

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS  
MISSÕES PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
CAMPUS DE ERECHIM DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
APLICADAS DO CURSO DE DIREITO**

**DIANA ALBUQUERQUE OLIVIO**

**SUCCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E  
JURISPRUDENCIAIS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO  
1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

**ERECHIM**

**2018**

**DIANA ALBUQUERQUE OLIVIO**

**SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E  
JURISPRUDENCIAIS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790  
DO CÓDIGO CIVIL**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em  
Direito, no Curso de Direito,  
Departamento de Ciências Sociais  
Aplicadas da Universidade Regional  
Integrada do Alto Uruguai e das  
Missões – Erechim.**

**Orientador(a): Prof. Dra. Giana Lisa  
Zanardo Sartori**

**ERECHIM**

**2018**

**DIANA ALBUQUERQUE OLIVIO**

**SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E  
JURISPRUDENCIAIS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790  
DO CÓDIGO CIVIL**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em  
Direito, no Curso de Direito,  
Departamento de Ciências Sociais  
Aplicadas da Universidade Regional  
Integrada do Alto Uruguai e das  
Missões – Erechim.**

**Erechim/RS, 01 de outubro de 2018.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dra. Giana Lisa Zanardo Sartori  
URI - Erechim

---

Prof. Mestra Andrea Mignoni  
URI - Erechim

---

Prof. Mestra Viviane Bortolini Giacomazzi  
URI – Erechim

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por ter me concedido força e sabedoria para superar todos os desafios encontrados durante esses cinco anos. A minha mãe que em todos os momentos de dificuldade esteve de prontidão para me ajudar no que fosse preciso, pela paciência nos momentos em que mais senti angústia e achei que não iria conseguir. Ao meu pai, pela incansável batalha para que eu pudesse realizar este sonho, pela calma e sabedoria a mim passada, serei eterna e imensamente grata. Saibam que eu levo o maior exemplo que puderam me dar, de honestidade em tudo o que fizer. Aos meus dois irmãos que apesar da distância física sempre estiveram ao meu lado para me apoiar e ajudar.

Agradeço também às minhas amigas, que me acompanharam nessa caminhada, proporcionando amizade e companheirismo nos bons e maus momentos.

A todos os professores que proporcionaram não apenas conhecimentos docentes, mas pelo exemplo como pessoas e profissionais.

Agradeço em especial minha orientadora Prof. Dra. Giana Lisa Zanardo Sartori, por todo conhecimento transmitido e suporte para que este trabalho fosse concluído com sucesso.

## RESUMO

O presente trabalho objetivou apresentar um estudo sobre a sucessão na união estável diante da inconstitucionalidade do artigo 1.790 (BRASIL, 2002). A análise do tema é relevante para compreender quais serão as regras a serem seguidas após ser declarado inconstitucional o referido artigo, levando em conta que hoje, um terço dos casais no Brasil, se encontram vivendo em união estável. Realizou-se uma abordagem sobre a evolução da união estável na sociedade até a sua conquista como uma entidade familiar, além de seus direitos, deveres e características. Foi feito um comparativo da ordem hereditária dos companheiros perante os cônjuges, sendo analisados desde o Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002. Discutiu-se a inconstitucionalidade do artigo 1.790 (BRASIL, 2002), e como os Tribunais entendiam antes e após a inconstitucionalidade, apontando também, como o Supremo Tribunal Federal falhou, ao deixar lacunas em relação ao companheiro ser ou não herdeiro necessário. Pretende-se por meio do presente trabalho, apresentar os motivos da inconstitucionalidade do mesmo dispositivo legal, e a discrepância do direito sucessório do companheiro comparado ao cônjuge. Para a realização do trabalho monográfico fora utilizado o método indutivo.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade. Sucessão. União Estável. Companheiros. Cônjuges.

## ABSTRACT

The present work is talking about the succession on stable union described in the unconstitutionality of article 1.790 (BRAZIL, 2002). For this, the work was structured in three parts, where each one is responsible to answer, the subject to arrive at the approach of the unconstitutionality of the article. The first chapter aims to show the evolution of stable union in society until its conquest as a family entity, in addition to its rights, duties and characteristics. The second chapter aims to compare the order of 1915 up to the Civil Code of 2002. The third and final chapter deals with the unconstitutionality of article 1,790 (BRAZIL, 2002), and how the Courts understood before and after the unconstitutionality, also pointing out, as the Federal Supreme Court failed, to leave gaps in relation to the companion being or not heir required. The purpose of this study is to present the reasons for the unconstitutionality of the same legal device, and the discrepancy of the inheritance law of the partner compared to the spouse. The study searches for topics like rules to be followed after the unconstitutional in question, taking into account that today, a third of couples in Brazil, is living in a stable union. In order to perform the monographic work, the method used was the inductive.

**Key words:** Unconstitutionality. Succession. Stable union. Companions. Spouses.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 A FAMÍLIA COMO UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	<b>10</b>
2.1 Noção do Direito de Família.....	10
2.2 Conceito da União Estável.....	11
2.3 Leis Especiais da União Estável.....	14
2.4 Características da União Estável.....	15
2.4.1 Convivência more uxório.....	15
2.4.2 Publicidade.....	16
2.4.3 Estabilidade ou duração prolongada.....	16
2.4.4 Continuidade.....	16
2.4.5 Inexistência de Impedimentos Matrimoniais.....	17
<b>2.5 Direitos e deveres dos companheiros.....</b>	<b>17</b>
2.5.1 Respeito.....	18
2.5.2 Assistência.....	18
2.5.3 Guarda, sustento e educação aos filhos.....	19
<b>2.6 Alimentos.....</b>	<b>19</b>
<b>2.7 Regime de bens.....</b>	<b>20</b>
<b>2.8 Conversão da união estável em casamento.....</b>	<b>20</b>
<b>3 SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: UM COMPARATIVO.....</b>	<b>22</b>
<b>3.1 Conceito de Direito Sucessório.....</b>	<b>22</b>
<b>3.2 Ordem da vocação hereditária.....</b>	<b>23</b>
<b>3.3 Direito Sucessório dos Companheiros antes do Código Civil de 2002.....</b>	<b>23</b>
<b>3.4 Direito Sucessório do Cônjuge no Código Civil de 1916.....</b>	<b>25</b>
<b>3.5 Direito Sucessório do Cônjuge no Código Civil de 2002.....</b>	<b>26</b>
3.5.1 Cônjuge como herdeiro necessário.....	26
3.5.2 Da concorrência do cônjuge com descendentes comuns.....	28
3.5.3 Da concorrência do cônjuge com descendentes híbridos.....	29
3.5.4 Da concorrência do cônjuge com ascendentes.....	30
3.5.5 Direito Real de Habitação.....	30
<b>3.6 Direito Sucessório do companheiro no Código Civil de 2002.....</b>	<b>31</b>
3.6.1 Concorrência do Companheiro com descendentes comuns.....	32

3.6.2 Concorrência do Companheiro com descendentes apenas do autor da herança.....	32
3.6.3 A Concorrência do Companheiro com descendentes híbridos.....	33
3.6.4 Concorrência do Companheiro com outros parentes sucessíveis.....	33
3.6.5 Da Concorrência sucessório entre o companheiro e o cônjuge.....	35
3.6.6 Direito Real de habitação.....	35
<b>4 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....</b>	<b>36</b>
<b>4.1 Artigo 1.790 do Código Civil.....</b>	<b>36</b>
<b>4.2 Posicionamentos a favor da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.....</b>	<b>36</b>
<b>4.3 Posicionamentos a favor da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.....</b>	<b>38</b>
<b>4.4 Decisão da Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002...39</b>	<b>39</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>46</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar os aspectos da Sucessão na União Estável, e estudar a inconstitucionalidade que trouxe o artigo 1.790 (BRASIL, 2002), o qual demonstra uma discrepância de direito dos companheiros comparado aos cônjuges no âmbito da sucessão e posteriormente compreender quais são os entendimentos do Tribunal acerca do tema.

A escolha do tema, se deu em razão da importância do reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790 (BRASIL, 2002), por este trazer prejuízos aos companheiros frente a seu direito sucessório em relação aos cônjuges, e partir disso, mostrar quais as modificações que ocorreram após a inconstitucionalidade do referido artigo.

A união estável, é hoje reconhecida como entidade familiar através da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 §3 a equipara como uma família legítima, não devendo ser discriminada em qualquer forma.

Ressalta-se que distinção entre casamento e a união estável não é sinônimo de hierarquia entre as duas formas de constituição de família. Tendo em vista que na união estável, o casal se une com propósito de constituir uma família, com uma união caracterizada por convivência pública, duradoura e contínua.

Em primeiro momento, será tratado sobre a evolução de direitos da união estável, a partir de quando foi reconhecida como entidade familiar, através de quais leis alcançaram seus direitos e deveres, juntamente com as características necessárias para uma união estável ser considerada como tal.

Posteriormente, dedica-se o estudo sobre a sucessão na união estável, fazendo um breve comparativo da ordem de vocação hereditária com os cônjuges, abordando desde o Código Civil de 1916, até posteriormente com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Apresentando o comparativo foi possível descrever a notável discrepância de direitos sucessórios entre os cônjuges e companheiros.

No último capítulo da presente pesquisa, é abordado o estudo da inconstitucionalidade do artigo 1.790 (BRASIL, 2002), sendo apontadas posições a favor da constitucionalidade e os a favor da inconstitucionalidade. Incluindo

também jurisprudências em que é possível compreender como era o entendimento dos Tribunais de Justiça, e como está sendo após a declaração da inconstitucionalidade do mesmo dispositivo legal.

