

**O DIREITO DAS SUCESSÕES E O ARTIGO 1.790 CC:
A consequência de sua inconstitucionalidade no campo sucessório**

Autora: Amanda Silva Mamede¹

Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis

Orientador: Prof. Dr. Almir Garcia Fernandes

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo precípua abordar o tema referente aos efeitos sucessórios da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Apontando nesta análise, o contexto que resultou nos julgamentos dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS. Pretende-se demonstrar através do método dedutivo em quais aspectos o cônjuge de fato se equipara ao companheiro, bem como aqueles em que ainda há grande discussão doutrinária acerca desta paridade. Ademais, o estudo em tela busca analisar como será feita a divisão entre os descendentes, ascendentes, colaterais e o companheiro supérstite, a repercussão no direito real de habitação, quanto ao companheiro ser ou não herdeiro necessário, entre outras consequências.

Palavras-chave: inconstitucionalidade, artigo, código civil, união estável, sucessão, família.

1 INTRODUÇÃO

O direito das sucessões é conceituado pelo ordenamento pátrio em seu sentido estrito, significando apenas aquele que decorre da morte, e que se responsabiliza pela aproximação do direito de família ao direito de propriedade e sua função social. É inegável a importância desse ramo do direito, que está presente, invariavelmente, em todas os núcleos familiares e cujas normas regulam a transferência do patrimônio do falecido aos herdeiros.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: amanda_mamede@hotmail.com

O Código Civil estabelece que herdeiro legítimo é aquele indicado pela lei, seguindo-se a ordem de preferência por ele elencada. Percebe-se que, na medida em que a sociedade vai evoluindo, surge a necessidade da legislação acompanhar as mudanças. No que se refere a sucessão legítima, em especial quanto ao sistema de concorrência sucessória, as normas envolvendo o cônjuge e o companheiro, em relação a descendentes, ascendentes e colaterais, bem como os debates destas decorrentes, representam grande avanço para o direito das sucessões, ainda que sujeitas a análises e críticas.

Cuida-se, no presente estudo, da abordagem referente a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, frente a doutrina e a jurisprudência, associando-se ao contexto histórico e social que fez com que aos poucos esse dispositivo caísse em desuso, bem como os princípios que levaram a esta decisão, com especial análise aos julgamentos dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS.

Será realizado um minucioso estudo do instituto da união estável, das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, principalmente no que se refere aos efeitos sucessórios dessa composição familiar. Correlaciona-se a decisão do STF ao direito sucessório, avaliando-se os pontos positivos e negativos do reconhecimento da ilegitimidade do artigo 1.790 do CC.

Quanto as variáveis que podem inferir nesta pesquisa, primeiramente é importante ressaltar que a realidade social e cultural da sociedade brasileira tem grande influência nesta discussão. As transformações na sociedade, em especial o crescente reconhecimento dos diferentes tipos de famílias, foram essenciais para que a união estável passasse a ser amplamente reconhecida e considerada, o que levou a declaração de inconstitucionalidade deste artigo.

Doutrinariamente, ainda se percebe alguma divergência no que se refere a necessidade dessa declaração de inconstitucionalidade, desse modo é importante avaliar até que ponto e com que profundidade os efeitos sucessórios da união estável vão se equiparar aos do casamento, o que ainda não está pacificado.

Com efeito, o STF ainda não decidiu acerca de outros artigos pertinentes ao tema, como é o caso do art. 1.845 do CC/02, que trata do herdeiro necessário. Assim sendo, como se trata de um tema julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal e também objeto de embargos declaratórios, por parte do IBDFAM, caso seja suscitada nova controvérsia, e levada a julgamento, os limites do estudo poderão ser alterados.

É certo que, na vivência prática, o direito sucessório atingirá a maior parte das famílias, direta ou indiretamente, o que demonstra a importância de se discutir e concretizar

entendimentos acerca deste tema. Sendo assim, essa pesquisa se mostra necessária para esclarecer de que forma se dará a sucessão frente a inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC, como será feita a divisão entre os descendentes, ascendentes, colaterais e o companheiro supérstite, a repercussão no direito real de habitação, quanto ao companheiro ser ou não herdeiro necessário, entre outras consequências.

O direito, para além do tratamento teórico, deve servir e se ater a solução de problemas práticos. Busca-se o estudo dos principais efeitos da equivalência entre cônjuge e companheiro, a fim de aplicar aos casos concretos a mais adequada resposta. É preciso que se discuta institutos e decisões que repercutem na sociedade, reverberando a importância do ordenamento jurídico frente aos problemas cotidianos.

O trabalho se baseará na pesquisa do tipo teórico-bibliográfica, por meio do método de raciocínio dedutivo de análise, razão pela qual é pautada na análise documental da Constituição Brasileira de 1988, do Código Civil, do Código de Processo Civil, de outras leis esparsas pertinentes ao tema da união estável, do julgamento dos Recursos Extraordinários supramencionados, de pareceres, sentenças, portarias e de doutrinas relacionadas ao tema, além de pesquisas em sítios na internet direcionados ao tema.

Pretende-se delimitar os institutos do casamento e da união estável. Para isso será feita a análise dos avanços trazidos pela legislação quanto a união estável, em especial, nas Leis nº 8.971/94, nº 9.278/96 e no Código Civil de 2002. Suscitar-se-á o contexto histórico que levou a necessidade de equiparação entre o cônjuge e o companheiro para efeitos sucessórios.

Por fim, serão suscitados pontos importantes da sucessão do companheiro, elencando os principais efeitos da decisão frente ao direito sucessório brasileiro. Serão analisadas a sucessão do companheiro, equiparada a do cônjuge, a dos descendentes, ascendentes, colaterais, bem como demais consequências sucessórias da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

2. A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

2.1 Conceituação de união estável e seus requisitos

O Código Civil de 2002, especificamente em seu Livro IV da Parte Especial, dedica-se ao estudo do direito de família. Carlos Roberto Gonçalves afirma que: “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda

a organização social”.² Atualmente, verifica-se diversas configurações familiares, que se remontam e adequam de acordo com as mudanças sociais.

O instituto da União Estável, atualmente regulamentado, encaixa-se no conceito e no contexto familiar, encontrando especial suporte normativo na Constituição Federal e no Código Civil de 2002. Desde que esse ganhou dignidade constitucional como forma de constituir família, adquiriu também autonomia conceitual.

