

**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
CURSO DE DIREITO**

LUIZA ANTUNES MORGANTI

**OS REFLEXOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO
1.790 DO CÓDIGO CIVIL FRENTE À UNIÃO ESTÁVEL**

ERECHIM

2018

LUIZA ANTUNES MORGANTI

**OS REFLEXOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO
1.790 DO CÓDIGO CIVIL FRENTE À UNIÃO ESTÁVEL**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões – Campus de Erechim.**

**Orientadora: Prof^a. Dra. Giana Lisa
Zanardo Sartori.**

ERECHIM

2018

LUIZA ANTUNES MORGANTI

**OS REFLEXOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO
1.790 DO CÓDIGO CIVIL FRENTE À UNIÃO ESTÁVEL**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões – Campus de Erechim.**

Erechim, 10 de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Giana Lisa Zanardo Sartori

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim

Prof^a. Ma. Andréa Mignoni

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim

Prof^a. Ma. Viviane Bortolini Giacomazzi

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter permitido que eu chegasse até aqui e concluísse, com êxito, mais esta etapa de minha vida.

Com toda a gratidão que possuo agradeço aos meus pais, irmã e companheiro, que estiveram ao meu lado durante toda a minha jornada acadêmica, apoiando-me em momentos de dificuldade e, pacientemente, proferindo palavras de carinho e incentivo.

Agradeço, ainda, à minha Professora e Orientadora que, com imensurável zelo e dedicação, ajudou-me a realizar esta pesquisa, colocando-me à disposição seus conhecimentos e dispondo de seu tempo para auxiliar-me da melhor maneira possível.

Por fim, agradeço a todos os amigos e colegas que, de algum modo, contribuíram para o meu crescimento, tanto pessoal quanto acadêmico, e acompanharam minha trajetória.

RESUMO

A presente pesquisa objetiva pontuar os reflexos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil frente à união estável. O artigo 1.790 do Código Civil, dispositivo que regulava o direito sucessório atinente aos companheiros, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2017. A partir de então, o direito sucessório dos companheiros passou a ser regulado por outro dispositivo do Código Civil, que regula os direitos sucessórios atinentes aos cônjuges. O principal objetivo desta pesquisa é pontuar quais as situações jurídicas atingidas pela decisão do Supremo Tribunal Federal, e como o direito sucessório dos companheiros em união estável passou a ser tratado após a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Assim, buscando esclarecer os reflexos advindos de tal julgamento, a pesquisa abordou diversos conceitos, posições doutrinárias, dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais. Em razão da evidente relevância do tema na atual sociedade, buscou-se verificar o impacto da decisão nos casos concretos, por meio do estudo dos entendimentos jurisprudenciais. Quanto à metodologia aplicada, vale referir que se trata de pesquisa realizada de acordo com a técnica bibliográfica e documental, bem como sob o método indutivo de abordagem e analítico-descritivo de procedimento. Entretanto, é necessário referir que não houve o esgotamento do tema, uma vez ser recente o entendimento do Supremo Tribunal Federal e escassas as doutrinas e jurisprudências que abordam o novo entendimento. Outrossim, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, agiu acertadamente, considerando os princípios constitucionais e a modernização das famílias. Espera-se que a presente pesquisa possa contribuir, satisfatoriamente, no entendimento acerca do assunto abordado, bem como possa servir de auxílio a pesquisas futuras.

Palavras-chave: União estável. Sucessão. Inconstitucionalidade. Reflexos.

ABSTRACT

The present research aims to highlight the reflexes of the declaration of unconstitutionality of article 1,790 of the Civil Code in relation to the stable union. Article 1,790 of the Civil Code, which regulates the inheritance law concerning the companions, was declared unconstitutional by the Federal Supreme Court in May 2017. From then on, the inheritance law of the companions began to be regulated by another provision of the Civil Code, which regulates inheritance rights relating to spouses. The main objective of this research is to assess the legal situations reached by the decision of the Federal Supreme Court, and how the succession law of the comrades in a stable union began to be treated after the declaration of unconstitutionality of article 1,790 of the Civil Code. Thus, seeking to clarify the reflexes resulting from such a judgment, the research addressed several concepts, doctrinal positions, legal provisions and jurisprudential understandings. Due to the evident relevance of the topic in the current society, it was sought to verify the impact of the decision in the concrete cases, through the study of jurisprudential understandings. Regarding the applied methodology, it is worth mentioning that this is a research carried out according to the bibliographical and documentary technique, as well as under the inductive method and analytical-descriptive procedure. However, it should be noted that there was no exhaustion of the topic, once the understanding of the Federal Supreme Court has been recent and there are few doctrines and jurisprudence that deal with the new understanding. It can also be concluded that the Federal Supreme Court, when declaring the unconstitutionality of article 1,790 of the Civil Code, acted correctly, considering the constitutional principles and the modernization of families. It is hoped that the present research can contribute, satisfactorily, to the understanding about the subject addressed, as well as to be useful to future research.

Key words: Stable union. Succession. Unconstitutionality. Reflexes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL	10
2.1 União estável	10
2.1.1 Conceito	10
2.1.2 Requisitos	10
2.1.3 Efeitos pessoais: direitos e deveres	11
2.1.4 Efeitos patrimoniais: regime de bens	13
2.1.5 Sucessão	14
2.2. O instituto do concubinato no Código Civil de 1916	16
2.2.1 Concubinato puro	16
2.2.2 Concubinato impuro	17
2.3. O instituto da união estável na Constituição Federal de 1988	17
2.3.1 Considerações terminológicas	17
2.3.2 A inexistência de hierarquia entre as modalidades de família	18
2.4 O instituto da união estável e a legislação infraconstitucional	18
2.4.1 A união estável e a Lei 8.972/1994	19
2.4.2 A união estável e a Lei 9.278/1996	19
2.5 O instituto da união estável no Código Civil de 2002	20
3 O DISPOSITIVO LEGAL APLICÁVEL À SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL	21
3.1. O direito sucessório no Código Civil de 2002	21
3.1.1 Disposições gerais	21
3.1.2 Modalidades sucessórias	22
3.1.3 Da sucessão legítima e da ordem de vocação hereditária	23
3.2 O direito sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002.....	24
3.2.1 Concorrência sucessória	24
3.2.2 Concorrência do cônjuge	25
3.2.3 Concorrência do companheiro	27
3.3 O artigo 1.790 do Código Civil de 2002	29
4 OS REFLEXOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS	31

4.1 Controvérsias acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002	31
4.2 O julgamento dos recursos extraordinários 646.721 e 878.694 e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal	32
4.3 As principais consequências jurídicas advindas da decisão do Supremo Tribunal Federal	35
4.3.1 Sucessão legítima e testamentária e ordem de vocação hereditária	35
4.3.2 Companheiro como herdeiro necessário e direito real de habitação	36
4.3.3 Outras situações jurídicas abrangidas pela decisão	38
4.4 Decisões dos Tribunais com base na nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal	39
5 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

O direito sucessório relativo aos companheiros em união estável era, até o mês de maio de 2017, regulado pelo artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Contudo, diante da evolução da sociedade e do surgimento de novas entidades familiares, dentre as quais está a construída pelos companheiros em união estável, vislumbrou-se que, em que pese a Constituição Federal não equiparasse as entidades familiares, o tratamento conferido aos companheiros, em sede de direito sucessório, era totalmente discrepante daquele conferido ao cônjuge.

Isso porquê, durante muitos anos, discriminava-se qualquer tipo de união, senão aquela constituída sob a forma de casamento, à qual era conferido prestígio social e reconhecimento legal.

No entanto, após inúmeras discussões acerca da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, declarou a inconstitucionalidade do referido artigo, visto entender que o tratamento sucessório relativo aos companheiros por ele conferido seria contrário à Constituição Federal (BRASIL, 1988), que afirma inexistir hierarquia entre as modalidades de família, bem como aos princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.

Nesta senda, a presente pesquisa objetiva analisar os reflexos legais e jurisprudenciais decorrentes da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), uma vez reconhecida a importância da abordagem de tal assunto em ambiente acadêmico.

Assim, em um primeiro momento, passar-se-á à análise do instituto da união estável, partindo-se do seu conceito, requisitos e efeitos, bem como analisando-se sua retrospectiva histórica, inclusive as legislações infraconstitucionais existentes acerca do tema.

Após, abordar-se-á, além das disposições gerais referentes ao direito sucessório, o dispositivo legal aplicado à sucessão dos companheiros em união estável até a decisão do Supremo Tribunal Federal em que se baseia o presente trabalho monográfico.

Por fim, partindo-se das controvérsias doutrinárias acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790, serão analisados os Recursos Extraordinários

646.721/RS e 878.694/MG que embasaram a decisão da Corte, sendo que, depois disso, serão abordadas as principais consequências jurídicas advindas da referida decisão, com a apresentação de jurisprudências relativas ao tema.

Quanto à metodologia aplicada, importante destacar que se trata de pesquisa realizada de acordo com a técnica bibliográfica e documental, bem como sob o método indutivo de abordagem e analítico-descritivo de procedimento.

Outrossim, é importante destacar que o principal objetivo do presente trabalho é destacar os aspectos relevantes associados à declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), sem, contudo, esgotar o tema.

