uma análise dos avanços legislativos do direito sucessório atribuído ao convivente, por meio da qual se busca investigar se o Código Civil representou ou não um retrocesso social. Posteriormente, realiza-se um estudo sobre os entendimentos doutrinários a favor e contra a declaração de constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, bem como sobre as decisões divergentes proferidas pelos tribunais estaduais. Por fim, trata-se das questões que não foram pacificadas após as decisões do Supremo, buscando encontrar na tese proferida pelo tribunal um rumo para a pacificação dessas problemáticas. Entende-se que deve ser atribuído à união estável os mesmos direitos conferidos ao casamento, tendo em vista que a tese do STF foi no sentido de ser constitucional quaisquer distinções injustificadas entre os regimes sucessórios dos dois institutos.

**Palavras-chave:** União estável. Direito sucessório. Família. Inconstitucionalidade. Casamento.

## **ABSTRACT**

The present research approaches the declaration of unconstitutionality of the art. 1.790 of 2002 Civil Code by the Supreme Federal Court and the possible future effects. From the beginning, it is making an analysis of legislative advances about the stable union's inheritance rights whereby it will be search if the Civil Code represented or not a social regression. Afterwards, it is making a study about the scholar's understandings pro and cons the unconstitutionality declaration of the article 1.790 of 2002 Civil Code, as well about the divergent decisions delivered by state courts. Finally, it is analyzing the issues that was not pacified after the Supreme decisions, searching in the thesis uttered by the court a resolution for these problems. In conclusion, should be assigned equal rights between stable union and marriage, because the Supreme Federal Court's thesis was about being unconstitutional any divergency between the inheritance regime on both institutes.

**Keywords:** Stable union. Inheritance rights. Family. Unconstitutionality. Marriage.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 O ATUAL REGIME SUCESSÓRIO ATRIBUÍDO AOS COMPANHEIROS EM UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Construção histórica do regime sucessório atribuído aos companheiros antes do Código Civil de 2002 .....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 O art. 1.790 do Código Civil de 2002 .....</b>	<b>18</b>
<b>2.2.1 Companheiro concorrendo com descendentes .....</b>	<b>21</b>
<b>2.2.2 Companheiro concorrendo com outros parentes sucessíveis .....</b>	<b>24</b>
<b>2.2.3 Companheiro com direito à totalidade da herança .....</b>	<b>25</b>
<b>2.3 O Projeto de Lei nº 6.960/2002 que buscou “corrigir” a inconstitucionalidade do art. 1.790 .....</b>	<b>27</b>
<b>3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA ACERCA DA APLICAÇÃO DO ART. 1.790, DO CC.....</b>	<b>29</b>
<b>3.1 A divergência de decisões nos tribunais acerca do regime sucessório dos companheiros .....</b>	<b>29</b>
<b>3.2 A (in)constitucionalidade do art. 1790 do CC/2002 .....</b>	<b>33</b>
<b>3.3 A decisão do Superior Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC .....</b>	<b>38</b>
<b>4 A EQUIPARAÇÃO DO REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS PELO STF E SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS .....</b>	<b>46</b>
<b>4.1 O companheiro na categoria de herdeiro necessário .....</b>	<b>46</b>
<b>4.2 O direito real de habitação atribuído ao companheiro.....</b>	<b>51</b>
<b>4.3 A concorrência concomitante de cônjuges e companheiros e a aplicabilidade do art. 1.830 do CC/2002.....</b>	<b>56</b>
<b>4.4 A atribuição de fração mínima ao convivente concorrendo com descendentes comuns .....</b>	<b>60</b>
<b>4.5 O regime de bens adotado na união estável e seus efeitos na sucessão.....</b>	<b>63</b>
<b>4.6 A outorga convivencial e a publicidade da união estável .....</b>	<b>68</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>77</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As uniões consensuais no Brasil representam mais de um terço dos relacionamentos nos quais os casais possuem o *animus* de constituir família. Segundo censo realizado pelo IBGE em 2010, 36,4% dos relacionamentos no país não são formalizados por meio de casamento civil ou religioso<sup>1</sup>.

Tendo em vista a numerosa quantidade de brasileiros que vivem em união estável, emerge deste cenário a relevância de o ordenamento jurídico pátrio regulamentar os atos realizados neste tipo de relação, bem como de garantir os direitos dos sujeitos envolvidos.

O atual regime sucessório atribuído à união estável está previsto no art. 1.790, do Código Civil/2002, o qual em apenas quatro incisos dispõe sobre a divisão da herança ao companheiro supérstite em concorrência com os demais herdeiros. No entanto, desde a sua vigência, o referido dispositivo legal é alvo de uma considerável celeuma doutrinária, haja vista que, para muitos, a diferenciação trazida pelo legislador em relação ao regime atribuído ao casamento seria inconstitucional, haja vista a tendência da Constituição Federal de 1988 de equipará-los cada vez mais.

Diante disso, constata-se que o tema ainda é bastante controverso para que se obtenha a consolidação do entendimento dos juristas, problemática esta que possui importantes efeitos práticos.

No estágio desenvolvido na Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará foi possível constatar os entraves jurídicos ocasionados pela atual legislação, que traziam como desafio para defensores e estagiários a busca por uma estratégia que não deixasse totalmente desamparado um assistido que, por diversas vezes, havia dedicado a maioria da sua vida à convivência com o *de cuius*.

Em que pese o regime sucessório atribuído aos companheiros tenha sido disposto em um único dispositivo legal no Código Civil, tal fato não corroborou para consolidação de uma interpretação uniforme sobre o art. 1.790 do CC, haja vista que respeitados doutrinadores aduziam ser o dispositivo, desde o início da sua vigência, inconstitucional.

O caso finalmente chegou ao Supremo Tribunal Federal e no julgamento dos Recursos Extraordinários 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida, os ministros declararam a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil por violar

---

<sup>1</sup>MAIS de um terço de uniões no país é consensual sem casamento, diz IBGE. **G1**, São Paulo, 17 de out. de 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/mais-de-um-terco-de-unioes-no-pais-e-consensual-sem-casamento-diz-ibge.html>> Acesso em 19 de nov. de 2017.

princípios como a igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e vedação ao retrocesso.

Por conseguinte, busca-se com este trabalho analisar a tese apresentada pela Suprema Corte e as possíveis consequências futuras que irão surgir com a sua aplicação.

Em relação à metodologia utilizada para a elaboração desta monografia, foi predominante a pesquisa bibliográfica, com a consulta a livros nacionais e artigos científicos. Ademais, também foi realizada análise da legislação atual, principalmente de códigos e leis que atribuíram direitos à união estável, bem como da jurisprudência atinente a matéria de estudo.

Este trabalho se divide em três capítulos que tratam sobre: o atual regime sucessório previsto pela legislação aos companheiros em união estável, análise jurisprudencial e doutrinária acerca da aplicação do art. 1.790 e a equiparação dos cônjuges aos companheiros para fins sucessórios pelo STF e suas possíveis consequências.

O primeiro capítulo irá demonstrar a problemática do art. 1.790, do CC/2002 a partir da análise de cada uma das hipóteses trazidas pelo dispositivo. Também será apresentado um breve relato histórico sobre a evolução dos direitos conquistados pelos companheiros que vivem em união estável, analisando se o Código Civil representou ou não um retrocesso ao disciplinar a matéria.

No capítulo segundo será analisada a jurisprudência relativa ao direito sucessório dos companheiros, bem como as teses de diversos juristas quanto a constitucionalidade do dispositivo, com enfoque, ao final, nas mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em maio de 2017.

O terceiro capítulo tem como escopo expor e analisar as possíveis consequências que a equiparação do regime sucessório entre cônjuges e companheiros poderá ensejar nas relações entre particulares.

Por fim, ao término da pesquisa é formado um panorama geral da matéria, a partir do qual são avaliadas algumas problemáticas relativas à declaração de constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, tendo sido buscadas soluções de acordo a tese proferida pelo STF.

## **2 O ATUAL REGIME SUCESSÓRIO ATRIBUÍDO AOS COMPANHEIROS EM UNIÃO ESTÁVEL**

A previsão legislativa atinente ao regime sucessório dos companheiros encontra-se no art. 1.790 do CC/2002. Em que pese o Supremo Tribunal Federal já tenha declarado a constitucionalidade do dispositivo, é de suma importância, inicialmente, analisar a evolução das normas brasileiras até se chegar ao atual cenário.

### **2.1 Construção histórica do regime sucessório atribuído aos companheiros antes do Código Civil de 2002**

Na legislação anterior ao Código Civil de 2002, já existiam normas que dispunham sobre a união estável, contudo de maneira explicitamente tendenciosa. O Código Civil de 1916, ao tratar sobre a matéria, demonstrava o intuito da legislação da época de restringir direitos aos concubinos.<sup>2</sup>

Tais restrições podiam ser evidenciadas pelos arts. 1.177 e 1.719, III do CC/1916, que previam a anulação da doação feita pelo cônjuge ao seu cúmplice (leia-se concubino), bem como a proibição de sua nomeação como herdeiro ou legatário.<sup>3</sup>

Entretanto, insta salientar que, à época, o vocábulo “concubinato” possuía significado diverso do atual. Na vigência do antigo código tratava-se como concubino aquele que possuía relacionamento com outro impedido de casar pelo fato de já ter constituído um laço matrimonial, não importando se o companheiro estava separado de fato do outro cônjuge.

Antes de ser difundido o termo “união estável” pela Constituição Federal de 1988, tratava-se como concubinato puro a união duradoura de duas pessoas não casadas, ou seja, desimpedidas; já o concubinato impuro consistia no relacionamento paralelo ao casamento.

Ressalte-se que a possibilidade de separação que pudesse ensejar a constituição de novo matrimônio surgiu apenas em 1977 com a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), portanto, até a vigência desta legislação, a possibilidade de nova união reconhecida

<sup>2</sup> CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 176.

<sup>3</sup> Art. 1.719. Não podem também serem nomeados herdeiros, nem legatários: I. A pessoa que, a rogo, escreveu o testamento (arts. 1.638 n. I, 1.656 e 1.657), nem o seu cônjuge, ou os seus ascendentes, descendentes e irmãos. II. As testemunhas do testamento.

III. A concubina do testador casado.

IV. O oficial público, civil ou militar, nem o comandante, ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer, ou aprovar o testamento.

legalmente poderia surgir apenas com a morte de um dos cônjuges ou com a anulação do casamento.

O instituto do concubinato oprimia, precipuamente, as mulheres que eram estigmadas pela sociedade por serem “mulheres desquitadas” ou pelo fato de se unirem a um homem já comprometido. Tais relações eram tidas como imorais e ilícitas, pois iam de encontro com a sacralidade do casamento. Esta constatação pode ser evidenciada na leitura da própria legislação que prevê, em sua maioria, o vocábulo no feminino, ou seja, “concubina”.

A Igreja Católica teve latente influência na construção dessa mentalidade, mesmo quando o país se autoproclamava laico, o que impedia o prosseguimento das tentativas de projetos de lei com o fito de se atribuir ao concubinato alguns direitos já garantidos ao casamento.<sup>4</sup>

Após a promulgação da Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio), do concubinato emergiram dois conceitos: a união estável e o concubinato adulterino. Aquele consistindo na união livre de duas pessoas solteiras, separadas de fato, judicialmente ou divorciadas ou de uma destas e outra solteira. O concubinato, por conseguinte, passou a se restringir apenas aos relacionamentos paralelos ao casamento.

Desta maneira, aos poucos a legislação e a jurisprudência passaram a oferecer um tratamento com menos reservas à união estável, denominada também como relação concubinária não adulterina.

Diante da existência desta situação fática, cada vez mais crescente no país, principalmente no período que logo antecedeu a promulgação da Lei nº 6.515/1977, se passou a conferir alguns direitos aos companheiros.

Por meio da súmula nº 35 do STF<sup>5</sup> foi reconhecido o direito à indenização decorrente da morte de concubino em acidente de trabalho ou de transporte. No mesmo ínterim, passou a serem previstos direitos previdenciários a conviventes e a possibilidade de adicionar o seu sobrenome ao do companheiro.<sup>6</sup>

<sup>4</sup>LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 168-171

<sup>5</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 35. Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3074> Acesso em 21 de nov de 2017.

<sup>6</sup>Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009).

§ 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de

Ademais, como significativa evolução, o Supremo Tribunal Federal começou a admitir a caracterização da sociedade de fato, permitindo a partilha de bens adquiridos com o esforço comum durante a convivência, através da súmula nº 380.<sup>7</sup> De início este esforço necessitava ser real por meio da participação direta na aquisição, posteriormente, passou a se pressupor a contribuição recíproca. Nos casos em que não se atribuía pelo menos uma parte do patrimônio por este esforço comum, concedia-se ao concubino, a título de serviços domésticos prestados, determinada indenização<sup>8</sup>.

Neste cenário, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma importante evolução para a união estável por meio de seu art. 226, §3º, que atribuiu a união estável à categoria de entidade familiar, outorgando-lhe proteção do Estado.

Empós a promulgação da Carta Magna de 1988, travou-se um embate doutrinário e jurisprudencial acerca da equiparação do casamento à união estável. Porém, no que tange ao direito sucessório, a posição predominante foi no sentido de que não houve equiparação.

Neste sentido, Francisco José Cahali<sup>9</sup>:

Especificamente sobre o direito sucessório, a posição predominante se orientou no sentido de que não houve equiparação da união estável ao casamento e, pois, não se conferiu ao companheiro, pelo só texto constitucional, a vocação hereditária diante do falecimento do outro, como se casado fosse.

Tal entendimento foi consolidado com o advento da Lei nº 8.971/94, que regulava o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e que em seu art. 2º, de maneira expressa, instituiu o direito sucessório decorrente da união estável de maneira diversa do que era previsto ao cônjuge.

nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975)

§ 3º O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975). (*In: BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.* Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015consolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm)>. Acesso em 21 de nov. de 2017).

<sup>7</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>> Acesso em 21 de nov. de 2017.

<sup>8</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito das Sucessões. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 7 v. p. 141.

<sup>9</sup> CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 177.

A referida norma trazia como requisito indispensável a convivência por mais de cinco anos, prazo este que só poderia ser encurtado diante do nascimento de filho comum, o que divergia do casamento, que não possuía tal requisito para a sua constituição.

Art. 1º. A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, **que com ele viva há mais de cinco anos**, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. (grifou-se)

Posteriormente, a Lei nº 9.278/96, também advinda para regular o §3º do art. 226 da CRFB/88, trouxe um novo conceito de união estável, desta vez sem prever um período mínimo de convivência, mas trazendo como requisitos: convivência duradoura, pública e contínua com objetivo de constituir família: “Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”

Após o surgimento dessa lei, muito se discutiu se as referidas normas, ou seja, as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, estariam vigentes de maneira concomitante ou se a mais recente teria revogado a primeira.

Partindo do pressuposto que ambas estavam vigentes até a promulgação do Código Civil de 2002<sup>10</sup>, atribuiu-se ao companheiro os seguintes direitos: usufruto sobre porção variável do acervo hereditário, direito a totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes e direito real de habitação sobre imóvel destinado à residência familiar.

O usufruto sobre o acervo hereditário foi previsto no art. 2º, I e II da Lei nº 8.971/94. Segundo a referida legislação, quando o companheiro concordava com descendentes e ascendentes, herdava apenas como usufrutuário de determinada porção do acervo hereditário. Apenas na hipótese de inexistência dos demais herdeiros, o companheiro supérstite teria direito à totalidade da herança. (Art. 2º, III, da Lei nº 8.971/94). Em suma, o art. 2º previa que ao companheiro cabia a quarta parte da herança, caso o *de cuius* tivesse deixado filhos, ou a metade do acervo hereditário, na hipótese de existirem apenas ascendentes. Tais direitos permaneciam apenas até o surgimento de nova união.

O direito de usufruto também era atribuído aos cônjuges pelo Código Civil de 1916, após as modificações introduzidas pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962).

---

<sup>10</sup> “Passada a perplexidade inicial, concluímos que ambas as leis, de 1994 e de 1996, coexistiram. O maior problema agora será definir se esses diplomas foram inteiramente revogados pelo vigente Código Civil, pois o legislador não foi expresso a esse respeito.” (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 7 v. p. 144).

O art. 1.611, §1º, do CC/2016<sup>11</sup> preucionava que inexistindo ascendentes e descendentes, este herdava o usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, sendo imprescindível que o casamento tenha sido celebrado sob qualquer regime, menos o da comunhão de bens. O referido direito também era condicional, haja vista que cessada a viudez, o cônjuge perdia o usufruto, que não se restabelecia por nova viudez, separação judicial ou divórcio.

Frente a tal cenário, mesmo não existindo previsão expressa, alguns doutrinadores já entendiam que o cônjuge podia ser considerado herdeiro necessário, pelo fato de que o usufruto vidual não poderia ser afastado por testamento, pois recaía sobre fração abstrata e não singularizada do acervo hereditário. Desta forma, desde o Estatuto da Mulher Casada, o cônjuge teria se tornado herdeiro necessário<sup>12</sup>.

Em posição contrária, outros doutrinadores<sup>13</sup> entendiam que, por expressa previsão legislativa, o cônjuge não era herdeiro necessário, mas sim facultativo, haja vista que o art. 1.725<sup>14</sup> do CC/1916 previa a possibilidade de exclusão do cônjuge, no caso de o testador dispor sobre a totalidade do seu patrimônio em favor de terceiros.

No que tange ao direito real de habitação, este foi previsto aos companheiros pelo art. 7º, parágrafo único da Lei nº 9.278/96, o qual estabelecia expressamente o direito do companheiro sobrevivente de permanecer residindo no imóvel destinado à residência da família, enquanto não constituísse nova união ou casamento.

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

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

O direito real de habitação também era previsto aos cônjuges. O art. 1.611, §2º do Código Civil de 1916 elencava como requisitos: (i) o casamento ter sido celebrado sob o

<sup>11</sup> Art. 1.611 - A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977).

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viudez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do "de cujus".

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Sucessões. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v. atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. p. 123

<sup>13</sup> CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 163

<sup>14</sup> Art. 1.725. Para excluir da sucessão os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar.

regime da comunhão universal e (ii) o imóvel onde iria residir o cônjuge sobrevivente ser o único daquela natureza a inventariar.

Em que pese o usufruto vidual e o direito real de habitação tenham sido previstos, na mesma época, a companheiros e cônjuges, os diferentes requisitos para a sua concessão atribuíam um regime sucessório mais benéfico à união estável do que ao casamento. Isto porque não havia para os cônjuges a possibilidade de acumular os dois direitos sucessórios ao mesmo tempo, tendo em vista que para o usufruto vidual o legislador exigiu que o regime adotado pelo casal não fosse o da comunhão de bens, enquanto que, para obter o direito real de habitação, o casal precisava ser casado sob o regime da comunhão de bens.

A questão foi dirimida pela maioria dos doutrinadores da época que aduziram pela necessidade de se atribuir ao cônjuge o direito real de habitação, independentemente do regime de bens adotado pelo casal.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>15</sup> prelecionou sobre a necessidade de atribuição do direito real de habitação ao cônjuge, independente do regime de bens pactuado pelo casal, como forma de dirimir este favorecimento em prol dos companheiros.

