

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E A
PROTEÇÃO DO COMPANHEIRO**

PATRÍCIA PIZZINO DE LUCA

RIO DE JANEIRO

2018

PATRÍCIA PIZZINO DE LUCA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E A
PROTEÇÃO DO COMPANHEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora **Ms. Laura Magalhães de Andrade.**

RIO DE JANEIRO

2018

CIP - Catalogação na Publicação

Luca, Patrícia Pizzino De

931i A Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e a proteção do companheiro / Patrícia Pizzino De Luca. -- Rio de Janeiro, 2018. 72 f.

Orientadora: Laura Magalhães de Andrade.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Sucessões. 2. Companheiro. 3. Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. 4. Herdeiro Necessário. I. Andrade, Laura Magalhães de, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

PATRÍCIA PIZZINO DE LUCA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO
CIVIL E A PROTEÇÃO DO COMPANHEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora **Ms. Laura Magalhães de Andrade.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da banca

Membro da banca

RIO DE JANEIRO

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho e, em especial, à minha orientadora, Laura Magalhães, que com muita paciência e atenção me auxiliou para a concretização desse feito; à minha família e aos amigos por todo apoio de sempre; à Cláudia e ao João, servidores do Ministério Público Federal, que me auxiliaram com os empréstimos de grande parte da referência bibliográfica utilizada no presente trabalho.

RESUMO

No presente trabalho, analisa-se a sucessão hereditária do companheiro no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente conforme o tratamento conferido pelas Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996, em seguida de acordo com o artigo 1.790 do Código Civil e, por fim, pelos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nº 878.694-MG e nº 646.721-RS. Há polêmica doutrinária em que se indaga se o companheiro é considerado herdeiro necessário, sobretudo, após decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Logo, pretende-se enfrentar as obscuridades e controvérsias sobre o assunto.

Palavras-chaves: Sucessões; Companheiro; STF; Inconstitucionalidade; Herdeiro necessário.

ABSTRACT

In the present work, the hereditary succession of the companion in the Brazilian legal system is analyzed, initially according to the treatment conferred by the laws nº 8.971 / 1994 and 9.278 / 1996, then according to article 1,790 of the Civil Code, finally, by the recently judged by Supreme Federal Court in Extraordinary Remedies nº 878.694-MG and nº 646.721-RS. There is a doctrinal controversy, that questions if the companion is considered an heir. Specially after the decision of the Supreme Federal Court, about the unconstitutionality of the article 1.970 of the Civil Code. Therefore, it is intended to face the obscurities and controversies on the subject.

Keywords: Succession; Companion; STF; Unconstitutionality; Heir needed.

ABREVIATURAS

CC: Código Civil

CRFB/88: Constituição Federal de 1988

STF: Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A PROTEÇÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO	15
1.1 A origem da denominação: breve análise conceitual e histórica	15
1.2 A Lei nº 8.971/94	16
1.2.1 O companheiro como herdeiro único	17
1.2.2 O companheiro como usufrutuário	18
1.3 A Lei nº 9.278/96	20
1.3.1 O companheiro e o direito real de habitação	20
2. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	28
2.1 A Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil	31
3. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS Nº 878.694/MG E Nº 646.721/RS	40
4. COMPANHEIRO: HERDEIRO NECESSÁRIO OU FACULTATIVO APÓS DECISÃO DO STF? OBSCURIDADES E CONTROVÉRSIAS	52
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, analisa-se a sucessão hereditária do companheiro no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente conforme o tratamento conferido pelas leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996, em seguida de acordo com o artigo 1.790 do Código Civil e, por fim, pelos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nº 878.694-MG e nº 646.721-RS.¹

O referido tema foi escolhido pela polêmica existente na doutrina e na jurisprudência, quanto às obscuridades relativas ao assunto, em que se indaga se o companheiro é considerado herdeiro necessário, sobretudo, após decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil.