Pretende-se, assim, atender às expectativas acadêmicas, abordando o assunto com excelência e dedicação.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL

2.1 União estável

Em um primeiro momento, abordar-se-á o conceito de união estável e, após, seus requisitos, efeitos, bem como as legislações referentes ao tema.

2.1.1 Conceito

A união estável é um instituto presente desde os primórdios da vida em sociedade. Em que pese a histórica rejeição social, é de extrema importância estabelecer um conceito que prestigie o instituto, expressando sua influência na vida das pessoas e sua colaboração na formação da sociedade.

Acerca do conceito do instituto, dispõem Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 424) que “[...] podemos conceituar a união estável como uma relação jurídica afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo de constituição de família.”

Outrossim, o conceito legal de união estável está disposto no artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002): “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.”

Ademais, após a conceituação doutrinária e legal do instituto, deve-se partir à análise do instituto em si, seus requisitos, efeitos e legislação acerca do tema.

2.1.2 Requisitos

A partir do conceito enunciado no artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002) é possível estabelecer alguns requisitos para que a união estável reste configurada, pois, apesar de não necessitar de formalismos, depende de alguns elementos para se caracterizar e se distinguir de mero namoro.

Inicialmente, vale mencionar um aspecto relevante, trazido por Nader, que leciona o que segue:

Nota-se que entre os requisitos o legislador não arrolou a capacidade civil, que é necessária, pois os companheiros assumem deveres e direitos. Tanto quanto no casamento, deve estar presente na união estável, especialmente, como lembra Regina Beatriz Tavares da Silva, “em razão dos efeitos que produz, dentre os quais, a aplicação das regras do regime de comunhão parcial de bens”. Acrescente-se que, sem a capacidade, impossibilitados ficariam os companheiros de firmar o seu estatuto patrimonial, mediante contrato. Embora as dificuldades de natureza prática, é de se admitir a emancipação também pela constituição de união estável. (NADER, 2016, p. 562).

Segundo o referido autor, a capacidade civil é um requisito necessário também à união estável, tendo em vista os diversos efeitos por ela trazidos, inclusive os patrimoniais, decorrentes do regime de comunhão parcial de bens adotado pelo instituto.

Quanto aos demais requisitos, vislumbra-se que, em que pese o Código Civil (BRASIL, 2002) refira-se à união estável entre homem e mulher, o entendimento pacificado jurisprudencialmente é no sentido de que se admite a união estável homoafetiva, ocorrida entre pessoas do mesmo sexo.

Outrossim, se faz necessária a ausência de impedimento matrimonial para que reste configurada a união estável, tendo em vista a condição de entidade familiar à qual foi elevada, conforme dispõe Nader (2016, p. 565).

Exige-se, ainda, a convivência pública entre os companheiros. Porém, ainda que não se faça necessária a coabitação entre os companheiros, a comunhão de vida, de forma pública, é indispensável, segundo o entendimento de Nader (2016, p. 566).

Além disso, tem-se como requisito a continuidade, sendo que não há prazo mínimo estabelecido em lei para que reste caracterizado o instituto.

Ademais, o objetivo da união estável é o de constituir família. Quanto à formação de prole, entende Nader (2016, p. 567) que “não é essencial o propósito de formação de prole.”

2.1.3 Efeitos pessoais: direitos e deveres

Após analisar o conceito e os requisitos da união estável, mister se faz o estudo dos efeitos pessoais decorrentes do instituto, dentre os quais destacam-se os direitos e deveres dele decorrentes.

No que tange aos deveres, dispõe o artigo 1.724 do Código Civil (BRASIL, 2002) que “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

Conforme Nader (2016), os aspectos pessoais ou deveres mútuos entre os companheiros são normas de ordem pública, a respeito das quais os companheiros não têm liberdade para dispor. Além disso, o referido autor destaca que os deveres entre os companheiros se assemelham aos deveres entre os cônjuges.

Contudo, pode-se verificar que à união estável inexistente o dever de coabitação, como também não há menção à fidelidade, ambos aplicáveis ao casamento, conforme se extrai do artigo 1.566 do Código Civil (BRASIL, 2002).

No que tange ao dever de coabitação, dispõe Dias (2015, p. 251) que “Apesar da ausência da imposição de moradia única, a jurisprudência resiste em reconhecer o relacionamento quando o par não vive em um único lar, sem que existam justificativas para a manutenção de casas diferentes.”

A partir do enunciado acima, pode-se vislumbrar que, em que pese a lei não exija o dever de coabitação entre os companheiros, a jurisprudência resiste em reconhecer a união estável quando não há coabitação.

Ademais, quanto à menção à lealdade e não à fidelidade, dispõe Dias:

Não se atina o motivo de ter o legislador substituído fidelidade por lealdade. Como na união estável é imposto tão só o dever de lealdade, pelo jeito inexistente a obrigação de ser fiel. Portanto, autorizando a lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de vínculos paralelos. Se os companheiros não têm o dever de ser fiéis nem de viverem juntos, a manutenção de mais uma união não desconfigura nenhuma delas. (DIAS, 2015, p. 251).

Pode-se extrair do trecho acima colacionado que a posição da autora é crítica, pois afirma não compreender o motivo pelo qual o legislador substituiu o termo fidelidade pelo termo lealdade, o que, ao seu ver, possibilita a configuração de vínculos paralelos, ou seja, a existência de mais de uma união estável.

Outrossim, destacam-se como direitos dos companheiros os referentes a alimentos, meação e herança.

No que se refere a alimentos, o artigo 1.694 do Código Civil (BRASIL, 2002) assegura o direito recíproco dos companheiros aos alimentos. Conforme dispõe Gonçalves (2017), na hipótese de dissolução da união estável, o companheiro terá

direito a alimentos, desde que comprove suas necessidades e as possibilidades do parceiro.

Quanto ao direito à meação e à herança, estes serão analisados nos tópicos que seguem, pois, ao passo em que são direitos dos cônjuges, possuem efeitos específicos.

Após tecer os principais comentários acerca dos efeitos pessoais, deve-se analisar os efeitos patrimoniais decorrentes da união estável.

2.1.4 Efeitos patrimoniais: regime de bens

Quanto aos efeitos patrimoniais da união estável, pode-se verificar a existência de semelhanças com os do casamento.

Conforme dispõe Dias (2015), no casamento é possível aos noivos a escolha do regime de bens por meio de pacto antenupcial, ao passo que na união estável tal faculdade se dá por meio de contrato de convivência.

Acerca do tema, dispõe o artigo 1.725 do Código Civil (BRASIL, 2002) que “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

Assim, vislumbra-se que o regime legal aplicável à união estável é o regime de comunhão parcial de bens, previsto no artigo 1.658 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002), o qual pode ser afastado por meio de contrato de convivência.

Entende-se por regime de comunhão parcial de bens o regime de bens no qual todos os bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do trabalho comum, conforme leciona Dias (2015).

Quando o bem é adquirido na constância da união estável, ainda que só por um dos companheiros, a ambos pertence. Contudo, a legislação civil prevê exceções no artigo 1.659, que tratam acerca da incomunicabilidade de determinados bens, ainda que havidos na constância da união estável.

No tocante à alienação dos bens adquiridos durante a união estável, dispõe Dias:

Ainda que somente um dos conviventes tenha adquirido o bem, instala-se a cotitularidade patrimonial. O direito de propriedade resta fracionado em decorrência do condomínio que exsurge *ex vi legis*. Logo, o titular nominal do domínio não pode aliená-lo, pois se trata de bem comum. É necessária a concordância do companheiro. [...] A tendência é reconhecer a ineficácia do

ato praticado sem a vênia do par, preservando o patrimônio de quem não firmou o compromisso. [...]. (DIAS, 2015, p. 253).

Diante do exposto, conclui-se que, ainda que o bem pertença a um dos companheiros, em decorrência da existência da cotitularidade do bem, se faz necessária a concordância do outro companheiro, a fim de que reste eficaz a sua alienação.

Ademais, a união estável e os efeitos patrimoniais dela resultantes findam com a cessação da vida em comum, não sendo necessária sua extinção pela via judicial.

Quanto à destinação dos bens adquiridos de forma parcelada ou através de financiamento, dispõe Dias (2015) que a fração do bem paga durante o período da união estável deve ser partilhada, considerando a percentagem do imóvel quitada e, ainda, que quanto aos bens móveis existentes à época da dissolução, presumem-se adquiridos durante a vida em comum, salvo prova em contrário.

Por fim, cabe referir o entendimento jurisprudencial acerca da aplicação de regime obrigatório à união estável. Embora não haja previsão legal acerca da limitação imposta pelo regime da separação obrigatória de bens, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça estende tal limitação à união estável.

2.1.5 Sucessão

O direito sucessório dos companheiros é estampado no artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), que assim dispõe:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Verifica-se que há uma grande discrepância entre o direito sucessório conferido aos cônjuges, regulado pelo artigo 1.829 e seguintes, e o conferido aos companheiros, regulado tão somente pelo artigo 1.790, todos do Código Civil (BRASIL, 2002).

Conforme leciona Dias (2015), enquanto o cônjuge é herdeiro necessário e figura no terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, o companheiro é somente herdeiro legítimo e herda depois dos parentes colaterais de quarto grau e, ainda, quando concorre com os descendentes e ascendentes, o direito do companheiro se limita aos bens adquiridos na constância da união. Já quanto aos colaterais até o quarto grau, o direito concorrente do cônjuge é calculado sobre a totalidade da herança, enquanto o companheiro faz jus somente a um terço desta.