Procurou-se, então, corrigir semelhante resultado (de favorecimento ao companheiro) mediante do raciocínio segundo o qual, diante da precedência, na Constituição, do casamento sobre a união estável, as vantagens asseguradas ao companheiro deveriam ser estendidas ao cônjuge: assim, *independentemente do regime de bens*, o cônjuge sobrevivente faria jus ao direito real de habitação.

O Superior Tribunal de Justiça, quanto a referida matéria, pacificou a questão por meio do acordão proferido no Recurso Especial nº 821.660/DF. A corte entendeu que, pelo fato da Constituição de 1988 ter incumbido ao legislador a tarefa de proporcionar uma isonomia entre o casamento e a união estável, consequentemente, o §2º do art. 1.611 do CC/1916 foi parcialmente derrogado, sendo necessário atribuir as duas entidades familiares o direito real de habitação, independente do regime de bens adotado no casamento<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Direito das Sucessões. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v. atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. p. 137

<sup>16</sup> DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. 1.- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens. 2.- A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento. 3.- A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação

Sobre o tema em comento, o Código Civil de 2002 determinou, de maneira expressa, em seu art. 1.831<sup>17</sup>, o direito real de habitação para o cônjuge sobrevivente sobre imóvel destinado a residência da família, desde que único desta qualidade a inventariar, independente do regime de bens adotado no casamento. Este direito é personalíssimo e extingue-se apenas com a morte do titular. Faculta-se ao beneficiado, ainda, constituir nova família através de casamento ou união estável. Os demais titulares da herança podem ser condôminos do viúvo e também poderão ter propriedade em razão da meação; sendo vedado, no entanto, a reclamação da posse direta ou a cobrança de aluguel proporcional.

Além de dirimir a questão explicitada acima, o Código Civil de 2002 também trouxe importantes inovações relativas ao direito sucessório atribuído aos cônjuges e aos companheiros, sendo que em relação a estes últimos, as referidas novidades dividiram opiniões entre os juristas, conforme será exposto em linhas posteriores.

Insta salientar que a exposição da legislação já revogada é de salutar importância, haja vista que ainda perduram no judiciário ações atinentes a inventários abertos antes da promulgação do atual código, processos estes que devem seguir o direito material vigente à época do falecimento do *de cuius* como determina o art. 1.787<sup>18</sup> do CC/2002.

## 2.2 O art. 1.790 do Código Civil de 2002

Hodiernamente, a matéria atinente ao direito sucessório dos companheiros está disciplinada pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 e desde a sua vigência causou significativa celeuma entre os juristas, o que culminou com a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>19</sup>

do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002. 4.- Recurso Especial improvido. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 821.660/DF**. Agravante: Nafsica Pappas. Advogado: José Ribamar Leite de Oliveira e outro. Agravado: Glória Moraes Detzortzis. Advogado: Chucre Suaid e outros. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 14 de junho de 2011. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600380972&dt\\_publicacao=17/06/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600380972&dt_publicacao=17/06/2011)> Acesso em 21 de nov. de 2017.

<sup>17</sup> Art. 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. In: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 21 de nov. de 2017

<sup>18</sup> Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela. In: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 21 de nov. de 2017

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 646.721/RS**. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Advogado: Rossano Lopes. Recorrido: Geni Quintana. Advogado: Carlos Eduardo Ferreira. Brasília,

O referido dispositivo não estava previsto, inicialmente, no Projeto de Lei nº 634/75 que deu origem ao Código Civil de 2002, tendo sido acrescentado pela emenda nº 358 do senador Nélson Carneiro<sup>20</sup>.

Antes de adentrar ao mérito da decisão do STF e sobre as suas possíveis consequências práticas, é necessário se atentar a toda a problemática evidenciada pela norma e vivenciada pelos companheiros por mais de dez anos.

De início, o regime sucessório atribuído aos companheiros veio disposto no capítulo atinente as “disposições gerais” do Livro V “Do Direito das Sucessões” e em apenas um único artigo.

A localização do dispositivo no corpo da lei representou apenas um dos retrocessos do atual Código Civil ao tratar sobre a união estável. Em contraposto, os cônjuges obtiveram com a vigência do novo código importantes avanços, tendo, como exemplo, sua elevação para a categoria de herdeiro necessário previsto no rol taxativo do art. 1.829, III do CC/2002.

Longe de se buscar tolher os avanços legislativos atribuídos ao casamento, as críticas relativas ao art. 1.790 se resumem ao fato de que os companheiros sofreram um verdadeiro retrocesso com a nova legislação.

Nas palavras de Silvio Rodrigues<sup>21</sup>:

Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento. [...] Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imediata, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão.

No que tange à restrição de direitos no atual Código, que antes eram concedidos pela legislação anterior, a Lei nº 8.971/94 previa em seu art. 2º, III que, inexistindo

DF, 10 de maio de 2017. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28646721.NUME.+OU+646721.AC MS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j9y92gj>> Acesso em 21 de nov. de 2017 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878.694/MG**. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Advogado: Monique de Ladeira Thomazinho e outro. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12885423&prcID=4744004&ad=s#>>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

<sup>20</sup>PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 1, p. 583.

<sup>21</sup>RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 7 v. atual. Zeno Veloso. p. 119.

descendentes e ascendentes, o companheiro supérstite herdaria a totalidade da herança. Já o Código Civil de 2002, em seu art. 1.790, determina que a herança do companheiro deve ser calculada apenas sobre os “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Em que pese existam diversas interpretações quanto ao *caput* do dispositivo em relação aos seus incisos, nota-se, de pronto, que o intuito do legislador foi o de restringir direitos, haja vista que instituiu a condição da herança recair tão somente sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união, requisito este não previsto na legislação anterior.

Diante do exposto, na hipótese do *de cuius* ter deixado patrimônio constituído por bens que não foram adquiridos a título oneroso durante a união estável, ou seja, bens particulares, apenas pela literalidade da norma, conclui-se que, nesse caso, o companheiro sobrevivente não herdaria nada.

Euclides de Oliveira<sup>22</sup> critica o dispositivo pelo fato da meação do convivente já ser limitada aos bens adquiridos durante a união estável (caso não tenha sido pactuado contrato escrito estabelecendo outro regime); deveria, portanto, o companheiro ter direito aos bens particulares à título de herança, da mesma forma que o cônjuge:

[...] se considera que o companheiro já tem direito de meação sobre tais bens, em face do regime da comunhão parcial previsto no art. 1.725 do Código Civil. Deveria beneficiar-se da herança, isto sim, apenas sobre os bens particulares do falecido, exatamente como se estabelece em favor do cônjuge sobrevivente (art. 1.829).

Em contraponto, para outra corrente<sup>23</sup> o regime sucessório atribuído à união estável pode ser considerado até mais benéfico do que o previsto para o casamento, tendo em vista que havendo bens constituídos durante a união, ao companheiro caberá a meação e a herança, no entanto, para os cônjuges, na forma do art. 1.829, I, do CC/2002, este não terá direito a herança se casado sob o regime da comunhão universal, da separação obrigatória de bens e no regime da comunhão parcial (apenas se o falecido não tiver deixado bens particulares).

Voltando as críticas negativas ao dispositivo, a legislação hodierna atribuiu direito sucessório ao convivente apenas na hipótese do *de cuius* ter falecido durante à união estável.

<sup>22</sup>OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 29, abr./maio 2005.

<sup>23</sup>OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão: São Paulo, Saraiva, 2005, p. 161

De diferente modo, para o cônjuge supérstite, se a separação de fato não tiver ocorrido por mais de dois anos, ainda subsiste o seu direito de herdar<sup>24</sup>.

Por fim, é necessário aclarar que o regime sucessório atribuído ao companheiro, não é empecilho para que este obtenha a qualidade de condômino ou meeiro, pois isto depende da sua participação sobre os bens em função do regime patrimonial adotado durante a união.

O atual Código Civil dispõe que o regime de bens dos companheiros é o da comunhão parcial de bens<sup>25</sup>, salvo se houver disposição diferente por meio de contrato escrito. Por conseguinte, deve-se seguir o que prevê o art. 1.658 e segs do CC/2002, ingressando na comunhão todos os bens adquiridos após o início até a separação de fato do casal.

Pelo fato do legislador ter exposto de maneira expressa que o regime supletivo da união estável é o da comunhão parcial de bens, não é mais necessária a prova do esforço comum, sendo esta presunção legal absoluta, *juris et de jure*.<sup>26</sup>

### **2.2.1 Companheiro concorrendo com descendentes**

O inciso I do art. 1.790 dispõe que o companheiro terá direito a “uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”.

De início, evidencia-se um equívoco por parte do legislador ao empregar a palavra filho, em vez de descendente, como acertadamente o faz no inciso II. Frente a tal cenário, por meio de uma interpretação extensiva e sistemática, torna-se possível interpretar o dispositivo como se referindo a descendentes em geral e não apenas filhos<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup>Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. In: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 21 de nov. de 2017.

<sup>25</sup> Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. In: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 21 de nov. de 2017.

<sup>26</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 180

<sup>27</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Direito das Sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 7 v. p. 198

Corroborando com o entendimento acima, o enunciado 266 da III Jornada de Direito Civil<sup>28</sup> determinou que o inciso I se refere a descendentes comuns e não apenas a filhos comuns.

Diante dessa interpretação, também se conclui que a partilha ocorrerá “por cabeça”, da mesma forma que se faz para os cônjuges que concorrem com descendentes comuns, como aduz o art. 1.832 do CC/2002: “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.” (grifou-se)

Ressalte-se que o legislador não previu uma cota mínima para o companheiro, como o fez para o cônjuge, que possui resguardada a quarta parte da herança, caso concorra apenas com descendentes comuns.

O inciso II do art. 1.790 do CC/2002 determina que, na hipótese de concorrer apenas com descendentes do falecido, tocará ao companheiro “metade do que couber a cada um daqueles”.

Mais uma vez a legislação foi defeituosa, pois nem todos os descendentes irão herdar na mesma proporção. Como exemplo, tem-se o caso de o convivente concorrer, ao mesmo tempo, com netos e filhos do *de cuius*. Os netos, nessa hipótese, são convocados por direito de representação, portanto, irão dividir a fração correspondente a do filho falecido na época da abertura da sucessão.

A recomendação, nestes casos, seria de que a “metade” a que se refere o inciso II seja em relação à fração designada aos descendentes que estivessem herdando por direito próprio<sup>29</sup>. Desta forma, sendo chamados a suceder filhos e netos do falecido, caberia ao companheiro metade do que teria sido designado para cada filho.

Outra relevante crítica que se faz a esta norma é relativa à falta de previsão legal quanto à possibilidade de serem chamados a herdar descendentes comuns e não comuns, é o que se denomina filiação híbrida.

O Código Civil de 1916 classificava a filiação de acordo com a sua origem. Desta forma, os descendentes oriundos do matrimônio eram considerados legítimos e os que não

<sup>28</sup>Enunciado 266: Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns. In: BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/523>> Acesso em 21 de nov. de 2017.

<sup>29</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Sucessões. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v. atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. p. 142.

surgiam na constância do casamento, eram os filhos ilegítimos. A Constituição Federal de 1988, no entanto, veda, de maneira expressa, a diferenciação de filhos, surgidos ou não do casamento, biológicos ou adotivos. O art. 227, §7º da CRFB/88 determina que todos os filhos “terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

A doutrina se põe a solucionar o caso da filiação híbrida, tendo sido estabelecidas quatro correntes principais.

A primeira aduz que a partilha seja realizada de maneira igualitária entre os filhos e o companheiro, desta forma, se aplicaria o art. 1.790, I, do CC/2002<sup>30</sup>, considerando que todos os filhos se enquadrariam na hipótese de “filhos comuns”.

Esta teoria busca beneficiar o companheiro pelo fato de não ter sido reservada a este nenhuma porção mínima como se fez ao cônjuge (art. 1.832 do CC/2002), o que poderia ensejar na sua participação quase que insignificante na partilha na hipótese de surgirem muitos herdeiros. Justifica também a utilização dessa teoria, o fato da porção do companheiro já se limitar apenas aos bens adquiridos na constância de união estável.

A segunda corrente preleciona que ao companheiro deverá caber a metade do que couber a todos os filhos. Neste sentido Zeno Veloso<sup>31</sup> defende que deve prevalecer o previsto no inciso II do art. 1.790 do CC/2002:

A solução que proponho, tentando remediar a falha do legislador, e enquanto a lei não é reformada, pode prejudicar o companheiro sobrevivente — que estaria mais gratificado se o escolhido fosse o inciso I —, mas não desfavorece os descendentes exclusivos do de cujus, não se devendo esquecer que os filhos do companheiro sobrevivente ainda têm a expectativa de herdar deste

A terceira corrente, já defendida por Mário Roberto Carvalho de Faria<sup>32</sup>, aduzia pela divisão da herança de acordo com o inciso III do art. 1.790 do CC, englobando todos os filhos como “outros parentes sucessíveis”, cabendo ao companheiro um terço da herança.

Por fim, uma corrente minoritária sugere a aplicação de uma fórmula matemática de ponderação para solucionar a questão. Dentre diversas fórmulas já criadas, Flávio

<sup>30</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 7 v. p. 199.

<sup>31</sup>DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2006. p. 244.

<sup>32</sup>FARIA, Mário Roberto Carvalho. **Direito das Sucessões**: Teoria e Prática. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 141.

Tartuce<sup>33</sup> destaca a fórmula Tusa, elaborada por Gabriele Tusa, juntamente com o economista Fernando Curi Peres<sup>34</sup>. Em que pese o objetivo tenha sido trazer uma solução mais justa, a equação desenvolvida recebe críticas pela sua falta de praticidade.

## **2.2.2 Companheiro concorrendo com outros parentes sucessíveis**

O inciso III do art. 1.790 do CC/2002 determina, que na hipótese de concorrer com outros parentes sucessíveis, o convivente terá direito a um terço da herança.

Os outros parentes sucessíveis seriam os ascendentes e os colaterais até o quarto grau, devendo ser seguida a ordem estabelecida no art. 1.829 do CC/2002, ou seja, o chamamento dos colaterais irá ocorrer apenas se não houver ascendentes na época da abertura da sucessão.

Os ascendentes serão convocados para a herança na forma do art. 1.836 do CC/2002, herdando por linhas.

Na hipótese dos pais já estarem mortos, os avós serão convocados para suceder. Sendo a divisão por linhas, cada linha receberá um terço da herança. Por exemplo, na linha em que apenas um dos avós é vivo, este receberá a totalidade da terça parte, no entanto, na linha em que os dois avós forem vivos, cada um receberá um sexto da herança, ou seja, dividiram o um terço referente a sua linha.

Em relação aos colaterais, estes herdam “por cabeça” ou por estirpe, devendo os mais próximos excluírem os mais remotos, havendo ainda a possibilidade de direito de representação, na forma do art. 1.840 do CC/2002.

Quanto ao chamamento dos colaterais para concorrerem com o convivente, alguns juristas consideram que houve um retrocesso, tendo em vista que o art. 2º, III da Lei nº 8.971/94 já havia colocado o companheiro na frente desta classe. Devido a isso, Zeno

<sup>33</sup>TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais.** Out. de 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17751/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1-790-do-cc-e-suas-controvorias-principais>>. Acesso em: 05 out. 2017.

<sup>34</sup>X = \_\_\_\_\_ 2 (F + S) \_\_\_\_\_ x H 2 (F + S)2 + 2 F + S

C = \_\_2F + S\_\_ x X 2 (F + S)

Legenda

X = o quinhão hereditário que caberá a cada um dos filhos.

C = o quinhão hereditário que caberá ao companheiro sobrevivente.

H = o valor dos bens hereditários sobre os quais recairá a concorrência do companheiro sobrevivente.

F = número de descendentes comuns com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

S = o número de descendentes exclusivos com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

Veloso<sup>35</sup> defende que, neste caso, a “herança” não deve se resumir aos bens adquiridos durante a união estável:

Tentando salvar o Código Civil da terrível pecha de ter regido a sucessão dos protagonistas de famílias constituídas pela união estável de forma insensata e absurda, com total desprezo e deliberado desrespeito a tais relacionamentos, opinam que o inciso III do art. 1.790, ao mencionar “herança”, quer dizer a totalidade dos bens deixados pelo falecido. E mesmo com essa interpretação avançadíssima, que desconsidera o princípio antiquíssimo de hermenêutica de que o estatuído no *caput* do dispositivo legal norteia e condiciona o estabelecido nas demais partes — parágrafos, alíneas, incisos —, pelo menos com relação à concorrência com os colaterais, a solução é injusta, inconcebível, disparatada: o parente colateral — um tio-avô, um sobrinho-neto, p. ex. — ficará com dois terços da herança e o companheiro sobrevivente com um terço.

Diante do exposto se evidencia que o legislador preferiu atribuir a maior parte da herança (dois terços) a parentes, comumente, bem menos próximos do falecido, como tios e primos, do que ao companheiro, que permaneceu ao lado *de cuius* até o momento da sua morte.

### **2.2.3 Companheiro com direito à totalidade da herança**

O último inciso do art. 1.790 dispõe sobre a possibilidade de não subsistir nenhum parente que possa suceder o falecido, restando apenas o convivente supérstite. Nesta ocasião, o companheiro teria “direito à totalidade da herança.”

Contudo, a questão controvertida seria no que consistiria a referida “herança” prevista no dispositivo. Realizando uma interpretação de acordo com o *caput*, a herança seria tão somente os “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Ocorre que, o conceito de herança é bem mais amplo do que o previsto no *caput*, haja vista que consiste em “todo um conjunto de bens, direitos e obrigações do falecido”<sup>36</sup>.

A atecnia da norma é evidente e a solução trazida pela maioria dos doutrinadores consiste em interpretar o inciso de maneira literal e não de acordo com artigo que está inserido. Desta forma, inexistindo outros parentes para suceder, o companheiro seria o único a herdar todo o patrimônio, não se limitando apenas aos bens constituídos na vigência da união

<sup>35</sup>SILVA, Regina Beatriz Tavares da et al (Org.). **Código Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1770

<sup>36</sup>CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Sucessão dos Descendentes, Sucessão dos Cônjuges e Sucessão na União Estável. **Revista da EMERJ**, Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, Rio de Janeiro, p. 196-206, jul. 2002

estável. Isto porque, caso não o fosse e o *de cuius* tivesse deixado bens particulares, essa parte da herança não destinada ao companheiro, seria considerada vacante.

Este absurdo é veemente criticado pelos juristas que não consideram admissível essa possibilidade. A solução trazida por Mário Roberto Carvalho Faria<sup>37</sup> consiste em chamar o companheiro a suceder toda a herança:

Parece-nos incontestável que, não havendo cônjuge ou colateral sucessível, o companheiro sobrevivente será chamado a suceder em toda a herança.

Cremos ser este o entendimento mais correto, pois é inaceitável admitir-se que o legislador teria optado por colocar o Município, Distrito Federal e a União em detrimento dos companheiros.