Maria Helena Diniz define a União estável como sendo a Convivência pública, contínua e duradoura entre dois indivíduos, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com a intenção de constituir família, desde que não haja impedimentos legais para sua convalidação em um casamento.³

A união estável foi considerada sinônimo de concubinato, no entanto, no momento presente não é mais admitida esta confusão, pois a união estável é a relação afetivo-amorosa, não adúlterina e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, ao passo que o concubinato é a relação entre dois indivíduos na qual existem impedimentos para o casamento, como os previstos no artigo 1.521 do Código Civil brasileiro.⁴

Assim como no casamento, na união estável há uma ligação por laços de afeto e solidariedade recíprocos, que não se destoam pela formalidade do matrimônio; ambos possuem os mesmos substratos, quais sejam, os laços de afetividade, de solidariedade e de respeito.

Como ressalta Carlos Roberto Gonçalves, “quem não tem legitimação para casar não tem legitimação para criar entidade familiar pela convivência”⁵. A única exceção que o Código Civil traz é em relação às pessoas casadas, mas que são separadas de fato ou judicialmente, essas, ainda que impedidas de contrair matrimônio, podem conviver em união estável.

Ademais, difere-se de forma clara do instituto do casamento, porquanto para sua configuração, não é necessário qualquer formalismo, bastando apenas o cumprimento dos requisitos do artigo 1.723 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. [...]

² GONÇALVES, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.17.

³ DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 368

⁴ Art. 1.521 do CC: Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

⁵ GONÇALVES, C. R. Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 557.

Apesar de ser considerada uma situação de fato, a União Estável pode ser formalizada por meio de uma Escritura Pública, realizada perante o tabelionato de notas, sendo que este é um ato apenas declaratório que segue um processo menos elaborado do que o previsto para o casamento.

A Constituição Federal considera a União Estável uma entidade familiar, consubstanciada, inclusive, em seu artigo 226, §3º, abaixo:

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

[...]

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

Os requisitos para configuração da União Estável podem ser divididos entre aqueles de ordem subjetiva e de ordem objetiva. Os subjetivos, por sua vez, se subdividem em: convivência *more uxorio* e *affectio maritalis*.

A convivência *more uxório* significa a comunhão de vidas, aproximando-se da situação que vivem as pessoas casadas. A chamada comunhão de vidas envolve a mútua assistência, em especial, nos âmbitos moral, material e espiritual, caracterizada pelos interesses comuns.

Por outro lado, mas de forma complementar, há o *affectio maritalis*, que pode ser interpretado como sendo o ânimo de constituir família, ou seja, para além do afeto, típico de várias relações amorosas, há o propósito comum de formação de uma entidade familiar.

Outrossim, os requisitos objetivos para a constituição da união estável, no entendimento do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, são a notoriedade, a estabilidade, a continuidade, a inexistência de impedimentos matrimoniais e a relação monogâmica.

O conceito e a clareza na definição dos requisitos necessários à configuração do instituto da União Estável são recentes, mas muito importantes ao passo que anteriormente as relações afetivas não abrangidas pelo casamento não recebiam a regulamentação legal básica e isso gerava consequências negativas em diversos âmbitos, como por exemplo no exercício do direito real de habitação.

2.2 Desenvolvimento histórico - A constituição Federal de 1988 e as Leis 8.971/94 e 9.278/96

Inicialmente, é preciso admitir que o direito demorou a se adaptar a essa nova forma de configuração familiar. No entanto, desde a edição da atual Constituição Federal, o instituto da união estável vem passando por significativos avanços.

Como lecionado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁶, quando se trata da evolução histórica da união estável no Brasil, é possível agrupá-la em diferentes momentos que percorrem desde a ampla rejeição, com a ausência de tutela jurídica, passando pela tolerância, para então chegar a sua aceitação como fato social, até, por fim, atingir o reconhecimento e a valorização constitucional de entidade familiar.

A Constituição Federal de 88, ainda que não equiparando a união estável ao casamento, pela primeira vez a reconheceu como uma relação havida sem as formalidades próprias do casamento como passível de constituição familiar.

Após a constitucionalização deste tema, surgiram duas Leis destinadas a melhor interpretar e definir esse instituto familiar. A Lei nº 8.971/94 regulamentou o direito do companheiro a alimentos e à sucessão, salientando em seu artigo 1º:

Artigo 1º: a companheira de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele conviveu 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.

Ademais, essa norma, que merece ter sua importância à época reconhecida, garantiu ao convivente a meação dos bens comuns para os quais tenha contribuído para a aquisição, conforme artigo 3º da Lei.

No entanto, essa breve Lei – que contém apenas três artigos – não mais produz efeitos, foi revogada tacitamente com base nos princípios da especialidade e da temporariedade, já que as leis que a sucederam, além do próprio Código Civil vigente, trataram a matéria de maneira diversa e contraditória.

Também se destaca a promulgação da Lei nº 9.278/96, responsável por modificar o conceito de união estável, preterindo os requisitos de natureza pessoal, o tempo mínimo de convivência e a necessidade de existência de prole.

A norma acima mencionada ainda garantiu, em seu artigo 7º, ao convivente sobrevivente o direito real de habitação, enquanto vivesse ou não constituísse nova família. Essa lei regulou o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal e assim, tanto a norma infraconstitucional como a Magna Carta representaram grande avanço na matéria, cada qual a seu tempo. No mesmo sentido, a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal elenca a dispensabilidade da

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Volume 6: direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.623

convivência sob o mesmo teto para que o instituto reste configurado: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”⁷

Posteriormente, a edição do Código Civil de 2002 não deixou de tratar desse instituto que se tornava corriqueiro e necessitava, cada vez mais, de proteção legal.

2.3 O Código Civil de 2002 e o artigo 1.790

No último capítulo do livro do Direito de Família do atual Código Civil encontram-se as disposições relativas à união estável. Além do artigo 1723, responsável por sua definição e basicamente uma reprodução de como a Lei nº 9.278/96 já descrevia o tema, cabe destaque a outros importantes dispositivos que tratam da matéria.

No campo pessoal, o Código de 2002, em seu artigo 1.724, disciplina que são deveres e obrigações recíprocas dos conviventes a lealdade, respeito e assistência, a guarda, sustento e educação dos filhos, o que muito se aproxima do enunciado no artigo 1.566 do CC quanto aos cônjuges.