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal discutiu acerca da matéria sucessória e pacificou entendimento que será analisado com profundidade no capítulo seguinte.

Ademais, o Código Civil (BRASIL, 2002) outorga o direito real de habitação somente ao cônjuge supérstite, nada dispondo acerca da extensão de tal direito ao companheiro.

Nesse sentido, dispõe Nader:

À primeira vista, parece extinto o direito à habitação em favor do companheiro sobrevivente, então regulado no parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/96. Enquanto não constituísse nova união estável ou contraísse casamento, ficava com o direito à habitação no imóvel destinado à residência da família. Pelo novo Código Civil, foi mantido esse benefício para o cônjuge supérstite (art. 1831), silenciando-se o legislador em relação à união estável. [...] A matéria comporta controvérsia e haverá de ser esclarecida pelos tribunais superiores. Há razões ponderáveis para uma ou outra conclusão. De um lado, verifica-se que a Lei Civil não reconheceu, expressa ou implicitamente, o benefício, acrescentando o fato, ainda, de que o instituto do casamento deve ser mais atraente, a fim de incentivar a conversão prevista na Constituição. De outro lado, tem-se que o benefício é justo e provê uma das necessidades vitais do companheiro sobrevivente. (NADER, 2016, p. 578 e 579).

Segundo o entendimento do referido autor, há razões tanto para os que defendem que o instituto deve ser aplicado tão somente ao casamento, como àqueles que justificam a aplicação também à união estável, devendo tal controvérsia ser esclarecida por meio das decisões dos tribunais.

Contudo, no entendimento de Dias (2015, p. 256), “o silêncio do Código Civil sobre o direito real de habitação na união estável não inibe o seu reconhecimento”, visto que não houve a expressa revogação do instituto pelo Código Civil (BRASIL, 2002), de modo que, para a autora, prevalece o entendimento de que se aplicam as Leis nº 8.971/1994 (BRASIL, 1994) e nº 9.278/1996 (BRASIL, 1996).

2.2 O instituto do concubinato no Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 não regulava as relações extramatrimoniais. O intuito de tal legislação era proteger tão somente as famílias constituídas por meio do casamento.

Ademais, além de não regular tais relações, puniu-as, vedando as doações e a instituição de seguro em favor da companheira, denominada concubina na época, que também não podia ser beneficiada pela via testamentária, conforme dispõe Dias (2015).

Contudo, em que pese a ausência de amparo legal e a rejeição social sofrida, as relações não deixaram de surgir, recebendo a denominação de concubinato.

Acerca do assunto dispõe Dias:

As uniões, surgidas sem o selo do matrimônio, eram identificadas com o nome de concubinato. Quando de seu rompimento, pela separação ou morte de um dos companheiros, demandas começaram a bater às portas do Judiciário. Os primeiros julgados regravam tão só os efeitos patrimoniais do relacionamento na tentativa de coibir perversas injustiças. Quando a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha outra fonte de renda, os tribunais concediam alimentos de forma “camuflada”, com o nome de indenização por serviços domésticos, talvez em compensação dos serviços de cama e mesa por ela prestados. [...]. (DIAS, 2015, p. 238).

Pode-se perceber, a partir do trecho acima, que, na tentativa de esconder as relações configuradas sem a existência do casamento, os julgadores concediam indenizações às mulheres, em decorrência dos serviços que por elas eram prestados aos homens, seus companheiros.

Outrossim, em momento posterior passou-se a reconhecer a existência de uma sociedade de fato, na qual deveria haver a divisão dos lucros obtidos durante a sociedade pelos sócios, conforme refere Dias (2015).

Cabe destacar, ainda, a divisão entre concubinato puro e concubinato impuro, existente na época.

2.2.1 Concubinato puro

Leciona Flávio Tartuce, acerca do instituto do concubinato puro:

Tratar-se-ia da união estável, hipótese em que os companheiros são viúvos, solteiros, divorciados ou separados de fato, judicial ou extrajudicialmente; desde que preenchidos os demais requisitos caracterizadores da entidade familiar em debate. [...]. (TARTUCE, 2017, p. 343).

Diante do conceito acima, pode-se concluir que o concubinato puro tratava-se, na verdade, de união estável. O termo puro referia-se à ausência de impedimento, seja pela ausência de vínculos matrimoniais ou de outra união.

2.2.2 Concubinato impuro

No tocante ao concubinato impuro, segundo dispõe Tartuce (2017, p. 345), “trata-se da convivência estabelecida entre uma pessoa ou pessoas que são impedidas de casar e que não podem ter entre si uma união estável [...].”

Assim, restava configurado o concubinato impuro quando havia algum impedimento, fosse ele decorrente da existência de casamento ou de relação de parentesco entre as partes.

2.3 O instituto da união estável na Constituição Federal de 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o instituto da união estável passou a ser reconhecido como uma espécie de entidade familiar.

Sobre tal aspecto, dispõe Dias (2015, p. 239) que “alargou-se o conceito de família, passando a merecer a especial proteção do Estado relacionamentos outros além dos constituídos pelo casamento.”

Assim, percebe-se que a legislação constitucional passou a proteger as diversas espécies de entidades familiares existentes, desde o casamento, como também a união estável e as famílias monoparentais.

2.3.1 Considerações terminológicas

As uniões existentes entre os indivíduos passaram a ser reconhecidas constitucionalmente, sendo, a partir de então, denominadas de união estável.

Assim, o artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) passou a dispor, em seu parágrafo terceiro:

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.

[...]

Todavia, em que pese o texto constitucional tenha limitado o reconhecimento da união estável aos homens e às mulheres, o entendimento jurisprudencial, atualmente, é de que é possível sua configuração em uniões homoafetivas.

2.3.2 A inexistência de hierarquia entre as modalidades de família

Acerca da inexistência de hierarquia entre as modalidades de família, dispõe Dias:

A Constituição, ao garantir especial proteção à família, citou algumas entidades familiares – as mais frequentes –, mas não as desigualou. Limitou-se a elenca-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela uma escala de prioridade. [...]. (DIAS, 2015, p. 239 e 240).

Assim, conforme expôs a autora no trecho acima colacionado, não há tratamento diferenciado tampouco hierarquia entre as modalidades de família previstas no texto constitucional. A disposição dos incisos não significa ordem alguma de preferência, sendo todas as famílias iguais perante a lei.

2.4 O instituto da união estável e a legislação infraconstitucional

Há duas legislações infraconstitucionais que tratam acerca da união estável – Lei nº 8.972/1994 (BRASIL, 1994) e Lei nº 9.278/1996 (BRASIL, 1996).

Embora a maioria dos artigos das referidas legislações não tenham sido recepcionados pelo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), há pontos que permanecem em vigor.

Deste modo, cabe analisar as referidas leis a seguir.

2.4.1 A união estável e a Lei 8.972/1994

A Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994 (BRASIL, 1994), foi editada para regular a união estável.

Sobre tal legislação, leciona Dias:

A L 8.971/94 assegurou direito a alimentos e à sucessão. No entanto, conservava ainda certo ranço preconceituoso, ao reconhecer como união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, deixando fora, injustificadamente, os separados de fato. Mas só reconheceu como estáveis as relações existentes há mais de cinco anos ou das quais houvesse nascido prole. Assegurou ao companheiro sobrevivente o usufruto sobre parte dos bens deixados pelo de cujus. No caso de inexistirem descendentes ou ascendentes, o companheiro (tal como o cônjuge sobrevivente) foi incluído na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo. (DIAS, 2015, p. 240).

Vislumbra-se que, embora tenha preceituado diversos institutos legais que antes não eram aplicados à união estável, mas tão somente ao casamento, a referida legislação ainda se mostrou preconceituosa, visto que deixou de reconhecer a união dos indivíduos separados de fato, bem como condicionou a configuração da união estável ao decurso de cinco anos de relação ou, então, à existência de filhos decorrentes da união.

2.4.2 A união estável e a Lei 9.278/1996

A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996 (BRASIL, 1996), foi elaborada com o intuito de regulamentar o artigo 226, §3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Acerca da referida lei, dispõe Dias:

A L 9.278/96 teve maior campo de abrangência. Para o reconhecimento da união estável, não quantificou prazo de convivência e admitiu as relações entre pessoas separadas de fato. Além de fixar a competência das varas de família para o julgamento dos litígios, reconheceu o direito real de habitação. Gerou a presunção *juris et de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são fruto do esforço comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para a partilha igualitária dos bens. (DIAS, 2015, p. 240).

Vislumbra-se que a referida lei estendeu o reconhecimento da união estável aos separados de fato, que não eram abarcados pela legislação anterior. Além disso,

regulou outros institutos que não eram previstos à união estável até então, como o direito real de habitação.

Ademais, houve significativo avanço quando a referida lei deixou de prever prazo mínimo para que a união estável restasse configurada, como previa a legislação anterior.

2.5 O instituto da união estável no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) dispõe sobre o instituto da união estável nos artigos 1.723 a 1.727. No entanto, há diversos artigos esparsos que alcançam o instituto, tendo em vista a sua equiparação ao casamento, conforme entende Nader (2016).

Todavia, ainda que existam diversos dispositivos legais regulando a união estável, há alguns assuntos a ela referentes que não possuem expressa previsão legal.