Utiliza-se o método indutivo, analítico, descritivo com a técnica de pesquisa bibliográfica.

## **2 A FAMÍLIA COMO UNIÃO ESTÁVEL**

Neste capítulo será realizada a abordagem da noção de família, adentrando em especial à união estável, a qual após muito preconceito e receio, foi reconhecida como entidade familiar. Serão também analisadas as Leis que regulavam a união estável, quais foram as modificações que sofreram até a atualidade, e quais as novidades que trouxe o Código Civil de 2002 acerca do tema.

### **2.1 Noção do Direito de Família**

A família é o agrupamento de pessoas mais antigo que existe, e vem sofrendo constantes modificações, desde a antiguidade, até os dias atuais. Ela é vista como uma instituição, que compete aos pais dar educação, e exemplo aos filhos, tornando saudável o convívio em sociedade.

“A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”. (GONÇALVES, 2014, p. 17).

Os direitos de família são os que nascem do fato de uma pessoa pertencer a determinada família, sendo ele, pai, filho ou cônjuge. (GONÇALVES, 2014).

Antigamente a família era composta somente pelo casamento, não havendo outro tipo a ser destacado. Somente com (BRASIL, 1988), em seu art. 226 §3º, que foi declarada a existência da união estável como entidade familiar, excluindo a ideia que a família só poderia existir de fato, se regulamentada pelo casamento.

Regula o artigo 226, §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”.

Destaca Tartuce apud Andrade (2018), que atualmente cerca de um terço dos casais optam pela união estável.

### **2.2 Conceito da União Estável**

O conceito de família foi se modificando, surgindo algumas “espécies”.

Uma delas é a união estável, onde duas pessoas decidem se juntar, com o ânimo de constituir uma família, sem a necessidade de seguir as formalidades que ocorrem com o casamento.

A união conjugal livre entre pessoas sempre existiu e sempre existirá, enquanto houver desejo sobre a face da Terra. Entende-se aqui por união livre aquela que não se prende às formalidades exigidas pelo Estado, ou seja, uniões não oficializadas pelo casamento civil e com certa durabilidade e estabilidade. (PEREIRA apud DUTRA, 2016, p. 80).

A união estável entre o homem e a mulher, ficou conhecida por um longo período, por concubinato.

Como descreve Gonçalves (2014), a união livre se distingue do casamento pelas obrigações que este último acarreta. Por isso a doutrina clássica diz que o concubinato pode ser desfeito a qualquer momento, sem que ao concubino abandonado recaia o direito de indenização pelo fato da ruptura.

Apesar de toda a facilidade de formar uma família sem casamento, alguns dispositivos no Código Civil de 1916, faziam restrições a esse tipo de convivência.

A legislação brasileira também sempre se apresentou como em oposição ao concubinato, existindo diversos dispositivos no revogado Código Civil de 1916 a proibirem doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice e outorgando à mulher casada a legitimidade processual para reivindicar os bens comuns, doados ou transferidos pelo marido à concubina, assim como impedindo a instituição da concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida, cujos dispositivos sempre tiveram em mira a concubina de homem casado, em defesa da família matrimonial, única expressão de legítima e exclusiva exteriorização de entidade familiar. (MADALENO, 2017, p. 1618).

Com o tempo, alguns direitos da concubina foram sendo modificados e reconhecidos, tendo a jurisprudência admitido direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum. Percebendo então o julgador brasileiro que a ruptura por uma das partes ou com consentimento dos dois, acabava deixando um dos concubinos no prejuízo e se tornando injusto, pois, em alguns casos, os bens considerados como esforço comum haviam sido adquiridos apenas em nome do varão. (GONÇALVES, 2014).

A expressão “esforço comum” ensejava dúvidas de interpretação na jurisprudência. Entendia uma corrente que a concubina só teria direito

à participação no patrimônio formado durante a vida em comum se concorrerá com seu esforço, trabalhando lado a lado do companheiro na atividade lucrativa. Decisões havia, por outro lado, entendendo que concorria igualmente para o enriquecimento do concubino a mulher que se atinha aos afazeres domésticos, propiciando-lhe o necessário suporte de tranquilidade e segurança para o desempenho de suas atividades profissionais.

A última corrente, mais liberal e favorável à concubina, acabou encontrando ressonância no Superior Tribunal de Justiça, que proclamou a distinção entre a mera concubina e a companheira com convivência *more uxório*, para reconhecer o seu direito a participar do patrimônio deixado pelo companheiro mesmo que não tenha exercido atividade econômica fora do lar. (GONÇALVES, 2014, p. 611).

“As restrições existentes no Código Civil passaram a ser aplicadas somente aos casos de concubinato adúlterino, em que o homem vivia com a esposa e, concomitantemente, mantinha concubina”. (GONÇALVES, 2014, p. 612).

Segundo Farias e Rosendal apud Dutra (2014) a doutrina se encarregou de diferenciar o concubinato em duas categorias: o concubinato puro, composto por pessoas livres, que poderiam casar, e o concubinato impuro, que seria de pessoas que não poderiam se casar, como por exemplo pessoas que já estavam em um vínculo matrimonial, o qual era considerado adúlterino.

O Supremo Tribunal Federal assentou, a propósito, que “o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, com outra mulher, como pode também separar-se de fato da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para viver *more uxório* com a outra. Na primeira hipótese, o que se configura é um concubinato, segundo o seu conceito moderno, e obviamente a mulher é concubina; mas, na segunda hipótese, o que se concretiza é uma união de fato (assim chamada por *lhe faltarem as justas nuptiae*) e a mulher merece ser havida como companheira; precisando melhor a diferença, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a companheira, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal” 637.

Também começou a ser utilizada a expressão “concubinato impuro” 638, para fazer referência ao adúlterino, envolvendo pessoa casada em ligação amorosa com terceiro, ou para apontar os que mantêm mais de uma união de fato. “Concubinato puro” ou companheirismo seria a convivência duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos decorrentes de outra união (caso dos solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados ou que tiveram o casamento anulado). (GONÇALVES, 2017, p. 721).

Então pode-se dizer que o concubinato puro se trata da união estável, de pessoas em que se relacionam e se encontram viúvas, solteiras, divorciadas ou separadas de fato. Já o concubinato impuro trata-se de uma relação onde um

dos companheiros ou os dois, são impedidos de casar e não podem ter entre si uma união estável, como é o caso da pessoa casada não separada de fato e que convive com outra. (TARTUCE, 2017).

Apenas com Brasil (1988) a união estável deixou de ser considerada concubinato e passou a ser reconhecida como entidade familiar.

Gonçalves (2014) destaca que, deve-se entender que nem todos os impedidos de casar são concubinos, pois no artigo 1.723 (BRASIL, 2002), consta como união estável a convivência pública e duradoura entre pessoas separadas de fato e que mantêm o vínculo do casamento, não sendo separadas de direito.

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.  
§1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.  
§2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Como menciona Gonçalves (2014) foram revogadas as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 pela significativa mudança que trouxe (Brasil, 2002), o qual inseriu o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando com cinco artigos (1.723 a 1.727), além de outras disposições em outros capítulos.

Constam, do referido título a conceituação de união estável como entidade familiar (art. 1723, caput), os requisitos e os impedimentos para a sua formação (art. 1723 §1.º), os direitos e deveres dos companheiros (art. 1.724), a sujeição ao regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito (art. 1.725), e a possibilidade de ser requerida a conversão da união estável em casamento (art. 1.726). (OLIVEIRA, 2008, p. 153).

“O novo diploma tratou, nesses dispositivos, dos aspectos pessoais e patrimoniais, deixando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório (CC, art. 1.790)”. (GONÇALVES, 2014, p. 615).

### **2.3 Leis Especiais da União Estável**

Como enuncia OLIVEIRA (2008), foram criadas duas leis especiais, em

face da proteção da união estável como entidade familiar, em um curto período de tempo.

A primeira, foi a Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, dispondo sobre os direitos de companheiros a alimentos, sucessão (herança e usufruto) e meação em caso de morte - e, vigor desde a publicação, em 30 de dezembro de 1994, até que foi parcialmente revogada pela Lei 9.278/1996.

Depois adveio a Lei 9.278 de 10 de maio de 1996, que deu nova definição à união estável, estabelecendo os direitos e deveres dos conviventes, tratando da assistência material (alimentos) em caso de rescisão da união estável, garantido ao condomínio (meação) dos bens adquiridos na constância da união e a título oneroso [...]. (OLIVEIRA, 2008, p. 152-153).

Conforme Gonçalves (2014) a Lei 8.971/94, definiu como “companheiros” o homem e mulher que comprovassem ter um relacionamento, sendo eles solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou em concubinato puro.

Já a Lei 9.278/96 não constando expressamente sobre a união estável pura, não era possível simultaneidade de casamento e união estável, ou de mais de uma união estável. (GONÇALVES, 2014).

A Lei n. 8.971/94 exigia o prazo de cinco anos de convivência, ou prole, para a configuração da união estável. A Lei n. 9.278/96 omitiu o tempo mínimo de convivência e existência de prole. Para alguns autores seria razoável exigir-se um prazo mínimo de convivência, entendendo outros que poderia ele ser de pelo menos dois anos de vida em comum, por analogia com as disposições constitucionais e legais relativas ao tempo para concessão do divórcio. (GONÇALVES, 2017, p. 808-809).