Outrossim, no tocante aos efeitos patrimoniais, o artigo 1.725 do CC, determina a aplicação, no que couber, do regime de comunhão parcial de bens à união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros. O regime de comunhão parcial, para Sílvia Rodrigues:

É aquele em que, basicamente, se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente. Trata-se de um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro.⁸

Com relação ao direito aos alimentos legítimos, o disposto no artigo 1.694 e seguintes do CC já inclui o companheiro, para além dos parentes e do cônjuge, o que revela a encampação da natureza jurídica de família à união estável, em um movimento que tende cada vez mais a igualar os institutos.

Por fim, o Código Civil traz regra específica para tratar da sucessão do companheiro, em seu artigo 1.790, *in verbis*:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 382. A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato. Sessão plenária de 03/04/1964. DJ de 08/05/1964. p. 1237; DJ de 11/05/1964, p. 1253; DJ de 12/05/1964, p. 1277. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: fev/2021

⁸ RODRIGUES, Sílvia. Direito civil. Volume VI. 28ª ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Percebe-se que o artigo 1.790 do Código Civil trouxe consequências específicas diante da abertura de sucessão de um indivíduo que vivia em união estável. Tratou-se de tratamento demeritório da união estável em face do matrimônio, com disposições que a desprestigiam como forma de relação afetiva.

O legislador ao acrescentar esse artigo no CC/2002, não levou em consideração a realidade contemporânea, as normas constitucionais e a tendência do neoconstitucionalismo, ao contrário, fez perpetuar na lei civil injustificáveis distinções entre o casamento e união estável.

Esse artigo, introduzido no projeto do CC por meio da Emenda nº 358, apresentada pelo senador Nelson Carneiro, foi inserido no título destinado à Sucessão em Geral e não naquele reservado à Sucessão Legítima, como era esperado. A matéria, em verdade, é típica regulamentação da sucessão legítima, o que leva a percepção de um preconceito desleal e latente com relação ao companheirismo.

Para a professora Giselda Hironaka, professora e diretora da regional Sudeste do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM:

O artigo 1.790 é de feição extremamente retrógrada e preconceituosa, e a vigorosa maioria dos pensadores, juristas e aplicadores do direito tem registrado com todas as letras que o dispositivo é inconstitucional, exatamente porque trata desigualmente situações familiares que foram equalizadas pela ordem constitucional, como é o caso das entidades familiares oriundas do casamento e da união estável.⁹

É nítida e injustificada a incongruência entre o Código Civil e a Constituição Federal/88, já que essa última contempla diferentes formas de família, incluindo aquela formada pela união estável, sendo ilegítimo não equiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros.

Infelizmente, o Código conseguiu ser perfeitamente inadequado ao tratar do direito sucessório dos companheiros, em clara discordância ao que prevê a Constituição Federal. Nas

⁹ IBDFAM. Julgamento do STF tem sete votos a favor pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, que prevê diferenças entre cônjuge e companheiro quanto à herança Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/6095/Julgamento+do+STF+tem+sete+votos+a+favor+pela+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790,+que+prev%C3%AA+diferen%C3%A7as+entre+c%C3%B4njuge+e+companheir+quanto+%C3%A0+heran%C3%A7a#:~:text=%E2%80%9CO%20artigo%201.790%20%C3%A9%20de,fora%20equalizadas%20pela%20ordem%20constitucional>>. Acesso em 20 fev. 2021.

palavras do Ministro do STF Luís Roberto Barroso “tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição”¹⁰.

Pode-se dizer que dois equívocos foram cometidos pelo legislador: a opção em privilegiar o cônjuge em relação ao companheiro e a sua falha em não ter assegurado a este uma tutela sucessória satisfatória e condizente com a evolução histórica da proteção da união estável. Diante disso, percebe-se que não é mais permitido apreender os institutos jurídicos esgotados em si, cíclicos e fechados ao diálogo com aquilo que se põe ao seu entorno.

Nota-se que o tratamento dispensado à união estável, marcada pela constituição fática e progressiva, no Código Civil de 2002 não foi igual àquele dado ao casamento, em especial quanto ao direito sucessório, como será melhor explanado a seguir. Por isso, há inúmeras controvérsias, na doutrina e na jurisprudência, a respeito da regulamentação desse instituto familiar.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

3.1. Os julgamentos dos RE 878.694-MG/2015 e 646.721-RS/2017

Considera-se que tanto o Recurso Extraordinário nº 878.694-MG/2015, como o nº 646.721-RS/2017, foram primordiais à evolução do direito de família e sucessões como um direito atual, inclusivo e justo, sendo que estes embasaram a decisão do STF pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

A decisão do Supremo que determinou a não constitucionalidade deste artigo, teve sete votos a favor e contou com o apoio do IBDFAM, que se manifestava a favor da inconstitucionalidade.

O RE que se insurgiu diante do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, temporalmente anterior ao do Rio Grande do Sul, analisou, com maestria a não adequação desse artigo à Constituição, como vê-se por sua ementa, abaixo:

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.

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais. Relato: Min. Roberto Barroso. Recte(s): Maria de Fátima Ventura. Recdo. (a/s): Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). 31/08/2016.

2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.
3. Repercussão geral reconhecida¹¹

O requerimento da parte recorrente levou em consideração a violação à diversos princípios constitucionais tendo em vista que o acórdão objeto do RE decidiu pela constitucionalidade do artigo 1.790 do CC e isso, dentre outros aspectos, permitiu a concorrência de parentes distantes do falecido com o companheiro sobrevivente, ferindo diferentes direitos sucessórios.

Foi reconhecida a violação aos artigos 5º, I, e 226, § 3º, ambos da Constituição e assim, deferiu-se à companheira do falecido o direito à totalidade da herança, o real de habitação, e a legitimidade para receber a indenização do seguro de vida.

Cerca de 2 anos depois, ainda nesse sentido, o Recurso Extraordinário nº 646.721-RS/2017, que também tratou da sucessão da união estável homoafetiva, reconheceu a inconstitucionalidade incidental do artigo 1.790 do Código Civil, o que culminou no direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico já estabelecido no artigo 1.829 do CC e que, anteriormente, só se aplicava ao cônjuge. Vê-se a ementa desse RE:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. op. cit.