Nesse sentido, Nader (2016) traz a indagação acerca da possibilidade de o companheiro ou a companheira adotar o sobrenome do consorte, referindo o que segue:

Tendo em vista a importância atribuída à união estável, elevada constitucionalmente ao grau de entidade familiar e possuindo o mesmo *status* jurídico do casamento, razão não há para se impedir tal pretensão, inclusive porque, havendo prole comum, a esta interessa o uso pelos pais de igual sobrenome. (NADER, 2016, p. 557).

Nesse caso, entende o autor que não há motivos que impeçam a pretensão de adotar o sobrenome do consorte. O mesmo ocorre com o entendimento doutrinário majoritário acerca do tema.

Ademais, em que pese haja lacunas na legislação referente ao tema, vislumbra-se que houve significativo avanço no instituto, que, após a Constituição Federal (BRASIL, 1988), passou a ser considerada entidade familiar, sendo regulada também pelo Código Civil (BRASIL, 2002).

Assim, em razão da importância do estudo acerca do tema, necessária se faz a abordagem acerca do direito sucessório aplicável ao instituto, tema que será abordado a seguir.

3 O DISPOSITIVO LEGAL APLICÁVEL À SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL

3.1 O direito sucessório no Código Civil de 2002

Após analisar pormenorizadamente o instituto da união estável, partindo-se do conceito, bem como analisando-se também sua retrospectiva histórica, faz-se necessário o estudo acerca do direito sucessório aplicável ao instituto.

Deste modo, analisar-se-á, além das disposições gerais referentes ao direito sucessório, o dispositivo legal aplicável à sucessão dos companheiros, previsto no Código Civil (BRASIL, 2002).

3.1.1 Disposições gerais

Conforme dispõe Nader (2016, p. 3), “o direito das sucessões é parte do Direito Civil que estabelece normas sobre a transmissão *mortis causa* de acervo patrimonial.”

As disposições acerca do direito sucessório estão previstas no artigo 1.784 e seguintes, do Código Civil (BRASIL, 2002).

No entanto, para melhor compreensão acerca do direito sucessório atinente aos companheiros, se faz necessário abordar alguns aspectos gerais referentes à sucessão.

Primeiramente, vale referir que a morte não extingue todas as relações jurídicas. Sobre tal aspecto leciona Nader:

Com o evento *morte*, algumas relações jurídicas se extinguem, como as pertinentes aos direitos conjugais, enquanto outras subsistem, verificando-se apenas a mudança na titularidade, como no *jus domini*, que é transmitido a herdeiros ou legatários. No âmbito do *Jus Positum* não é verdadeira a afirmativa “*mors omnia solvit*” (i. e., “a morte dissolve todas as coisas”), dada a transmissibilidade de direitos. Daí podemos afirmar, acompanhando Hernandez Gil, que a morte provoca o fim da vida humana, mas juridicamente a transcende. (NADER, 2016, p. 3).

Assim, é válido afirmar que, em que pese a morte provoque o fim da vida humana, bem como ocasione a extinção de algumas relações jurídicas, há direitos que sofrem apenas mudança de titularidade, pois são transmitidos aos herdeiros ou legatários do indivíduo falecido.

No tocante aos princípios fundamentais que regem o direito das sucessões, tem-se que são de ordem pública, de forma que é impossível modificar individualmente determinadas disposições sobre tal direito, como é o caso da ordem de vocação hereditária, a proibição de acordo sobre herança de pessoa viva, entre outras. (NADER, 2016).

Outrossim, quanto ao objeto da sucessão, vislumbra-se que este é composto pelo patrimônio deixado pelo sujeito, de forma ativa ou passiva, constituindo, assim, uma universalidade de direitos.

Quanto à aceitação ou rejeição da herança, dispõe Nader:

A transmissão do patrimônio para os sucessores não se opera à revelia de herdeiros e legatários, pois pressupõe a sua concordância. Estes devem manifestar a sua vontade, dizendo se aceitam ou rejeitam a sucessão. As obrigações podem ser tão elevadas, que aos interessados não convenha a sucessão. (NADER, 2016, p. 6).

Pode-se perceber, a partir do texto acima colacionado, que muitas vezes as obrigações decorrentes da herança são muito elevadas, de modo que não convém ao sucessor aceitar a sucessão. Ademais, extrai-se que a transmissão do patrimônio se opera com a devida aceitação dos herdeiros ou legatários.

Quanto à sucessão na esfera prática, Nader (2016) entende que se dá por meio do inventário, que é o procedimento por meio do qual definem-se os herdeiros e legatários, o patrimônio, o imposto de transmissão e promove-se a partilha de bens.

O inventário é regulado pelo direito processual civil, sendo este procedimento obrigatório quando tratar-se de interessado incapaz ou na hipótese de o *de cujus* ter deixado testamento.

3.1.2 Modalidades sucessórias

Existem modalidades de sucessão *mortis causa*, dentre as quais destacam-se a sucessão a título singular e a sucessão a título universal.

Conforme Nader (2016, p. 8), tem-se a sucessão a título singular “quando a determinado legatário cabe um bem definido em testamento, independentemente da dimensão do patrimônio”, enquanto na sucessão a título universal “os herdeiros participam da totalidade do patrimônio, mediante quotas, não necessariamente iguais.”

Há, ainda, a distinção entre sucessão legítima ou legal e sucessão voluntária ou testamentária.

Preceitua Nader (2016) que, na sucessão legal ou legítima, operada por força de lei, são convocados a suceder os membros da família e de acordo com a vocação hereditária. Dispõe, ainda, que em tal modalidade a sucessão se faz a título universal e os sucessores são os herdeiros, sendo cabível quando não há testamento.

Quanto à sucessão voluntária ou testamentária, Nader (2016, p. 9) dispõe que “verifica-se a sucessão voluntária ou testamentária quando a transmissão se opera por força de testamento.” Ainda, dispõe o autor que tal sucessão pode-se dar a título singular, quando os legatários são contemplados com determinados bens, bem como a título universal, quando os herdeiros são favorecidos com um percentual da herança (NADER, 2016).

Dentre as modalidades sucessórias elencadas, a sucessão legítima mostra-se indispensável à compreensão acerca do tema objeto deste capítulo, razão pela qual se faz necessária a abordagem aprofundada acerca da sucessão legítima e da ordem de vocação hereditária.

3.1.3 Da sucessão legítima e da ordem de vocação hereditária

Conforme mencionado anteriormente, a sucessão legítima é aquela que decorre da lei, sendo cabível nas hipóteses em que não há testamento.

Dispõe Gonçalves acerca da sucessão legítima:

O Código Civil disciplina, no presente título, a sucessão legítima, também denominada *ab intestato*, a que opera por força de lei e que ocorre em caso de inexistência, invalidade ou caducidade de testamento e, também, em relação aos bens nele não compreendidos. (GONÇALVES, 2017, p. 157).

Segundo o referido autor, a sucessão legítima ocorrerá quando não houver testamento, ou quando este for inválido ou eivado de caducidade, bem como em relação aos bens que nele não forem compreendidos.

Assim, nas hipóteses acima referidas, aplicar-se-á a ordem de vocação hereditária da sucessão legítima.

Conforme Gonçalves (2017, p. 160), a ordem de vocação hereditária consiste “na relação preferencial pela qual a lei chama determinadas pessoas à sucessão hereditária.”

O artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe acerca da ordem da vocação hereditária na sucessão legítima, conforme segue:

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.

A partir do referido artigo, verifica-se que a primeira classe sucessória é a dos descendentes. Em regra, a existência de descendentes do *de cuius* afasta os herdeiros das classes subsequentes. Contudo, quando houver cônjuge sobrevivente, estabelece a lei que haverá concorrência entre este e os descendentes, salvo algumas espécies de regime de bens que afastam tal concorrência.

Ademais, seguindo-se a ordem estabelecida na lei, são contemplados os ascendentes, em concorrência com o cônjuge; o cônjuge sobrevivente e, por fim, os colaterais.

3.2 O direito sucessório dos companheiros no Código Civil de 2002

3.2.1 Concorrência sucessória

O Código Civil (BRASIL, 2002) estabelece as hipóteses em que haverá concorrência entre os herdeiros do *de cuius*. Deste modo, estabelece critérios especiais de sucessão, no tocante aos cônjuges e companheiros supérstites.

Quanto aos cônjuges, as regras estão previstas no artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Outrossim, relativamente aos companheiros, as regras estão estabelecidas no artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Tais disposições sucessórias serão abordadas a seguir.

3.2.2 Concorrência do cônjuge

Dispõe o artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002) que o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes (inciso I) ou com os ascendentes (inciso II).

Primeiramente, é importante salientar que a sucessão do cônjuge não pode ser confundida com a meação a que tem direito, exceto quando o casamento se der sob o regime de separação absoluta de bens.

Nos demais casos, quando o casamento se der sob os demais regimes de bens, além de ter direito à meação, o cônjuge herdará do *de cujus* através da sucessão, podendo concorrer com outros herdeiros.

No entanto, há hipóteses em que não haverá direito sucessório relativamente ao cônjuge supérstite. Sobre o tema dispõe Nader:

Se, ao falecer, o *de cujus* estava separado judicialmente, o cônjuge não terá direito à sucessão. Com maior razão, se divorciado. Em caso de separação de fato por mais de dois anos à época da abertura da sucessão, também não haverá direito à herança se culpado pelo término da convivência. Igualmente no caso de culpa recíproca ou concorrente. Terá direito, todavia, se nenhum dos dois teve culpa ou se esta foi apenas do *de cujus*. É a dicção do artigo 1.830. [...]. (NADER, 2016, p. 156).