É notório que a união estável é uma entidade familiar reconhecida pela Constituição Federal de 1.988 em seu artigo 226, § 3º obtendo, portanto, avanço no conceito de família por parte do ordenamento jurídico, devido às mudanças sociais que permeiam a sociedade contemporânea. No entanto, no âmbito das sucessões, tal avanço não ocorreu, na medida em que é conferido tratamento diverso ao companheiro em relação ao cônjuge no Código Civil de 2002, o que significou grande retrocesso em relação às leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996, que equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável.

Essa disparidade pode ser observada no artigo 1.790 do Código Civil, em que diferenciava o companheiro do cônjuge quanto à sucessão. Assim, o artigo 1.790 regulou a sucessão do companheiro, em que determina a participação do outro na sucessão em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (art. 1.790, *caput*); concorrendo com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente a que for atribuída ao filho (art. 1.790, I); concorrendo com descendentes só do autor da herança, ficará com a metade atribuída a cada um deles (art. 1.790, II); concorrendo

¹ RE 878694, STF, Relator Min. Roberto Barroso, Data da publicação do acórdão no DJE 06/02/2018.
RE 646721, STF, Relator Min. Roberto Barroso, Data da publicação do acórdão no DJE 11/09/2017.

com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança (art. 1.790, III); não havendo parentes sucessíveis terá direito à totalidade da herança (art. 1.790, IV).

O Supremo Tribunal Federal, em maio de 2017, julgou o RE nº 878.694-MG e o RE nº 646.721-RS em que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC, reconhecendo a aplicação do artigo 1.829 do Código Civil ao companheiro. Afirmou-se que é ilegítimo desequiparar os cônjuges e os companheiros no que concerne à sucessão, pois a hierarquização imposta entre as diversas formas de constituição familiar revela-se em desconformidade com a Carta Magna, a qual tutela diferentes formas de família.

Entretanto, após os julgados do Supremo surgiram questionamentos doutrinários no sentido de indagar se o companheiro, em decorrência da decisão, é considerado herdeiro necessário para fins sucessórios, equiparando-se ao cônjuge nesse sentido, ou se é herdeiro facultativo. Além disso, há dúvidas referentes à modulação dos efeitos da decisão - no tocante ao momento em que essa equiparação passaria a produzir efeitos, somados aos questionamentos se a decisão implicou em equiparação total da união estável ao casamento; e em que extensão se aplica a união estável ao matrimônio, relativo aos dispositivos da sucessão do cônjuge que se aplicariam ao companheiro.

O assunto em tela possui grande importância social, na medida em que a tutela familiar é prevista constitucionalmente, não podendo haver diferenças no tratamento de cada entidade familiar que é constituída, pois o tratamento diverso viola princípios constitucionais de igualdade e da dignidade humana.

Portanto, há diversas controvérsias sobre a questão. No entanto, o cerne do caso versa em cessar com o tratamento discriminatório conferido ao companheiro, em que fere princípios constitucionais tais como a igualdade e a dignidade humana, a proporcionalidade e a vedação ao retrocesso, buscando a tutela da família e de suas relações.

É notório que os direitos sucessórios do companheiro foram reconhecidos tardiamente no ordenamento jurídico brasileiro, considerando que o Código Civil de 1.916 apenas contemplava uma maneira de constituição de família, qual seja, o

matrimônio civil.²

Os direitos do companheiro começaram a ser atribuídos nas leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96. A primeira contemplava direitos de alimentos e à sucessão, como o direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se houver filhos deste ou do casal (art. 2, I), e da metade se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes (art. 2, II). Na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro tinha direito à totalidade da herança (art. 2, III). A segunda lei assegura o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família (art. 7, parágrafo único).³

Necessário ressaltar que a primeira lei previa em seu artigo 1º o estado do companheiro de viúvo, solteiro, separado judicialmente ou divorciado, além do prazo mínimo de 05 (cinco) anos de convivência, o qual poderia ser reduzido se houvesse filho. A segunda lei, no entanto, deixou de exigir a qualificação do companheiro e o prazo mínimo para a configuração da união estável, sendo o único critério a convivência pública, duradoura e contínua com o intuito de constituir família.