Segundo Leite (2004) é possível apontar algumas críticas à Lei 8.971/94. Começando pelo fato de que ela fazia depender a relação da vida em comum há mais de cinco anos, ou, o mais grave, da ocorrência de prole; equiparava os companheiros ao cônjuge concedendo mesmos direitos de alimentos constantes na Lei de Alimentos; A Lei mudava a ordem de vocação hereditária, fazendo com que a companheira tivesse mais privilégios que o cônjuge sobrevivente.

Algumas críticas acerca da Lei 9.278/96 também podem ser destacadas, como por exemplo, o fato que o art. 1º pretendia definir a união estável, porém, sem sucesso, pois estava mais vaga que a lei anterior; O artigo 2º discorria sobre direitos e deveres dos conviventes, usando como parâmetro equivocadamente o artigo 231 do Código Civil (atual artigo 1.566 do Código Civil de 2002); O artigo previa

alimentos sempre que um dos companheiros precisasse, e no seu parágrafo único, ampliava as vantagens concedidas aos conviventes com a previsão do direito real de habitação. (LEITE, 2004).

## 2.4 Características da União Estável

Para uma relação ser considerada união estável, ela requer alguns requisitos, pois, por não ser exigido certas formalidades, existe a dificuldade de prova por falta de documentos.

Recomenda-se que possa ser feito contrato de convivência, para que não reste dúvidas da existência da relação. (GONÇALVES, 2017).

### 2.4.1 Convivência *more uxório*

Um dos pressupostos da união estável é a convivência *more uxório*, que é caracterizada pelo interesse de vida em conjunto, assistência material, moral, atenção e gestos de carinho.

Mesmo que não conste expressamente a vida sob o mesmo teto, no artigo 1.723 (BRASIL, 2002), esse elemento simboliza uma das características da união estável, pois ela decorre do fato que se assemelha muito com o casamento.

Como acentua Gonçalves (2017), é difícil imaginar que um casal tenha intenção de construir uma família, não morando sob o mesmo teto. Porém, pode acontecer que os companheiros não convivam sob mesmo teto, por motivos maiores, como por exemplo, em razão do trabalho, ou contingência pessoal ou familiar. Neste caso seria essencial que se houver o distanciamento físico, haja entre eles a *affectio societatis*, a efetiva convivência, representada por encontros frequentes, mútua assistência e vida social comum.

Efetivamente, acarreta insegurança ao meio social atribuir a uma relação entre duas pessoas que vivam sob tetos diferentes, sem justificativa plausível para esse procedimento, a natureza de união estável, com todos os direitos que esta proporciona. Mas, por outro lado, não se pode ignorar o comportamento de muitos casais, que assumem ostensivamente a posição de cônjuges, de companheiro e companheira, mas em casas separadas. Nem por isso se pode afirmar que não estão casados ou não vivem em união estável. (GONÇALVES, 2017 p. 801-802).

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não exige, em lei específica (Lei n. 9.278/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Ou seja, a falta da coabitação não descaracteriza a união estável, de imediato. (GONÇALVES, 2017).

#### 2.4.2 Publicidade

Exige o artigo 1.723 (BRASIL, 2002) que a união estável seja composta pela publicidade, reconhecida pela sociedade, não podendo assim ser mantida em segredo. Devem se apresentar como se fossem marido e mulher (*more uxorio*). Não se enquadra na união estável relações clandestinas. (GONÇALVES, 2017).

#### 2.4.3 Estabilidade ou duração prolongada

A união estável já indica o fato que a relação deve ser duradoura, frisado pelo artigo 1.723 (BRASIL, 2002), sendo assim a estabilidade da relação é indispensável.

Diferente da Lei n. 8.971/94 que exigia tempo mínimo de convivência, a Lei nº 9.278/96, omitiu essa condição, juntamente o (BRASIL, 2002), o qual também não consta prazo para ser efetivada a união estável, somente exige-se a durabilidade.

#### 2.4.4 Continuidade

Para ser determinada união estável, além de duradoura, necessita ter continuidade, sem interrupções prolongadas.

“A instabilidade causada por constantes rupturas desse relacionamento poderá provocar insegurança a terceiros, nas suas relações jurídicas com os companheiros”. (GONÇALVES, 2017 p. 809-810).

#### 2.4.5 Inexistência de Impedimentos Matrimoniais

É vedada a existência da união estável por os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta, ou seja, sogro e nora, sogra e genro, padrasto e enteada, madrasta e enteado, observando-se que o vínculo de afinidade resulta tanto do casamento como da união estável, como dispõe o art. 1.595, caput; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, os colaterais até o terceiro grau inclusive, e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte. (GONÇALVES, 2017).

#### 2.5 Direitos e deveres dos companheiros

Encontra-se no artigo 1.724, (BRASIL, 2002), sobre as relações pessoais entre os companheiros, onde diz sobre os deveres que necessitam obedecer, que seriam: lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos. Os três primeiros são direitos e deveres recíprocos. (GONÇALVES, 2017).

Preleciona GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA que, “ao lado do casamento, o companheirismo também impõe o dever de fidelidade a ambos os partícipes, e não apenas a um deles, ante a regra constitucional já analisada. Tal conclusão se afigura coerente com os contornos traçados pela doutrina e pela jurisprudência na caracterização do companheirismo que, repita-se, deve ser o único vínculo que une o casal em perfeito clima de harmonia e estabilidade. Não haveria a configuração do companheirismo na hipótese de prática desleal perpetrada por um dos companheiros, mantendo conjunção carnal com terceiro, inexistindo a denominada *affectio maritalis* no caso específico”. (GAMA, apud GONÇALVES, 2017, p. 815-816).

Em relação à união estável, a lei não prevê nenhuma sanção pela quebra de qualquer um dos deveres impostos aos conviventes, não tendo possibilidade de serem invocadas causas culposas para a caracterização da impossibilidade da comunhão de vida dos conviventes (MADALENO, 2017).

### 2.5.1 Respeito

O dever de respeito não consiste apenas em considerar a individualidade do outro, mas também em não ofender os direitos da personalidade do companheiro, como à liberdade, à honra, à intimidade, à dignidade etc.

O direito ao respeito merece proteção jurídica integral para a conservação do bom relacionamento na sociedade, no qual as pessoas devem se abster de ofender outrem, em seu brio, ou em seu pudor, no propósito de evitar a criação de conflitos de relacionamento, capazes de perturbar a paz social e familiar. Acrescenta Carlos Alberto Bittar constituir-se violação ao direito de respeito a atribuição genérica de qualificativos deprimentes ou constrangedores, reprovados pelo ordenamento jurídico, em prol da tranquilidade social, e, se é condição inerente à vida social, com mais razão ainda deve ser o ponto de partida para a harmonia afetiva do casamento, da união estável e de todos os relacionamentos familiares e afetivos. (MADALENO, 2017, p. 1666).

Cada companheiro deve respeitar o outro, e assim como deve respeitar, também tem o direito de ser respeitado. O dever de respeito diz muito sobre a moral e a formação do ser humano nas suas relações pessoais. (MADALENO, 2017).

### 2.5.2 Assistência

“A *assistência* constitui também dever recíproco dos companheiros, correspondente ao dever de mútua assistência imposto aos cônjuges (CC, art. 1566, III)”. (GONÇALVES, 2017, p. 816).

O dever de mútua assistência material é prestado na vigência da entidade familiar de modo voluntário e solidário, não havendo como cogitar da eventual fixação judicial de uma prestação alimentar durante a existência da família extraconjugal, salvo circunstâncias excepcionais, considerando a natural e espontânea solidariedade familiar que se impõe entre as pessoas vivendo em uma entidade familiar, e, portanto, não há como confundir o dever da mútua assistência com a mera obrigação de alimentos. (MADALENO, 2017, p. 1667).

Tal dever obriga os companheiros a se auxiliarem reciprocamente, não confundindo a assistência com a obrigação de alimentos.

### 2.5.3 Guarda, sustento e educação aos filhos

“A guarda, o sustento e a educação dos filhos é tarefa dos pais no casamento e na união estável, variando apenas a custódia física da prole em razão da coabitação dos genitores”. (MADALENO, 2017, p.1671).

É mandamento constitucional imposto aos pais de todos os matizes, sejam eles de vínculos conjugais, conviventes, monoparentais, biológicos, adotivos ou socioafetivos, porque deles é o dever de assistir, criar e educar os filhos menores em todas as suas fases de desenvolvimento, até chegarem à idade adulta, quando devem estar preparados para assumirem as suas responsabilidades pessoais e sociais, tornando-se indivíduos produtivos e muito provavelmente também eles pais. (MADALENO, 2017, p. 1671).

“O dever de educar integra o de criar e assistir o menor, e todos atuam na formação da personalidade do menor”. (MADALENO, 2017, p. 1671).

## 2.6 Alimentos

O artigo 1.694 (BRASIL, 2002), trata do direito recíproco dos companheiros aos alimentos. Em caso de dissolução da união estável, o convivente terá direito, além da partilha dos bens comuns, a alimentos, comprovando sua necessidade e a condição do parceiro.

“Os companheiros, assim como os cônjuges, têm a faculdade de oferecer alimentos, em ação prevista no art. 24 da Lei n. 5.478/68, ao tomarem a iniciativa de deixar o lar comum”. (GONÇALVES, 2017, p. 819).

Inova o Código Civil de 2002 quando preceitua, no § 2º do aludido art. 1.694, que “os alimentos será apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”. Igual tratamento é dispensado ao cônjuge, e por analogia aos companheiros, declarado culpado pela separação judicial, salvo se não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho. Assinala-se que, se, além de culposo, o procedimento do companheiro for indigno perante o parceiro, cessará o seu direito a alimentos, como dispõe o parágrafo único do art. 1.708, sem que tenha, nesse caso, nem mesmo direito aos alimentos denominados necessários ou naturais. (GONÇALVES, 2017, p. 818-819).