4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.¹²

Por sua vez, o art. 1.829 do Código Civil, citado nas referidas decisões dispõe:

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

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

Extrai-se que os dois julgados supramencionados entenderam, baseando-se na atual realidade social e à vista dos princípios basilares do direito de família e sucessões, ser inconstitucional qualquer tipo de diferenciação entre a União Estável e o casamento, sendo ambos merecedores da mesma proteção e garantia do Estado, o que acabou por acarretar a prolação da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC.

Ademais, os Recursos Extraordinários em debate tiveram sua repercussão geral reconhecida (Tema 809), já que se vislumbrou que essas decisões ultrapassaram os interesses subjetivos da causa, estendendo seus efeitos ao âmbito social, jurídico, político e econômico.

E nesse sentido, foi aprovada pelo STF a seguinte tese: “no sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil”. Essa decisão do Superior Tribunal Federal demonstra como o direito acompanha os valores cultivados pela coletividade e com isso, recebe novos contornos.

3.2. Princípios constitucionais que levaram a inconstitucionalidade do dispositivo

A, ainda recente, decisão do Supremo Tribunal Federal que dispôs acerca da equiparação sucessória da união estável ao casamento civil e com isso, declarou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, motivou-se, em especial, na ofensa a direitos e princípios constitucionais.

Cabe ressaltar os que, entende-se, serem os de maior relevância ao caso: o direito à igualdade e à vedação ao retrocesso.

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 646.721 Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Recte. (s): São Martin Souza da Silva. Recdo. (a/s): Geni Quintana. 10/05/2017.

A igualdade, uma garantia individual e princípio que rege todo o ordenamento jurídico, encontra previsão no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna, inovou ao disciplinar a igualdade entre homens e mulheres e essa se aplica a todos os âmbitos, inclusive nas relações familiares, perdendo o casamento seu caráter exclusivo como meio de constituição de família.

Esse princípio, assim como o da solidariedade – previsto no artigo 3º, inciso I, do texto constitucional – são as bases do direito de família e sucessões. Esses, no entanto, devem ser mutáveis, a fim de que acompanhem as concepções políticas e sociais da sociedade.

O caput do artigo 226 da CF prevê que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", ou seja, não é mencionada a forma de sua constituição, e assim, abarca o reconhecimento das famílias que antes eram consideradas ilegítimas. Consta do Recurso Extraordinário nº 878.694-MG/2015, já citado:

O Juízo afastou a aplicação do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil de 2002, por vislumbrar ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da **igualdade**, ante a óptica de o artigo 226, § 3º, da Carta da República prever tratamento paritário entre o casamento e a união estável. (grifo nosso)¹³

O princípio da igualdade prevê a isonomia de aptidões e de possibilidades de acordo com a lei. São incomparáveis as palavras de Boaventura de S. Santos, quando afirma: “(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza, e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza (...)”¹⁴

Os cônjuges e companheiros, ao menos formalmente, de acordo com a CF, possuem os mesmos direitos e deveres no que se refere à sociedade conjugal, sendo proibido tratamento jurídico diferenciado. A garantia do direito de herança está em conexão com os direitos e garantias fundamentais.

Com base no direito à igualdade são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas e este tem como finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete, da autoridade pública e do particular.

De encontro ao já mencionando, tem-se a vedação ao retrocesso, um direito social que possui importante ligação ao princípio da igualdade, como descreve a conceituada doutrinadora Maria Berenice Dias:

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. op. cit.

¹⁴ SANTOS, B. de S. Reconhecer para libertar: caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade, p. 56.

A consagração constitucional da igualdade, tanto entre homens e mulheres, como entre filhos, e entre as próprias entidades familiares, constitui simultaneamente garantia constitucional e direito subjetivo. Assim não pode sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. É o que se chama de proibição do retrocesso social.¹⁵

A vedação ao retrocesso, princípio derivado da expressão da doutrina francesa “*effet cliquet*”, surgiu com o intuito de fornecer restrições às liberdades legislativas, declarando inconstitucional a lei que, em vez de tornar os direitos mais eficazes, restringem-nos excessivamente.

Essa garantia visa impedir a edição de qualquer medida tendente a revogar ou reduzir os direitos sociais já regulamentados e efetivados. A edição do Código Civil de 2002 e a introdução do artigo 1.790 no ordenamento jurídico, ensejou na privação de garantias sociais, evidenciando a sua desconformidade constitucional e exemplo nítido de retrocesso social.

O RE nº 646.721-RS/2017, esclarece: “(...) essa distinção viola aos princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso (...)”

Percebe-se que a Corte, na qualidade de Guardiã da Constituição Federal, tem repudiado a ideia hierarquizar as entidades familiares em observância aos preceitos constitucionais. Com isso, a evolução da união estável no Brasil passará a ocupar cada vez mais espaço nas pautas judiciais refletindo as constantes reivindicações por direitos.

Importante salientar que não se trata de conferir imutabilidade às normas relativas a direitos sociais, mas segurança jurídica ao garantir que direitos não sejam suprimidos, impedindo dessa forma, que o Estado proceda a alterações que restrinjam garantias.

Por fim, as palavras do Ministro Luís Roberto Barroso resumem o que se tenta aqui elucidar: “(...) uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na CF”¹⁶

4. EFEITOS SUCESSÓRIOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

4.1 Os Embargos Declaratórios do IBDFAM e o companheiro como herdeiro necessário.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. O direito Constitucional e a efetividade das normas, 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158 e 159.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), participou como *amicus curiae* no RE nº 878.694-MG/2015 e, apesar de defender a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, após o julgamento solicitou esclarecimentos ao Supremo Tribunal Federal, por meio de embargos de declaração.

Nos embargos declaratórios, o Instituto sustentou que o regime sucessório do cônjuge não se restringe ao artigo 1.829 do Código Civil, tratado no RE, de forma que o Órgão teria se omitido com relação a diversos dispositivos que permeiam esse regime jurídico, em especial quanto ao artigo 1.845 do CC, que trata do herdeiro necessário, fazendo com, até o momento, o companheiro seja considerado, por muitos, apenas um herdeiro facultativo.

A decisão do Supremo Tribunal Federal não abarcou todas as diferenças existentes no Código Civil. Era preciso então que o STF se posicionasse sobre o alcance da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC com relação aos demais dispositivos que tratam do regime sucessório do cônjuge, indicando se esses deveriam se aplicar à sucessão do companheiro.