Sobre herança vacante, o art. 1.844 do CC/2002 dispõe que não sobrevivendo cônjuge ou companheiro, nem parente algum sucessível, a herança se devolve ao Município ou ao Distrito Federal. Insta salientar que, inicialmente, o Projeto de Lei nº 634/75 que deu origem ao atual Código Civil, não se referia ao companheiro no texto inicial deste dispositivo, mas tão somente ao cônjuge. Já no Senado Federal, por meio da emenda 447-R, do Senador Josaphat Marinho, foi acrescido o companheiro.<sup>38</sup>

Dito isso, para Maria Helena Diniz<sup>39</sup> é necessário realizar uma interpretação conjunta dos dois dispositivos (arts. 1.790 e 1.844). A autora concluiu que, pelo fato do art. 1.844 do CC/2002 tratar mais especificamente sobre o assunto, deve ser aplicado no caso concreto, em detrimento do art. 1.790, IV do CC/2002:

Daí o nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis ou tendo havido renúncia destes, o companheiro receberá a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, portanto, todos os bens do *de cuius*, que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1.844, 1ª parte, do Código Civil, que é uma norma especial (relativa à herança vacante), sobrepondo-se ao art. 1.790, IV (norma geral sobre sucessão do companheiro)."

Por conseguinte, mesmo que o falecido tenha deixado bens particulares, pelo fato de possuir como herdeiro o companheiro sobrevivente, a este caberá à totalidade da herança.

<sup>37</sup>FARIA, Mário Roberto Carvalho. **Direito das Sucessões: Teoria e Prática.** 7. ed. rev. aml. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 143.

<sup>38</sup>SILVA, Regina Beatriz Tavares da et al (Org.). **Código Civil Comentado.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1827

<sup>39</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Direitos das sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 6 v. p. 174.

## 2.3 O Projeto de Lei nº 6.960/2002 que buscou “corrigir” a constitucionalidade do art. 1.790

A reforma do art. 1.790 do CC/2002 foi apontada por Zeno Veloso<sup>40</sup> como a melhor solução para as disparidades entre o regime sucessório atribuído ao cônjuge e ao companheiro.

Antes de ser declarada a constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, o Projeto de Lei nº 6.960/2002 propôs uma modificação radical do dispositivo<sup>41</sup>. Tendo como Relator o Deputado Ricardo Fiúza, o projeto foi arquivado por questões regimentais<sup>42</sup>.

A reforma do direito sucessório atribuído aos companheiros seria realizada da seguinte forma: no que tange a concorrência com descendentes (observa-se que não houve a distinção entre descendentes comuns ou exclusivos do falecido), o convivente teria direito à metade do que coubesse a cada um destes, salvo se tivesse havido comunhão de bens durante a união e o falecido não tivesse deixado bens particulares ou na hipótese em que o casamento dos companheiros tivesse ocorrido sob o regime da separação obrigatória. Observa-se, contudo, que não houve atenção quanto as diferentes frações que poderiam caber a cada descendente, no caso de convocação de herdeiros pertencentes a graus distintos.

Em relação aos ascendentes, da mesma forma que a norma vigente, ao companheiro supérstite caberia metade da fração correspondente àqueles. Novamente não houve atenção à redação quanto a possibilidade de serem previstas diferentes frações a cada ascendente.

O último inciso, iria prever o direito à totalidade da herança no caso de inexistirem descendentes e ascendentes. Desta vez, a herança não se limitaria aos bens

<sup>40</sup>SILVA, Regina Beatriz Tavares da et al (Org.). **Código Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1767.

<sup>41</sup>Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte: I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comumhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641); II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes; III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança. Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, 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. (NR) In: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.960/02. **Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12 [...] da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, acrescenta dispositivos e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarIntegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002)> Acesso em 21 de nov. de 2017.

<sup>42</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Sucessões. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v. atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. p. 145.

adquiridos onerosamente durante a união estável, pois não existiria essa restrição no *caput* que apenas determinaria: “O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:”.

Por fim, acrescentaria-se um parágrafo único dispendo sobre o direito real de habilitação do companheiro, condicionado à não constituição de nova união, trazendo os mesmos requisitos do art. 1.891 do CC/2002.

É bem verdade que as modificações propostas pelo projeto de lei extermínariam algumas atecnias da legislação atual, no entanto, ainda assim não modificariam o tratamento inferior atribuído a união estável, comparada ao casamento.

### **3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA ACERCA DA APLICAÇÃO DO ART. 1.790, DO CC**

No referido capítulo será traçado um panorama geral, elencando os entendimentos proferidos por diversos doutrinadores renomados no âmbito do Direito Civil acerca da constitucionalidade ou não do art. 1.790 do CC/2002.

Serão explanadas também as decisões dispares proferidas pelos Tribunais Estaduais quanto a questão, e a insegurança jurídica que foi finalmente dissolvida pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2017.

A declaração de inconstitucionalidade do dispositivo ora analisado já era esperada pela maioria dos juristas, haja vista que onze ministros já haviam proferido seus votos no ano de 2016. Contudo, analisar o caminho percorrido pela jurisprudência, bem como os argumentos desenvolvidos pela doutrina, até ser proferida a tese final sobre o tema, é de suma importância para que se possa obter conclusões adequadas quanto aos efeitos desta decisão.

#### **3.1 A divergência de decisões nos tribunais acerca do regime sucessório dos companheiros**

Devido à atribuição de regimes diferentes aos companheiros e aos cônjuges, no que tange ao direito sucessório, ora se alegava que, em algumas hipóteses, estes eram mais favorecidos que aqueles e ora a situação se invertia.

Aos doutrinadores que defendiam a equiparação das entidades familiares, esse tratamento discriminatório por si só já demonstrava a inconstitucionalidade do dispositivo. Contudo, para outros que consideravam a união estável como formação familiar inferior ao casamento, a distinção de tratamento só era questionada quando os companheiros se encontravam em situação mais vantajosa que os cônjuges.

Portanto, em que pese a Constituição Federal de 1988 tenha atribuído a ambos a qualidade de entidade familiar, a divergência entre os doutrinadores consistia em desvendar se a intenção do legislador foi de equiparar ou não a união estável ao casamento.

Esta discordância no âmbito doutrinário teve reflexos na jurisprudência.

Alguns tribunais já proferiam decisões reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, antes mesmo do STF fazê-lo em julgamento com repercussão geral.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em 2011, reconheceu incidente de constitucionalidade sobre o dispositivo, relatando que a equiparação do casamento a união estável teria ocorrido com a promulgação da Constituição Federal, através do art. 226, §3º.

Constitucional e Civil - Incidente de Inconstitucionalidade - União Estável - Direito Sucessório do Companheiro - Art. 1.790 do Código Civil de 2002 - Ofensa aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana - Art. 226, 3º da CF/1988 - Equiparação entre Companheiro e Cônjugue - Violação - Inconstitucionalidade Declarada. I - A questão relativa à sucessão na união estável e a consequente distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido, conforme previsão do art. 1.790 do Código Civil de 2002, reclama a análise da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, pois este, ao dispor sobre o direito sucessório da companheira sobrevivente, ignorou a equiparação da união estável ao casamento prevista no art. 226, 3º da CF, configurando ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; II - Incidente conhecido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002.<sup>43</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgamento dos embargos infringentes nº 70027265545<sup>44</sup>, considerou o inciso III do art. 1.790 inaplicável por atribuir posição desfavorável à união estável em relação ao casamento. Diante da concorrência com colaterais, o tribunal decidiu por conceder a totalidade da herança ao convivente:

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.(SEGREDO DE JUSTIÇA)

---

<sup>43</sup>SERGIPE. Tribunal de Justiça. Incidente de Inconstitucionalidade nº 2010114780. Relator: Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Alagoas, 30 de março de 2011. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://tjse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18724465/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-2010114780-se-tjse>>. Acesso em 22 de nov. de 2017.

<sup>44</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 70027265545. Relator: André Luiz Planella Villarinho, Porto Alegre, 10 de julho de 2009. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5650820/embargos-infringentes-ei-70027265545-rs>>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não aplicou o inciso II do art. 1.790, do CC/2002, o qual atribui ao companheiro metade da fração que cabe a cada filho exclusivo do *de cuius*, tendo sido determinado que a herança fosse dividida igualitariamente entre o convivente e a única filha do falecido, na forma do art. 1.829, I, do CC/2002:

SUCESSÃO DO COMPANHEIRO (A) Decisão agravada que determinou a retificação do plano de partilha, para que os bens inventariados sejam partilhados meio a meio entre a companheira supérstite e a filha do de cuius Entendimento jurisprudencial que se inclina para a inaplicabilidade do artigo 1.790, do CC/2002, ante sua aparente inconstitucionalidade Cláusula de reserva de plenário Súmula Vinculante nº 10 que veda o reconhecimento implícito de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo Suscitado, de ofício, o incidente de inconstitucionalidade (art. 190, do RITJSP), com remessa dos autos ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça para apreciação da questão.<sup>45</sup>

Na contramão dos entendimentos propalados, em decisão proferida apenas um ano após a publicação do arresto transscrito acima pelo mesmo tribunal<sup>46</sup>, decidiu-se que o inciso III do art. 1.790 não possuía nenhuma inconstitucionalidade, tendo como fundamento a sua compatibilidade com o dispositivo constitucional entabulado no art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988:

ARROLAMENTO Declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do CC Adjudicação total da herança a favor da companheira Aplicação ao companheiro sobrevivente das mesmas regras de sucessão aplicáveis ao cônjuge herdeiro (art. 1.829 do CC), em prejuízo dos herdeiros colaterais Alegação, por parte dos herdeiros colaterais de 2º grau, de aplicabilidade do regime próprio da sucessão da união estável (art. 1.790, III, do CC) Confirmação da existência da união estável Inexistência de renúncia expressa dos herdeiros Constitucionalidade do dispositivo Compatibilidade com a norma do art. 226, § 3º, da CF Companheiro que concorre

<sup>45</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 487358420118260000/SP.** Agravante: Kellen Letícia Pinto Góes. Agravado: Valéria Arcanjo. Relator: Carlos Augusto de Santi Ribeiro. São Paulo, SP, 12 de julho de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0048735-84.2011.8.26.0000&cdProcesso=RI000S0E10000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=xv4ji7TxijGs1yTIIYCUzTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvGneogWMrrYhJHhTFbv1%2FGn01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYowTWXptQignWFJch18b0slhcijfnx0dmglAvffbUuwEQaP1n%2FMle5%2BimunUS%2Bvd%2FVOCQa6bK0SXp92MdI23UoCWxr%2FC1hJ2e0A2InulyudaKQ%3D>>. Acesso em 04 de dez. de 2017.

<sup>46</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 9279167512008826/SP.** Apelante: Geraldo Manoel Giangrecco. Apelante: Ignez Pupim e outro. Relator: João Carlos Saletti. São Paulo, SP, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=9279167-51.2008.8.26.0000&cdProcesso=RMZ00TMKY0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=xv4ji7TxijGs1yTIIYCUzTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvNB%2FkZGnGfuQ3Z8PbTquPnn01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYowTWXptQignWFJch18b0slhvTGH2y7%2BDCDiUnFO%2Fu%2FDf%2F3T2Cz%2BiAzjbhvETNt2ovTNNUybj56Mrd3UcBXnBQ4fU4uZLKc3XejnhTU0fWJ%2Bw%3D>>. Acesso em 04 de dez. de 2017.

com outros parentes sucessíveis, tem direito apenas a 1/3 da herança, relativa aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, reservada sua meação Decisão reformada parcialmente Sucumbência parcial da autora. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS Pedido, por parte da inventariante, de condenação dos herdeiros a honorários advocatícios Litigiosidade existente Inventariante, entretanto, parcialmente sucumbente, diante do provimento dos recursos dos herdeiros Pedido prejudicado. Apelação dos herdeiros provida, prejudicada a da autora.

Dentre este rol de decisões divergentes, o STJ<sup>47</sup> se manifestou sobre a alegação de uma filha que pugnava pela não incidência do art. 1.790 pelo fato desta norma ser mais benéfica que a do art. 1.829, I do CC/2002, que incidiria na hipótese do *de cuius* ter sido casado sob o regime da comunhão parcial de bens. Em outras palavras, a herdeira requereu a não aplicação do dispositivo relativo à união estável, pelo simples fato deste trazer mais benefícios que o casamento, no caso concreto.

A Corte negou provimento ao recurso, não sendo possível, nas palavras da ministra Nancy Andrighi afirmar que “a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil”.

Frente a tal cenário, resta demonstrada a insegurança jurídica causada pelo art. 1.790 do CC/2002. Não bastasse os embates doutrinários, a questão também trazia sérios reflexos na jurisprudência, provocando uma disparidade de decisões, como as relatadas *supra*.

A discussão da constitucionalidade do dispositivo finalmente chegou ao Superior Tribunal de Justiça em 2012 por meio da Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial de nº 1.135.354/PB<sup>48</sup>, no qual se discutia a constitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do CC/2002.

O relator sorteado, ministro Luís Felipe Salomão, de pronto, conheceu da arguição e reconheceu a inconstitucionalidade da norma, alegando não haver amparo constitucional para o legislador discriminar as famílias pela forma que foram constituídas. Com entendimento diverso, o Ministro Cesar Asfor Rocha divergiu do relator afirmando que a

<sup>47</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1117563/SP (2009/0009726-0)**. Recorrente: Sandra Aparecida Penariol Duarte. Advogados: Francisco Cassiano Teixeira e outros. Recorrido: Rosemari Aparecida Affonso. Advogado: Luiz Joaquim Bueno Trindade. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7684267&num\\_registro=200900097260&data=20100406&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7684267&num_registro=200900097260&data=20100406&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

<sup>48</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravio Interno em Recurso Especial nº 1135354/PB (2009/0160051-5)**. Recorrente: Maria Jaydeth Miranda. Advogado: Roberto Costa de Luna Freire e outro. Recorrido: Onaldo Lins de Luna – espólio. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 27 de maio de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15725365&num\\_registro=200901600515&data=20110602&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15725365&num_registro=200901600515&data=20110602&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

equiparação da união estável ao casamento não possui amparo na letra da lei, bem como que tal posicionamento retiraria o direito do casal de escolher o tipo de união que deseja e os efeitos patrimoniais respectivos.

Segue transcrito trecho do voto do Ministro Cesar Asfor Rocha:

Sem dúvida alguma, a equiparação do(a) companheiro(a) ao cônjuge, além de não encontrar amparo na letra do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, esvaziaria por completo o instituto da união estável e retiraria do casal o direito de escolher o tipo de sua união – se casamento ou união estável – e os efeitos patrimoniais respectivos conforme a sua conveniência e com toda a liberdade, dentro, evidentemente, dos limites traçados pela norma infraconstitucional.

Não obstante os argumentos apresentados pelos ministros, o incidente de inconstitucionalidade não foi conhecido pela Corte, pelo fato de o tribunal ter atestado o descabimento do Recurso Especial para tratar sobre violação à Constituição e não a lei federal ou tratado, conforme art. 105, III, da CRFB/88.

CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 1.790 DO CC/2002. NÃO CONHECIMENTO. 1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido. 2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido<sup>49</sup>.

Como demonstrado acima, a falta de uniformidade nas decisões dos tribunais causavam grande insegurança jurídica. Diante disso, diversos juristas, como Zeno Veloso e Mário Luiz Delgado, apresentaram argumentos jurídicos a favor e contra a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, como será evidenciado no tópico seguinte.

### **3.2 A (in)constitucionalidade do art. 1790 do CC/2002**

Consiste em entendimento quase que unânime entre doutrina e jurisprudência que o parágrafo terceiro do art. 226 da Constituição Federal de 1988 significou um grande avanço na proteção da família, que agora passou a ser resguardada pelo Estado quando configurada como união estável.

---

<sup>49</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial nº 1135354/PB (2009/0160051-5).** Recorrente: Maria Jaydeth Miranda. Advogado: Roberto Costa de Luna Freire e outro. Recorrido: Onaldo Lins de Luna – espólio. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 03 de outubro de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25593592&num\\_registro=200901600515&data=20130228&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25593592&num_registro=200901600515&data=20130228&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 04 de dez. de 2017.

A redação do referido dispositivo prevê, de forma expressa, o reconhecimento da “união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Como já relatado no capítulo anterior, muito se discutiu se a intenção do constituinte foi a de igualar ou não as entidades familiares. No presente tópico serão analisados argumentos trazidos pela doutrina, defendendo a constitucionalidade e a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002.

Para Mário Luiz Delgado<sup>50</sup>, o Texto Constitucional teve o fito de atribuir a união estável a proteção do Estado, contudo, isto não significou uma equiparação ao casamento, tanto que, ao final do inciso, o constituinte determinou que a lei infraconstitucional facilitasse a sua conversão em matrimônio.

Ademais, preleciona o jurista que se as referidas entidades familiares fossem equiparadas, a parte final do dispositivo não teria sentido, tendo em vista que seria esvaziado o sentido da norma de facilitar a conversão da união estável em casamento. Argumenta ainda que a lei, por ser abaixo da Constituição, “não pode anular a liberdade daqueles que não desejam se submeter ao regime típico do casamento, sob pena de tornar ineficaz a parte final do §3º do art. 226 da Carta Magna.”<sup>51</sup> Em outras palavras, não deve caber ao legislador o poder de regular uma relação informal ou atribuir os mesmos efeitos da sociedade conjugal, sendo esta uma decisão particular de cada indivíduo.

Relembrando as legislações passadas que regularam a matéria, Mário Roberto Carvalho Faria<sup>52</sup> preleciona que a proteção do Estado conferida aos companheiros não teve o condão de equiparar as entidades familiares, tendo em vista que o legislador não o fez nas legislações anteriores, quais sejam nas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, nem tampouco teve essa atenção durante a elaboração do novo Código Civil.

Por conseguinte, para esta parte da doutrina, o legislador não teve a intenção de igualar a união estável ao casamento e, se caso este fosse o seu intuito, deveria fazê-lo por meio de reforma da própria legislação. Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade ao se atribuir um regime sucessório aos companheiros diferente do que é atribuído aos cônjuges.

<sup>50</sup>DELGADO, Mário Luiz. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 5-21, set./out. 2014.

<sup>51</sup>DELGADO, Mário Luiz. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 5-21, set./out. 2014.

<sup>52</sup>FARIA, Mário Roberto Carvalho. **Direito das Sucessões: Teoria e Prática**. 7. ed. rev. aml. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 141.

Além disso, as injustiças narradas pela doutrina e pelos tribunais não deveriam significar, por si só, que a Lei Civil é inconstitucional<sup>53</sup>, devido ao fato de que esta teria tão somente seguido o que determinou a Carta Magna.

Para Inácio de Carvalho Neto<sup>54</sup> não existe inconstitucionalidade no tratamento diverso pela lei entre união estável e casamento, pelo fato de que é a própria Constituição que faz a distinção entre as entidades familiares. Desta forma, o Código Civil no âmbito legal, teria apenas acompanhado o comando constitucional.