O Código Civil de 2002 regulou a união estável em seus artigos 1.723 a 1.727, mantendo como requisitos de constituição os mesmos previstos na lei nº 9.278/96. Observa-se que a sucessão foi disciplinada no artigo 1.790, no capítulo relativo às disposições Gerais, do Título I da Sucessão em Geral, lugar, portanto, equivocado pra tratar sobre a sucessão do companheiro, pois não deveria estar nas regras gerais, mas sim no Título II, tratando-se da legítima, envolvendo vínculos familiares.⁴

O artigo 1.790 prevê que a sucessão do companheiro é regulada conforme os bens adquiridos de forma onerosa durante a união estável. Portanto, os bens do companheiro falecido a título de herança, doação, por exemplo, não serão transmitidos ao companheiro sobrevivente, devendo ser destinados aos demais parentes sucessíveis. Além disso, o código, diferentemente da lei nº 9.278/96, é omissivo em relação ao direito

² NEVARES, Ana Luiza Maia, **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 11.

³ NEVARES, Ana Luiza Maia, **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 20.

⁴ CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015**, pp. 181 e 182.

real de habitação do companheiro, conferindo tal direito somente ao cônjuge. O direito Real de habitação foi conferido à união estável por analogia, no enunciado nº 117 da Jornada de Direito Civil. Verifica-se, assim, o retrocesso trazido pelo Código Civil de 2002 em relação à matéria, violando a proteção constitucional conferida à união estável (artigo 226, §3º, CF/88).

Questiona-se se o *de cuius* poderia dispor de todo seu patrimônio sem incluir o companheiro, ou se seria hipótese de considerá-lo herdeiro necessário, possuindo, portanto, parte do patrimônio resguardada. O artigo 1.845 contempla como herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge, entretanto, o artigo 1.850 do referido código permitiu a exclusão dos colaterais da sucessão, não se referindo, portanto, ao companheiro. Para resolver esse questionamento, deve-se ter como parâmetro a constituição familiar e sua proteção, sendo a união estável protegida constitucionalmente (artigo 226, §3º, CF), assim, em razão desse fundamento, o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário.⁵

Deve-se, portanto, extinguir a distinção no tratamento conferido ao cônjuge e ao companheiro quanto à sucessão, considerando que não há justificativas que sustentem tal diferença, passando a reconhecer o companheiro como herdeiro necessário, como preceitua Inácio de Carvalho Neto.⁶

O não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário implica o possível afastamento do mesmo na sucessão por testamento, da mesma forma que acontece com os colaterais, em que há a possibilidade do testador não deixar seu patrimônio para essas pessoas, optando em testar em favor de outra pessoa de sua escolha.⁷

Desse modo, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no

⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, **Sucessão dos descendentes, sucessão dos cônjuges e sucessão da união estável**, in coletânea de textos CEPAD 09/2003, editora espaço jurídico, p. 21 e 23.

⁶ CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense**; São Paulo: Método: 2015, p. 200.

⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense**; São Paulo: Método: 2015, p. 193.

artigo 226 mais de um modo de constituição de família, como o casamento, a união estável e a família monoparental, atendendo, assim, à pluralidade da sociedade.

O Código Civil de 2002, no entanto, não acompanhou a evolução no direito de família trazida pela constituição. Não trouxe princípios basilares, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Reproduziu uma concepção ultrapassada de família, espelhando a preocupação da época de elaboração do atual código, em que na década de 1970 a proteção era destinada ao cônjuge, baseada no casamento somente, ignorando as transformações sociais que ocorreram até a entrada em vigor do referido código em 2003.