Os embargos foram rejeitados pelo Supremo. De acordo com o Ministro Barroso: “a repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos”.¹⁷

A vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Família do IBDFAM, Ana Luiza Nevares, interpretando a decisão do STF, entendeu que este, ao determinar que os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro não podem ser diferentes, considera também que o companheiro, assim como o cônjuge, é herdeiro necessário.¹⁸

Em complemento a este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a repercussão geral estabelecida pelo STF conduz à confirmação de que o companheiro é herdeiro necessário. Vê-se pelo trecho final voto do relator ministro Villas Bôas Cueva da 3ª Turma do STJ:

a companheira, ora recorrida, é de fato a herdeira necessária do seu ex-companheiro, devendo receber unilateralmente a herança do falecido, incluindo-se os bens particulares, ainda que adquiridos anteriormente ao início da união estável.¹⁹

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. No Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais. Relator: Min. Roberto Barroso. Publicação: 26/10/2018.

¹⁸ IBDFAM. Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6813>>. Acesso em 20 fev. 2021

¹⁹ STJ, REsp. n. 1.357.117/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 26/3/2018.

Esse entendimento, no entanto, não se deu por meio de uma decisão vinculante e, assim, pode ser que o Tribunal modifique sua posição sobre o tema. Verifica-se, ainda, uma divisão doutrinária quanto a inclusão dos companheiros no rol dos herdeiros necessários, ao lado dos cônjuges.

Entendem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que se deve aplicar em favor da companheira viúva, o regramento do cônjuge sobrevivente, com exceção da regra que confere a esta a condição de herdeira necessária, já que esta norma, enunciada no artigo 1.845 CC, por ser restritiva da liberdade testamentária do *de cujos*, não comporta interpretação extensiva.²⁰

De acordo com o doutrinador Flávio Tartuce, o STF não apreciou pormenorizadamente a questão da atinente ao cônjuge e companheiro na sucessão. A rejeição dos embargos, segundo ele, se deu por questões processuais e o debate continua nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial.

É imperioso destacar as consequências de se considerar o companheiro como herdeiro necessário. O convivente em união estável passará a ser contemplado com a legítima, gerando restrições à doação e as disposições testamentárias, conforme expressa previsão dos artigos 1.846 a 1.849 do CC/2002.

Para fins de rompimento do testamento – artigo 1.794 CC - também deverá ser considerado o caso de ter sido ignorada a existência de um companheiro, legítimo possuidor de direitos sucessórios. Além disso, o convivente terá o dever de, assim como os demais herdeiros necessários, colacionar os bens recebidos em antecipação sob pena de sonegados, de acordo com artigos 2.002 a 2.012 do Código Civil.

Diante disso, apesar do STF ter rejeitado os embargos declaratórios, a posição que prevalece, segundo entendimento dos especialistas e doutrinadores da área, é a de que o companheiro é herdeiro necessário. Não obstante, seria muito importante que tivéssemos uma decisão clara e concreta do STF sobre o tema, para que houvesse a pacificação desta tese.

Por outro lado, Mário Luiz Delgado, presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, contrário à equiparação entre a união estável e o casamento, e defensor da não aplicação do artigo 1.845 do CC à sucessão do companheiro, argumenta que estas são entidades familiares com importante diferenciação fática e normativa e salienta:

A tutela estatal abrangente das entidades familiares típicas e atípicas não provoca a equiparação da respectiva moldura normativa, posto que em sendo

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

diversas as suas características, imperioso reconhecer a diversidade de regimes legais, sem que se incorra no equívoco da hierarquização²¹

Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do IBDFAM, em concordância com Mário Luiz, se manifesta no seguinte sentido: “se equiparar cônjuge e companheiro em todas as premissas, incluindo o de ser herdeiro necessário, estará tolhendo a liberdade das pessoas de escolherem esta ou aquela forma de família (...)”²²

Apesar das posições mencionadas acima, entende-se que o STF, ao decidir pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, optou por mencionar o artigo 1.829 deste mesmo código a título exemplificativo de como, a partir de então, deverá ser regida a sucessão do companheiro.

A falta de menção expressa à aplicabilidade do artigo 1.845 do CC, em nada modifica o fato de que, com a declaração de inconstitucionalidade, impediu-se qualquer diferenciação e marginalização entre os institutos familiares.

Portanto, considerar que o companheiro não deva ser tratado como herdeiro necessário, é perpetuar a segregação dessa forma de organização familiar que se torna cada dia mais corriqueira, sendo essa a visão majoritária da doutrina atual.

4.2 O que muda com a decisão do STF?

Até o momento, buscou-se apresentar a divergência do enunciado no artigo 1.790 do Código Civil com as demais normas contemporâneas, ressaltando a declaração de sua inconstitucionalidade. No entanto, quais são os efeitos sucessórios dessa decisão do Supremo?

Até o momento, os efeitos da inconstitucionalidade deste artigo não são pacíficos entre os doutrinadores e nem mesmo na própria jurisprudência, o que faz com que haja bastante discussão no que se refere aos limites e consequências dessa decisão no campo sucessório.

O ponto que parece constituir a maior controvérsia pauta-se no fato do companheiro ter se tornado herdeiro necessário, questão discutida no tópico acima, razão pela qual passa-se a análise dos demais efeitos sucessórios dessa deliberação.

O Supremo, ao julgar o assunto da forma como fez, deixou diversos hiatos interpretativos. Assim, é frequente o debate sobre ter havido uma equiparação total ou parcial entre o casamento e a união estável.

²¹ IBDFAM, op. cit.

²² IBDFAM, op. cit.

Há um ponto permeado de certa unicidade de entendimentos, por ter o STF tratado do tema com bastante clareza. Trata-se da definição do momento a partir do qual a inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC passará a se aplicar aos processos já vigentes.

Quanto a isso, salienta-se que esta deverá ser utilizada apenas nos inventários judiciais em que a sentença de partilha ainda não tenha transitado em julgado e nos procedimentos extrajudiciais, somente àqueles em que ainda não haja escritura pública. Logo, a modulação dos efeitos dessa decisão não atinge as partilhas já estabelecidas, conferindo estabilidade às relações e atos consumados.