De modo diverso, intercedendo pela defesa da equiparação, Zeno Veloso<sup>55</sup> faz uma análise a partir do que constituí esses tipos de família. Para o autor, ambas são formadas pelo afeto e pela convivência e, por estes motivos, merecem o mesmo tratamento. A discriminação entre elas, desta forma, ofenderia diretamente os fundamentos constitucionais. Isto porque a união estável teria adentrado ao mundo jurídico com “estatura constitucional”, não sendo admissível ser considerado inferior ao casamento.

Corroborando com o entendimento acima, Maria Berenice Dias<sup>56</sup> assevera que o tratamento diferenciado no plano sucessório é inconstitucional, haja vista que as diferenças previstas pelo legislador são absurdas. Para a autora, no mesmo dispositivo em que é assegurada a especial proteção à família, a Carta Magna reconhece ser a união estável entidade familiar, não tendo sido demonstrada qualquer hierarquização entre o casamento e a união estável.

Paulo Lôbo<sup>57</sup> argumenta que o tratamento diferenciado entre o casamento e a união estável atenta contra a dignidade da pessoa humana e a isonomia entre as entidades familiares. O referido autor filia-se aos que pregam a ótica do Direito Civil Constitucional, que também orientou o ministro Barroso ao proferir seu voto no RE 878694<sup>58</sup>.

De acordo com William Paiva Marques Júnior<sup>59</sup>, o neoconstitucionalismo que deu ensejo à geração de um Direito Civil Constitucional, tendo havido uma verdadeira

<sup>53</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 7 v. p. 197

<sup>54</sup>CARVALHO NETO. Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código civil. **Revista Jurídica da Unifil**. v. 1, n. 1, p. 105-117, 2004.

<sup>55</sup>SILVA, Regina Beatriz Tavares da et al (Org.). **Código Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1767.

<sup>56</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2<sup>a</sup> edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 152.

<sup>57</sup>LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Sucessões. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 150.

<sup>58</sup>TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito das sucessões. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 6 v. p. 299

<sup>59</sup>MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará**. v. 34, n. 2, p. 313-353, 2013.

privatização do Direito Constitucional, haja vista que alguns institutos, antes tratados apenas no direito civil, passaram a ser assimilados pela própria Carta Magna de 1988:

No aspecto contextual desse movimento de descodificação e micronormatização observa-se a constitucionalização de institutos que outrora eram regulados exclusivamente pelo Direito Privado.

Na interface deste fenômeno também se fala em privatização do Direito Constitucional, uma vez que muitos dos institutos tradicionalmente tratados pelo Direito Civil (tais como a propriedade e as famílias, por exemplo) são assimilados pelo texto constitucional.

Desta forma, ao atribuir expressa proteção à família, a Constituição Federal não teria permitido a existência de qualquer discriminação entre os companheiros e os cônjuges no âmbito legal.

Esta parte da doutrina reconhece que na legislação anterior (Leis nº 8.971/94 e 9.278/96) os companheiros já tinham conquistado diversos direitos, sendo inconcebível que o Código Civil de 2002 represente uma regressão, por clara violação ao princípio de vedação ao retrocesso.

O referido princípio, na forma como preleciona Canotilho<sup>60</sup>, é inerente ao estado democrático e pode ser conceituado da seguinte forma:

(...) núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.

Portanto, a inconstitucionalidade poderia ser evidenciada apenas pelo fato do art. 1.790 do CC/2002 representar um retrocesso aos direitos dos companheiros, diante das conquistas ocorridas com as leis promulgadas na década de noventa.

Corroborando com este posicionamento, o direito à herança consiste em cláusula pétrea<sup>61</sup>, conforme art. 5º, XXX da CRFB/88, motivo pelo qual, em tese, deveria ser garantido, da mesma forma, a cônjuges e conviventes.

Giselda Fernandes Novaes Hironaka<sup>62</sup> em artigo de sua autoria publicado na Revista de Direito Brasileira, analisa o tratamento sucessório diferenciado atribuído a

<sup>60</sup> CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina. p. 340

<sup>61</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 457.

<sup>62</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais?: A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 13, n. 6, p.131-149, jan./abr. 2016.

cônjuges e companheiros à luz do princípio da igualdade, buscando desta forma concluir se acertou o legislador do Código Civil de 2002 ao diferenciar os tipos de família.

A partir da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>63</sup>, “Conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, a jurista concluiu pela constitucionalidade do dispositivo.

Para que seja correto o tratamento diferenciado pelo legislador, Celso Antônio Bandeira de Mello elenca a necessidade de ser evidenciada a existência de três requisitos no caso concreto: (i) elemento tomado pelo legislador como fator de diferenciação, (ii) correlação lógica entre os fatos de discrimen e a diferenciação feita entre casamento e união estável e (iii) consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou função racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Tanto a união estável como o casamento são entidades familiares constituídas pelo afeto e com o objetivo de formar uma família. Dito isso, a única diferença entre elas seria que a união estável consiste em situação fática e que depende apenas do *animus* do casal de seguir com um objetivo de vida comum, por meio de convivência pública, contínua e duradoura; já o casamento, mesmo possuindo o mesmo objetivo, necessita de forma solene prevista por lei para sua constituição. Por conseguinte, a forma seria a única diferença entre eles, o que não pode ser tido como legítimo fator de desigualdade, pois não tem relação com a essência dos institutos.

Giselda Hironaka<sup>64</sup> assevera que a forma como requisito de validade dos matrimônios consiste tão somente em resquício da tradição cristã, na época em que a Igreja Católica controlava os casamentos. Com o passar dos anos, o Estado que acabou por assumir essa função.

Ocorre que, hodiernamente, a essência do casamento continua sendo a constituição de família para o prosseguimento de um projeto de vida, tanto que, mesmo

<sup>63</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 8 tir., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

<sup>64</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais?: A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 13, n. 6, p.131-149, jan./abr. 2016

quando formalmente válido, um casamento que fuja a esse propósito, não passa de ato jurídico simulado, nulo de pleno direito.

Quanto ao segundo requisito, qual seja a correlação lógica entre o fator de discrimen e a diferenciação feita entre casamento e união estável, constata-se que a forma solene do casamento não justifica a concessão de direitos distintos, principalmente, porque em sua essência, ambos são idênticos.

Por fim, conclui-se que não há consonância entre a referida discriminação e os interesses da Constituição Federal de 1988, pelo fato de que a “igualdade de todos os membros da família humana não é apenas um direito fundamental, cláusula pétrea”<sup>65</sup>, mas também um direito humano previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>66</sup>, proclamada pela Resolução nº 217 em 1948: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”

Desta forma, concluiu a autora:

Não há dúvida de que o interesse da Constituição Federal é proteger a união estável como entidade familiar idêntica ao casamento (§ 3º, art. 226 da CF), não havendo qualquer respaldo constitucional a discriminação sucessória dos participes da união, especialmente em razão da morte de um dos conviventes<sup>67</sup>.

Os embates doutrinários, finalmente, alcançaram a Suprema Corte, que no ano de 2017 pôs fim a discussão, como será demonstrado no tópico seguinte.

### **3.3 A decisão do Superior Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC**

A análise da inconstitucionalidade do dispositivo legal pelo Supremo Tribunal Federal chegou por meio dos Recursos Extraordinários 646721 e 878694.

O caso que deu ensejo ao RE 878694 teve origem em decisão proferida pela 2ª Vara Cível da comarca de Muriaé, no Estado de Minas Gerais. O magistrado de primeiro grau, por meio de sentença, reconheceu à companheira supérstite o direito sobre a totalidade

<sup>65</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais?: A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 13, n. 6, p.131-149, jan./abr. 2016.

<sup>66</sup>BRASIL. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2017.

<sup>67</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais?: A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 13, n. 6, p.131-149, jan./abr. 2016

da herança do *de cuius*, mesmo diante da existência de colaterais. Desta forma, o juiz deixou de aplicar o inciso III do art. 1.790 do CC/2002, por conceder tratamento desigual se comparado ao cônjuge, que na mesma situação seria único herdeiro por força do art. 1.838 do CC/2002.

Quando a ação foi apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a sentença foi reformada, tendo os desembargadores proferido acórdão alegando que a norma prevista na Lei Civil não representava nenhuma constitucionalidade. Decidiu o tribunal por atribuir apenas um terço do acervo hereditário a companheira sobrevivente, devendo os outros dois terços serem divididos entre os demais herdeiros, que, no caso em concreto, consiste em três irmãos do falecido.

Renitente com o acórdão proferido pelo tribunal, a companheira interpôs Recurso Extraordinário a Suprema Corte, pugnando pela declaração de constitucionalidade da norma com fulcro nos arts. 102, III, ‘a’, 5º, I e 226, §3º da CRFB/88.

Por unanimidade reconheceu-se a questão constitucional, bem como a repercussão geral suscitada pela parte:

Ementa: DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida.<sup>68</sup>

Nas palavras do relator Luís Roberto Barroso:

(...) o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social e jurídico: (i) social, por tratar da proteção jurídica das relações de família num momento de particular gravidade (perda de um ente querido), o que pode resultar numa situação de desamparo não apenas emocional, como também financeiro; e (ii) jurídico, porque relacionado à “especial proteção” conferida pelo Estado à família, como prevê o art. 226, *caput*, da Constituição de 1988.

Em 31 de agosto de 2016 iniciou-se o julgamento e sete dos onze ministros proferiram seus votos. O ministro Luís Roberto Barroso votou pelo reconhecimento da

---

<sup>68</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG.** Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Advogado: Monique de Ladeira e Thomazinho e outros. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outro. Advogado: Defensor Público. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF, 16 de abril de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8493791>> Acesso em 21 de nov. de 2017.

inconstitucionalidade da diversidade de tratamento no âmbito legal conferido à união estável quando comparada ao casamento.

Em seu voto, o Ministro evidencia a evolução da legislação do ponto de vista histórico, desde quando a mulher era considerada relativamente incapaz quando se casava, até o atual estágio, em que a Carta Magna passou a reconhecer diversos tipos de família. Nas palavras do relator a “constitucionalização do Direito Civil” trouxe um novo significado para a família, agora vista sob a égide da repersonalização do Direito Civil, fazendo com que a lei infraconstitucional passasse a ser analisada partindo da premissa que a pessoa humana é dotada de dignidade, que consiste em um fim em si próprio.

Para o Ministro, o regime sucessório atribuído antes do Código Civil de 2002, previsto pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, era mais favorável à união estável do que o vigente hodiernamente, tendo ocorrido um verdadeiro retrocesso social:

Após a Constituição de 1988 e antes da edição do CC/2002, o regime jurídico da união estável foi objeto de duas leis específicas, as Leis nº 8.971, de 29.12.1994, e nº 9.278, de 10.02.1996. A primeira delas (Lei nº 8.971/1994) praticamente reproduziu o regime sucessório estabelecido para os cônjuges no CC/1916, vigente à época. Desse modo, (i) estabeleceu que o companheiro seria o terceiro na ordem sucessória (atrás dos descendentes e dos ascendentes); (ii) concedeu-lhe direito de usufruto idêntico ao do cônjuge sobrevivente; e (iii) previu o direito do companheiro à meação quanto aos bens da herança adquiridos com sua colaboração. Embora esta Lei não tenha tornado o companheiro um herdeiro necessário (era apenas herdeiro legítimo), tal regramento em nada diferia daquele previsto para o cônjuge, que também não era herdeiro necessário no CC/1916. Diferença entre os dois regimes sucessórios era basicamente a ausência de direito real de habitação para o companheiro. Tal direito era concedido somente aos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal, apenas enquanto permanecessem viúvos, e, ainda assim, só incidia sobre o imóvel residencial da família que fosse o único daquela natureza a inventariar. Porém, logo essa diferença foi suprimida. A Lei nº 9.278/1996, ao reforçar a proteção às uniões estáveis, concedeu direito real de habitação aos companheiros. E o fez sem exigir o regime de comunhão universal de bens, nem que o imóvel residencial fosse o único de tal natureza. **Ou seja, a legislação existente até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 previa um regime jurídico sucessório até mesmo mais favorável ao companheiro do que ao cônjuge.** As leis relativas ao regime sucessório nas uniões estáveis foram, portanto, progressivamente concretizando aquilo que a CF/1988 já sinalizava: cônjuges e companheiros devem receber a mesma proteção quanto aos direitos sucessórios, pois, independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescente meios para que viva uma vida digna. Conforme já adiantado, o Direito Sucessório brasileiro funda-se na noção de que a continuidade patrimonial é fator fundamental para a proteção, para a coesão e para a perpetuação da família. (Grifou-se)

Em continuidade, por meio de uma interpretação gramatical, teleológica, histórica e sistemática, o Ministro concluiu pela inconstitucionalidade da hierarquização não autorizada das entidades familiares.

A interpretação gramatical foi utilizada para atestar a premissa prevista de maneira expressa na Constituição Federal, em seu art. 226, qual seja que a família tem especial proteção do Estado, não tendo sido determinado pela norma se certo modelo de família seria mais ou menos merecedor desta proteção.

Partindo da interpretação teleológica, o ministro interroga sobre quais seriam os fins sociais colimados pela Constituição. Para o julgador é entendimento indubitável que a finalidade da norma seria a de garantir a proteção das famílias como forma de tutelar seus membros, não sendo admitida qualquer tipo de discriminação, apenas devido o tipo de formação familiar que constitui.

Utilizando-se de uma interpretação histórica, Barroso afirma que o art. 226 é uma norma inclusiva e não segregativa, não tendo sido o objetivo do legislador escalar famílias como sendo de primeira ou segunda classe.

Ademais, por meio de uma intepretação sistemática, aduz o ministro ser possível que o legislador atribua regimes jurídicos diversos para o casamento e a união estável, entretanto, por meio de uma interpretação conjunta da própria Carta Magna, é inadmissível que esta diferenciação de regimes signifique uma hierarquização de uma entidade familiar em relação a outra, desigualando o nível de proteção estatal atribuído aos indivíduos.

Em relação à parte final do art. 226, §3º, que determina que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, aduz o julgador que isso não reflete qualquer hierarquização dos institutos. A norma tem como objetivo tão somente demonstrar o desejo do Estado de garantir maior segurança jurídica às relações sociais.

Ao final, concluiu o ministro Barroso que a inconstitucionalidade do dispositivo pode ser atestada pela violação de três princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e vedação ao retrocesso.

A dignidade da pessoa humana, para o julgador, consiste em valor intrínseco ao próprio indivíduo, significando que este por ter igual valor, não pode ser submetido a qualquer discriminação ilegítima relativa à raça, cor, nacionalidade, bem como a forma de constituição de família. Segundo Luís Roberto Barroso<sup>69</sup>, a dignidade humana é aplicável tanto nas relações entre o indivíduo e o Estado, como entre particulares, é o que corresponde a eficácia horizontal dos direitos constitucionais.

---

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo.: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2014. Tradução de: Humberto Laport de Mello.

Quanto à violação da proporcionalidade, esta poderia ser evidenciada pela vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionais que não foi respeitada pelo Código Civil ao dispor sobre o regime sucessório dos companheiros.

Por fim, quanto a vedação ao retrocesso, novamente o relator assevera que o sistema anterior era consideravelmente mais favorável ao companheiro do que o previsto pela atual Lei Civil, fato esse que não se pode admitir.

Os Ministros Edson Fachin, Teori Zavaski, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Carmén Lúcia acompanharam o voto do relator. O caso foi encerrado apenas em 10 de maio de 2017, tendo em vista o pedido de vistas do ministro Dias Toffoli, o que adiou o julgamento. Contudo, pela conquista da maioria dos votos a favor no início da votação e pelo trágico falecimento do ministro Teori Zavascki, o que culminou com a impossibilidade de alteração do seu voto, já era esperada a decisão no sentido de declarar a constitucionalidade do dispositivo legal.

De modo diverso, o ministro Dias Toffoli proferiu seu voto defendendo a constitucionalidade da norma prevista no Código Civil. Relatou o ministro que a união estável e o casamento consistem em entidades familiares distintas e que, portanto, autoriza-se um regime jurídico próprio para cada.

Para Toffoli o legislador de maneira proposital atribuiu regimes sucessórios diferentes a cônjuges e companheiros para que não houvesse equiparação dos institutos, no entanto, isso não teria significado uma hierarquização das entidades familiares.

Prelecionou o ministro que a diferenciação foi realizada em respeito ao princípio da autonomia da vontade dos indivíduos que devem ter o arbítrio de escolher a entidade familiar que desejam, bem como de verem cumpridos os efeitos jurídicos que esperam.

Além disso, defendeu a aplicação da máxima jurídica *in dubio pro legislatore*, a qual determina que, na interpretação das leis infraconstitucionais vigora a presunção da sua constitucionalidade.

O entendimento de Toffoli foi minoritário, tendo sido acompanhado apenas pelos ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Conjuntamente com o RE 878.694, ocorreu o julgamento do RE 646.721, que versou sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo. O segundo caso surgiu de recurso extraordinário interposto contra acordão da Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Na ocasião, o tribunal restringiu a herança cabível ao companheiro apenas aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, na forma do art. 1.790 do

CC/2002, afastando a incidência do art. 1.829, I e II, do CC/2002 com o fundamento de que a Constituição não teria equiparado a união estável ao casamento.

Os recorrentes sustentaram no recurso ofensa aos arts. 1º, III, 5º, I e 226, §3º da Carta Magna. Ademais, salientou a parte, que não há na legislação infraconstitucional a possibilidade de reconhecimento do casamento civil homoafetivo, o que impossibilita a escolha da forma de constituição familiar.

Neste caso, a repercussão geral foi reconhecida em 2011, conforme ementa ora abordada:

UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIROS – SUCESSÃO – ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil.<sup>70</sup>

O Ministro Marco Aurélio, como relator, sugeriu tese na qual seria constitucional o art. 1.790 do CC/2002, devendo o referido dispositivo reger as uniões estáveis, independentemente da orientação sexual dos companheiros. Afirmou ainda que, a questão da impossibilidade de casamento por casais de mesmo sexo, consistia em tema que não seria discutido nesse processo, que tratava apenas da equiparação da união estável, tanto hetero como homoafetiva, em relação ao casamento.

Aduziu o ministro que a própria constituição teria autorizado a distinção das entidades familiares, pelo fato de existir comando expresso no art. 226, §3º da CRFB/88 para que o legislador facilite a conversão da união estável em casamento.

Além disso, salienta que igualar o casamento à união estável significaria desrespeitar a autonomia da vontade do casal em relação a escolha do tipo de entidade familiar que deseja formar. Por conseguinte, não caberia ao judiciário, após a escolha feita pelos particulares, suprimir esta manifestação de vontade por meio de equiparações não aguardadas pelo indivíduo.

Dito isso, defende o Ministro o direito à liberdade dos particulares, sendo este o principal motivo para que não haja a equiparação dos institutos:

---

<sup>70</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 646.721/RS.** Recorrente: São Martin Souza da Silva. Advogado: Rossano Lopes. Recorrido: Geni Quintana. Advogado: Carlos Eduardo Ferreira. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 10 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1610317>>. Acesso em 21 de nov. de 2017

Não cabe ao Judiciário, após a escolha legítima pelos particulares, sabedores das consequências, suprimir a manifestação de vontade com promoção de equiparações, sob pena de ter-se manifesta violação a um dos pilares do Estado Democrático de Direito – o direito à liberdade, à autodeterminação.