Assim, compreendendo o casamento como entidade familiar hierarquicamente superior às demais significa conferir tratamento prioritário e considerá-lo parâmetro para os demais. Era preciso, portanto, alterar o entendimento com a finalidade de considerar todas as diversas formas de família como possuidoras dos mesmos direitos, buscando-se uma interpretação constitucional, cessando as diferenças, equiparando-as, já que todas possuem a mesma finalidade que é promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Quanto à sucessão do companheiro, comparando-se o artigo 1.790, CC com as leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, nota-se o avanço em relação ao fato do companheiro ter uma quota de herança em propriedade plena, na hipótese de concorrência com descendentes e ascendentes. Manteve a posição de herdeiro necessário devido à imposição legal de não afastá-lo da sucessão. Interpretando o artigo 1.850 - o qual não exclui o companheiro da sucessão, mas somente os colaterais -, em conjunto com o artigo 1.790 e com a proteção conferida à união estável pela constituição em seu artigo 226, caput e artigo 226, §3º, indaga-se acerca da possibilidade do companheiro ser considerado herdeiro necessário, considerando o raciocínio elaborado até esse ponto.

Observa-se que a decisão proferida pelo Supremo no julgamento do RE nº 878.694-MG e o nº 646.721-RS declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e equiparou os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro, sendo o último regido não mais conforme o citado artigo, mas de acordo com o artigo que rege a sucessão legítima, a qual regula a sucessão do cônjuge, qual seja, o artigo 1.829.

O pensamento da decisão versa sobre a ausência de prioridade na constituição no que concerne à família, observando que o voto dos Ministros foi no sentido da igualdade plena entre o cônjuge e o companheiro, enaltecendo a união estável, colocando-a na posição de proteção familiar. A sucessão legítima é decorrente da solidariedade familiar, na medida em que se há previsão de algum direito para o cônjuge esse deve ser previsto ao companheiro também, pois não há hierarquia entre as entidades familiares na Carta Magna, por isso o artigo 1.790 foi considerado inconstitucional.

Entretanto, referida decisão dos Recursos Extraordinários, apesar de equiparar a sucessão do cônjuge e do companheiro, não deixou claro se o companheiro é considerado herdeiro necessário assim como o cônjuge. O Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM-, por meio dos advogados Rodrigo da Cunha Pereira (Presidente Nacional do IBDFAM), Maria Berenice Dias (Vice-Presidente Nacional do IBDFAM), Ana Luiza Maia Naves e Ronner Botelho Soares, opôs embargos de declaração ao Recurso Extraordinário nº 646.721-RS em 29/09/2017, após a publicação do acórdão em 11/09/2017, e ao Recurso Extraordinário nº 878.694-MG em 26/02/2018, após a publicação do acórdão em 06/02/2018, em que o acórdão se omitiu, em ambos os casos, em relação aos demais dispositivos legais que regulam a sucessão hereditária do cônjuge. Busca-se esclarecer as obscuridades que versam sobre a questão, sendo o assunto mais sensível se o companheiro é considerado herdeiro necessário. Com isso, espera-se a posição do STF sobre o caso.

O desafio consiste em responder questões tais como: se a decisão implicou em equiparação total da união estável e do casamento; quais os dispositivos da sucessão do cônjuge serão aplicados aos companheiros; em que momento essa equiparação passaria a produzir efeitos e, por fim, se o companheiro é considerado herdeiro necessário.

Portanto, questionamentos doutrinários após o entendimento firmado nas decisões surgiram no sentido de indagar se o companheiro, em decorrência da decisão, é considerado herdeiro necessário para fins sucessórios, equiparando-se ao cônjuge nesse sentido, ou se é herdeiro facultativo. Busca-se, portanto, elucidar referida questão levantada.

1. A PROTEÇÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO

Neste capítulo, far-se-á um apanhado conceitual e histórico-legislativo sobre a proteção sucessória do companheiro, por meio de revisão bibliográfica e verificação de jurisprudências, para que se tenha uma real dimensão da evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 A origem da denominação: breve análise conceitual e histórica

Nesse ponto do presente trabalho abordar-se-á um breve histórico sobre a evolução do direito sucessório do companheiro, sendo necessário analisar aspectos gerais do Código Civil de 1916, posteriormente com as mudanças trazidas pelas leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 e, por fim, com o advento do Código Civil de 2002 e sua abordagem sobre o tema.