A maior parte da doutrina argumenta que a decisão do tribunal aproximou, quase totalmente, o casamento e a união estável. O assunto, no entanto, não é novidade, já que o Código de Processo Civil de 2015 já equiparava, para quase todos os fins processuais, o cônjuge e o companheiro.

Ao declarar que: “no sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil”, o STF traz uma tese de grande impacto, que irá repercutir trazendo maior segurança e previsibilidade dos julgamentos.

Inicialmente, para que não haja equívocos, imperioso afirmar que apenas será convocado a suceder o companheiro sobrevivente se o falecimento ocorrer na constância da convivência. Dito isso, com o companheiro figurando na ordem de sucessão legítima, haverá concorrência com os descendentes, a depender do regime de bens adotado.

Importante essa ressalva já que na união estável, desde que formalizada, é possível escolher o regime de bens que será adotado. O enunciado no artigo 1.725 do CC é aplicável apenas no caso de omissão das partes quanto ao regime que desejam aderir.

Quanto aos ascendentes, haverá a concorrência com o companheiro, independentemente do regime de bens. Ademais, na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro receberá a herança sozinho, da mesma forma que ocorre com o cônjuge.

Assim, desde que haja companheiro supérstite, serão excluídos os colaterais até o quarto grau. São considerados colaterais até o quarto grau os irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos. Isso ocorre, pois, o Código Civil estabelece que os colaterais só têm direito à herança se não houver mais filhos, cônjuge ou ascendentes vivos. Diante disso, atualmente inclui-se, além do cônjuge, o companheiro sobrevivente.

Isto posto, é possível perceber que o companheiro foi, de fato, no que se refere à sucessão legítima, equiparado ao cônjuge. Verifica-se, ainda, que esse vem sendo o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – EXCLUSÃO DO IRMÃO DO FALECIDO DO ROL DE HERDEIROS – COMPANHEIRA – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CC – DIREITOS SUCESSÓRIOS EQUIPARADOS AOS DO CÔNJUGE – PRIORIDADE NA LINHA SUCESSÓRIA EM RELAÇÃO AOS COLATERAIS – INEXISTÊNCIA DE CONCORRÊNCIA ENTRE COMPANHEIROS E IRMÃOS – RECURSO PROVIDO. – O STF, no julgamento dos recursos submetidos ao regime de repercussão geral, RE 878.694/MG e RE 646.721/RS, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, que dava tratamento desigual entre cônjuges e companheiros nas relações sucessórias, determinando a aplicação, em ambos os casos, do regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil – **O cônjuge ou companheiro tem prioridade na linha sucessória em relação aos colaterais, não havendo concorrência entre eles** – Uma vez que o irmão do falecido foi incluído no rol de herdeiros por equívoco da inventariante companheira do de cujus, a sua imediata exclusão se mostra cabível. **(Grifo nosso)**²³

Quanto a concorrência do companheiro com o cônjuge sobrevivente, além de ser uma questão polêmica, tem desafiado solução jurisprudencial. Nesse ponto, há diversas situações que merecem destaque.

Primeiramente, ressalva-se que para a caracterização da união estável é necessário que os conviventes sejam solteiros ou viúvos, ou ainda, se casados, já estejam separados judicialmente ou de fato, conforme previsão do artigo 1.723, §1º do Código Civil.

Considerando isso, havendo concorrência sucessória entre o cônjuge, separado de fato há mais de dois anos, e o companheiro, com quem o *de cujus* compartilhava a vida, somente este último participará da sucessão. O artigo 1.830 CC assim salienta: “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 (...)”

²³ TJ-MG. AI: 10000190806778001 MG. Relator: Jair Varão, Data de Julgamento: 20/08/2019, Data de Publicação: 23/08/2019.

A separação de fato pelo período de dois anos é suficiente para colocar fim ao regime de bens do casamento e conseqüentemente aos deveres matrimoniais. Se a separação de fato coloca fim ao regime de bens do casamento e permite que os cônjuges constituam novas famílias, incidindo novo regime de bens, não há que se falar na permanência do direito sucessório entre eles. Quanto a isso, Teresa Arruda Alvim Pinto diz:

Ora, a partir do momento em que o homem ou a mulher, casados, encontram-se separados de fato, ao menos a partir do momento em que essa separação de fato se mostra definitiva, como, por exemplo, no caso de algum deles, ou ambos, já terem constituído uma nova entidade familiar, com outra pessoa, torna-se impossível que o Estado possa proteger ambas as situações, concomitantemente, i. é, a do casamento meramente formal e a da entidade familiar. Nestes casos, evidentemente, se a entidade familiar deve, por força de norma constitucional, receber proteção do Estado, não pode este, ao mesmo tempo, proteger, com os mesmos direitos, a situação do casamento meramente formal. **O Direito, cada vez mais, protege situações reais e, cada vez menos, situações meramente formais.** (grifo nosso)²⁴

No entanto, de acordo com o Código Civil, bem como com o entendimento jurisprudencial, não há prazo mínimo para a caracterização da união estável. Assim, a existência de convivência extraconjugal, tendente a configurar união estável, antes do período que configura a separação de fato para efeitos patrimoniais e sucessórios do casamento, é questão que merece ênfase.

Nesse caso, a união estável não poderá se configurar, nem de fato, nem juridicamente, em observância a todos os dispositivos que tratam dessa forma de constituição de família. No entanto, há situações em que uma pessoa, separada de fato há menos de dois anos, já esteja vivendo em situação similar à de união estável por ocasião de sua morte.

Assim, não resta dúvida de que o direito sucessório do cônjuge ainda não estaria afastado. No entanto, trata-se de uma situação peculiar em que o(a) autor(a) da herança mantinha relação amorosa com mais de uma pessoa ao mesmo tempo. Nesse caso o companheiro, apesar de, formalmente, não ter vivido uma união estável com o *de cujos*, não poderá ver-se desamparado quanto ao seu direito sucessório. Para solucionar essa antinomia, parece coerente a recomendação do jurista Mário Luiz Delgado Régis, que discorre:

deve a participação do companheiro ficar restrita aos bens adquiridos durante a união estável (patrimônio comum), enquanto o direito sucessório do cônjuge só alcançará os bens anteriores, adquiridos antes da data reconhecida judicialmente como de início da união estável(...) ²⁵

²⁴ PINTO, Teresa Arruda Alvim. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. In: Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, v. 1, p. 83.