Segundo o autor, o cônjuge sobrevivente terá direito à herança caso o casal não estivesse separado judicialmente, divorciado ou separado de fato por mais de dois anos ou, ainda, caso separado por tempo superior, não tenha sido o cônjuge supérstite o culpado pelo término da convivência.

No que diz respeito à concorrência, em regra, o cônjuge supérstite concorre com os descendentes do sucedido, sendo estes os filhos, os netos, os bisnetos e os trinnetos.

Conforme dispõe o artigo 1.833 do Código Civil (BRASIL, 2002) “entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação”.

Tem-se, com isso, que havendo filhos, estes os preferem aos demais; o mesmo ocorrendo com os netos em relação aos bisnetos, e assim sucessivamente.

Ademais, quanto ao quinhão do cônjuge, como regra, este será igual ao dos demais. Contudo, se o cônjuge também for ascendente dos herdeiros não poderá receber menos do que a quarta parte da herança. Ainda, havendo entre os herdeiros

do sucedido algum que não for também herdeiro do cônjuge sobrevivente, entende-se que o limite anterior não é aplicável. (NADER, 2016).

Contudo, há casos em que o cônjuge não concorrerá com os descendentes.

É o caso, por exemplo, do casamento que ocorre sob o regime de comunhão universal de bens ou de separação obrigatória de bens.

Leciona Nader acerca do tema:

Se o casamento do *de cuius* realizou-se sob um destes dois regimes de bens, o cônjuge sobrevivente não concorrerá com os descendentes. A primeira hipótese – *comunhão universal* – se nos afigura adequada, justa, pois o cônjuge já estará protegido por sua meação. A segunda – *separação obrigatória* (art. 1.641) – apresenta um potencial de injustiça, pois, na falta de aquestos, não haverá sequer a meação. [...]. (NADER, 2016, p. 159).

No entendimento do autor, em razão da meação pertencente ao cônjuge sobrevivente, a não concorrência com os descendentes configura-se medida adequada quando do regime de comunhão universal de bens. Contudo, quanto a não concorrência do cônjuge supérstite quando do regime de separação obrigatória de bens, entende o autor que tal medida demonstra-se injusta, visto que não haverá, tampouco, direito à meação.

Outrossim, outra hipótese em que não haverá concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes se dá quando o casamento ocorre sob o regime de comunhão parcial de bens, e inexistem bens particulares do *de cuius*.

Na referida hipótese, “[...] o objeto da herança compõe-se apenas de bens comuns ao casal, quando então o cônjuge supérstite terá direito à sua meação na sociedade.” (NADER, 2016, p. 160).

Assim, vislumbra-se que, quando tratar-se de regime de comunhão parcial de bens e inexistirem bens particulares do sucedido, o cônjuge sobrevivente terá direito tão somente a sua meação do patrimônio.

Ademais, quanto à concorrência do cônjuge com os ascendentes, cabe fazer algumas considerações.

Quando não restarem configuradas as restrições previstas no artigo 1.830 do Código Civil (BRASIL, 2002), haverá a concorrência do cônjuge supérstite com os ascendentes do *de cuius*.

Sobre o assunto, preceitua Nader:

Se ao cônjuge couber a sucessão em conjunto com os pais do *de cujus*, caber-lhe-á um terço da herança, mas o seu quinhão será equivalente à metade se concorrer apenas com o pai ou a mãe. Também será nesta proporção se concorrer com outros ascendentes do falecido (avós, bisavós, trisavós), independentemente de ser uma pessoa ou o casal. (NADER, 2016, p. 160).

Diante do acima exposto, verifica-se que, quando o cônjuge supérstite concorre com ascendentes em primeiro grau, caberá para si um terço da herança. Todavia, quando a concorrência se der somente com um ascendente em primeiro grau ou se maior for o grau, para si caberá a metade da herança.

Vale referir, ademais, que em tal hipótese a concorrência com os ascendentes independe do regime de bens do casamento entre o cônjuge sobrevivente e o sucedido.

Outrossim, ainda abordando as hipóteses do artigo 1.829, verifica-se que ao cônjuge caberá a totalidade da herança, independentemente do regime de bens do casamento, quando não existirem descendentes ou ascendentes do *de cujus*.

Assim dispõe o artigo 1.838 do Código Civil (BRASIL, 2002): “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.”

O cônjuge, assim como os descendentes e ascendentes, figura-se como herdeiro necessário, de certo que, não havendo os herdeiros das referidas classes, àquele caberá a totalidade da herança.

3.2.3 Concorrência do companheiro

Conforme restou abordado em capítulo específico, o instituto da união estável somente obteve reconhecimento perante a sociedade com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

As legislações que regularam a união estável surgiram tão somente em meados da década de 1990, abordando o direito sucessório do companheiro em alguns aspectos.

Todavia, com a vigência do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), o instituto da união estável passou a ser abordado, basicamente, nos artigos 1.723 a 1.727, sendo o direito sucessório referente aos companheiros disposto no artigo 1.790 do referido código.

Segundo o artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), os companheiros participarão da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, obedecendo a certos pressupostos.

Em um primeiro momento, vislumbra-se que, em que pese a legislação não tenha feito referência ao regime de bens adotado pelos conviventes, faz duas exigências para que reste configurada a sucessão. A primeira delas é que os bens tenham sido adquiridos durante o período da relação, e a segunda, que tais bens tenham sido adquiridos onerosamente.

Sobre o tema, dispõe Nader:

O critério de concorrência com outras classes, adotado na sucessão entre cônjuges, foi seguido em relação aos companheiros. Estes concorrem com outros herdeiros e com participações variáveis, de acordo com a classe, e, também, isoladamente em último lugar. (NADER, 2016, p. 167).

Vislumbra-se, conforme dispõe o autor, que os critérios estabelecidos na concorrência dos companheiros assemelham-se aos dos cônjuges, havendo concorrência, portanto, com descendentes, ascendentes e demais herdeiros.

Quanto à concorrência com os descendentes, sendo eles comuns, o companheiro sobrevivente herdará em igualdade de condições com os descendentes do casal. Outrossim, sendo os descendentes apenas do sucedido, caberá ao companheiro a metade daquilo que couber a cada um dos descendentes, conforme Nader (2016).

Quanto à concorrência com ascendentes ou colaterais do *de cujus*, ao companheiro supérstite caberá um terço da herança.

Por fim, conforme preceitua o inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), caberá ao companheiro supérstite a totalidade da herança, na ausência de outros sucessores.

Todavia, há divergências doutrinárias acerca do alcance da expressão “totalidade da herança”, visto que, seguindo-se a regra exposta no caput, a expressão abrangeria tão somente os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Acerca de tal divergência, Paulo Nader refere o que segue:

[...] Entre os autores, manifesta-se divergência quanto ao alcance da expressão legal “totalidade da herança”: se abrange ou não os bens

adquiridos antes da união e os oriundos de liberalidades. Como dissemos, considerada a organização do artigo, a resposta será restritiva, pois o enunciado se apresenta em inciso e este se conecta, no plano lógico e normativo, ao *caput*, onde se limita a herança aos bens adquiridos onerosamente na constância da relação. Considerando-se, todavia, o aspecto valorativo e a interpretação sistemática, a conclusão é diversa. (NADER, 2016, p. 169).

Segundo o referido autor, se a interpretação se der em conjunto com o artigo, esta será restritiva, visto que o *caput* do artigo 1.790 exige que os bens tenham sido adquiridos onerosamente na constância da união. Contudo, em se considerando o aspecto valorativo e a interpretação sistemática da norma, conclui-se que a expressão abrange, inclusive, os bens adquiridos antes da união e as liberalidades.

Conclui o autor que “não havendo parente sucessível, todos os bens deixados pelo falecido, adquiridos antes ou após o início da união, a título oneroso ou gratuito, serão recolhidos pelo companheiro sobrevivente.” (NADER, 2016, p. 169).

Assim, vislumbra-se que o entendimento do autor corrobora o teor do artigo 1.844 do Código Civil (BRASIL, 2002), o qual dispõe que, somente em caso de não existir cônjuge ou companheiro sobreviventes, tampouco algum parente sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta será destinada à Fazenda Pública respectiva.

3.3 O artigo 1.790 do Código Civil de 2002

O artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) é o principal dispositivo que regula o direito sucessório atinente aos companheiros.

Com isso, dada a sua relevância para o presente estudo, se faz necessário abordar aspectos importantes a ele referentes.

A posição da doutrina, no tocante ao direito sucessório dos companheiros, estampado no Código Civil (BRASIL, 2002), é desfavorável ao diploma.

No entendimento de Nader (2016, p. 165), “a sucessão entre companheiros, equivocadamente, foi situada no capítulo das *Disposições Gerais*, quando na realidade se trata de conteúdo específico.”

Segundo o referido autor, o direito sucessório dos companheiros não deveria estar estampado nas disposições gerais acerca da sucessão, uma vez que se trata de assunto específico.

Ademais, dispõe o autor que o assunto deveria estar abordado no título que trata da sucessão legítima, no capítulo que aborda a ordem da vocação hereditária. (NADER, 2016).