O Código Civil de 1916 era dividido em Parte Geral e Parte Especial, a última dividida em quatro livros: Família, Coisas, Obrigações e Sucessões. O livro referente à sucessão era dividido em quatro títulos: Sucessão em geral, Sucessão legítima, Sucessão testamentária e Inventário e partilha.⁸

Analisando o sistema da sucessão legítima no referido diploma legal da época, observa-se que era bastante simplificado, conferia uma tutela tênue ao cônjuge sobrevivente e o companheiro sobrevivente não era contemplado com direitos.

Com o falecimento do autor da herança a transmissibilidade dos bens era linear, não existindo direito concorrencial, e o sistema possuía a seguinte ordem: descendentes; ascendentes; cônjuge e colateral. Sabe-se que o Código Civil de 1916 apenas contemplava uma maneira de constituição de família, qual seja, o matrimônio civil, motivo pelo qual apenas o cônjuge figurava na terceira classe sucessória. O companheiro sobrevivente também foi contemplado na terceira classe de sucessores a partir da vigência da lei nº 8.971/1994.

⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, p. 94.

Ao cônjuge e ao companheiro reservara-se a terceira classe sucessória, considerando que eram conferidos a eles alguns direitos sucessórios indiretos ou paralelos, como o “usufruto vidual”- conferido pela lei nº 8.971/1994, e o “direito real de habitação”, conferido pela lei nº 9.278/1996 -, que serão analisados.⁹

Diversas críticas foram feitas ao sistema, argumentando-se, em suma, que o direito do cônjuge não estaria preservado de maneira suficiente, o que ensejou pedidos de uma reforma que aperfeiçoasse sua tutela. Caberia ao codificador de 2002 atender a essas demandas, com a propositura de mudanças significativas no tratamento conferido ao cônjuge supérstite e, reconhecendo sua condição de herdeiro necessário e concorrente com os descendentes e ascendentes.

No entanto, quanto ao companheiro não ocorreu o mesmo avanço conferido ao regime sucessório do cônjuge. O Código Civil de 2002 não acompanhou a evolução no direito de família trazida pela constituição, pois reproduziu uma concepção ultrapassada de família, na qual espelhou a preocupação da época de elaboração do atual código, em que na década de 1970 a proteção era destinada ao cônjuge, baseada no casamento somente, ignorando as transformações sociais que ocorreram até a entrada em vigor do referido código em 2003.

Com isso, passa-se a analisar as mudanças ocorridas no tratamento sucessório referente ao companheiro supérstite nas leis nº 8.971/94 e nº 9.278/1996.

1.2 A Lei nº 8.971/94

O direito sucessório do companheiro foi reconhecido inicialmente na lei nº 8.971/94, independentemente de ter participado efetivamente na aquisição do patrimônio, ao contrário da meação, sendo reconhecido em condições similares às do cônjuge.¹⁰

⁹ GLAGIANO, Plabo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil. Volume único.** São Paulo: Saraiva, 2017, p.1508.

¹⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro.** 2 ed. Rio de

Sendo assim, o artigo 2º da referida lei determinava que os indivíduos que viviam com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva participariam da sucessão do companheiro da seguinte forma: o companheiro sobrevivente teria direito, enquanto não constituísse nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cuius*, se houvesse filhos deste ou comuns; ao usufruto da metade dos bens, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes; na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança.

Da mesma forma que o cônjuge, o companheiro também não era considerado herdeiro necessário nessa época, sendo esse o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça¹¹:

TESTAMENTO. Se não houver herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; a companheira só tem o direito de reclamar a meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira.