A culpa é tratada nos artigos 1.702 e 1.704 (BRASIL, 2002), mencionando os casados, na separação judicial, delimitando a concessão de alimentos apenas

ao cônjuge inocente. (OLIVEIRA, 2008).

“Para o cônjuge culpado, se não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge fica sujeito a pagar alimentos no valor indispensável à sobrevivência do reclamante”. (OLIVEIRA, 2008, p. 159).

## **2.7 Regime de bens**

A união estável, como dispõe o artigo 1.725 BRASIL (2002), está sujeita ao regime de comunhão parcial de bens, relativo os bens adquiridos a título oneroso durante a convivência. Pode também ter outras possibilidades, em caso de contrato escrito, dispondo de forma diversa quanto aos bens havidos durante a convivência e sua administração. (OLIVEIRA, 2008).

“Em suma, os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável pertencem a ambos companheiros, devendo ser partilhados, em caso de dissolução, com observância das normas que regem o regime da comunhão parcial de bens” (GONÇALVES, 2017, p. 820).

## **2.8 Conversão da união estável em casamento**

Está previsto no artigo 1.726 (BRASIL, 2002), que a “união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. Porém pela falta de esclarecimento perante o procedimento a ser adotado, mostra-se inócuo. (GONÇALVES, 2017).

“A exigência do novel legislador desatende o comando do art. 226, §3, da Constituição Federal de que deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento, isto é, estabelecer modos mais ágeis de se alcançar semelhante propósito.” (GONÇALVES, 2017, p. 836).

A determinação para que a conversão seja judicial e não administrativa dificultará o procedimento, ao invés de facilitá-lo, como recomenda a norma constitucional. Na prática continuará sendo mais simples as pessoas casarem diretamente do que converterem sua união em casamento. Por tal motivo, o Projeto de Lei nº 6.960/2002, atual Projeto de Lei n. 699/2011, propõe nova redação para o aludido art. 1.726 do Código Civil, visando aperfeiçoá-lo, nestes termos: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento de ambos os companheiros ao Oficial do Registro Civil de seu domicílio, processo

de habilitação com manifestação favorável do Ministério Público e respectivo assento”. (GONÇALVES, 2017, p. 837-838).

Como assinala Garcia, o que artigo 1.726 (BRASIL, 2002), quis trazer, foi que por força da conversão o casamento incluísse o tempo vivido na união estável, trazendo assim sentido para a conversão, caso contrário seria mais fácil os companheiros simplesmente casarem, ao invés de fazer o pedido da conversão. (GARCIA, apud, GONÇALVES, 2017).

Assim, conclui-se este capítulo detalhando as características da união estável. Ademais, faz-se necessário analisar a sucessão no instituto supramencionado, conforme será descrito no capítulo seguinte.

### 3 SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: UM COMPARATIVO

Neste capítulo será abordado sobre a diferenciação dos direitos sucessórios entre cônjuge e companheiro, antes do Código Civil de 1916 e após, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

#### 3.1 Conceito de Direito Sucessório

A sucessão indica a transferência de um bem, ou direitos e deveres, de um sujeito, para outro. Podendo essa transmissão ser feita de modo *inter vivos*, que é quando ocorre durante a vida dos sujeitos, ou de modo *causa mortis*, em razão da morte do de *cujus*.

O direito das sucessões, é especificamente decorrente da morte do de *cujus*, ou seja, da sucessão *causa mortis*.

Com a transmissão, a sucessão estabelece uma ligação entre dois sujeitos, que são: o autor (denominado como de *cujus*), e o sucessor (podendo ser herdeiro ou legatário). (LEITE, 2004).

“Em sentido amplo, a sucessão designa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, substituindo o antigo titular nos direitos que lhe competiam”. (LEITE, 2004, p. 23).

O fato de que a posse dos bens se transmite, imediatamente aos herdeiros, desde abertura da sucessão, se configura o princípio da *saisine*.

O princípio da *saisine*, representa, a ficção de transferência direta e imediata, independentemente de formalidades, da propriedade e da posse da herança aos herdeiros, com a abertura da sucessão. (CARVALHO, 2018).

O artigo 1.786 (BRASIL, 2002), prevê duas modalidades de sucessão, que seriam: Sucessão Legítima e Sucessão Testamentária.

Sucessão legítima, é quando decorre da lei, na ausência do testamento, ou no caso de bens não contemplados no testamento. Ela sempre se dá a título universal. (CARVALHO, 2018).

Sucessão testamentária, decorre da vontade do testador, especificamente a quem irá deixar determinados bens. A vontade é explícita, e como diz o nome, é expressa em forma de testamento. Além da sucessão legítima, abre espaço à vontade do testador, quanto a cota disponível.

“Resultante da lei. Ocorre sempre que o autor da herança morre sem deixar disposição de última vontade; diz-se sucessão *ab intestato*”. (LEITE, 2004, p. 38). Como descreve Gonçalves (2017), morrendo o *ab intestato*, é transferida a herança para seus herdeiros legítimos, sendo assim, segue a ordem da vocação hereditária. Por esse motivo, deduz-se que a vontade presumida do *de cuius* é de transmitir o seu patrimônio para as pessoas que indica a lei, caso contrário teria deixado testamento apontando quem gostaria que herdasse.

BRASIL (2002), ainda incluiu o cônjuge supérstite no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), determinando que concorra com os herdeiros de classes descendente e ascendente, e faça parte da terceira classe. (GONÇALVES, 2017).

### **3.2 Ordem da vocação hereditária**

“A ordem de vocação aplicável deve ser buscada na lei em vigor no momento da abertura da sucessão”. (CARVALHO, 2018, p. 306).

Quando o *de cuius* falece, a herança é destinada para determinadas pessoas. A chamada de sucessores é de acordo com uma sequência conhecida como ordem da vocação hereditária. Essa sequência, é baseada na preferência pela qual a lei chama determinadas pessoas à sucessão hereditária. (GONÇALVES, 2017).

A ordem da sucessão legítima encontra-se no art. 1.829 (BRASIL, 2002).

### **3.3 Direito Sucessório dos Companheiros antes do Código Civil de 2002**

A união estável, durante muitos anos, não era considerada uma entidade familiar. Por razão disso, não existiam direitos à quais os companheiros pudessem dispor. A convivência de um homem e mulher fora do casamento, era vista como algo errado, sendo então intitulada como concubinato. Havia duas categorias de concubinato: o concubinato puro, o qual que seria composto por pessoas livres que poderiam se casar, mas optaram por não fazê-lo; e o concubinato impuro, que seria composto por pessoas impedidas de ter outro

relacionamento, como por exemplo, pessoas que já possuíam um casamento. Este último, era considerado então, concubinato adúltero.

Não constava em (BRASIL, 1916), o direito sucessório para companheiros. Somente após a Constituição Federal de 1988, que a união estável foi reconhecida como entidade familiar, através de seu artigo 226 §3º, o qual equipara a união estável como uma família legítima, e a partir daí, surgiram direitos aos companheiros em relação à meação e herança, através das leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996.

A lei nº 8.971/1994 trouxe o direito à alimentos e à sucessão para os companheiros, porém contendo alguns requisitos, como o de serem solteiros, divorciados ou viúvos e que estivessem em uma relação de convivência mínima de 5 anos. A outra lei que veio em seguida, de nº 9.278/1996 retirou a exigência da temporalidade que a lei anterior exigia, passando a considerar união estável somente como sendo de convivência pública, duradoura e contínua.

Antes da Lei nº 9.278/1996, quando chegava ao fim uma união estável, cada companheiro somente teria direito aos bens sobre os quais contribuiu para a formação do patrimônio comum. Não havia presunção legal de esforço comum para a partilha de bens. Ao término do relacionamento, os bens amealhados no período eram divididos proporcionalmente ao esforço comprovado, direto ou indireto, de cada convivente. Ainda vigorava, em parte, o raciocínio da Súmula nº 380 do STF quanto à necessidade de provar o esforço comum.

Depois da Lei nº 9.278/1996, foi criada uma presunção legal de comunhão dos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável. Quando há a dissolução da união estável, para que o (a) companheiro (a) tenha direito aos bens adquiridos durante a relação, ele (a) não precisará provar que contribuiu para a aquisição.

Com a edição desta, os bens a partir de então adquiridos por pessoas em união estável passaram a pertencer a ambos em meação, salvo se houver estipulação em sentido contrário ou se a aquisição patrimonial decorrer do produto de bens anteriores ao início da união. Ficou superada a Súmula nº 380 do STF. (MACIEL, p. 149, 2018).

Quando uma união estável chegava ao fim, antes da lei nº 9.278/1996, era necessário a comprovação de esforço comum para a partilha de bens, ou seja, cada companheiro teria direito proporcionalmente, daqueles bens em que contribuiu para a formação do patrimônio comum. Logo após a lei nº 9.278/1996, quando há a dissolução da união estável, ficou decidido que não precisará a comprovação de que o companheiro (a) tenha contribuído para a aquisição dos bens durante a relação, para que tenha direito aos mesmos.

Então, a partir desta edição, os bens adquiridos por pessoas em união estável, passaram a pertencer à ambos em meação, ficando superada a Súmula nº 380 do STF, a qual dispunha que seria necessário a comprovação de esforço comum para a partilha de bens.