Outrossim, dispõe Gonçalves (2017, p. 193) que “O artigo 1.790 do Código Civil, inexplicavelmente alocado nas disposições gerais do título referente ao direito das sucessões, e não no capítulo da vocação hereditária, preceitua que [...]”

Pode-se verificar, a partir do referido trecho, que o autor tem uma postura crítica quando à alocação da matéria sucessória dos companheiros na parte geral do direito das sucessões, e não no capítulo referente à ordem da vocação hereditária.

Ademais, referem os autores Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 238), que “[...] causa estranheza a péssima localização das regras constantes no art. 1.790 do Código Civil.”

É possível perceber a postura crítica dos referidos autores, pois afirmam que causa estranheza a localização do artigo 1.790.

Desta forma, vislumbra-se que o entendimento dos doutrinadores é no sentido de que o referido dispositivo deveria estar alocado no capítulo específico acerca da ordem de vocação hereditária, e não na parte geral do direito sucessório, visto tratar-se de norma específica que regula o direito sucessório dos companheiros em união estável.

Além do exposto, as críticas também se dão em razão do tratamento diferenciado conferido aos companheiros, tema que será abordado no capítulo seguinte.

4 OS REFLEXOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

Consoante o abordado no capítulo anterior, o direito sucessório referente aos companheiros em união estável era regulado, até então, pelo artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Todavia, tal dispositivo passou a ser alvo de inúmeras críticas, tanto doutrinárias quanto sociais, visto conferir aos companheiros tratamento diferenciado daquele concedido aos cônjuges.

Alguns doutrinadores, conforme ver-se-á a seguir, posicionaram-se de modo favorável à declaração de inconstitucionalidade do referido artigo, inexistindo, contudo, unanimidade entre os doutrinadores.

Ademais, o dispositivo foi objeto de relevante julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, cujo teor será oportunamente abordado.

4.1 Controvérsias acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002

O capítulo anterior abordou tema referente ao direito sucessório aplicável à união estável, tendo sido, inclusive, discorrido sobre as críticas doutrinárias referentes à colocação do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) na parte geral do direito das sucessões.

É oportuno referir o entendimento de parte dos doutrinadores acerca da possível inconstitucionalidade do referido artigo, objeto de extensa discussão doutrinária e social.

Acerca do referido tema, Tartuce (2018) dispõe que, em que pese o legislador tenha, de certo modo, colocado o casamento em posição hierarquicamente superior em relação à união estável, tal visão não merece prosperar.

Remete Tartuce ao comando do caput do artigo 1.790, tecendo críticas no seguinte sentido:

Neste ponto, alguns doutrinadores já viam no dispositivo flagrante inconstitucionalidade, pelo fato de limitar a sucessão do companheiro somente em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, em total discrepância no tocante ao cônjuge. Em reforço, a

inconstitucionalidade estaria fundada na distinção sucessória existente concernente ao tratamento do cônjuge. (TARTUCE, 2018, p. 259).

Segundo o referido autor, o tratamento sucessório conferido ao companheiro, totalmente discrepante daquele conferido ao cônjuge, fundamenta a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Inúmeros são os debates acerca da (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), sendo que a posição dos doutrinadores não é unânime, pois, enquanto alguns são favoráveis à declaração de inconstitucionalidade do referido artigo, outros afastam a tese de inconstitucionalidade, alegando que a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento.

Afastando a tese de inconstitucionalidade, dispõe Gonçalves:

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. (GONÇALVES, 2017, p. 197).

Segundo tal autor, não há inconstitucionalidade no artigo 1.790, visto que o próprio texto constitucional dispõe que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, de modo que o tratamento diferenciado concedido ao companheiro, se comparado ao cônjuge, é amparado pela Constituição, que não equiparou os institutos do casamento e da união estável.

Contudo, a tese que afasta a inconstitucionalidade do artigo 1.790 não merece prosperar, conforme será visto nos tópicos seguintes.

4.2 O julgamento dos recursos extraordinários 646.721 e 878.694 e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal

No ano de 2017, tramitavam perante o Supremo Tribunal Federal dois processos alegando a possível inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O primeiro deles foi o Recurso Extraordinário 878.694/MG, tema 809, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, enquanto o segundo foi o Recurso

Extraordinário 646.721/RS, tema 498, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, sendo o julgamento destes retomados, conjuntamente, no ano de 2017.

O Recurso Extraordinário 646.721/RS foi o primeiro a ser julgado. Interposto em face de uma decisão da Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o recurso promoveu o debate acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), alegando ofensa aos artigos 1º, III, 5º, I, e 226, §3º, da Constituição Federal. Além disso, pugnou pela extensão dos possíveis reflexos da interpretação nas relações homoafetivas.

O Ministro Relator da decisão, Sr. Marco Aurélio, posicionou-se no sentido da constitucionalidade do artigo 1.790, afirmando haver distinção entre os institutos admitida pela própria Constituição, no artigo 226, §3º. Ademais, afirmou o Ministro que “o comando determina ao legislador facilitar a conversão da união estável em casamento, mas em momento algum os equipara.” (STF, 2017).

Pode-se vislumbrar que o Ministro sustenta que a distinção entre a união estável e o casamento encontra respaldo constitucional, pois a legislação constitucional dispõe sobre a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Além disso, afirma o Ministro:

Entender de modo diverso, igualando casamento e união estável, em especial no tocante ao direito sucessório, significa, além do prejuízo para os sucessores, desrespeitar a autonomia do casal, quando da opção entre os institutos, em eleger aquele que melhor atendesse à pretensão de constituição do núcleo familiar – casamento ou união estável. (STF, 2017).

Diante do exposto, percebe-se que o relator sustenta sua opinião alegando que equiparar a união estável ao casamento seria desrespeitar a autonomia do casal, que poderia ter escolhido o casamento e, no entanto, optou pela constituição de união estável.

O voto do Ministro Marco Aurélio foi no sentido de desprover o Recurso Extraordinário, fixando a tese de que seria constitucional o regime sucessório previsto no artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) aplicado aos companheiros, independentemente da orientação sexual destes.

No entanto, o voto do relator restou vencido, prevalecendo a posição dos Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de

Mello, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes, sendo que com o relator votou apenas o Ministro Ricardo Lewandowski (Tartuce, 2017).

Contraopondo-se à posição do Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso votou fixando a seguinte tese:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no artigo 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do artigo 1.829 do CC/2002. (STF, 2017).

Diante do teor da tese, vislumbra-se que o voto do referido Ministro foi favorável a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, promovida pelo artigo 1.790.

Outrossim, sustentou Barroso (2017) que não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, tendo em vista que a constituição não hierarquiza as entidades familiares formadas pelo casamento e pela união estável.

Além disso, dispõe Barroso:

[...]. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos aos cônjuges, entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. (STF, 2017).

Consoante o que dispõe o Ministro, pode-se afirmar que o artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), ao conferir tratamento sucessório diferenciado aos companheiros, fere princípios constitucionais.

Por fim, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Extraordinário 646.721/RS, reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) e declarando ao companheiro o direito de participar da herança do *de cuius* conforme o regime jurídico estabelecido no artigo 1.829, do Código Civil (BRASIL, 2002), sendo tal direito extensivo aos companheiros, independentemente de orientação sexual.

Posteriormente, houve o julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG, que foi interposto em face de uma decisão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e sustentou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O julgamento do referido recurso seguiu o entendimento já exarado no Recurso Extraordinário 646.721/RS, restando provido, pela maioria dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) e determinar a aplicação do regime previsto no artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002), tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável. (STF, 2017).

4.3 As principais consequências jurídicas advindas da decisão do Supremo Tribunal Federal

Com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) pelo Supremo Tribunal Federal advieram diversas consequências jurídicas, conforme ver-se-á nos tópicos que seguem.

4.3.1 Sucessão legítima e testamentária e ordem de vocação hereditária

O direito sucessório dos companheiros, até então regulado pelo artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), em razão da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo passou a ser regulado pelo artigo 1.829, dispositivo legal aplicado aos cônjuges.

O artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002) 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.

O artigo acima colacionado dispõe sobre a ordem de vocação hereditária aplicável à sucessão legítima.

Conforme abordado no capítulo anterior, o direito sucessório do cônjuge supérstite é regulado pelo referido dispositivo que, consoante a recente decisão do Supremo, passará a regular também o direito sucessório do companheiro.

Deste modo, o companheiro equiparar-se-á ao cônjuge quanto à concorrência com os descendentes e ascendentes.

4.3.2 Companheiro como herdeiro necessário e direito real de habitação

Em que pese o julgamento acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) tenha se encerrado em maio de 2017, diversas questões ficaram pendentes.

Sobre o assunto, leciona Flávio Tartuce:

Cabe lembrar que o julgamento, mesmo encerrado, deixou pendentes muitas questões sobre o tema, pois não as enfrentou diretamente. Sempre merecem ser destacados o tratamento do companheiro como herdeiro necessário e o relativo ao seu direito real de habitação. A posição deste autor, que merece mais uma vez ser esclarecida, é que o companheiro deve ser equiparado ao cônjuge para todos os fins sucessórios, sendo reconhecido como herdeiro necessário e com tratamento unificado quanto ao direito real de habitação, tema ainda a ser exposto e desenvolvido. (TARTUCE, 2018, p. 266).