O voto do relator foi acompanhado apenas pelo ministro Ricardo Lewandowski, tendo o voto do ministro Roberto Barroso redigido o acórdão que deu provimento ao recurso.

Barroso solicitou a antecipação de seu voto e informou a conexão do referido caso com o RE 878.694. Nesta oportunidade, salientou o ministro que a Constituição previu a conversão da união estável em casamento, simplesmente pelo fato de que o casamento, por possuir forma solene, transparece maior segurança jurídica. A união estável, ao contrário, muitas vezes, necessita de apresentação de provas para ser constatada. Portanto, a previsão constitucional de que a lei deve facilitar a conversão de um instituto em outro, objetivou apenas facilitar uma maior segurança jurídica e não a hierarquização das entidades familiares.

O acórdão foi proferido de acordo com voto do ministro Roberto Barroso, tendo sido fixada a mesma tese para ambos os casos.

Diante do exposto, a tese proferida foi no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo por distinguir os regimes sucessórios atribuídos a cônjuges e companheiros, devendo, agora, ser aplicado para ambos o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

Insta salientar que de acordo com o voto do ministro Barroso no RE 878.694/MG, a referida decisão não teve o condão de atingir as partilhas judiciais e extrajudiciais já realizadas, em prol da proteção do direito adquirido e da segurança jurídica. Desta forma, o julgador resolveu modular os efeitos da decisão na forma transcrita abaixo:

[...] levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado. Assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, entendo que a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública. (grifou-se)

Não obstante, a Suprema Corte tenha apontado qual dispositivo que deve ser utilizado agora para reger o regime sucessório de ambas as entidades familiares, diversas outras questões que já haviam sido suscitadas antes da declaração de constitucionalidade do dispositivo, ainda restaram sem respostas. Como exemplo, tem-se o questionamento de se com o reconhecimento desta equiparação, o companheiro teria adquirido o *status* de herdeiro necessário, como o cônjuge, ou não.

Estas e outras incertezas que não foram dirimidas pela Supremo serão explanadas no capítulo seguinte, esperando-se que o tema ainda permaneça em debate.

## **4 A EQUIPARAÇÃO DO REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS PELO STF E SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS**

Após anos de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal, finalmente, pôs termo a dúvida dos aplicadores do direito quanto a equiparação da união estável ao casamento.

Como demonstrado em linhas anteriores, a tese apresentada pelo tribunal foi de que é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios atribuídos a cônjuges e companheiros. Os ministros determinaram que para ambos os institutos deve ser aplicado o art. 1.829 do CC/2002.

Contudo, o fato de o art. 1.790 do CC/2002 ter sido considerado inconstitucional não trouxe a solução para todas as incertezas que ainda cercam o direito sucessório do companheiro, tendo em vista que diversas outras questões ainda restaram pendentes.

Isto demonstra como o descaso do legislador do Código Civil de 2002 ao regular a união estável, foi significativo e preocupante, ainda mais dentro da ótica de um direito civil constitucional, que busca garantir os direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles o direito à herança e a proteção à família.

A maioria dos dispositivos legais que trata sobre a união estável, encontra-se mal posicionada no corpo da Lei Civil, além de serem omissos quanto a determinadas questões. Ademais, ainda pairou dúvida quanto a concessão de outros direitos, já ofertados aos cônjuges e que o STF não se posicionou de maneira expressa sobre a sua aplicação aos companheiros.

Desta forma, permanece a indagação: teria sido a intenção do Supremo que apenas o art. 1.829 do CC/2002 fosse aplicado aos companheiros ou outros direitos previstos aos cônjuges, como a qualidade de herdeiro necessário e direito real de habilitação também teriam sido garantidos à união estável?

Essas e outras questões serão explanadas no presente capítulo, sem a intenção de esgotar o tema, tendo em vista que a decisão do Supremo ainda é recente e outras problemáticas ainda poderam ser evidenciadas com o passar o tempo.

### **4.1 O companheiro na categoria de herdeiro necessário**

O art. 1.845 do CC/2002 prevê o rol atinente aos herdeiros necessários, elencando como sendo desta categoria os descendentes, ascendentes e o cônjuge.

Nas palavras de Paulo Nader<sup>71</sup>: “*Heredes necessarii* são pessoas integrantes de classes sucessíveis, listadas em lei, inafastáveis da sucessão por disposição de última vontade. Compõem-se de membros da família com vínculos próximos ao *de cuius*. ”

Aos herdeiros necessários é concedida uma parte ou a totalidade da legítima, que consiste na metade dos bens da herança (art. 1.846 do CC/2002). Contudo, insta salientar que não são necessariamente herdeiros obrigatórios, tendo em vista que podem ser afastados pelo instituto da renúncia à herança ou devido a ação de indignidade e deserção.

Buscou o legislador com a criação da legítima assegurar o direito de herança, previsto no art. 5º, XXX, da CRFB/88, àqueles que possuem um laço maior de afeto com o falecido. Neste sentido, salienta Caio Mário da Silva Pereira<sup>72</sup> sobre o objetivo da sucessão: “Ora, neste ponto, cabe lembrar a função desempenhada pela sucessão legítima e, em particular a sucessão necessária: assegurar proteção à família.”

Para a professora e doutrinadora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka<sup>73</sup>, em posicionamento isolado, o afeto poderia ser considerado um princípio que traz essa imposição de uma quota patrimonial mínima aos herdeiros necessários:

O princípio do afeto carrega também carga ativa de imposição de deveres entre aqueles que se relacionam juridicamente em matéria familiar, provavelmente em razão do vínculo amoroso ou consanguíneo, de tal modo que resta imposto, ao *de cuius*, uma quota patrimonial mínima que deve, necessariamente, ser destinada aos seus herdeiros necessários. Trata-se da chamada “legítima dos herdeiros necessários”.

Portanto, o herdeiro necessário não pode ser afastado de sua porção do acervo hereditário, nem mesmo por vontade do *de cuius* entabulada em testamento. Havendo descendentes, ascendentes e cônjuge, ao indivíduo apenas é possível dispor sobre metade de seus bens.

Em mera leitura do art. 1.845 do CC/2002, constata-se que a qualidade do cônjuge de herdeiro necessário não gera qualquer dúvida pelo fato de ter sido prevista expressamente na legislação, sendo considerada importante evolução no que tange ao direito sucessório deste tipo de formação familiar. Contudo, a atribuição de herdeiro necessário ao companheiro é matéria que infla debates, devido a omissão do legislador.

<sup>71</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: Direito das sucessões. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v. p. 181

<sup>72</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Sucessões. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v. atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. p. 151

<sup>73</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais?: A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 13, n. 6, p.131-149, jan./abr. 2016.

Diante dessa omissão questiona-se se seria o companheiro, então, um herdeiro facultativo. De acordo com Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>74</sup> os herdeiros facultativos podem ser afastados por indignidade, por renúncia ou pela erepção, ou seja, pela perda do direito sucessório legal através de disposição testamentária que o exclua da herança.

Entretanto, além de não constar no rol atinente aos herdeiros necessários, o companheiro também não é previsto como herdeiro facultativo pelo art. 1.850 do CC/2002, que determina: “Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

Frente a tal cenário, para a maioria da doutrina, o companheiro não possuía a atribuição de herdeiro necessário por falta de previsão legal, não sendo possível que o aplicador da lei utilizasse de interpretação extensiva para conceder a legítima a classe não elencada no rol taxativo do art. 1.829 do CC/2002.

Nas palavras de Francisco José Cahali<sup>75</sup>: “De outra parte, não se preocupou o Código em ter o companheiro sobrevivente na condição de herdeiro necessário, como o fez em favor do cônjuge no art. 1.845.”

Aos que defendiam esse entendimento, justificava-se a não concessão de legítima aos companheiros com base nos próprios objetivos principais do Código Civil de 2002.

Corroborando com tal doutrina, imbuído de um conceito preconceituoso quanto a união estável, o deputado Ricardo Fiúza<sup>76</sup> no parecer final à emenda substitutiva do Projeto de Lei nº 634/75, que incluiu o art. 1.790 ao Código Civil de 2002, caracterizou os companheiros como instituição-meio para se chegar a instituição-fim que seria o casamento.

As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivo, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descharacterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio, quanto o casamento – enquanto instituição-fim, na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura.

---

<sup>74</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 452

<sup>75</sup> CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 181

<sup>76</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 3, p. 525.

Da manifestação do deputado conclui-se que sendo a união estável tão somente uma “fase” ou um “meio” anterior a celebração do casamento, não deveria o companheiro ser considerado um herdeiro necessário, pelo fato deste tipo de entidade familiar ser considerado “inferior” ao casamento.

Outra parcela da doutrina assevera que o companheiro é um herdeiro *sui generis*, pelo fato de ser um herdeiro regular apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Neste sentido, Maria Helena Diniz<sup>77</sup>:

Todavia é preciso ressaltar que, pelo art. 1.790, I a IV, do Código Civil, tratando-se de concubinato puro, ou melhor, de *união estável*, o **companheiro supérstite não é herdeiro necessário**, nem tem direito à legítima, mas participa da sucessão do *de cujus*, na qualidade de sucessor regular, sendo herdeiro *sui generis*, ou seja, sucessor regular (visto que não figura na ordem de vocação hereditária) somente quanto à ‘meação’ do falecido relativa aos bens *adquiridos onerosamente na vigência do estado convivencial*, nas seguintes condições. (grifou-se)

Contudo, em contrapartida, a minoria dos doutrinadores, por meio de uma interpretação sistemática, antes da decisão da Suprema Corte, já entendia que o companheiro teria sido elevado à categoria de herdeiro necessário juntamente com o cônjuge.

Neste sentido, Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>78</sup> apresenta diversos argumentos com o fito de embasar a sua tese.

De início, aduz o autor que não seria permitido fazer analogia para restringir direitos, haja vista que esta consiste em método para completar determinada lacuna da lei e, por isso, deveria tão somente trazer benefícios. Por conseguinte, não sendo previsto o convivente no art. 1.850 do CC/2002, não pode este ser considerado herdeiro facultativo.

Ademais, a legislação infraconstitucional anterior ao *códex* atual (neste ponto se refere o autor ao Código Civil de 1916 e as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96) equiparava sucessoriamente o companheiro ao cônjuge. Desta forma, seria inconstitucional desigualá-los, pois significaria uma latente violação ao princípio da vedação ao retrocesso, implícito na Constituição Federal de 1988.

Preleciona ainda o jurista que “os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade familiar e da igualdade formal e substancial entre as pessoas ocupantes da mesma posição” não permitem a defesa de uma desigualdade entre os

<sup>77</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Direitos das sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 6 v. p. 170

<sup>78</sup>CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 453.

referidos institutos, muito menos a elevação de apenas um deles a qualidade de herdeiro necessário.

Em outra obra, o mesmo autor demonstra a lógica da sua defesa sobre atribuir ao companheiro a qualidade herdeiro necessário:

Data vénia, meu amigo Prof. Cahali, o Prof. Gustavo Tepedino e eu estamos entendendo que o companheiro é herdeiro necessário. Isso pelo seguinte: em primeiro lugar, o legislador diz que ele participará da herança, de modo imperativo. Em segundo lugar, quem participa de uma herança, ou participada como herdeiro, ou participa como legatário. E aqui se ele recebe quinhão não individualizado, no momento da morte, é um herdeiro. Em segundo lugar, o que é um herdeiro necessário? É aquele que não pode ser afastado da sucessão por testamento válido do autor autor da herança. É aquele que só vai ser afastado da sucessão, pelo menos em relação à sua cota legitimaria, se renunciar a herança ou for excluído da sucessão por indignidade ou deserção. Ora, reparem os senhores, o companheiro sobrevivente, desde que haja aquestos, pela letra fria da lei ou, então de modo amplo, como eu defendo, sempre participará da sucessão. E inclusive se sobreponha ao Poder Público, nos termos do art. 1.844 em que não havendo cônjuge ou companheiro, nem parente algum sucessível ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao município, ou Distrito Federal.<sup>79</sup>

Para o atualizador da obra de Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Roberto Barbosa Moreira, a união estável é uma modalidade de família, que segundo o texto constitucional possui “especial proteção do Estado” (art. 226, §3º, da CRFB/88). Devido a isso, permitir que se disponha da totalidade do patrimônio, sendo da discricionariedade do testador excluir o companheiro da herança, seria retirar o direito sucessório de um dos parentes mais próximos do *de cuius*, resultado este indesejado pela legislação atual que tem como objetivo a proteção da família.

Diante do cenário exposto, observa-se que nunca houve na doutrina consenso quanto ao referido tema. Empós a decisão do Supremo Tribunal Federal, a dúvida tornou-se ainda mais latente.

É bem verdade que os companheiros continuam não sendo previstos no rol do art. 1.845 do CC/2002. Por conseguinte, aos que defendiam a tese de que os conviventes não devem ser considerados herdeiros necessários por falta de previsão legal, o argumento ainda subsiste mesmo após a decisão do STF.

Entretanto, considera-se temerária uma interpretação literária do dispositivo, tendo em vista que a decisão do supremo foi de encontro com a maioria dos argumentos que defendiam a não concessão da legítima aos conviventes. Isto porque, os motivos principais

---

<sup>79</sup>CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Sucessão dos Descendentes, Sucessão dos Cônjuges e Sucessão na União Estável.** Revista da EMERJ, Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, Rio de Janeiro, p. 196-206, jul. 2002

pelos quais se defendia que o companheiro não deve ser considerado herdeiro necessário, também justificavam o tratamento desigual atribuído as entidades familiares quanto ao regime sucessório.

Desta forma, tendo o Supremo considerado inconstitucional “a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros” não se pode aceitar que para o companheiro seja permitido excluir o outro de sua herança, enquanto que para o cônjuge, isso não é possível. Defender que o convivente não passa de um herdeiro facultativo, significaria um novo retrocesso que vem há anos sendo veemente rebatido pela doutrina e pela jurisprudência.

Em que pese a liberdade do indivíduo de testar seja um direito importantíssimo, não é admissível que este se sobreponha a direitos constitucionais do indivíduo como proteção à família (art. 226, CRFB/88), igualdade (art. 5º, caput, CRFB/88), direito à herança (art. 5º, XXX, CRFB/88) e dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88).

Assim, tendo o STF asseverado pela isonomia entre o casamento e a união estável, o lógico é que o companheiro, assim como o cônjuge, seja considerado herdeiro necessário. Este também é o entendimento de Flávio Tartuce<sup>80</sup>, que analisando a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 através do posicionamento dos ministros do Supremo, mesmo antes de terminada a votação, concluiu que o companheiro teria sim adquirido o *status* de herdeiro necessário.

Diante do exposto, é possível concluir que o entendimento que mais se coaduna com a decisão do STF é de que o companheiro pode ser considerado herdeiro necessário. Em respeito às opiniões contrárias, a questão ainda carece de amadurecimento, sendo aguardado futuros debates sobre o tema.

#### **4.2 O direito real de habitação atribuído ao companheiro**

O Código Civil de 1916 não previa o direito real de habitação para os cônjuges, enquanto que a Lei nº 9.278/96 passou a prever este direito ao companheiro supérstite, em seu art. 7º, parágrafo único, da seguinte forma: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”

---

<sup>80</sup>TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** Direito das sucessões. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 6 v. p. 298

Após a entrada em vigor da referida lei, o Superior Tribunal de Justiça<sup>81</sup>, mesmo diante da inexistência de previsão legal, proferiu decisão concedendo este direito também aos cônjuges.

Com o advento do Código Civil de 2002, o direito real de habitação foi concedido expressamente em benefício dos cônjuges, que passaram a tê-lo reconhecido pelo art. 1.831 do CC/2002, o qual prevê:

Art. 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.

Insta salientar que tal direito não se confunde com a propriedade do bem, pois esta poderá ser concedida ao herdeiro legítimo ou testamentário; devendo permanecer, contudo, a restrição quanto ao direito real de habitação em favor do viúvo.

Com o advento do atual *codex*, o legislador restou silente quanto a permanência da concessão deste direito aos companheiros. Frente a tal cenário, duas correntes doutrinárias principais emergiram: a primeira sustentava que diante da omissão do legislador, o Código Civil de 2002 teria revogado a Lei nº 9.278/96, portanto os companheiros não poderiam mais usufruir deste direito; a segunda defendia a persistência do direito real de habitação, frente a ausência de revogação expressa da norma infraconstitucional pela Lei Civil.

Para Mário Roberto Carvalho Faria<sup>82</sup>, partidário da primeira corrente, devido à falta de previsão legal, o direito real de habitação para a união estável teria sido revogado: “Lamentavelmente, propiciou o legislador aos companheiros com essa irreparável omissão a possibilidade da falta, inclusive, de um teto para residir após o falecimento de seu companheiro.”

Também adepto desta corrente, Zeno Veloso<sup>83</sup> afirma que a intenção do legislador foi justamente excluir o referido direito à união estável de maneira proposital, por conseguinte, não se tratou de mero desleixo ou esquecimento.

A outra parte da doutrina, adepta a segunda corrente, aduzia que, mesmo inexistindo previsão legal expressa no Código Civil vigente, a Lei nº 9.278/96 não teria sido abrogada, mas apenas derrogada em relação aos dispositivos incompatíveis com o atual

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 821.660/DF. Relator: Sidnei Beneti, Brasília, DF, 14 de junho de 2011. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21115301/recurso-especial-resp-821660-df-2006-0038097-2-stj>>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

<sup>82</sup>FARIA, Mário Roberto Carvalho. **Direito das Sucessões: Teoria e Prática**. 7. ed. rev. aml. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 143.

<sup>83</sup> VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 162.

Código Civil, como determina o art. 2º, §1º do Decreto-lei nº 4.657/42.<sup>84</sup> Por conseguinte, não existindo incompatibilidade entre o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/96 e a Lei Civil hodierna, não haveria porque se falar em revogação do dispositivo.

Para Sílvio de Salvo Venosa<sup>85</sup> este direito é plenamente defensável, tendo em vista que consiste em um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos:

Somos da opinião de que é perfeitamente defensável a manutenção desse direito no sistema do Código de 2002. Esse direito foi incluído na referida lei em parágrafo único de artigo relativo à assistência material recíproca entre os conviventes. A manutenção do direito de habitação no imóvel residencial do casal atende às necessidades de amparo do sobrevivente, como um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos. Esse direito mostra-se em paralelo ao mesmo direito atribuído ao cônjuge pelo atual Código no art. 1.831.

Corroborando com este entendimento, observa-se que o art. 2.045 do CC/2002<sup>86</sup> atinente as “disposições transitórias” da Lei Civil determinou que ocorreu a revogação apenas do Código Civil de 1916 e da parte primeira do Código Comercial (Lei nº 556/1850), não existindo menção expressa quanto a qualquer outra norma infraconstitucional.