### 3.4 Direito Sucessório do Cônjuge no Código Civil de 1916

É possível destacar importantes artigos de (BRASIL, 1916), no que tange a sucessão dos cônjuges. Os artigos 1.603, 1.611, 1.721 e 1.725, que seguem:

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - Aos descendentes. II - Aos ascendentes. III - Ao cônjuge sobrevivente. IV - Aos colaterais. V - Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União. V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

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. § 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho deste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do "de cujus". § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

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

Analisando os artigos é possível notar, que em relação à ordem sucessória, os herdeiros que se excluía entre si em face da prioridade de chamamento estabelecida em lei. Assim, chamados a suceder os beneficiários, ficavam automaticamente afastados os subsequentes. (MACIEL, 2018).

Nos artigos 1.721 e 1.725 (BRASIL, 1916), somente os descendentes e ascendentes eram herdeiros necessários, e o cônjuge era facultativo.

Ainda nos §§ 1º e 2º do art. 1.611 (BRASIL, 1916) ao cônjuge supérstite eram assegurados, usufruto vidual e direito real de habitação. (MACIEL, 2018).

### 3.5 Direito Sucessório do Cônjuge no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002, veio inovando o conteúdo relativo ao cônjuge e companheiro em relação ao código civil anterior. Podendo ser destacadas duas principais vantagens. A primeira seria: (a) o fato de o cônjuge ter se tornado herdeiro necessário; e a segunda (b) o *status* do cônjuge na vocação hereditária da sucessão, melhorou consideravelmente, pois, mesmo estando em terceira posição como herdeiro único, passou a concorrer com as duas classes que anteriormente o afastaria da herança. (MOREIRA, 2016).

Com o mesmo entendimento dispõe DANTAS:

[...] as grandes novidades do Código Civil de 2002 foram: a) a inclusão do cônjuge sobrevivente entre os herdeiros necessários, como se vê no art. 1.845 do referido diploma; e b) a inclusão do cônjuge nas duas primeiras classes de sucessores, concorrendo tanto com os descendentes quanto com os ascendentes do de *cujus*, ao invés de ser por eles excluído, conforme dispõem os incisos I e II do art. 1.829. (DANTAS JR apud MACIEL, 2018, p. 152).

Sendo o que dispõe o artigo 1.829 (BRASIL, 2002): 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.

#### 3.5.1 Cônjuge como herdeiro necessário

Com a atualização do Código Civil, o cônjuge restou em favorável posição relacionado à vocação hereditária, concorrendo com descendentes, ascendentes ou, na falta desses, herdando toda herança, como único herdeiro, assim como dispõe o art. 1.829 (BRASIL, 2002). (MOREIRA, 2016).

Ficou determinado que o cônjuge se enquadraria como herdeiro necessário em (BRASIL, 2002). Art. 1.845: São herdeiros necessários, os descendentes, os ascendentes, e os cônjuges.

Em seu próximo artigo, (BRASIL, 2002), dispõe sobre a relação de quantia de bens que será exclusivamente deixado para os herdeiros necessário.

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

[...] aos herdeiros necessários pertence, a metade dos bens da herança, que se denomina legítima (art. 1.846). Quando se trata de herdeiro cônjuge, nunca é demais reiterar que herança não se confunde com meação. Assim, havendo meação, além desta caberá ao sobrevivente, pelo menos, a metade da herança, dependendo da situação, que constitui a porção legítima. (VENOSA apud MACIEL, 2018, p. 153).

Quando a herança é tratada em relação ao cônjuge, é sempre bom reiterar, que esta não se confunde com meação. Além da meação, caberá ao sobrevivente, parte da herança.

Além da proteção de sua legítima, o cônjuge figura em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, na falta de descendentes e ascendentes. Nesta hipótese, se o de *cujus* não tiver deixado testamento, o cônjuge será o herdeiro universal. Se o de *cujus* tiver deixado testamento, serão válidas as disposições testamentárias em benefício de terceiros, desde que não exceda o que corresponder à parte disponível, ou seja, no máximo a metade da herança. Por ser herdeiro necessário, o cônjuge pode sofrer restrições decorrentes de disposições testamentárias deixadas pelo de *cujus*, que estabeleçam inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade sobre os bens que correspondam à legítima do cônjuge sobrevivente. Tais restrições, no entanto, apenas são válidas e eficazes se houver justa causa, que o testador tenha declarado no testamento. Havendo impugnação da justa causa, cabe ao juiz decidir se ela é razoável. (LÓBO, 2016, p. 125).

Se o de *cujus* não houver deixado testamento, caberá ao cônjuge sobrevivente, será herdeira universal. Caso houver deixado testamento, em benefício de terceiros, os bens não podem ultrapassar a metade da herança. Não pode o testador impor restrições que estabeleçam inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade dos bens da legítima, salvo se houver justa causa.

### 3.5.2 Da concorrência do cônjuge com descendentes comuns

Através da abertura da sucessão, serão chamados os descendentes do de *cujus* para suceder em primeiro lugar. Dispõe o artigo 1.835 (BRASIL, 2002): “Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme achem ou não no mesmo grau”. Tendo em vista que, dentro da mesma classe, os mais próximos excluem os mais remotos. Os filhos serão chamados à sucessão, recebendo uma quota igual da herança, excluindo os demais descendentes. (MOREIRA, 2016).

“A luz da Constituição de 1988, não se admite diferenciação entre os filhos, em virtude de origem ou natureza da filiação”. (CARVALHO, 2018, p. 397).

Disciplina o art. 1.832 (BRASIL, 2002): “Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual aos 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”.

Assim, o cônjuge supérstite concorre em igualdade de condições com os descendentes do de *cujus*, a não ser se já tiver direito à meação em face ao regime matrimonial de bens. O quinhão a herdar, será igual aos que sucederem por cabeça, não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança se for com os ascendentes do herdeiro que irá concorrer.

Se o de *cujus* deixou dois filhos, a herança será dividida em três partes, duas para os descendentes e outra para o cônjuge.

“Caso tenha deixado quatro ou mais filhos, o cônjuge herdará um quarto do patrimônio, devendo o restante ser dividido igualmente entre os demais sucessores”. (NADER, 2016, p. 202).

“A sucessão do descendente, em concorrência com o cônjuge, varia conforme o regime de matrimonial de bens (art. 1.829, I). O cônjuge pode receber bens como meeiro e herdeiro”. (CARVALHO, 2018, p. 397).

O cônjuge sobrevivente, não concorre se estiver no regime de comunhão universal, separação obrigatória, comunhão parcial de bens com inexistência de bens particulares, e ainda, é possível o afastamento do cônjuge através da separação judicial e separação de fato há mais de 2 anos. (CARVALHO, 2018).

### 3.5.3 Da concorrência do cônjuge com os descendentes híbridos

O legislador deixou de prever, a situação em que, entre os descendentes do falecido para receber a herança em concorrência com o cônjuge, encontram-se também, os descendentes exclusivos. Sendo denominado neste caso, a concorrência híbrida. Deixou o legislador, uma lacuna relacionada às regras do direito sucessório, devendo o doutrinador fazer uma interpretação mais adequada. (MOREIRA, 2016).

Buscando uma interpretação mais justa, as soluções apontadas pela doutrina, segundo Hironaka, se resumem a três proposições que englobaria diversas opiniões sobre o assunto. (MOREIRA, 2016)

A primeira proposta seria classificar todos os descendentes, exclusivos e comuns, como se fossem descendentes comuns do de cujus e do cônjuge supérstite. Consequentemente, necessária também seria a reserva da quarta parte da herança quando houvesse mais que três descendentes híbridos, independente de suas origens (...) A segunda proposta seria classificar todos os descendentes, exclusivos e comuns, como se fossem descendentes exclusivos do de cujus. Como consequência, a divisão do *monte-mor* entre o cônjuge e os descendentes se daria por cabeça, de forma igualitária, sem a reserva da quarta parte - independentemente da qualidade de descendentes na relação sucessória. (...) A terceira proposta seria uma composição híbrida, dividindo-se a herança proporcionalmente em sub-heranças proporcionais, de acordo com o tipo de descendente, de maneira que o quinhão do cônjuge seria composto de duas partes, uma referente à participação por cabeça na sub-herança dos descendentes comuns, garantido nessa porção sua reserva de um quarto sobre o acervo hereditário. (HIRONAKA apud MOREIRA, 2016, p. 65).

A segunda proposta é a mais aceita pela doutrina. Diniz apud Moreira (2016), pensa essa proposta ser a mais certa e justa, dentro de uma interpretação consoante com preceitos constitucionais de igualdade entre filhos.

### 3.5.4 Da concorrência do cônjuge com ascendentes

Na escala dos herdeiros legítimos, logo após os descendentes, estão os ascendentes.

O cônjuge teve uma tutela sucessória mais efetiva quando concorre com ascendentes do falecido. Para que o cônjuge sobrevivente tenha direito a concorrer a herança, é necessário que esteja casado e convivendo com o de *cujus* como dispõe o art. 1.830 (BRASIL, 2002): “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”.

Em caso do cônjuge sobrevivente concorrer com os ascendentes de primeiro grau, terá direito à  $\frac{1}{3}$  (um terço da herança), será dividida em três partes iguais, e quando for somente com um ascendente, terá direito à metade da herança.

O cônjuge sempre que concorrer com ascendentes de segundo grau em diante, terá uma quota fixa da herança, o qual não sofre diminuição em razão do número de ascendentes sucessíveis. (MOREIRA, 2016).

“A concorrência com os ascendentes do *de cuius* independe do regime de bens no casamento”. (NADER, 2016, p. 204).

### 3.5.5 Direito real de habitação

Com o intuito de proteger o cônjuge sobrevivente e seu lar, o direito real de habitação foi mantido pelo artigo 1.831 (BRASIL, 2002): “. 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. ” Refere-se a qualquer regime de bens, inclusive para o regime de separação legal.