²⁵ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? Revista Brasileira de Direito de Família, v.29, p.218-219

Parece ser acertado este entendimento, ao passo que evita que os bens obtidos pelo(a) companheiro(a) sejam partilhados com o marido ou a esposa, afrontando a moral e o princípio geral de direito que proíbe o enriquecimento sem causa. Ao mesmo tempo, assegura ao cônjuge, desde que separado a menos de dois anos, o direito sucessório sobre os bens adquiridos com seu esforço e sobre os quais possui direito.

Com relação a esse ponto, há, inclusive, um Projeto de Lei – nº 309/21 – que tramita na Câmara dos Deputados visando estabelecer que a existência de casamento ou de união estável de um dos conviventes impede a caracterização e o reconhecimento de novo vínculo de união estável no mesmo período, salvo se a parte casada já estiver separada de fato ou judicialmente.²⁶

Esse, ao que parece, não traz grandes novidades já que o próprio Código Civil em seu artigo 1.723, §1º já apresenta esse impedimento. Parece sensato o projeto ao declarar que: “o impedimento de nova união estável não compromete a partilha proporcional dos bens quando ficar comprovada a participação de cada parte para a aquisição do patrimônio.”²⁷

Ademais, imperioso tratar do direito real de habitação do companheiro, assunto que também não foi discutido pelo Supremo nos julgamentos dos RE que levaram à declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC.

A Lei nº 8.278/96, mesmo antes da edição do CC/2002, já tratava do direito real de habitação dos companheiros, ressaltando em seu artigo 7º, 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 Código Civil trouxe esse direito, em seu artigo 1.831, *ad litteram*:

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.

O direito real de habitação é personalíssimo e vitalício, impedindo que haja a ampla fruição do imóvel, mas garantindo que não haja qualquer ônus ao cônjuge sobrevivente perante os titulares do domínio, ou seja, fica impossibilitada a pretensão ao arbitramento de aluguéis pela ocupação da propriedade.

²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 309, de 8 de fevereiro de 2021. Acresce dispositivos à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir causa impeditiva de caracterização e reconhecimento de união estável. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2269700>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

²⁷ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. op. cit.

Percebe-se que no artigo do código supramencionado, é citado apenas o “cônjuge”, entendimento que, após a decisão do STF nos RE 878.694-MG/2015 e 646.721-RS/2017, tem sido relativizado.

Com a análise comparativa entre o CC/2002 e a Lei nº 8.278/96, vê-se que essa última limita o direito real de habitação a não constituição de nova união estável ou casamento, o que não foi trazido pela norma civilista. Entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, em sua maioria, continuam adotando a linha de que este também é um direito dos companheiros.

Há corrente doutrinária que defende a subsistência do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, argumentando, em defesa do companheiro, não ter havido revogação expressa da referida lei, bem como inexistir incompatibilidade do benefício nela previsto com qualquer dispositivo do atual Código Civil. Por outro lado, há aqueles que invocam a extensão analógica do direito assegurado ao cônjuge sobrevivente no artigo 1.831 do CC.

Apesar disso, a jurisprudência ainda não pacificou um entendimento sobre a origem deste direito aos companheiros, sendo unânime apenas quanto à necessidade de garantia desse direito sucessório àqueles que viviam em união estável, como vê-se:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL. SAISINE. ESBULHO. INOCORRÊNCIA. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. Nas ações de reintegração de posse, incumbe ao autor provar a sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho, bem como a perda da posse. **Ao companheiro sobrevivente assiste direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar. Inteligência do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96.** Ausente posse injusta sobre o bem, não como acolher a proteção possessória buscada²⁸ (grifo nosso).

Deste modo, é possível encontrar julgados recentes que aplicam a Lei 9.278/96 para conferir o direito real de habitação ao companheiro, assim como aqueles que argumentam que este decorre da equiparação entre os regimes sucessórios das diferentes modalidades de famílias, como preceituou o STF.

Foi firmada a seguinte tese jurisprudencial acerca do tema: “O companheiro sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel no qual convivia com o falecido, ainda que silente o art. 1.831 do atual Código Civil”.²⁹

Além disso, ainda nesse sentido, importante a menção ao Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil:

“o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/1996, seja em razão da

²⁸ TJ-MG. AC: 10000190681866001 MG. Relator: Estevão Lucchesi, Data de Julgamento: 27/08/2019, Data de Publicação: 29/08/2019.

²⁹ REsp 1203144/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 15/08/2014

interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6.º, caput, da CF/1988".³⁰

A despeito do que foi defendido acima, é ter preciso ter a clareza de que o casamento e união estável continuam a configurar institutos familiares distintos. Para que exista o casamento, é necessário que inúmeras formalidades sejam seguidas, respeitando os ditames legais de uma espécie bastante burocrática e complexa, que, por isso, é mais segura do ponto de vista jurídico; ao passo que a união estável se concretiza apenas com o preenchimento dos requisitos do artigo 1.723 do Código Civil, caracterizando-se por sua informalidade.

A extinção desses institutos, assim como a sua configuração, também se difere. O casamento continua permeado de formalidade sendo necessário que haja o divórcio com a devida averbação na certidão de casamento dos envolvidos, que informará acerca da nova situação do matrimônio; enquanto na união estável, a simples ocorrência do rompimento da convivência, com a separação de fato, já consoma o término da relação.

Esse entendimento doutrinário acabou levando a aprovação do Enunciado 641 na VIII Jornada de Direito Civil, que ocorreu em abril de 2018:

a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável. (grifo nosso)³¹

Outrossim, o doutrinador Flávio Tartuce defende que as decisões nos dois recursos extraordinários trouxeram apenas uma equiparação sucessória entre ambas as entidades familiares, não se tratando de uma equiparação total:

Em suma, a minha posição é que da decisão do Supremo Tribunal Federal retira-se uma equiparação sucessória das duas entidades familiares, incluindo-se a afirmação de ser o companheiro herdeiro necessário. Porém, ao contrário do que defendem alguns, não se trata de uma equiparação total que atinge todos os fins jurídicos, caso das regras atinentes ao Direito de Família. Em outras palavras, não se pode dizer, como tem afirmado Mário Luiz Delgado, que a união estável passou a ser um casamento forçado. Em resumo, o decisum do Supremo Tribunal Federal gera decorrências de equalização apenas para o plano sucessório.³²

³⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 117. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/758>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista das jornadas do CJF: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios / Superior Tribunal de Justiça, [Gabinete do Ministro Diretor da Revista], Conselho da Justiça Federal. -- Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018.

³² TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 02.

É possível concluir que houve equiparação entre o casamento e a união estável no que se refere às regras sucessórias, às relativas a alimentos e ao regime de bens. Por outro lado, nas normas relativas a alteração do regime de bens do casamento, previstas nos artigos 1.639 do Código Civil e 734 do Código de Processo Civil, bem como naquelas que dizem respeito às exigências de outorga conjugal – constantes do artigo 978 CC – adstritas ao casamento, não há o que se falar em equiparação.

Por fim, apesar das divergências ainda existentes, parece mais acertada a tese de que, interpretando-se a essência dos fundamentos apresentados no julgado do STF, o companheiro viúvo passa a integrar a ordem de vocação hereditária como se fosse cônjuge viúvo equiparando-se a este nos demais efeitos sucessórios.

5. CONCLUSÃO

Consoante foi oportunizado ao longo dessa pesquisa, restou constatada a importância do reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC pelo STF, representando maior proximidade entre o direito sucessório do cônjuge e do companheiro.

Foi possível observar e concluir a enorme contribuição trazida pelos julgamentos dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721 vez que foi possível resolver parte da grande instabilidade jurídica sucessória verificada no Brasil desde o início da vigência do Código Civil de 2002.

Não há razão e nem fundamento na lei para que ocorra diferenciação entre as duas entidades familiares, quanto a seus regimes sucessórios, vez que possuem o mesmo reconhecimento constitucional e o mesmo fim em si, podendo e devendo existir diferenças apenas no que tange às suas diferenças quanto a constituição, comprovação e extinção.

Portanto, o Estado não pode impedir que os indivíduos busquem a estrutura familiar que considerarem mais benéfica para alcançarem sua felicidade, seu papel na verdade é o de procurar mecanismos que protejam todos os institutos familiares.

Verificou-se uma grande concordância dos doutrinadores em relação à decisão da Suprema Corte, uma tendência doutrinária e jurisprudencial pela inclusão dos companheiros no rol dos herdeiros necessários assim como uma ampliação do direito real de habitação àqueles que vivem em união estável.

Apesar disso, os julgamentos dos Recursos Extraordinários deixaram lacunas interpretativas já que estes se limitaram a analisar a sucessão legítima, descrita no artigo 1.829

CC, não abrangendo os demais dispositivos legais pertinentes à sucessão hereditária, em especial quanto aos casos de concorrência sucessória entre o cônjuge e o companheiro.

Por óbvio a discussão a respeito do direito sucessório do companheiro está longe do fim, por ser um tema julgado recentemente, ainda sem contornos definidos e que não conta com um entendimento pacificado acerca de sua abrangência.

Assim, é necessária a realização de nova análise pela Suprema Corte destes outros dispositivos, a fim de que se confira maior segurança jurídica à toda sociedade e que se determine a amplitude e abrangência dos julgamentos. Ademais, imperioso que a doutrina e jurisprudência debruçem sobre o assunto, tornando-o menos complexo e contraditório, de maneira a pacificar um entendimento. Resta aos estudiosos, aos aplicadores do direito e a toda a sociedade, a busca pelo tratamento igualitário e pelo cumprimento do princípio da vedação ao retrocesso.

Evidenciou-se a importância social de se discutir um tema que, invariavelmente, atingirá a todas as famílias, reverberando a importância da adequação ordenamento jurídico frente aos problemas cotidianos e à contemporaneidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto; **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva. Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade das normas**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158 e 159.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 309**, de 8 de fevereiro de 2021. Acresce dispositivos à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir causa impeditiva de caracterização e reconhecimento de união estável. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2269700>. Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18971.htm. Acesso em: 27 fev. 2021

BRASIL. Presidência da República. **Lei 9.278**, de 10 de maio de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 13.105** de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso em: 01 de fev. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista das jornadas do CJF: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios / Superior Tribunal de Justiça**, [Gabinete do Ministro Diretor da Revista], Conselho da Justiça Federal. -- Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 382**. A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato. Sessão plenária de 03/04/1964. DJ de 08/05/1964. p. 1237; DJ de 11/05/1964, p. 1253; DJ de 12/05/1964, p. 1277. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: fev/2021.

Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo/Alexandre Dartanhan de Mello Guerra [et al.]; coordenação de Giovanni Ettore Nanni – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 5. Ed, ver, atual e ampl. – Revista dos Tribunais, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 368

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de direito civil**, volume 7: direito das sucessões/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume 6: direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família /Carlos Roberto Gonçalves. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

IBDFAM. **Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6813>>. Acesso em 20 fev. 2021.

IBDFAM. **Julgamento do STF tem sete votos a favor pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, que prevê diferenças entre cônjuge e companheiro quanto à herança**. Disponível em:<<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/6095/Julgamento+do+STF+tem+sete+votos+a+favor+pela+inconstituionalidade+do+artigo+1.790,+que+prev%C3%AA+diferen%C3%A7as+entre+c%C3%B4njuge+e+companheir+quanto+%C3%A0+heran%C3%A7a#:~:text=%E2%80%9CO%20artigo%201.790%20%C3%A9%20de,fora%20equalizadas%20pela%20ordem%20constitucional>>. Acesso em 20 fev. 2021.

PEREIRA, R. C. Da união estável. _____; DIAS, M. B.; (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Volume VI. 28ª ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **União estável e casamento: uma equiparação?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554>>. Acesso em 21 fev. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Emb. Decl. No Recurso Extraordinário 878.694** Minas Gerais. Relator: Min. Roberto Barroso. Publicação: 26/10/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório**. 2017. Disponível em: Acesso em: 30 mar. de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 646.721** Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Recte. (s): São Martin Souza da Silva. Recdo. (a/s): Geni Quintana. 10/05/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 878.694** Minas Gerais. Relato: Min. Roberto Barroso. Recte(s): Maria de Fátima Ventura. Recdo. (a/s): Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). 31/08/2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**/Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1218/STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art.+1.790+do+C%C3%B3digo+Civil.+E+agora%3F>>. Acesso em: 20 fev. 2021.