A I Jornada de Direito Civil se posicionou sobre a situação, tendo construído entendimento, por meio de interpretação analógica, de que deve ser estendido aos conviventes o direito real de habitação previsto aos cônjuges no art. 1.831 do CC/2002. Desta forma, foi proferido o enunciado 117: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.”<sup>87</sup>

Para Maria Berenice Dias<sup>88</sup>, somando-se ao fato de que não houve revogação do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/96, a própria Constituição Federal teria autorizado a concessão deste direito, pois o casamento e a união estável são submetidos a igual proteção pelo Estado, como prevê o art. 226, §3º da CRFB/88, devido a isso nenhum tratamento diferenciado no âmbito legal seria admissível.

<sup>84</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 7 v. p. 143

<sup>85</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 7 v. p. 152

<sup>86</sup> Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

<sup>87</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Disponível em:< <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/758>>. Acesso em 22 de nov. de 2011.

<sup>88</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 78.

Flávio Tartuce<sup>89</sup> ao tratar sobre a matéria, salienta também que a prevalência do citado direito tem como fundamento a proteção constitucional à moradia, prevista no art. 6º da CRFB/88; estando, portanto, em consonância com os ditames do direito civil constitucional.

Saliente-se que a referida discussão teria se encerrado se o Projeto de Lei nº 6.960/2002 tivesse sido aprovado, haja vista que na modificação prevista para o art. 1.790 do CC/2002 seria incluído um parágrafo único no dispositivo legal prevendo o direito real de habitação aos conviventes da seguinte forma:

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, 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.<sup>90</sup>

Mesmo diante deste embate de argumentos, a doutrina majoritária sempre foi no sentido de que o direito real de habitação deve ser concedido aos conviventes em união estável e neste mesmo sentido seguia a jurisprudência<sup>91</sup>.

Frente a superação desta controvérsia, resta analisar quais os efeitos da decisão do Supremo sobre essa questão.

A corte não chegou a analisar o tema de maneira objetiva ou mesmo inseri-lo na tese que foi proferida pelo Tribunal, contudo, durante seu voto, o ministro Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário 878.694, suscitou a questão:

“o CC/2002 não previu direito real de habitação para o companheiro, embora o tenha feito para o cônjuge (art. 1.831, CC/2002). Passou-se, então, a debater se o companheiro ainda teria esse direito com base na Lei n.º 9.278/1996 ou se ele teria sido revogado pelo novo Código Civil. O mais curioso é que, relativamente ao direito real de habitação do cônjuge, o CC/2002 incorporou os requisitos mais brandos que a Lei n.º 9.278/96 previa para as uniões estáveis. Ou seja, melhorou a situação do cônjuge, dando a ele os direitos atribuídos ao companheiro, mas nada disse em relação a este último.”

Mesmo diante da omissão do Supremo, pode-se partir da premissa que aos companheiros é concedido o direito real de habitação, tendo em vista que este já era o entendimento majoritário. Portanto, a discussão se restringe a qual dispositivo deve ser

<sup>89</sup>TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito das sucessões. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 6 v. p. 274

<sup>90</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.960/02. **Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12 [...] da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, acrescenta dispositivos e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarIntegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002)> Acesso em 21 de nov. de 2017.

<sup>91</sup>TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito das sucessões. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 6 v. p. 274

aplicado ao conceder este direito aos companheiros: o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96 ou o art. 1.831 do CC/2002? Importante salientar que os dois dispositivos possuem requisitos e efeitos diferentes.

O parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.287/96 não determina se o bem deve ser necessariamente de propriedade do *de cuius* para que o direito seja reconhecido, aduzindo apenas que o convivente possui direito real de habitação sobre “imóvel destinado à residência da família”. Ademais, quanto aos seus efeitos, a lei prevê a extinção do direito quando o convivente supérstite constituir nova união ou casamento.

Em relação ao art. 1.831 do CC/2002, a norma exige que o imóvel tenha sido destinado à residência do casal e que consista em único bem dessa natureza a inventariar. Desta forma, presume-se que o bem seja de propriedade do falecido ou de ambos os cônjuges. Quanto a extinção do direito, não existe menção ao caso de o viúvo vir a constituir nova família, podendo ser considerado um direito vitalício<sup>92</sup>.

Os dois dispositivos, portanto, possuem diferentes requisitos e efeitos, por isso atribuir o art. 7º, parágrafo único da Lei nº 9.287/96 ao companheiro e o art. 1.831 do CC/2002 ao cônjuge, seria conferir um tratamento diferenciado às entidades familiares, o que não é mais aceitável após a decisão proferida pelo STF.

Por este motivo, o entendimento que parece mais se coadunar com a decisão do Supremo, é de que deve ser aplicado o art. 1.831 do CC/2002 à união estável.

Ademais, parece que a Lei nº 9.287/96 realmente foi revogada em sua totalidade. Na decisão proferida no Recurso Extraordinário 646.721, em trecho da ementa, chega a ser relatado que o art. 1.790 do CC/2002 teria revogado as leis anteriores que tratavam sobre matéria: “Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro) (...)<sup>93</sup>”.

Somando-se a isso, em 2013, o STF proferiu decisão no sentido de que o novo Código Civil teria abrogado as leis que regulavam a sucessão dos companheiros e, segundo o art. 226, §3º da CRFB/88, não seria permitido um tratamento diferenciado entre casamento e união estável, portanto para ambos deveria ser aplicado o art. 1.831 do CC/2002:

<sup>92</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Sucessões. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v. atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. p. 134

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 646.721/RS**. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Advogado: Rossano Lopes. Recorrido: Geni Quintana. Advogados: Carlos Eduardo Ferreira. Brasília, DF, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28646721.NUME.+OU+646721.AC MS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j9y92gj>> Acesso em 21 de nov. de 2017

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

**1. O novo Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, abrogando as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.**

2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1.831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico.

**3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este.**

4. No caso concreto, o fato de haver outros bens residenciais no espólio, um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de Medeiros, Porto Alegre-RS, que lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido.

5. O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do de cujus, como é o caso. 6. Recurso especial não provido.<sup>94</sup> (grifou-se)

Diante do exposto, o entendimento que mais se aproxima a tese proferida pelo Supremo quanto ao direito sucessório de cônjuges e companheiros é de que para ambos deve ser garantido o direito real de habitação com base no art. 1.831 do CC/2002. Neste mesmo sentido é o posicionamento do doutrinador Flávio Tartuce.<sup>95</sup>

#### **4.3 A concorrência concomitante de cônjuges e companheiros e a aplicabilidade do art. 1.830 do CC/2002**

O direito de herdar do cônjuge possui limitações impostas pelo art. 1.830 do CC/2002:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de

<sup>94</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1329993/RS.** Recorrente: J A L P – espólio. Advogado: Dilma de Souza e outro. Recorrido: M R S N. Advogado: Fernando Malheiros Filho e outro. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33242691&num\\_registro=201002222363&data=20140318&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33242691&num_registro=201002222363&data=20140318&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

<sup>95</sup>TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** Direito das sucessões. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 6 v. p. 277

fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Pela mera leitura do dispositivo, depreendem-se três requisitos para que o viúvo possa participar da herança do *de cuius*: (i) não estar separado judicialmente, (ii) não estar separado de fato por mais de dois anos e (iii) que a convivência não tenha se tornado impossível por culpa do cônjuge supérstite.

A separação judicial a que se refere o dispositivo consiste propriamente na separação transitada em julgado, não sendo admissível a pendência de ação ou acordo ainda não homologado por juízo competente<sup>96</sup>. Em que pese não haja previsão legal neste sentido, o divorciado também não teria legitimidade para herdar, pelo fato de o divórcio dissolver além da sociedade conjugal, o próprio casamento, conforme aduz o art. 1.571, §1º do CC/2002.

A norma também exige que, caso tenha havido separação de fato do casal, para que permaneça o direito de herdar do cônjuge, esta não tenha ocorrido há mais de dois anos.

Para Inácio de Carvalho Neto<sup>97</sup> a separação de fato do casal não deveria culminar em nenhum efeito quanto aos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, haja vista que, a seu ver, apenas o distanciamento do casal não extingue a sociedade conjugal.

Quanto ao requisito da inexistência de culpa na separação de fato do casal, nas palavras de Mário Roberto Carvalho de Faria<sup>98</sup>, a norma se refere a culpa do cônjuge na separação por conduta ou atos que tenham ferido os deveres conjugais. Excepciona o autor as situações nas quais o *de cuius* tenha praticado atos de gravidade, como agressões físicas e morais, que tenham tornado a convivência insuportável.

Já em relação a união estável, o único requisito indispensável para que o companheiro tenha legitimidade para herdar consiste na exigência de o relacionamento ter perdurado até a morte do convivente. Por conseguinte, havendo separação do casal pouco antes do falecimento de um deles, ao companheiro supérstite não subsistiria qualquer direito sucessório.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>99</sup>, em seus ensinamentos, chega a relativizar a situação no caso de a separação dos companheiros tenha ocorrido por motivos alheios à

<sup>96</sup>CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 173.

<sup>97</sup>NETO. Inácio de Carvalho. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código civil. **Revista Jurídica da Unifil**. v. 1, n. 1, p. 105-117, 2004.

<sup>98</sup>FARIA, Mário Roberto Carvalho. **Direito das Sucessões: Teoria e Prática**. 7. ed. rev. aml. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 118.

<sup>99</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v. atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. p. 141.

vontade de ambos. Nesta situação, preleciona o autor que deve permanecer o direito do convivente de herdar:

Será irrelevante, todavia, o fato de os companheiros se acharem separados por motivos estranhos à vontade de ambos, como no caso (na prática, não de todo raro) em que parentes do de cuius o tenham removido de sua residência habitual, aproveitando-se de moléstia grave (ou de outra situação que o fragilize) e com o malicioso propósito de descharacterizar a união estável.

Diante do exposto, cumpre analisar se os diferentes requisitos que atribuem a legitimidade de herdar ao cônjuge e ao companheiro ainda devem perdurar após a decisão proferida pelo STF nos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694.

Francisco José Cahali<sup>100</sup> critica veementemente as exigências previstas no art. 1.830 do CC/2002, isto porque a possibilidade do cônjuge sobrevivente poder herdar até dois anos após a separação de fato do casal vai de encontro com o art. 1.723, §1º da CC/2002, que reconhece a união estável “no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

Em outras palavras o art. 1.830 atribuí direitos sucessórios a ex-cônjuge durante o período de dois anos contados da separação de fato, enquanto que, ao mesmo tempo, o art. 1.723, §1º reconhece a existência da união estável com a produção de todos os seus efeitos imediatamente após a separação de fato do casal unido pelo matrimônio.

Dito isso, o art. 1.830 do CC/2002 dá azo ao chamamento simultâneo de companheiro e cônjuge para concorrer a herança do *de cuius* que em menos de dois anos da separação de fato no casamento, tenha constituído união estável.

Quanto ao tema em comento, a doutrina aponta diversas soluções, tendo como exemplo a desenvolvida por Caio Mário da Silva Pereira<sup>101</sup>:

Sendo inadmissível ao intérprete ignorar a cláusula final do art. 1.830, a despeito das críticas, de lege ferenda, que se possam dirigir à necessidade de indagação sobre culpa (...), parece-nos que o problema deva ser resolvido mediante a aplicação, em cada período de aquisição patrimonial, das regras sucessórias que lhe são próprias, como se se tratasse de duas sucessões distintas: assim, considerar-se-ão, em primeiro lugar, os bens adquiridos até a separação de fato e, quanto a eles, se fará a partilha segundo o art. 1.829, assegurada aí a participação do cônjuge (em concorrência ou não com parentes do falecido; em seguida, proceder-se-á à partilha dos bens posteriormente adquiridos, de acordo com o art. 1.790, recebendo o companheiro o quinhão que, nas circunstâncias, lhe couber.

---

<sup>100</sup> CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 175.

<sup>101</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Sucessões. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v. atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. p. 147.

Em suma, o autor defende a divisão da herança em duas partes, a primeira para tratar dos bens adquiridos durante o casamento, na qual apenas o cônjuge teria direitos sucessórios e a segunda contendo os bens adquiridos na constância da união estável, e desta participaria apenas o companheiro como herdeiro.

Em sentido diverso a V Jornada de Direito Civil proferiu o enunciado 525 determinando ser admissível a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro quanto aos bens adquiridos na constância da união estável: “Arts. 1.723, § 1º, 1.790, 1.829 e 1.830. Os arts. 1.723, § 1º, 1.790, 1.829 e 1.830 do Código Civil admitem a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro sobreviventes na sucessão legítima, quanto aos bens adquiridos onerosamente na união estável”<sup>102</sup>.

Francisco José Cahali<sup>103</sup> não admite essa possibilidade, defendendo a perda da condição de herdeiro do cônjuge logo após a separação de fato, da mesma forma que é previsto para a união estável:

Daí porque, mesmo contrariamente à expressa previsão da norma, deve ser ignorada a condição imposta, retirando a condição de herdeiro do cônjuge separado de fato, independentemente do prazo da ruptura ou de sua causa, em qualquer situação (beneficiando ascendentes e descendentes), mas especialmente se para a herança for convocado o companheiro sobrevivente.

Em que pese a união estável se constitua por uma situação fática, a separação de fato de casal unido pelo matrimônio também deveria exprimir efeitos jurídicos imediatos, isto porque não seria justo proporcionar a ex-cônjuge vantagem patrimonial quanto a um casamento que se tornou tão somente uma reminiscência cartorial<sup>104</sup>.

Para Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>105</sup>, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010, que modificou o §6º do art. 226 da CRFB/88, trazendo a possibilidade de dissolução do casamento civil pelo divórcio, a redação do art. 1.830 do CC/2002 teria sido modificada pela incompatibilidade com o texto constitucional, devendo ler-se a regra da seguinte forma: “somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato de modo inequívoco”.

<sup>102</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/594>>. Acesso em 22 de nov. de 2017.

<sup>103</sup> CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 175.

<sup>104</sup> CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 175.

<sup>105</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 364.

Por fim, quanto a possibilidade de permanência do direito sucessório para o caso de o cônjuge sobrevivente ter demonstrado que não teve culpa na separação de fato, Paulo Lôbo<sup>106</sup> preleciona que a Emenda Constitucional nº 66/2010 teria extinguido a figura da separação judicial, não podendo persistir quaisquer discussões acerca da culpa do consorte para o fim do relacionamento.

Diante do exposto, levando em consideração a decisão proferida pela Suprema Corte, depreende-se que o objetivo do direito sucessório consiste em amparar àquele que o *de cuius* tinha proximidade, amor e afeição, portanto, não se deve admitir a concorrência concomitante entre cônjuge e companheiro, devendo manter-se como herdeiro apenas aquele que permaneceu com o falecido até o fim da sua vida. Insta salientar que a meação a que o ex-cônjuge tenha direito não se confunde com o direito de herança.

Portanto, seria mais adequada a aplicação do art. 1.830 do CC/2002 de acordo com a leitura proposta pelo professor Luiz Paulo Vieira de Carvalho, que estabelece efeitos imediatos para a separação de fato de cônjuges.

#### **4.4 A atribuição de fração mínima ao convivente concorrendo com descendentes comuns**

O regime sucessório atual atribuído aos cônjuges não se restringe apenas ao art. 1.829 do CC/2002. Demais prerrogativas estão encapadas nos arts. 1.830 (necessidade de estar casado ou não separado de fato do falecido há mais de dois anos para ser reconhecido como herdeiro), art. 1.831 (direito real de habitação), art. 1.832 (direito a quinhão igual ao dos descendentes que sucedem por cabeça e garantia da quarta parte da herança se concorrer com filhos comuns) e art. 1.845 (direito à legítima).

A discussão da aplicabilidade da maioria dos dispositivos elencados acima aos companheiros, já foram expostas no presente capítulo. Resta saber se o art. 1.832 também deve ser aplicado a união estável.

O art. 1.832 dispõe sobre a concorrência do cônjuge com descendentes: “Art. 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.”

---

<sup>106</sup>LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 124.

Da leitura do dispositivo depreende-se que ao cônjuge caberá fração igual a atribuída a cada descendente, entretanto, na hipótese de o viúvo concorrer com filho comum entre este e o *de cuius* a lei lhe resguarda a quarta parte da herança.

Exemplificando a situação, havendo concorrência do cônjuge com quatro filhos do falecido, não sendo o viúvo ascendente destes, a cada um dos herdeiros caberá um quinto da herança. No entanto, caso o cônjuge supérstite seja ascendente de todos os descendentes deixados pelo falecido, ao viúvo caberá um quarto da herança e o restante será repartido igualmente entre os filhos do casal.

O legislador, contudo, foi omisso no que tange a possibilidade de terem subsistido descendentes exclusivos do *de cuius* e outros comuns do autor da herança e do cônjuge. Semelhante problemática era evidenciada nos incisos I e II do art. 1.790 do CC/2002, nos quais havia previsão sobre a partilha na hipótese de filhos comuns e exclusivos do falecido, mas quanto a filiação híbrida, o legislador também havia restado silente.

A solução em relação aos cônjuges apresentada pela doutrina, conforme Maria Helena Diniz<sup>107</sup>, consistiu em atribuir quotas iguais na hipótese de filiação híbrida, devendo ser desconsiderada a parte final do artigo:

Havendo filho (ou outros descendentes) comuns e exclusivos concorrendo com viúvo, dever-se-á, por força da CF, art. 227, §6º e, da LINDB, arts. 4º e 5º, diante da omissão legal, afastar a reserva da 4ª parte, dando a todos os herdeiros quinhão igual, pois se assim não o fosse prejudicar-se-iam os filhos exclusivos, que nada têm a ver com o viúvo. Como todos são descendentes (comuns ou exclusivos) do *de cuius*, em nome desse vínculo de parentesco, mais justo seria que o viúvo recebesse quinhão igual ao deles, para que não haja discriminação entre eles.

O entendimento da supracitada autora tem como base o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, entabulado nos art. 227, §6º da CRFB/88 e arts. 1.596 a 1.619 do CC/2002.

Por conseguinte, diante da vedação constitucional de discriminação dos filhos havidos ou não na constância do casamento, não seria possível atribuir quota mínima ao cônjuge, quando concorre com descendentes híbridos. Os filhos apenas do falecido seriam prejudicados dessa forma.

Nessa esteira, durante a V Jornada de Direito Civil foi aprovado o enunciado 527 do Conselho da Justiça Federal aduzindo: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do

---

<sup>107</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Direitos das sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 6 v. p. 150

*de cuius*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida.”<sup>108</sup>

Diante do exposto, conclui-se que, no caso do casamento, o viúvo irá concorrer em quotas iguais com os descendentes apenas do falecido e diante da filiação híbrida. Concorrendo apenas com filhos comuns do casal, ao cônjuge será destinada quarta parte da herança e o restante será dividido entre os descendentes.

A questão que agora se apresenta é se esta destinação de um quarto da herança também será aplicável para os companheiros que estejam concorrendo com descendentes comuns.

No julgamento dos Recursos Extraordinários 646721 e 878694, os ministros não se manifestaram sobre a questão, tendo tão somente determinado a aplicação do art. 1.829 do CC/2002 para regular o regime sucessório dos companheiros.

Portanto, através de mera leitura da tese proferida pelo tribunal, não teria o companheiro direito a referida quota mínima prevista no art. 1.832 do CC/2002. Contudo, mais uma vez, deve-se analisar a tese proferida pela Suprema Corte em sua essência.