Segundo o referido autor, o julgamento deixou pendentes diversas questões, pois não as enfrentou diretamente. É o caso, como citado acima, do companheiro como herdeiro necessário e seu direito real a habitação. Entende Tartuce que, tendo em vista a equiparação do companheiro ao cônjuge para fins sucessórios, é certo seu reconhecimento como herdeiro necessário e o seu direito real a habitação.

O cônjuge figura como herdeiro necessário, conforme dispõe o artigo 1.845 do Código Civil (BRASIL, 2002), de acordo com a abordagem realizada sobre o tema no capítulo anterior.

Ademais, ao cônjuge é assegurado o direito real a habitação, previsto no artigo 1.831 do Código Civil (BRASIL, 2002), que dispõe que a este é assegurado o “direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

Assim, com a equiparação sucessória do companheiro ao cônjuge, justo seria que os direitos a este assegurados fossem àquele extensíveis. Contudo, o Supremo Tribunal Federal foi omissivo quanto ao assunto no julgamento que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790.

Sobre o assunto, dispõe Tartuce:

Apesar do alerta anterior feito por parte da doutrina, algumas questões ficaram pendentes no julgamento do STF. A primeira delas diz respeito à inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário no artigo 1.845 do Código Civil, outra tormentosa questão relativa ao Direito das Sucessões e que tem numerosas consequências. O julgamento nada expressa a respeito da dúvida. Todavia, lendo os votos prevaletentes, especialmente o do Relator do primeiro processo, a conclusão parece ser positiva. [...]. (TARTUCE, 2017).

De acordo com o trecho acima colacionado, é possível afirmar que o autor conclui que o companheiro se inclui no rol de herdeiros necessários.

Ademais, sendo admitida tal inclusão, afirma Tartuce (2017) que diversas seriam as consequências jurídicas advindas, dentre as quais destaca-se a incidência das regras previstas entre os artigos 1.846 e 1.849 do Código Civil (BRASIL, 2002) para o companheiro, que dispõem acerca da legítima, bem como impõem restrições ao testamento e à doação.

Ainda, discorre Tartuce (2017) que o companheiro passaria a ser incluído no artigo 1.974 do Código Civil (BRASIL, 2002), dispositivo aplicado quando o rompimento do testamento é realizado na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.

Ademais, dispõe que “o convivente tem o dever de colacionar os bens recebidos em antecipação (arts. 2.002 a 2.012 do CC), sob pena de sonegados (arts. 1.992 a 1996), caso igualmente seja reconhecido ao cônjuge.” (TARTUCE, 2017).

No que tange ao direito real de habitação, leciona Tartuce:

Outra questão controvertida a respeito da sucessão do companheiro se refere ao direito real de habitação sobre o imóvel do casal, eis que o Código Civil de 2002 não o consagra expressamente em qualquer um dos seus dispositivos. Como dito, não houve qualquer menção a esse direito na tese final extraída da decisão do STF (STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017). Há apenas menção a esse direito no corpo do voto do relator, para quem não se justificaria negá-lo ao companheiro ou convivente. (TARTUCE, 2018, p. 283).

Segundo o autor, embora inexista menção ao direito real de habitação do companheiro na tese final do julgamento do Recurso Extraordinário 878.684/MG, houve referência à tal direito no voto do relator, que entende que não há justificativa para não estender o direito real de habitação ao companheiro ou convivente.

Ademais, o entendimento doutrinário mostra-se favorável à existência do referido direito. Neste sentido, Tartuce (2017) dispõe que não restam dúvidas da sua existência.

Todavia, em razão da omissão do Supremo sobre o assunto, restam dúvidas se tal direito se dá em razão da equiparação do companheiro ao cônjuge, conferida pelo recente julgamento, ou em razão dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários anteriores ao julgamento, que primavam pela aplicação da Lei nº 9.278/1996 (BRASIL, 1996).

A fim de esclarecer a omissão existente e o alcance da tese proferida em sede de repercussão geral, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) protocolou embargos de declaração, junto ao Supremo Tribunal Federal, referentes à decisão proferida pela Corte no Recurso Extraordinário 878.694-MG.

4.3.3 Outras situações jurídicas abrangidas pela decisão

Após dispor sobre os principais efeitos jurídicos decorrentes da decisão de inconstitucionalidade do artigo 1.790 pelo Supremo Tribunal Federal, vale referir acerca do entendimento quanto aos casos em andamento.

Com o intuito de preservar a segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal definiu, no Recurso Extraordinário 646.721/RS, que os efeitos da decisão seriam modulados da seguinte forma:

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. (STF, 2017).

Partindo-se do trecho acima colacionado é possível concluir que a decisão buscou resguardar a coisa julgada e o direito adquirido, restando firmado o entendimento de que os efeitos jurídicos advindos da decisão de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) aplicar-se-ão apenas aos inventários judiciais sem trânsito em julgado e às partilhas extrajudiciais sem escritura pública.

No julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG, o Ministro Luís Roberto Barroso (2017) afirmou entender recomendável modular os efeitos da aplicação do referido entendimento, em virtude de haver diversas partilhas judiciais e extrajudiciais versando sobre o tema em diferentes estágios de desenvolvimento, sendo muitas, inclusive, finalizadas consoante o disposto no artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Assim, vislumbra-se que a modulação de efeitos fixada pelo Supremo Tribunal Federal corroborou o entendimento firmado pelo Ministro Barroso, no sentido de preservar a segurança jurídica dos indivíduos e aplicar os efeitos decorrentes da inconstitucionalidade do artigo 1.790 somente aos casos sem trânsito em julgado ou escritura pública.

Leciona Tartuce acerca do tema:

Em suma, a tese da repercussão geral aplica-se, sim, aos processos de inventário em curso, desde que não haja decisão transitada em julgado, sem pendência de recurso. Por outra via, em havendo sentença ou acórdão aplicando o art. 1.790 da codificação material, esse deve ser revisto em superior instância, com a subsunção do art. 1.829 do Código Civil. Em relação aos inventários extrajudiciais pendentes, as escrituras públicas devem ser elaboradas com o novo tratamento dado pela nossa Corte Máxima. (TARTUCE, 2017).

Segundo o autor, estando o processo de inventário em curso e o recurso pendente, bem como havendo sentença ou acórdão aplicando o artigo 1.790, deve-se aplicar o entendimento fixado em sede de repercussão geral, ou seja, o artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002). Outrossim, entende o autor que o referido entendimento deve ser aplicado também aos inventários extrajudiciais pendentes, devendo a escritura pública ser elaborada consoante a tese da repercussão geral.

Ademais, é importante destacar que “em todos esses casos, as afirmações valem desde que a sucessão tenha sido aberta a partir de 11 de janeiro de 2003, conforme determina o art. 2041 do Código Civil de 2002 [...]”. (TARTUCE, 2017).

4.4 Decisões dos Tribunais com base na nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal

Com o julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS pelo Supremo Tribunal Federal restou fixada a tese de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), sendo aplicado à sucessão dos companheiros em união estável, então, o regime previsto no artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Conforme referido anteriormente, houve a modulação dos efeitos da referida decisão, sendo determinado que o entendimento será aplicado aos inventários

judiciais em que a sentença de partilha não tenha transitado em julgado, bem como às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

Além disso, houve questões que, embora não abordadas pelo julgamento, são diretamente atingidas pela decisão de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), quais sejam a questão do companheiro como herdeiro necessário e seu direito real de habitação.

Sobre tal ponto, importante esclarecer que se encontra pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, em face da decisão proferida pela Corte em sede de repercussão geral.

Outrossim, se faz necessário analisar a aplicação da referida decisão nos casos concretos, por meio da análise de jurisprudências exaradas pelos Tribunais após a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790.

O Superior Tribunal de Justiça julgou, recentemente, o Recurso Especial nº 1.332.773-MS (2012/0139674-5), aplicando ao caso concreto o disposto no artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002), em virtude da tese de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Na origem, foi interposto agravo de instrumento contra decisão interlocutória que admitiu a habilitação de herdeiros colaterais na sucessão, nos termos dos artigos 1.790, III, e 1.829, III, do Código Civil (BRASIL, 2002).

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul julgou improcedente o agravo de instrumento interposto, afastando a aplicação da regra da sucessão conjugal à sucessão decorrente da união estável.

Assim, a recorrente interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, alegando que, por ter sido companheira do falecido, possuiria direito à totalidade da herança deste, sem concorrer com os parentes colaterais.

No julgamento do Recurso Especial, o Ministro Relator, Sr. Ricardo Villas Bôas Cueva, referiu o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário 878.694, bem como concluiu pela aplicação da tese de inconstitucionalidade do artigo 1.790 e aplicação do artigo 1.829 ao caso concreto.

A decisão restou ementada da seguinte forma:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INCONSTITUCIONALIDADE. STF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ART. 1.829 DO CÓDIGO CIVIL

DE 2002. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DIGNIDADE HUMANA, PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INCIDÊNCIA. VEDAÇÃO AO RETROCESSO. APLICABILIDADE.

1. 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 CC/2002, conforme tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento sob o rito da repercussão geral (Recursos Extraordinários nºs 646.721 e 878.694).

2. O tratamento diferenciado acerca da participação na herança do companheiro ou cônjuge falecido conferido pelo art. 1.790 do Código Civil/2002 ofende frontalmente os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso.