## 3.6 Direito Sucessório do Companheiro no Código de 2002

No Código Civil de 1916, somente constava direito a herança para cônjuges, inexistindo direitos aos companheiros. Com o tempo a legislação e jurisprudência foram ganhando maior atenção a relações tidas como concubinatos. Sendo então, esse o grande passo para assegurar direitos sucessórios aos companheiros. (BORTOLI, 2007).

Veio em seguida ao Código Civil de 1916, a Lei de nº 8.971/94 para dispor a regulamentação do direito sucessório dos companheiros. Logo após, a Lei nº 9.278/96, veio para complementar a lei anterior, esta, não estabelecendo tempo mínimo de relação para ser considerada união estável, somente com o ônus de prova, demonstrando o intuito de constituição de uma família.

Depois da lei nº 9.278/96, a união estável ganhou um destaque, sendo finalmente equiparada ao campo sucessório dos cônjuges.

Infelizmente, como consta no artigo 1.790 (BRASIL, 2002), o companheiro não estava totalmente equiparado ao cônjuge como deveria ter acontecido. Muito pelo contrário, houve uma enorme discrepância de direitos do companheiro em relação ao cônjuge. Uma delas é o fato de o companheiro não ter se tornado um herdeiro necessário, além do fato de que o companheiro só iria participar da herança, em bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Dispõe o artigo 1.790 (BRASIL, 2002): “ A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

### 3.6.1 Concorrência do companheiro com descendentes comuns

No inciso I do artigo 1.790 de BRASIL (2002), consta que o companheiro (a) terá direito aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, e que terá quota equivalente à que por lei for atribuído aos filhos.

“O legislador, por um *lapsus calami*, diz apenas filhos, quando na realidade pretendia alcançar os descendentes, tanto que no inciso seguinte, ao prever uma variante da hipótese, menciona descendentes e não filhos”. (NADER, 2016, p 211).

O legislador não inseriu percentual mínimo a favor do companheiro, diferentemente como fez com o cônjuge, ao reservar a quarta parte da herança em caso de o falecido ter deixado muitos filhos (art. 1832). (NADER, 2016).

### 3.6.2 Concorrência do companheiro com descendentes apenas do autor da herança

No inciso II do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, o legislador prevê que o companheiro (a) terá direito aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nesse caso, em concorrência com descendente exclusivo, receberá uma quota que corresponde à metade do que for atribuído a ele. (MACIEL, 2018).

Giselda Hironaka sustenta que, na concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes apenas do falecido, a repartição da herança dar-se-á de forma a que o primeiro receba a metade da quota-parte que venha a ser deferida aos últimos. Isso significa que a partilha se faz na proporção de dois para um, vale dizer, o companheiro sobrevivente recebe uma parte da herança, e a cada um dos descendentes cabem duas partes idênticas àquela atribuída ao companheiro. (HIRONAKA apud MACIEL, 2018, p. 92).

Como disserta Freire apud Maciel (2018), pode-se perceber que na concorrência do companheiro com os filhos só do de cujus, para o cálculo de partilha de bens, a quota daqueles tem peso dois, enquanto a quota do convivente tem peso um.

### 3.6.3 A concorrência do companheiro com descendentes híbridos

Assim como ocorreu com o cônjuge em relação à sucessão, o legislador não cuidou de regular situação em que o companheiro concorre à herança com descendentes comuns e exclusivos do *de cuius*, surgindo assim, a chamada sucessão híbrida. (MACIEL, 2018).

O legislador brasileiro também trouxe mais um ponto de alta polêmica interpretativa, no que diz respeito à aplicabilidade das regras contidas no artigo ora em análise (art. 1.790, incisos I e II, do CC, principalmente), qual seja não houve - também aqui, como no caso da concorrência do cônjuge com descendentes, como antes visto - a previsão da tormentosa, mas muito comum hipótese de serem herdeiros do falecido apenas que guardem relação de parentesco (filiação) com o sobrevivente, em concorrência com outras que fossem parentes apenas dele, autor da herança. Em outras palavras, o legislador se olvidou mais uma vez de cuidar da hipótese relativa a autores de herança que deixaram o companheiro sobrevivente e que tiveram filhos de outro leito, anterior ou posterior à união estável, mas que os tiveram deste outro relacionamento, constituindo assim, um conjunto de filhos que costuma denominar exclusivos e comuns (estes últimos havidos com o convivente que sobreviveu ao seu falecimento). Dito de outro modo, não há, na nova Lei Civil, uma disposição que regule essa situação híbrida quanto à condição dos filhos do falecido (comuns e exclusivos), com os quais deva concorrer o companheiro supérstite. (HIRONKA apud MACIEL, 2018, p. 93).

Não há uma lei que regule a situação híbrida, surgindo algumas correntes doutrinárias, e uma delas, defende o ponto em que todos os filhos do falecido, sejam comuns ao companheiro sobrevivente, ou exclusivo do *de cuius*, tratados de maneira igualitária, e se encaixado no inciso I do art. 1.790 (BRASIL, 2002).

#### 3.6.4 Concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis

Diante do inciso III do art. 1.970 (BRASIL, 2002), é estabelecido que o companheiro ou companheira participe da sucessão do *de cuius*, quanto aos bens adquiridos onerosamente e na vigência da união estável, tendo direito a um terço da herança quando concorrer com outros parentes sucessíveis.

Através desta disposição, o companheiro além de concorrer com descendentes (comuns, exclusivos ou híbridos), terá de concorrer com os ascendentes e com colaterais até o quarto grau como dispõe o art. 1.839 (BRASIL, 2002).

Na ausência de descendentes do morto, o companheiro concorrerá com os outros parentes sucessíveis - sejam eles quais forem, em qualquer classe ou grau -, recebendo, em qualquer hipótese, uma terça parte da herança. Dessa forma, não importa se a concorrência do companheiro sobrevivente se der com irmãos do falecido ou com seus ascendentes, ou mesmo com os colaterais mais afastados, pois sempre ao companheiro será deferido um terço da herança. (HIRONAKA apud MACIEL, 2018 p. 97-98).

Quando não houver descendentes do *de cuius* para concorrer na sucessão com o companheiro, a sucessão ocorrerá em concorrência com outros parentes sucessíveis. Independente de qual for, sempre será deferido um terço da herança ao companheiro.

E é essa a concorrência do companheiro com os colaterais o ponto da matéria de maior crítica da doutrina nacional. Esse, sim, é o marco do retrocesso da sucessão do companheiro em comparação ao sistema vigente até então - Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96 - e o ponto de maior evidência de discriminação do companheiro em relação à ordem de vocação hereditária do cônjuge, tanto que, nesse ponto, ganha corpo a tese de inconstitucionalidade da sucessão do companheiro. (MACIEL, 2018, p. 98).

Foi nesse contexto em que se instaurou uma insegurança jurídica, a ponto de ganhar corpo a inconstitucionalidade da sucessão do companheiro. Pois, somente após concorrer com descendentes, ascendentes, e colaterais até quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos, sobrinhos-netos e tios-avôs), é que o companheiro teria direito à totalidade da herança. Sendo isto, o contrário que acontece com o cônjuge sobrevivente, o companheiro terá que concorrer com colaterais até quarto grau, que por algumas vezes o contato social é quase inexistente, como com um primo distante.

A possibilidade de concorrer com colaterais até o quarto grau é um retrocesso que tem sido criticado pela doutrina com veemência. É possível vislumbrar situações de gritante iniquidade: um sobrinho-neto do *de cuius*, colateral de quarto grau, que ele talvez nem conhecesse, poderá concorrer com sua companheira, por exemplo, no único imóvel residencial por ele deixado. Nesse exemplo, no único imóvel residencial por ele deixado. Nesse exemplo, se a aquisição do imóvel ocorreu na vigência da união estável, a companheira terá meação e, sobre a outra parte, mais um terço, cabendo os dois terços restantes ao sobrinho-neto. Ainda tomando-se por base esse exemplo, se o imóvel foi adquirido pelo *de cuius* antes da união estável, o sobrinho-neto herdará a sua totalidade, pois, nessa hipótese, a companheira não terá meação nem direito sucessório, que, como visto, é restrito aos aquestos. O que demonstra o desacerto do legislador, abrindo flanco que deixa o companheiro totalmente desprotegido. (ANTONINI apud MACIEL, 2018, p. 99).

### 3.6.5 Da concorrência sucessória entre o companheiro e o Cônjuge

É possível a concorrência sucessória do companheiro simultaneamente entre o cônjuge, pois o art. 1.723 do Código Civil de 2002, admite que o cônjuge separado de fato constitua união estável com outra pessoa, já no art. 1.830 do mesmo diploma, reconhece direito sucessório ao cônjuge separado de fato há mais de dois anos. (DUTRA, 2014).

Tartuce, defende que após a declaração da inconstitucionalidade do art. 1.970 do Código Civil de 2002, a melhor solução para o caso de concorrência sucessória simultânea do companheiro e o cônjuge, é dividir igualmente os bens entre eles. (DUTRA, 2014).

### 3.6.6 Direito real de habitação

O direito real de habitação é apresentado no art. 1.414 (BRASIL, 2002). O referido artigo dispõe que quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família.

“Esse direito então, assegura ao companheiro sobrevivente o direito de moradia gratuita, enquanto viver e/ou não constituir uma nova união ou casamento”. (BORTOLI, 2007).