O STF considerou inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, portanto, tornou-se inadmissível a atribuição de mais benefícios ao casamento em detrimento da união estável.

Desta forma, caso o art. 1.832 do CC/2002 não fosse aplicado à união estável, apenas o cônjuge teria resguardada a sua quarta parte na concorrência com descendentes comuns, enquanto que o companheiro, na hipótese de existência de mais de três filhos, teria seu quinhão diminuído.

Diante do exposto, conclui-se que a opinião que mais se harmoniza com as decisões do STF é que deve ser aplicado o art. 1.832 do CC/2002 aos companheiros em união estável na hipótese de concorrência apenas com filhos comuns do casal. Este entendimento está de acordo com o objetivo do legislador de preservar uma parte mínima do acervo hereditário àquele que dedicou a sua vida ao *de cuius*.

---

<sup>108</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/596>>. Acesso em 22 de nov. de 2017.

#### **4.5 O regime de bens adotado na união estável e seus efeitos na sucessão.**

O inciso I do art. 1.829 do CC/2002, ao dispor sobre a concorrência do cônjuge com os descendentes exclui aquele da herança nas hipóteses em que for casado “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”.

Observa-se que o regime de bens adotado no casamento possui implicação direta na convocação ou não do cônjuge para a partilha da herança com os descendentes. Balizada doutrina aponta os motivos pelos quais o legislador incluiu essas ressalvas no dispositivo.

Em relação a primeira hipótese, o cônjuge será excluído da herança quando casado sobre o regime da comunhão universal de bens. Neste tipo de regime, segundo Paulo Lôbo<sup>109</sup> “O casamento torna comuns os bens particulares de cada cônjuge. Os bens adquiridos por ato de liberalidade de terceiros, em doação ou sucessão, também tornam-se comuns, salvos se onerados com cláusula de incomunicabilidade.”

Para Paulo Nader<sup>110</sup> tal previsão legal é plenamente justificável: “A primeira hipótese – *comunhão universal* – se nos afigura adequada, justa, pois o cônjuge já estará protegido por sua meação.”

Desta forma, tendo sido o casamento celebrado sobre o regime da comunhão universal, o cônjuge supérstite terá direito apenas à meação, sendo excluído da herança, quando concorrer com os descendentes do falecido.

A segunda hipótese de exclusão, consiste no caso de o casamento ter sido celebrado sobre o regime da separação obrigatória de bens. Este tipo de regime é previsto no art. 1.641 do CC/2002:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;  
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)  
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Neste caso, o legislador restringiu a escolha dos nubentes que não podem, devido expressa previsão legal, casarem-se adotando outro regime que não seja o da separação obrigatória de bens.

---

<sup>109</sup>LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 351.

<sup>110</sup>NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: Direito das sucessões. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v. p. 159.

Em que pese o inciso I do art. 1.829 do CC/2002 determine que será excluído da herança o cônjuge casado sobre a “separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único)”, alguns juristas entendem que esta previsão também deveria ser estendida para os casos de separação convencional de bens.

Neste sentido Maria Vital Rocha e Manuela Sales Santos<sup>111</sup>:

Desta feita, objetivou-se demonstrar, sob uma perspectiva sistemática, que o consorte que fora casado pelo regime de separação acordada dos bens não possui qualquer direito hereditário sobre o acervo de bens deixado pelo autor da herança, que tal sorte a que se refere o art. 1.831 do Codex.

Afinal, a separação total dos bens foi estipulada de comum acordo pelos nubentes, no momento da feitura do pacto antenupcial lavrado em escritura pública, que, na condição de contrato solene, vincula as partes, com fundamento na máxima do *Pacta Sunt Servanda*.

A outra parte da doutrina, que entende de maneira contrária, mostrou-se predominante após ter sido publicado julgamento do STJ<sup>112</sup> no sentido de reconhecer a

<sup>111</sup>ROCHA, M. V.; SANTOS, M. S. **O Regime matrimonial de separação convencional de bens:** implicações no direito sucessório. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF, 2012, Niterói - RJ. Publicação XXI Congresso Nacional do CONPEDI / UFF. Rio de Janeiro: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 385-412.

<sup>112</sup>RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. 1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna. 2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. 3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial. 4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem. 5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil. 6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente. 7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988). 8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular. 9. Recurso especial não provido. *In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.472.945/RJ. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 23 de out. de 2014. Jusbrasil.* Disponível em:

possibilidade de concorrência sucessória do cônjuge casado pela separação convencional de bens.

A última possibilidade de exclusão do cônjuge da herança consiste na hipótese de o casamento ter sido celebrado de acordo com o regime da comunhão parcial de bens e “o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

Neste tipo de regime “todos os bens móveis e imóveis adquiridos após o casamento, por ambos ou por apenas um dos cônjuges, mediante negócios jurídicos onerosos, são comunicáveis.”<sup>113</sup> Desta forma, os bens particulares não se comunicam, mas podem ser herdados pelo cônjuge supérstite, como se depreende da parte final do inciso I, do art. 1.829 do CC/2002.

Em relação à união estável, o regime de bens aplicado como regra consiste na comunhão parcial de bens conforme aduz o art. 1.725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

Dito isso, conclui-se que o regime legal supletivo da união estável, assim como para o casamento, é o da comunhão parcial de bens. Os companheiros, contudo, se desejarem estipular regime diferente poderão adotar qualquer um dos previstos aos cônjuges, assim como será possível criar um próprio por meio de contrato escrito. O referido contrato poderá ser celebrado por instrumento público ou particular, sendo imprescindível o seu registro em ofício competente para que possa ter validade perante terceiros<sup>114</sup>.

A questão que agora se apresenta é se o regime de bens adotado na união estável terá a mesma repercussão como ocorre com o casamento, ou seja, se o companheiro poderá ser, da mesma forma que o cônjuge, excluído da herança nas hipóteses elencadas no inciso I do art. 1.829, do CC/2002 quando concorrer com descendentes.

O Supremo foi bem claro ao determinar que à união estável deverá ser empregado art. 1.829 do CC/2002, no entanto, é necessário analisar as peculiaridades do regime patrimonial atribuído a este tipo de formação familiar, antes de se aplicar imediatamente a referida norma.

De início, o regime legal obrigatório da separação de bens previsto no art. 1.641 do CC/2002 deve ser aplicado apenas nas seguintes hipóteses: (i) quando os cônjuges casam

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152768994/recurso-especial-resp-1472945-rj-2013-0335003-3>>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

<sup>113</sup>LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 342.

<sup>114</sup>Ibid. p. 181.

sem a observância das causas suspensivas da celebração do casamento; (ii) quando pessoa maior de 70 (setenta) anos contrai casamento e (iii) quando os nubentes para casar, necessitarem de suprimento judicial.

Tendo em vista a natureza da união estável, apenas seria possível atribuir a segunda hipótese aos companheiros, haja vista que este tipo de relacionamento, ao contrário do casamento, prescinde de forma solene.

Quanto à necessidade ou não de restrição ao regime de bens dos companheiros septuagenários, deve-se salientar que a jurisprudência e a doutrina já enfrentaram essa discussão.

Sobre o tema em comento, o Superior Tribunal de Justiça por meio do julgamento do REsp nº 1.090.722/SP consolidou o entendimento de que deve ser atribuído o regime da separação obrigatória de bens aos companheiros que constituírem união estável, quando um ou ambos os conviventes estiverem com idade superior a setenta anos de idade.

No julgamento do REsp 1.090.722/SP, asseverou o ministro Massami Uyeda:

A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do *de cuius*, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário;<sup>115</sup>

Em que pese o argumento exposto pelo ministro não mais encontre eco na jurisprudência após as últimas decisões preferida pelo Supremo, a atribuição do regime de separação obrigatória de bens aos conviventes após terem sido atingidos os setenta anos, parece ser entendimento que vai ao encontro da tese proferida pelo STF.

Ademais, já tendo sido reconhecida a aplicação do art. 1.641, II do CC/2002 à união estável pelo Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo de ter sido equiparado os direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros, seria no mínimo contraditório não permanecer com esse posicionamento no atual momento de igualdade das instituições familiares.

Superada essa questão, discute-se agora a hipótese de os conviventes terem adotado o regime da comunhão universal de bens. Neste caso, o entendimento que mais se alia a decisão do Supremo, consiste em aplicar a referida restrição também a união estável,

---

<sup>115</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1090722/SP (2008/0207350-2). Relator: Massami Uyeda. Brasília, DF, 2 de março de 2010. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16821753/recurso-especial-resp-1090722-sp-2008-0207350-2>>. Acesso em 22 de nov. de 2017.

utilizando como justificativa os mesmos argumentos atribuídos ao casamento, haja vista que ao consentir com esse regime, o convivente seria meeiro de metade de todos os bens do *de cuius*; sendo, portanto, justificável exclui-lo da herança.

Por fim, quando o casal não celebra contrato escrito disciplinando o regime de bens, utiliza-se o regime legal supletivo da união estável que é o da comunhão parcial de bens. Desta forma, não tendo o *de cuius* deixado bens particulares, poderá o companheiro ser excluído da partilha?

Esta última questão possui certa peculiaridade. A declaração de constitucionalidade do art. 1.790 teve como forte argumento as críticas por parte da doutrina e da jurisprudência quanto ao fato do *caput* dispor que apenas poderia ser partilhado pelos conviventes os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, por conclusão lógica, os bens particulares não poderiam ser herdados pelo companheiro supérstite. Dito isso, questiona-se: a determinação do STF de que deve ser aplicado o art. 1.829, I do CPC/2002 consiste em prever situação análoga a experimentada com o art. 1.790, do CC/2002? Por óbvio, a resposta é negativa.

De início, a implicação que o regime de bens possui sobre a partilha ocorre apenas nas hipóteses que o companheiro ou cônjuge concorre com os descendentes do autor da herança, haja vista que as já referidas restrições são previstas apenas no inciso I do art. 1.829. Portanto, concorrendo com ascendentes, o regime de bens já não possui qualquer consequência sobre a partilha da herança. Portanto, empregar o 1.829 do CC/2002 não significa retornar ao art. 1.790 do CC/2002.

Em raciocínio contrário ao disposto acima, segundo Silvio de Salvo Venosa<sup>116</sup>, o legislador pecou ao não trazer nenhuma previsão quanto a repercussão no direito sucessório do regime diferenciado adotado pelos companheiros por meio de contrato escrito, por este motivo, este instrumento não deveria ensejar nenhuma repercussão na partilha.

*Data venia*, depreende-se que as restrições previstas no art. 1.829, I do CC/2002 devem ser aplicadas aos companheiros, exceto, apenas, as relativas a separação obrigatória de bens, previstas nos incisos I e III, do art. 1.641 do CC/2002, devido ao fato de poderem ser aplicadas apenas ao casamento.

---

<sup>116</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 7 v. p. 151

#### **4.6 A outorga convivencial e a publicidade da união estável**

Deixando um pouco de lado o estudo do direito sucessório, insta analisar neste último tópico a importância da outorga convivencial para a disposição de bens de acordo com o Código de Processo Civil de 2015 e a decisão do Supremo que aproximou os direitos atribuídos ao casamento e à união estável.

A referida questão já era suscitada pela doutrina e jurisprudência que divergiam se a outorga conjugal prevista no art. 1.647 do CC também deveria se estender aos companheiros.

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

A atual legislação processual trouxe importante inovação quanto ao referido tema, contudo, não foi capaz de cessar todas as controvérsias existentes. O art. 73 do CPC/2015 incluiu o parágrafo terceiro que atribui ao companheiro a necessidade de consentimento do outro para propor ação relativa a direito real imobiliário:

Art. 73. O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.

§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para a ação:

I - que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens;

II - resultante de fato que diga respeito a ambos os cônjuges ou de ato praticado por eles;

III - fundada em dívida contraída por um dos cônjuges a bem da família;

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

§ 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nas hipóteses de composse ou de ato por ambos praticado.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à união estável comprovada nos autos.(grifou-se)

Com a inovação promovida pelo novo Código de Processo Civil, conclui-se que que a outorga do convivente passa a ser exigida na hipótese prevista no inciso II do art. 1.647 do CC/2002, que consiste em “pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos”.

De início, é interessante apontar o significado da outorga conjugal presente no art. 1.647 do CC/2002. Esta consiste na necessidade de autorização do cônjuge para que seu consorte possa exercer determinados atos jurídicos válidos. Portanto, não tendo sido cumprida as exigências do instituto, o ato praticado pelo cônjuge poderá ser anulado, face a sua invalidade.<sup>117</sup>

Depreende-se que a referida norma tem como escopo preservar o patrimônio familiar, nas hipóteses em que o casamento não possui como regime de bens o da separação absoluta. Desta forma, buscou o legislador evitar que o cônjuge seja surpreendido com eventual alienação ou gravame de ônus real sobre imóveis do casal pelo seu consorte.

A necessidade de outorga convivencial acerca da hipótese prevista no inciso II do art. 1.647 do CC/2002 é questão quase que uncontroversa, contudo, quanto a necessidade deste tipo de outorga para as hipóteses restantes previstas no art. 1.647 ainda persiste uma discussão entre os juristas.

Para uma parte da doutrina, a outorga convivencial é necessária em razão do regime legal supletivo atribuído à união estável, qual seja o da comunhão parcial de bens. Neste sentido, Regina Beatriz da Silva<sup>118</sup> assevera que quando o art. 1.725 do CC/2002 prevê como regra o regime da comunhão parcial de bens, deverão ser estendidas aos companheiros, tanto as disposições gerais, previstas nos art. 1.639 a 1.657, quanto as especiais, positivadas nos art. 1.658 a 1.666. Por conseguinte, a proibição de alienação de bem imóvel sem o consentimento do consorte deve ser igualmente aplicada aos companheiros, como é para os cônjuges.

Em posição contrária, outra parte da doutrina possui entendimento diverso sobre o assunto. De acordo com os ensinamentos de Flávio Tartuce<sup>119</sup>, apenas aos cônjuges poderia ser exigida a outorga. Isto porque o art. 1.647 do CC/2002 se refere a norma restritiva de direitos, portanto, não poderia aceitar interpretação analógica ou extensiva. Ademais, defende também o autor que o casamento e a união estável consistem em entidades familiares

<sup>117</sup> TARTUCE, Flávio. **Do tratamento da união estável no Novo CPC e algumas repercussões para o Direito Material:** primeira parte. 29 de abril de 2015. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI219660,101048Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+Novo+CPC+e+algumas+repercussoes>>. Acesso em: 15/11/2017.

<sup>118</sup> SILVA, Regina Beatriz da (Org.). **Código Civil comentado**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1609.

<sup>119</sup> TARTUCE, Flávio. **Do tratamento da união estável no Novo CPC e algumas repercussões para o Direito Material:** primeira parte. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI219660,101048Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+Novo+CPC+e+algumas+repercussoes>>. Acesso em: 15/11/2017.

distintas, motivo pelo qual deve haver um tratamento diferenciado para ambas, não devendo se estender, de maneira deliberada, todas as disposições relativas aos cônjuges para os companheiros.

Examinando os argumentos expostos pelos autores acima, acrescendo a igualdade entre as entidades familiares prevista na Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, §3º e a tese proferida pelo Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional qualquer diferenciação injustificada relativa ao direito sucessório de cônjuges e companheiros, conclui-se ser mais plausível a interpretação realizada pela primeira corrente. Explica-se.

O objetivo da norma que determinou a necessidade de outorga conjugal para dispor sobre bens imóveis não foi propriamente proteger o cônjuge e sim o consorte, detentor de parte de patrimônio comum, que pode ser surpreendido com a disposição de parte dos bens comuns do casal sem o seu consentimento.

Desta forma, o art. 1.647 do CC/2002 (todos os seus incisos) deve ser aplicado tanto ao casamento, como para a união estável. Admitir entendimento contrário significaria propriamente atribuir situação mais vantajosa à união estável do que ao casamento, haja vista que o companheiro poderia, por exemplo, vender um bem comum do casal sem o consentimento do outro.

Entretanto, insta destacar a peculiaridade inerente à união estável e que torna mais difícil a aplicação da norma. Como cediço, a união estável decorre de um fato social. Em contraposto, o casamento necessita seguir os ditames previstos na Lei Civil, a qual prevê uma série de atos solenes para que possa ser constituído por meio de registro formal. Dito isso, como seria possível tornar público a existência da união estável, tendo em vista que se trata de uma situação puramente fática ao contrário do casamento?

De acordo com a autora Martiane Jaques La Flor, a tendência é de efetivar medidas que facilitem o registro da união estável em Registro de Imóveis com o fito de alinhar os direitos dos companheiros e dos terceiros adquirentes de bens comuns do casal<sup>120</sup>:

Sendo, pois, o Registro Imobiliário o único mecanismo confiável para notificar à comunidade a veracidade do bem que se lhe apresenta e o que por ventura lhe poderia ser oponível, natural seja este o mais completo possível, pois só assim a sua qualidade de seguro estará resguardada.

Com efeito zela-se, com isto, pelos princípios registrais (continuidade, especialidade, fé-pública, publicidade, concentração e segurança) fornecendo assim segurança jurídica, a qual é o alicerce do sistema registral, pois sem ela os atos praticados pelo oficial carecerão da certeza e da presunção de veracidade

---

<sup>120</sup>LA FLOR, Martiane Jaques. *As implicações da união estável no registro de imóveis à luz dos princípios registrais*. São Paulo: Baraúna, 2011, p. 87.

presumidamente ínsitas ao seu ofício. E mais, contribui-se assim, de forma direta para a finalidade da função extrajudicial, qual seja, a de prevenir litígios e promover a paz social.

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou nesse mesmo sentido. Em decisão proferida em dezembro de 2014, o Tribunal proferiu entendimento no sentido de que deve ser aplicado o art. 1.647, I do CC/2002 também a união estável. Salientou-se também, na mesma decisão, a necessidade de publicidade da união por meio de averbação do contrato de convivência ou da decisão declaratória da sua existência no Ofício do Registro de Imóveis em que estão cadastrados os bens do casal.

**RECURSO ESPECIAL. DIREITO PATRIMONIAL DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO DO COMPANHEIRO. EFEITOS SOBRE O NEGÓCIO CELEBRADO COM TERCEIRO DE BOA-FÉ.**

1. A necessidade de autorização de ambos os companheiros para a validade da alienação de bens imóveis adquiridos no curso da união estável é consectário do regime da comunhão parcial de bens, estendido à união estável pelo art. 1.725 do CCB, além do reconhecimento da existência de condomínio natural entre os conviventes sobre os bens adquiridos na constância da união, na forma do art. 5º da Lei 9.278/96, Precedente.

**2. Reconhecimento da incidência da regra do art. 1.647, I, do CCB sobre as uniões estáveis, adequando-se, todavia, os efeitos do seu desrespeito às nuances próprias da ausência de exigências formais para a constituição dessa entidade familiar.**

3. Necessidade de preservação dos efeitos, em nome da segurança jurídica, dos atos jurídicos praticados de boa-fé, que é presumida em nosso sistema jurídico.