3. Ausência de razoabilidade do discrimen à falta de justo motivo no plano sucessório.

4. Recurso especial provido. (BRASIL, Recurso Especial nº 1.332.773-MS, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em: 27/06/2017). (BRASIL, 2017).

A partir do teor da ementa acima colacionada, vislumbra-se que a aplicação do artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002) à sucessão dos companheiros em união estável é indiscutível, haja vista o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário.

Outrossim, quanto ao direito real de habitação do companheiro, há decisões posteriores ao julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721 no sentido de que é aplicável em virtude do artigo 7º, da Lei nº 9.278/1996 (BRASIL, 1996).

É o caso da decisão de acórdão nº 70077314656, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. INVENTÁRIO.

1. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REMOÇÃO DE INVENTARIANTE. RECONHECIMENTO DA QUALIDADE DE HERDEIRO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF QUANTO À DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO PARA OS CÔNJUGES E COMPANHEIROS. APLICABILIDADE DA DECISÃO. [...]

2. RECONHECIMENTO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO AO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DO INÍCIO DA UNIÃO ESTÁVEL. CABIMENTO. É de ser reconhecido o direito real de habitação do companheiro sobrevivente sobre o imóvel destinado à residência da família, pois se trata de uma garantia legal que lhe foi alcançada pelo parágrafo único do art. 7º da Lei n. 9.278/96, não interessando, para tanto, a data de aquisição de tal bem.

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (BRASIL, Agravo de Instrumento nº 70077314656, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 19/07/2018). (BRASIL, 2018).

No caso, trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face de decisão interlocutória proferida nos autos do inventário da falecida que, além de

indeferir um pedido de remoção de inventariante, assegurou ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal.

Os agravantes, parentes colaterais da falecida, objetivavam afastar o direito real de habitação concedido ao companheiro, alegando que o imóvel foi adquirido antes do início do relacionamento.

A decisão, proferida pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 19 de julho de 2018, negou provimento ao recurso, afirmando que o direito real de habitação é conferido ao companheiro em virtude do disposto no artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996 (BRASIL, 1996), sendo irrelevante a data de aquisição do imóvel.

Portanto, partindo-se de tal decisão, é possível vislumbrar que o entendimento jurisprudencial é no sentido de que o direito real de habitação do companheiro se dá em razão do disposto na Lei 9.278/1996 (BRASIL, 1996).

No entanto, em virtude do caráter recente da decisão de inconstitucionalidade do artigo 1.790 e da pendência de julgamento dos embargos de declaração acerca do alcance da referida tese, a jurisprudência nesse sentido é escassa, sendo que, após o julgamento dos embargos e de, possivelmente, reiteradas decisões acerca do tema, será possível verificar a aplicação ou não do referido entendimento.

Assim, após expor, de maneira não exaustiva, acerca dos reflexos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) frente à união estável, encerra-se o presente capítulo, podendo-se concluir, então, que a decisão do Supremo Tribunal Federal irá contribuir positivamente à situação sucessória dos companheiros em união estável, tão comum atualmente.

Outrossim, em que pese haja situações pendentes de esclarecimento por parte do Supremo Tribunal Federal, pode-se considerar acertada a decisão da Corte Máxima em declarar a inconstitucionalidade de um artigo que trouxe à tona conceitos retrógrados e ultrapassados.

5 CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o instituto da união estável passou a ser reconhecido, sendo previsto no parágrafo §3º, do artigo 226, configurando uma das espécies de entidades familiares previstas constitucionalmente.

Consoante o abordado, antigamente o instituto da união estável não era reconhecido pela sociedade, que discriminava a convivência entre os indivíduos que optavam por não constituir casamento.

No entanto, com o passar dos anos a sociedade modernizou-se, passando a vislumbrar a união entre os indivíduos como uma espécie de entidade familiar e, de certo modo, concedendo aos companheiros direitos antes não previstos, inclusive com a elaboração de legislações específicas a tal instituto, caso das Leis nº 8.972/1994 (BRASIL, 1994) e nº 9.278/1996 (BRASIL, 1996).

Apesar do referido avanço, contudo, o Código Civil de 2002 conferiu, no tocante ao aspecto sucessório, direitos evidentemente inferiores ao companheiro, se comparados àqueles concedidos aos cônjuges, sendo tal discrepância fundamentada no sentido de que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) reconheceu a união estável como entidade familiar, mas não a equiparou ao casamento.

Desde então, inúmeras divergências passaram a figurar no cenário social, no que diz respeito à inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), que estampa o direito sucessório referente aos companheiros em união estável.

Assim, ante tal cenário, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, reconhecendo que o tratamento conferido aos companheiros, totalmente discrepante daquele conferido aos cônjuges, viola os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.

Então, a partir do referido julgamento, o direito sucessório atinente aos companheiros passou a ser regulado pelo mesmo dispositivo que regula o direito sucessório referente aos cônjuges, ou seja, pelo artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O referido dispositivo preceitua que o cônjuge concorrerá com os descendentes de acordo com o regime de bens do casamento, bem como com os ascendentes, sendo que, inexistindo descendentes ou ascendentes, ao cônjuge caberá a totalidade da herança, pois os parentes colaterais somente herdarão na hipótese de inexistir cônjuge sobrevivente.

Assim, de acordo com o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, o companheiro equiparar-se-á ao cônjuge quanto à concorrência com os descendentes e ascendentes, de modo que a este caberá a totalidade da herança quanto inexistirem descendentes e ascendentes, bem como em razão de os parentes colaterais herdarem somente na hipótese de inexistir companheiro sobrevivente.

É possível vislumbrar que o Supremo Tribunal Federal agiu acertadamente ao conferir tratamento igualitário aos cônjuges e aos companheiros, haja vista inexistir diferenciação entre os institutos que justifique discriminar os companheiros, conferindo-lhes direitos inferiores àqueles concedidos aos cônjuges.

Certo é que se trata de institutos distintos, cada qual necessitando de requisitos diversos para sua configuração. No entanto, é evidente a inexistência de hierarquia entre as entidades familiares constituídas sob a forma de casamento e de união estável.

Deste modo, é inconcebível conferir tratamento discriminatório aos companheiros, visto que a Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao contemplar diferentes formas de família além daquela constituída sob a forma de casamento, visa acompanhar a modernização da sociedade e o surgimento de novos arranjos familiares, conferindo proteção jurídica aos indivíduos.

Todavia, em que pese a decisão de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) pelo Supremo Tribunal Federal tenha trazido evidentes benefícios ao direito sucessório relativo aos companheiros, o julgamento deixou em aberto diversas consequências jurídicas advindas do referido entendimento.

É o caso, por exemplo, do companheiro como herdeiro necessário e seu direito real de habitação. O julgamento não deixou claro se, a partir de sua publicação, o companheiro passaria a ser reconhecido como herdeiro necessário, tampouco se o direito real de habitação extensível aos companheiros se daria em razão de sua equiparação ao cônjuge, ou se decorreria da previsão legal exposta na Lei 9.278/1996 (BRASIL, 1996).

Contudo, no tocante à modulação dos efeitos, a Corte foi contundente ao afirmar que a decisão se aplica tão somente aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, bem como às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública, sendo que, em ambos os casos, a sucessão deve ter sido aberta a partir de 11 de janeiro de 2003, nos termos do artigo 2.041 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Outrossim, no tocante à aplicação do entendimento jurisprudencial, vislumbra-se que há diversas jurisprudências referindo a tese de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Porém, as escassas jurisprudências que dizem respeito ao direito real de habitação do companheiro ainda são embasadas na Lei 9.278/1996 (BRASIL, 1996).

Além disso, no que diz respeito ao reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, verifica-se que se encontra pendente de julgamento, perante o Supremo, os embargos de declaração interpostos pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, a fim de sanar a omissão quanto ao ponto.

Diante do exposto, conclui-se que a decisão de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) pelo Supremo Tribunal Federal foi, sem dúvidas, acertada. No entanto, cabe à Corte suprir as omissões existentes no julgamento, especialmente no que diz respeito às consequências jurídicas advindas da referida decisão, tais como a inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários e o direito real de habitação a ele extensivo.

Por fim, esses são os reflexos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) frente à união estável.

Vale referir, ademais, que o presente trabalho monográfico procurou abordar o assunto de modo abrangente e satisfatório, sem, contudo, exaurir as disposições acerca do tema.

REFERÊNCIAS

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

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.

BRASIL, Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 1996.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70077314656, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, RS, 19 de julho de 2018. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. **Lex**: jurisprudência do TJ/RS.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão Recurso Extraordinário 646.721 / RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão Recurso Extraordinário 878.694 / MG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Recurso Especial 1.332.773 – MS. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** / Maria Berenice Dias. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6**: direito de família / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6**: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 7**: direito das sucessões / Carlos Roberto Gonçalves. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **IBDFAM protocolou no STF embargos de declaração sobre concorrência sucessória cônjuge-companheiro**.

2018. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6540/IBDFAM+protocolou+no+STF+embargos+d+e+declara%C3%A7%C3%A3o+sobre+concorr%C3%Aancia+sucess%C3%B3ria+c%C3%B4njugue-companheiro>>. Acesso em: 15 set. 2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5:** direito de família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5:** direito de família / Flávio Tartuce. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 6:** direito das sucessões / Flávio Tartuce. – 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>. Acesso em: 01 jun. 2018.