Doutrinadores sustentam que a Lei nº 9.278/96, não foi expressamente revogada pelo Código Civil de 2002, sendo assim, ainda se encontra em pleno vigor o direito real de habitação dos companheiros, onde é resguardado o direito em seu art. 7º parágrafo único da referida lei. Art. 7º lei 9.278/96: 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.

## **4 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

Este capítulo tem como objetivo analisar o artigo 1.790 (BRASIL, 2002), apontar quais votos a favor e contra a inconstitucionalidade do referido artigo e quais foram as consequências que restaram após a declaração de tal decisão.

### **4.1 Artigo 1.790 do Código Civil**

A Constituição Federal em seu art. 226 §3, equiparou a união estável como uma entidade familiar, logo, a discriminação de direitos sucessórios entre cônjuge em relação ao companheiro, seria considerado um ato inconstitucional.

Após alterações nas leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996, que implementaram direitos sucessórios aos companheiros, também veio o Código Civil de 2002, em seu art. 1.790, dispondo sobre o assunto, porém, deixando uma má impressão do atual Código, sendo considerado por muitos doutrinadores como retrógrado, confuso e contraditório.

Dispõe o art. 1.790 (BRASIL, 2002): A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

### **4.2 Posicionamentos a favor da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002**

Alguns doutrinadores eram a favor da constitucionalidade do art. 1.790 (BRASIL, 2002), e apesar de criticarem as disposições normativas do mesmo, defendiam que o legislador deveria distinguir a ordem de vocação hereditária da união estável daquela oriunda do casamento. Onde a vocação hereditária do casamento se encontra no art. 1.829 (BRASIL, 2002), e dispõe o texto: 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.

Entre os doutrinadores que defendem a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, estão: Carlos Roberto Gonçalves, Mário Luiz Delgado e Rodrigo da Cunha Pereira. (DUTRA, 2014).

Efetivamente, a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento. Se assim fosse não teria determinado que a lei facilitasse sua conversão em casamento. As regras sucessórias foram estabelecidas pela legislação ordinária. O fato de, eventualmente, serem injustas não as tornam inconstitucionais. A referida equiparação depende de alterações no âmbito legislativo. (GONÇALES apud DUTRA, 2014, p. 105).

Delgado, reitera a impropriedade de se equipar a união estável em casamento:

Não se trata de hierarquizar o casamento em relação à união estável, mesmo porque está reconhecidamente superada a concepção monopolista do casamento como formatação legal da família, e consensualmente admitido o caráter meramente exemplificativo do rol as entidades familiares posto no art. 226 do texto constitucional, verdadeira lista aberta a comportar indefinidas formas de constituição de família, todas elas igualmente protegidas pelo Estado. Entretanto, a tutela estatal protetivas das entidades familiares típicas e atípicas não pode ficar reduzida a uma absoluta equiparação das molduras normativas, pois em sendo diversas as suas características e formas de constituição e dissolução, distintos podem ser os regimes legais. Não existem famílias mais ou menos importantes, mais ou menos reconhecidas, mas famílias diferentes, cada qual a seu modo, e por isso mesmo, mais ou menos reguladas. (DELGADO apud DUTRA, 2014, p. 160).

Pereira, questiona a “interferência excessiva do Estado” para impor a união estável um regime próprio do casamento.

Com o estabelecimento da equiparação entre união estável e casamento, qual alternativa restará à pessoa que não quiser se casar e preferir viver em regime de união estável? Certamente nenhuma pois se estaria em um instituto idêntico ao do casamento, embora com outro nome. Neste raciocínio, equiparar a união estável seria praticamente acabar com ela, matá-la em sua essência, que é exatamente não estar presa às regras do casamento. A união estável é um instituto em que os sujeitos desejam um espaço onde possam

criar as suas próprias regras da convivência, sem interferência estatal. (PEREIRA, apud DUTRA, 2014, p. 106).

Através de pesquisas, foi possível analisar jurisprudências que entendiam que o artigo 1.790 (BRASIL, 2002), era constitucional. Como a seguir, no entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO. NÃO AFASTAMENTO, NO CASO EM EXAME, DA REGRA DO ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. Não é inconstitucional o artigo 1.790, III, do Código Civil, ao dispor que a companheira, concorrendo com outros parentes sucessíveis do companheiro, terá direito a um terço da herança, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela. Aplicação do artigo 1.787, do Código Civil. RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. (Agravado de Instrumento Nº 70025169244, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Fidelis Faccenda, Julgado em 21/08/2008). (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

O entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, era de que conforme o inciso III do art. 1.790 (BRASIL, 2002), a companheira concorreria com os colaterais até o quarto grau, tendo direito a um terço da herança, somente nos bens adquiridos na vigência da união estável e onerosamente.

#### **4.3 Posicionamentos a favor da Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002**

Da mesma forma que existiam doutrinadores a favor da constitucionalidade, existem doutrinadores que consideram o art. 1.790 (BRASIL, 2002), como inconstitucional. Entre esses autores é possível citar Dias, Gagliano e Pamplona Filho.

Para Maria Berenice Dias, o tratamento sucessório diferenciado imposto ao companheiro pelo ordenamento civil é perverso e flagrantemente inconstitucional, já que a Constituição Federal não concedeu tratamento diferenciado a qualquer das formas de constituição de família. (DUTRA, 2014, p.109).

“Sustentamos, nesse diapasão, ineficácia do presente dispositivo, devendo-se aplicar, portanto, em favor da companheira (ou companheiro) viúva (o), o regramento do cônjuge sobrevivente”. (GAGLIANO apud DUTRA, 2014, p. 109).

Não há família de primeira, segunda ou terceira classe, todas são iguais e merecem a mesma dignidade e respeito e qualquer discriminação é nitidamente inconstitucional. O art. 1.790 do Código Civil, é passadista, retrógrado e perverso. (VENOSO apud MACIEL, 2018).

Alguns doutrinadores apenas consideravam ser inconstitucional o inciso III do artigo 1.790 (BRASIL, 2002), já outros acreditavam que deveria ser todo o artigo declarado inconstitucional.

As diferenças dos regimes sucessórios entre o cônjuge e companheiro são gritantes e visíveis. Como um o fato que pode ser citado, é que o companheiro, na falta de descendentes e ascendentes, teria que concorrer com colaterais de até o quarto grau (tios, tio-avô, primos entre outros) para receber a herança, apenas em bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e somente na falta destes é que receberia a herança na sua totalidade, e enquanto o cônjuge, na falta de descendentes e ascendentes do *de cuius*, herdaria os bens em sua totalidade.

#### **4.4 Decisão da Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002**

Ao ser discutido a inconstitucionalidade do art. 1.790 de (BRASIL, 2002) o Supremo Tribunal Federal analisou o Recurso Extraordinário nº 646.721, que tratou a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homoafetivas, o recurso se tratava de uma união estável homoafetiva a partir de partilha de bens entre a mãe e o companheiro de um homem já falecido, onde o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu  $\frac{1}{3}$  da herança ao companheiro que, insatisfeito, lançou mão do art. 1.837 do Código Civil de 2002 e exigiu metade do patrimônio.

Através do Recurso Extraordinário de nº 878.694 iniciado em 31 de agosto de 2016, que o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso se manifestou sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 (BRASIL, 2002).

O recurso tratava de um caso concreto, onde o julgador da primeira instância igualou os direitos da companheira com o do cônjuge, aplicando o artigo 1.829 do Código Civil de 2002, já que o *de cujus* não possuía descendentes e ascendentes, porém possuía dois irmãos (colaterais de 2º grau), que buscaram seus direitos fundamentados no inciso III do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, deixando então, a companheira com apenas um terço dos bens adquiridos na vigência da união estável e a título oneroso, ficando o resto dos bens para os irmãos do falecido. Assim, buscando a reforma do acórdão publicado pelo TJMG, a companheira sobrevivente interpôs recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. (ANDRADE, 2018).

O Supremo Tribunal Federal passou decidir da seguinte maneira:

Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 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. 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. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 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. 4. 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. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, 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”. (RE 878694, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018). (BRASIL, 2017).

Diante da decisão, é possível verificar que o STF igualou cônjuges e companheiros para fins sucessórios, sendo então, aplicado o artigo 1.829 do Código Civil de 2002, tanto para o casamento, quanto para a união estável após ter sido declarado inconstitucional o artigo 1.790 do Código civil de 2002.

Votaram a favor da inconstitucionalidade do artigo referido, os Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello,

Cármem Lúcia e o próprio Ministro Relator Luís Roberto Barroso. O Ministro Dias Toffoli pediu vista do processo, ficando suspenso e voltando somente a julgamento em 2017. O Ministro Dias Toffoli votou a favor da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, alegando que a Constituição Federal de 1988 em nenhum momento igualou a união estável e o casamento. Do mesmo entendimento votaram a favor da constitucionalidade do artigo, o Ministro Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

O julgamento foi encerrado no dia 10 de maio de 2017, com o placar de 8 a 3 votos a favor da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. (ANDRADE, 2018).

Ficando determinado, para ambos recursos citados anteriormente que:

No sistema constitucional vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002. (STF, Recurso Extraordinário nº 878.694/MG). (BRASIL, 2017).

Para Barroso, o art. 1.790 do Código Civil de 2002, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, pois caracteriza discriminação ilegítima em razão da forma de constituição familiar, e compromete a autonomia de quem opta por conviver em união estável, diante da imposição de regime sucessório menos protetivo. E ainda viola o princípio da vedação ao retrocesso, tratado como um princípio constitucional implícito. (DUTRA, 2014).

Uma pessoa que vive em união estável terá direito à metade de seus bens e não somente  $\frac{1}{3}$  como previsto no Código Civil de 2002. Por esse motivo o regime da união estável foi desequiparado e desfavorável para o companheiro (a) comparado com pessoas que eram casadas, no que diz respeito à sucessão hereditária.