**4. A invalidação da alienação de imóvel comum, realizada sem o consentimento do companheiro, dependerá da publicidade conferida a união estável mediante a averbação de contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência união estável no Ofício do Registro de Imóveis em que cadastrados os bens comuns, ou pela demonstração de má-fé do adquirente.**

5. Hipótese dos autos em que não há qualquer registro no álbum imobiliário em que inscrito o imóvel objeto de alienação em relação a co-propriedade ou mesmo à existência de união estável, devendo-se preservar os interesses do adquirente de boa-fé, conforme reconhecido pelas instâncias de origem.

6. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO<sup>121</sup>. (grifou-se)

Desta forma, torna-se imprescindível a publicidade da união estável para que os atos praticados por companheiro possam ter efeitos sobre terceiros de boa-fé.

---

<sup>121</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1424275/MT**. Recorrente: Lindaíara Angeli. Advogado: Paulo Sérgio Matias Patruni. Recorrido: Salvadori Comércio e Representações Ltda. Advogado: Flávio Américo Vieira. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 4 de dezembro de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41888263&num\\_registro=201200753777&data=20141216&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41888263&num_registro=201200753777&data=20141216&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

Portanto, depreende-se que o mais apropriado consiste em aplicar o previsto no art. 1.647 do CC/2002 também aos companheiros e, para isto, é imprescindível que a existência da união estável, bem como o regime de bens adotado pelo casal, seja publicizado da mesma forma que fazem os cônjuges, por meio de averbação da união junto ao Registro de Imóveis.

É possível concluir que emergiram diversas discussões quanto a equiparação de direitos atribuídos ao casamento e à união estável, após as decisões proferidas pelo Supremo em maio de 2017.

Por conseguinte, ainda são aguardados novos debates sobre as questões que ficaram em aberto com a declaração de constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que ocorreu um significativo avanço quanto aos direitos sucessórios dos conviventes.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A união estável representa no Brasil, hodiernamente, quase que um terço dos relacionamentos nos quais se têm como objetivo a formação familiar. Entretanto, até se chegar a atual conjuntura de direitos atribuídos a este tipo de entidade, muito preconceito foi enfrentado pelos conviventes, que por vários anos viveram marginalizados em uma cultura preconceituosa e presa aos preceitos cristãos relativos ao matrimônio.

Nesta conjuntura, quem mais sofreu com este preconceito foram as mulheres, que eram discriminadas pela sociedade quando constituíam família sem a celebração solene do casamento, que com o passar dos anos deixou de ficar apenas sob o controle da Igreja Católica e passou para o Estado.

Aos poucos os tribunais começaram a atribuir direitos sucessórios aos companheiros, por reconhecer a existência da sociedade de fato, bem como o esforço daquele que se dedicou a um objetivo de vida comum.

Antes dita como relação concubinária, a partir da promulgação da Lei do Divórcio, a união estável passou a ter conceito diferente do concubinato puro, consistindo em união livre de duas pessoas solteiras, separadas de fato, judicialmente ou divorciadas ou de uma destas e outra solteira.

Deste momento em diante iniciou-se um constante avanço em relação aos direitos conquistados pela união estável. Neste contexto entrou em vigor a atual Constituição Federal de 1988 que trouxe consigo uma importante inovação: a proteção do Estado à união estável, que passou a ser considerada entidade familiar, da mesma forma que o casamento.

Ainda imbuída de um pensamento discriminatório, a maioria da jurisprudência e doutrina não reconhecem a equiparação do casamento à união estável, tendo como maior argumento a interpretação realizada sobre a parte final do art. 226, §3º da CRFB/88, que assim assegura: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Em que pese o inciso tenha tão somente determinado que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, para muitos este simples trecho demonstrava a superioridade do casamento sobre à união estável.

Como forma de disciplinar o preceito constitucional, as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 surgiram para disciplinar um regime sucessório próprio da união estável, prevendo usufruto sobre parte dos bens deixados pelo autor da herança e direito real de habitação.

Na contramão dos avanços que estavam surgindo, o Código Civil de 2002 representou um verdadeiro retrocesso no que tange ao direito sucessório atribuído aos companheiros.

O legislador mostrou-se descuidado e omisso ao tratar sobre o regime sucessório dos que viviam sob união estável. Chegou-se quase que ao absurdo da matéria não ser prevista em nenhum dispositivo da Lei Civil, pelo fato do Projeto de Lei nº 634/75, que culminou com o atual Código Civil, não ter previsto, inicialmente, o art. 1.790 do CC/2002, que disciplina os direitos sucessórios atribuídos à união estável. O dispositivo, felizmente, foi incluído por meio de emenda pelo deputado Nelson Carneiro.

Desde a sua promulgação, o art. 1.790 do CC/2002 foi objeto de significativa celeuma entre os juristas. Dentre as várias problemáticas evidenciadas em relação a essa norma tem-se o seu mal posicionamento no Código, tendo sido colocada dentre as “Disposições Transitórias” do Livro V; a omissão quanto ao direito real de habitação já conquistado no art. 7º, parágrafo único da Lei nº 9.278/96; a novidade da concorrência com colaterais, não prevista na Lei nº 8.971/94; o direito apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, dentre outros já explanados na presente monografia.

Diante deste cenário, emergiram entendimentos doutrinários fundamentados pela visão de um direito civil constitucional, defendendo a equiparação do casamento a união estável, sendo inaceitável a discriminação latente prevista no art. 1.790 do CC/2002. Acompanhando este entendimento, alguns tribunais passaram a aplicar o art. 1.829 do CC/2002 aos companheiros, suscitando a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002.

A insegurança jurídica causada pelas decisões divergentes dos tribunais, chegou ao Supremo Tribunal Federal que reconheceu a repercussão geral do tema em 2015. Iniciado o julgamento em 2016, em maio de 2017 findou-se o imbróglio com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, tendo o Supremo proferido tese no sentido de não admitir a atribuição de regimes sucessórios diferenciados à união estável e ao casamento, haja vista que a Carta Magna atribuiu a ambos os institutos a qualidade de entidade familiar, detentora de proteção do Estado.

Em que pese a tese desenvolvida pelo STF tenha finalmente posto fim à celeuma doutrinária quanto à equiparação dos institutos, diversas outras questões advindas diretamente desta matéria não foram solucionadas, tendo sido elencadas nesta monografia com o fito de trazer possíveis soluções.

De início se questionou se com a equiparação dos regimes sucessórios teria o companheiro atingido o *status* de herdeiro necessário. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional qualquer distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, não poderia ser proferida conclusão diversa da que o companheiro adquiriu sim a qualidade de herdeiro necessário, não podendo ser afastado da totalidade da herança por meio de testamento.

Por meio de um sopesamento de princípios, entendeu-se que, não obstante deva ser garantido ao indivíduo o direito de testar, este não pode se sobrepor a outros princípios constitucionais, como proteção à família, igualdade, direito à herança e dignidade da pessoa humana.

Em relação a ter permanecido ou não o direito real de habitação previsto na legislação infraconstitucional anterior ao Código Civil de 2002, a problemática não se concentrou propriamente se o referido direito deve ou não ser atribuído aos companheiros, mas sim, qual o dispositivo legal que deve regular a situação: o art. 1.831 do CC/2002 ou o 7º, parágrafo único da Lei nº 9.278/96.

Sobre a ótica da equiparação dos regimes sucessórios atribuídos ao casamento e a união estável, depreendeu-se que o mais adequado seria a aplicação do art. 1.831 do CC/2002, haja vista que também consiste no dispositivo aplicado ao casamento.

Empós a decisão do Supremo, o art. 1.830 do CC/2002 foi revisitado, pelo fato de ensejar a convocação simultânea de cônjuges e companheiros para herdar. Não havendo mais distinção quanto aos direitos sucessórios de ambos, indagou-se como deve ser realizada a partilha na hipótese do cônjuge separado a menos de dois anos, constituir união estável. Ambos herdariam ou apenas o companheiro que permaneceu com o *de cuius* até o momento da sua morte?

Conclui-se que a melhor solução seria interpretar o dispositivo de acordo com a leitura do art. 1.830 do CC/2002 proposta por Luiz Paulo Vieira de Carvalho, na qual entende-se que após a separação de fato ocorrida de maneira inequívoca entre os cônjuges, perde o consorte o direito sucessório quanto ao acervo hereditário. Contudo, deve-se salientar que a sucessão não se confunde com a meação que deverá ser assegurada ao ex-cônjuge, de acordo com o regime de bens adotado pelo casal.

Em que pese o STF não tenha se pronunciado de maneira expressa quanto à aplicação de alguns direitos sucessórios previstos aos cônjuges, entendeu-se nesta monografia que o art. 1.832 do CC/2002 também deve ser aplicado aos conviventes.

A referida norma aduz que na hipótese de o cônjuge concorrer apenas com descendentes comuns, ao consorte deverá ser atribuída a quota mínima de um quarto da herança. Não atribuir o referido direito à união estável, seria promover uma distinção injustificada entre os regimes sucessórios das entidades familiares aqui tratadas, não sendo esse retrocesso admitido.

Nesta monografia também foram investigados os efeitos do contrato de convivência sobre a sucessão da companheiro. O art. 1.829, I, do CC/2002 determina a exclusão do cônjuge na sucessão nas hipóteses em que for casado no regime da separação obrigatória de bens, comunhão universal de bens e comunhão parcial de bens, este último apenas quando o falecido não tiver deixado bens particulares.

Devido ao fato do STF ter determinado que deve ser aplicado este artigo para a sucessão dos companheiros, o questionamento que surgiu foi justamente se o regime de bens adotado na união estável também teria efeitos na sucessão. A solução que mais se coaduna com a tese do Supremo, é de que essa resposta é positiva. Não seria admissível excluir o cônjuge da herança, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1.829 do CC/2002 e não fazer da mesma forma com o companheiro. Isto significaria uma nova distinção entre os institutos, só que desta vez, a união estável que seria mais privilegiada em detrimento do casamento.

Contudo, apesar das conclusões expostas, este trabalho não teve o objetivo de esgotar o tema ou trazer posicionamentos majoritários sobre a matéria. Devido a recenticidade das decisões do Supremo, as questões suscitadas ainda carecem de maior debate entre a doutrina e a jurisprudência, que irão trazer um maior aprofundamento sobre o tema com o surgimento dos casos concretos.

Por fim, faz-se mister salientar que não deve ser admitida a aplicação da lei de forma que venha a, novamente, inferiorizar o instituto da união estável em relação ao casamento, haja vista que isto significaria um novo retrocesso, não mais admitido no ordenamento jurídico brasileiro, após as decisões proferidas pelo Supremo.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed., 8 tir., São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo.: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2014. Tradução de: Humberto Laport de Mello.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.960/02. **Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12 [...] da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, acrescenta dispositivos e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarIntegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002)> Acesso em 21 de nov. de 2017.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal.** I Jornada de Direito Civil. Disponível em:<<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/758>>. Acesso em 22 de nov. de 2011.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal.** III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/523>> Acesso em 21 de nov. de 2017.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal.** V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/594>>. Acesso em 22 de nov. de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 21 de nov de 2017

BRASIL. **Declaração Universal de Direitos Humanos.** Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)> Acesso em 21 de nov. de 2017

BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015consolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm)>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

BRASIL. **Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)> Acesso em 21 de nov de 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994.** Regula os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)> Acesso em 21 de nov de 2017.

**BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.** Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)> Acesso em 21 de nov. de 2017.

**BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 21 de nov. de 2017.

**BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em 21 de nov. de 2017.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial nº 1135354/PB (2009/0160051-5).** Recorrente: Maria Jaydeth Miranda. Advogado: Roberto Costa de Luna Freire e outro. Recorrido: Onaldo Lins de Luna – espólio. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 24 de maio de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15725365&num\\_registro=200901600515&data=20110602&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15725365&num_registro=200901600515&data=20110602&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1090722/SP (2008/0207350-2). Relator: Massami Uyeda. Brasília, DF, 2 de março de 2010. **Jusbrasil.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16821753/recurso-especial-resp-1090722-sp-2008-0207350-2>>. Acesso em 22 de nov. de 2017.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1117563/SP (2009/0009726-0). Recorrente: Sandra Aparecida Penariol Duarte. Advogados: Francisco Cassiano Teixeira e outros. Recorrido: Rosemari Aparecida Affonso. Advogado: Luiz Joaquim Bueno Trindade. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7684267&num\\_registro=200900097260&data=20100406&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7684267&num_registro=200900097260&data=20100406&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1329993/RS. Recorrente: J A L P – espólio. Advogado: Dilma de Souza e outro. Recorrido: M R S N. Advogado: Fernando Malheiros Filho e outro. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33242691&num\\_registro=201002222363&data=20140318&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33242691&num_registro=201002222363&data=20140318&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1424275/MT. Recorrente: Lindaiara Angeli. Advogado: Paulo Sérgio Matias Patruni. Recorrido: Salvadori Comércio e Representações Ltda. Advogado: Flávio Américo Vieira. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 4 de dezembro de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41888263&num\\_registro=201200753777&data=20141216&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41888263&num_registro=201200753777&data=20141216&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.472.945/RJ. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 23 de out. de 2014. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152768994/recurso-especial-resp-1472945-rj-2013-0335003-3>>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 821.660/DF**. Agravante: Nafsica Pappas. Advogado: José Ribamar Leite de Oliveira e outro. Agravado: Glória Moraes Detzortzis. Advogado: Chucre Suaid e outros. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 14 de junho de 2011. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600380972&dt\\_publicacao=17/06/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600380972&dt_publicacao=17/06/2011)> Acesso em 21 de nov. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 646.721/RS**. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Recorrido: Geni Quintana. Advogados: Rossano Lopes e Carlos Eduardo Ferreira. Brasília, DF, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28646721.NUME.+OU+646721.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j9y92gj>> Acesso em 21 de nov. de 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878.694/MG**. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outro. Advogados: Monique de Ladeira e Thomazinho, Ivens Gandra da Silva Martins, Danilo Porfírio de Castro Vieira e outro. Brasília, DF, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12885423&prcID=4744004&ad=s#>>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 646.721/RS**. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Advogado: Rossano Lopes. Recorrido: Geni Quintana. Advogados: Carlos Eduardo Ferreira. Brasília, DF, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28646721.NUME.+OU+646721.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j9y92gj>> Acesso em 21 de nov. de 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG**. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Advogado: Monique de Ladeira e Thomazinho e outros. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outro. Advogado: Defensor Público. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF, 16 de abril de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8493791>> Acesso em 21 de nov. de 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 35. Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3074>> Acesso em 21 de nov de 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>  
Acesso em 21 de nov. de 2017.

CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. Sucessão dos Descendentes, Sucessão dos Cônjuges e Sucessão na União Estável. **Revista da EMERJ**, Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, Rio de Janeiro, p. 196-206, jul. 2002.

DELGADO, Mário Luiz. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 5-21, set./out. 2014.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direitos das sucessões**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 6 v.

FARIA, Mário Roberto Carvalho. **Direito das Sucessões: Teoria e Prática**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 7 v.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais?: A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileiro**, São Paulo, v. 13, n. 6, p.131-149, jan./abr. 2016.

LA FLOR, Martiane Jaques. **As implicações da união estável no registro de imóveis à luz dos princípios registrais**. São Paulo: Baraúna, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Sucessões**. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAIS de um terço de uniões no país é consensual sem casamento, diz IBGE. **G1**, São Paulo, 17 de out. de 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/mais-de-um-terco-de-unioes-no-pais-e-consensual-sem-casamento-diz-ibge.html>> Acesso em 19 de nov. de 2017.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará**. v. 34, n. 2, p. 313-353, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: Direito das sucessões. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v.

NETO. Inácio de Carvalho. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código civil. **Revista Jurídica da Unifil.** v. 1, n. 1, p. 105-117, 2004.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 29, abr./maio 2005.

OLIVEIRA. Euclides de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão: São Paulo, Saraiva, 2005.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 1

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Sucessões. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v. atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 70027265545. Relator: André Luiz Planella Villarinho, Porto Alegre, 10 de julho de 2009. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5650820/embargos-infringentes-ei-70027265545-rs>>. Acesso em 21 de nov. de 2017.

ROCHA, M. V.; SANTOS, M. S. **O Regime matrimonial de separação convencional de bens**: implicações no direito sucessório. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF, 2012, Niterói - RJ. Publicação XXI Congresso Nacional do CONPEDI / UFF. Rio de Janeiro: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 385-412.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 7 v. atual. Zeno Veloso.

<sup>1</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 487358420118260000/SP**. Agravante: Kellen Letícia Pinto Góes. Agravado: Valéria Arcanjo. Relator: Carlos Augusto de Santi Ribeiro. São Paulo, SP, 12 de julho de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0048735-84.2011.8.26.0000&cdProcesso=RI000S0E10000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServiço=190201&ticket=xv4ji7TxijGs1yTIIYCUzTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvGneogWMrrYhJHhTFbv1%2FGn01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwTWXptQignWFJch18b0slhciJfnx0dmglAvffbUuwEQaP1n%2FMle5%2BimunUS%2Bvd%2FVOCQa6bK0SXp92MdI23UoCWxr%2FC1hJ2e0A2InulyudaKQ%3D>

84.2011.8.26.0000&cdProcesso=RI000S0E10000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServiço=190201&ticket=xv4ji7TxijGs1yTIIYCUzTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvGneogWMrrYhJHhTFbv1%2FGn01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwTWXptQignWFJch18b0slhciJfnx0dmglAvffbUuwEQaP1n%2FMle5%2BimunUS%2Bvd%2FVOCQa6bK0SXp92MdI23UoCWxr%2FC1hJ2e0A2InulyudaKQ%3D>. Acesso em 04 de dez. de 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 9279167512008826/SP**. Apelante: Geraldo Manoel Giangrecco. Apelante: Ignez Pupim e outro. Relator: João Carlos Saletti. São Paulo, SP, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=9279167512008826>

o=9279167-

51.2008.8.26.0000&cdProcesso=RMZ00TMKY0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=xv4ji7TxijGs1yTIIYCUzTbDmGLf%2F  
MwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvNB%2FkZGnGfuQ3Z8PbTquPnn01dlp92  
%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwTWXptQignWFJch18b0  
slhVtGH2y7%2BDCCDiUnFO%2Fu%2FDf%2F3T2Cz%2BiAzjbhvETNt2ovTNUNUybj56M  
rd3UcBXnBQ4fU4uZLKc3XejnhTU0fWJ%2Bw%3D>. Acesso em 04 de dez. de 2017.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. Incidente de Inconstitucionalidade nº 2010114780. Relator: Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Alagoas, 30 de março de 2011. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18724465/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-2010114780-se-tjse>>. Acesso em 22 de nov. de 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da et al (Org.). **Código Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

Do tratamento da união estável no Novo CPC e algumas repercussões para o Direito Material: primeira parte. 29 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI219660,101048>>. Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+Novo+CPC+e+algumas+repercussoes>. Acesso em:15/11/2017.

Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais. Out de 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17751/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1-790-do-cc-e-suas-controversias-principais>>. Acesso em: 05 out. 2017.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 7 v.