Para a ordem jurídica o casamento é melhor que a união estável por motivo de segurança jurídica, pois o casamento mediante contrato formal assinado, não resta dúvidas da existência, já a união estável precisará em alguns casos ser comprovada por meio de provas e evidências, sendo então uma questão de segurança jurídica e não uma questão de o casamento ser hierarquicamente superior à união estável. (STF, Recurso Extraordinário nº 878.694/MG). (BRASIL, 2018).

Com a inconstitucionalidade do artigo 1.790 (BRASIL, 2002), ainda restaram algumas dúvidas quanto ao companheiro ser herdeiro necessário, pois não há nenhum dispositivo que regule isso.

Segundo Barroso, para casos apreciados anteriormente pelo Poder Judiciário, não cabem recursos, essa decisão somente será aplicada às partilhas que ainda não foram estabelecidas.

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. (STF, recurso extraordinário 878.694/MG, relator ministro Luís Roberto Barroso). (BRASIL, 2017).

Porém, esta decisão não agradou muitos doutrinadores e especialistas da matéria. Diante disto, a Associação de Direito das Famílias e Sucessões (ADFAS), interpôs em setembro de 2017, embargos de declaração, para que o Supremo Tribunal de Federal se posicione sobre o companheiro ser ou não herdeiro necessário, e também sobre a aplicabilidade da referida decisão, apontando a afronta ao artigo 1.787 do Código Civil de 2002. (ANDRADE, 2018).

Dispõe o artigo 1.787: Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

Mas aplicar a decisão a todos os inventários ainda abertos ao tempo de sua publicação com base na segurança jurídica, com todo o respeito, é uma evidente contradição. Isso porque segurança jurídica é a circunstância de um cidadão conhecer, ou ao menos poder conhecer a lei e agir com base nesse conhecimento. Quem quer viver em união estável deve ter a possibilidade de conhecer o ordenamento legal para decidir se lhe convém ou não constituir essa entidade familiar, ou, até mesmo, mantê-la até a morte. (ANDRADE, 2018, p. 127-128).

Alegando que ao tempo da abertura dessas sucessões, artigo 1.790 do Código Civil de 2002, fixava direitos hereditários do companheiro, não havia sido declarado inconstitucional. Apenas com a publicação da declaração do Supremo Tribunal Federal em 11 de setembro de 2017. Levando em consideração a data da publicação, todas as sucessões referentes a união estável, deveriam ser regulados pelo artigo 1.790 do Código Civil de 2002, pois

era este artigo que estava vigente no momento da morte de seus companheiros. (ANDRADE, 2018).

Por essa razão a Associação de Direito das Famílias e Sucessões foi admitida como *amicus curiae* no recurso extraordinário e interpôs embargos de declaração a fim de que o Supremo Tribunal Federal elimine a contradição e determine a aplicação da decisão às heranças daqueles que vierem falecer depois de sua publicação. (ANDRADE, 2018).

Após ser declarado inconstitucional o art. 1.970 do Código Civil de 2002, passou a jurisprudência ter esse entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO SUCESSÓRIO. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRO FALECIDO SEM DESCENDENTES E ASCENDENTES. COMPANHEIRA QUE DEVE SER IGUALADA AO CÔNJUGE NA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. IGUALDADE DE TRATAMENTO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL, INTRODUZIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. REJULGAMENTO. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70030157820, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/08/2018). (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Entende o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que companheiro falecido sem descendentes e ascendentes deve herdar a totalidade da herança, sendo assim, se igualando ao cônjuge na vocação hereditária.

## 5 CONCLUSÃO

Com a realização da presente pesquisa, se tem algumas observações do tema proposto. O objetivo foi analisar a sucessão na união estável, na qual se encontrava no artigo 1.790 do Código Civil de 2002 em um comparativo com o casamento, já que por alguns anos houve uma discrepância de direitos sucessórios entre eles.

Inicialmente, foi necessária uma abordagem sobre a evolução da família, alcançando a união estável, onde por muitos anos era má vista pela sociedade.

Sendo a união estável classificada como concubinato puro e impuro. O primeiro dizia a respeito de pessoas que eram desimpedidas de ter relacionamento, porém optaram por não se casar, já a segunda classificação, seria o concubinato impuro, o qual se tratava de pessoas impedidas de ter um relacionamento, pelo fato de já possuírem um matrimônio com outra pessoa.

Após a Constituição Federal de 1988, é que a união estável foi considerada uma entidade familiar, através de seu artigo 226 §3. Então, vieram duas Leis para regular o direito dos companheiros. A primeira foi a Lei de nº 8.971/1994, a qual dispôs sobre direito à alimentos e sucessão, e em seguida veio a Lei nº 9278/1996, excluindo tempo mínimo de duração da união estável que na lei anterior exigia (5 anos), sendo necessário somente a comprovação de uma relação contínua, duradoura e de convivência pública para ser considerada união estável.

O Código Civil de 2002, também trouxe as condições para ser considerada uma relação como união estável, além de direitos e deveres para os companheiros, como é possível citar: convivência more uxório, publicidade, estabilidade, continuidade, inexistência de impedimentos matrimoniais, respeito, guarda, sustento e educação aos filhos, assistência e alimentos.

A partir dessas características, direitos e deveres, é possível perceber que a união estável, apesar de muitas vezes não ter contrato formal assinado como no casamento, é uma entidade familiar apta a receber seus direitos sucessórios de uma forma não discriminatória.

Fez-se necessário um comparativo dos regimes sucessórios entre cônjuge e companheiro. Pode-se perceber que o companheiro se encontrava em uma situação extremamente desfavorável comparado ao cônjuge. Quando

por sua vez, com a morte do *de cujus*, o companheiro haveria de concorrer a herança com descendentes, ascendentes e na falta destes, com colaterais até o quarto grau, e somente concorreria em relação aos bens adquiridos na vigência da união estável e a título oneroso, como dispõe o art. 1.790 (BRASIL, 2002). Enquanto, ao caso de pessoas casadas, na falta de ascendentes e descendentes, o cônjuge sobrevivente herdaria os bens em sua totalidade, sem precisar concorrer com colaterais até quarto grau, conforme o artigo 1.829 (BRASIL, 2002).

Diante de muitas críticas, o Supremo Tribunal Federal se manifestou em relação à inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil brasileiro, através do Recurso Extraordinário nº 876.894, e o declarou inconstitucional. Assim, o referido artigo perdeu sua aplicabilidade, tanto para os processos judiciais que estejam em andamento quanto para os inventários administrativos que ainda não tenham escritura de partilha.

Grande parte dos doutrinadores defendiam a inconstitucionalidade apenas do inciso III do artigo 1.790, porém agora, cabe a todos operadores do direito seguir a nova regra, aplicando o artigo 1.829, tanto para cônjuges como para companheiros.

Porém, ainda resta ao Supremo Tribunal Federal esclarecer se o companheiro passará a integrar o rol de herdeiros necessários e se manifestar sobre a aplicabilidade do artigo 1.829, ser possível em inventários já abertos antes da publicação da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil brasileiro.

O assunto apresentado nesta pesquisa, é de grande relevância frente a Ciência Jurídica, e para a sociedade, sendo que esclarece como serão as novas regras sucessórias para pessoas que vivem em união estável, os quais pertencem a um terço dos casais no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Raissa Nacer Oliveira de. Efeitos sucessórios decorrentes da união estável, após o julgamento do RE 878.694 no STF. **Revista Síntese Direito de Família**, v.19, n. 109, p. 133, 2018.

BORTOLI, Georgea Bortolini. **A sucessão na união estável**. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) - Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí. 2007. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Georgea%20Bortolini%20Bortili.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 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: 15 jun. 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF**, 11 jan. 2002. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL, **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília, DF: Senado Federal, 1994. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8971.htm)> Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL, **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996, Regula o §3 do artigo 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm)> Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694. Tribunal Pleno. Brasília, DF. 10 de maio de 2017. Rel. Min. Roberto Barroso. **Lex**: jurisprudência do STF.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 70025169244-RS (001/1.05.2390445-6). Agravante: Ladi Walnier Candido. Agravado: Espolio de Arilton Walnier Candido. 8 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, RS, 21 de agosto de 2018. Rel. Claudir Fidelis Faccenda. **Lex**: jurisprudência do TJ/RS.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70030157820-RS (001/1.95.2163069-3). Apelante: G.D.B. Apelado: A.M.P.B. 7 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, RS, 29 de agosto de 2018. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. **Lex**: jurisprudência do TJ/RS.

CARVALHO, Carla. **Direito Civil**. In: LENZA, Pedro (Coord.) **OAB primeira fase**. 3. Ed. São Paulo: 2018. P. 300-314.

DUTRA, Elder Gomes. A Sucessão do companheiro: O verdadeiro calvário até a sua declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Direito de Família Periódico 2. Porto Alegre: Magister, 2014. p. 79-119.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 6. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito de família**. v. 6. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito das sucessões**. v. 7. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito das sucessões**. v. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

MACIEL, Jorge Adrovaldo. Direito sucessório na união estável e a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5192, 18 set. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60480>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MOREIRA, Lígia Carolina Costa. **Sucessão do Cônjuge e companheiro: uma abordagem comparativa**. (Dissertação Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2016.

NADER, Paulo. **Direito das sucessões**. v. 6. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Euclides de. União Estável: Conceituação e Efeitos Jurídicos. In: **Direito de família**. v. 7. ed. São Paulo: RT, 2008. cap. 8.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito das Sucessões**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011