Resta evidente, portanto, que era somente destinado ao companheiro a meação sobre o patrimônio, em caso do *de cuius* ter elaborado testamento dispondo de todos os seus bens sem contemplar o companheiro supérstite. Importante ressaltar que, na hipótese de ausência de bens que o sobrevivente seria meeiro, configura caso em que nada receberia o companheiro.

1.2.1 O companheiro como herdeiro único

A lei nº 8.971/94 inovou em seu artigo 2º, III, ao determinar que o companheiro terá direito à totalidade da herança na ausência de descendentes e de ascendentes. Por outro lado, é mantida a quota disponível que o *de cuius* possui referente ao direito de dispor parte de seus bens por meio de testamento.

Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, pp. 177.

¹¹ STJ- Terceira Turma- Recurso Especial nº 191.393-SP'- Relator: Ministro Waldemar Zveiter- Data da decisão: 20/08/2008, data da publicação: 29/10/2001- Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

A partir desse dispositivo, surge o questionamento se o companheiro teria se tornado herdeiro necessário, considerando que a lei nº 8.971/94 não prevê a exclusão do companheiro da sucessão como prevê o artigo 1.725 do Código Civil de 1916 em relação ao cônjuge e aos colaterais. No entanto, seriam atribuídos mais direitos ao companheiro do que ao cônjuge, tendo em vista que o cônjuge era considerado herdeiro facultativo nessa época.

Caio Mário da Silva Pereira firmou entendimento sobre a questão ¹²:

A condição de herdeira da “totalidade de herança” previsto no art. 2º, III não afastou o direito do falecido, de testar e de dispor por testamento de sua meação disponível. O companheiro sobrevivente terá direito à “totalidade da herança” se não houver disposição testamentária, limitando-a. Cabe-lhes disputar apenas a parte correspondente à legítima, prevista no art. 1.721 do Código Civil.

Logo, não seria possível atribuir ao companheiro mais direitos do que ao cônjuge, sendo razoável a igualdade de tratamento das diferentes formas de constituição de família. Assim, ao companheiro - de acordo com a lei em análise - cabia a totalidade da herança deixada pelo falecido, em caso de ausência de disposição testamentária, sendo resguardado, portanto, o direito ao *de cuius* de dispor por testamento de sua meação disponível.

1.2.2 O companheiro como usufrutuário

A lei nº 8.971/94, em seu artigo 2º, inciso I determinou que havendo descendentes, ao companheiro caberá um quarto dos bens do *de cuius* em usufruto, enquanto não constituir nova união. No caso de ausência de descendentes e presença de ascendentes, ao companheiro caberá a metade dos bens do falecido em usufruto, enquanto não constituir nova união, conforme artigo 2º, II da mencionada lei.

A lei em questão recebe críticas novamente quanto a conferir mais benefícios

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 2001, 12ª Edição, p.50.

aos companheiros do que aos casados. Isso é o que informa Zeno Veloso sobre o caso, em que afirma que os companheiros estão em situação privilegiada em relação aos cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens, sabendo que o usufruto apenas beneficia o cônjuge que não é casado nesse regime.¹³ Por outro lado, a lei em análise determina o benefício do usufruto independentemente das relações patrimoniais entre os companheiros.

Importante salientar que cabe ao companheiro o mesmo tratamento conferido ao cônjuge referente ao usufruto vidual - direito conferido ao viúvo de usufruir a quarta parte dos bens ou a metade se houver filhos, independentemente da sua situação financeira ou do fato de ser beneficiário do testamento do falecido, conforme o estabelecido no artigo 1.611, §1º do código civil de 1916.

Da mesma forma que o usufruto vidual, o benefício instituído para o companheiro permanecerá vigente enquanto não constituir nova união. Isso significa a formação de nova união estável ou o advento do matrimônio, hipóteses em que se extingue o direito ao usufruto previsto em lei. É o entendimento firmado na época pela jurisprudência^{14 15}:

AÇÃO DECLARATÓRIA - UNIÃO ESTÁVEL - LEIS 8.971/94 E 9.278/96 - AB- ROGAÇÃO - INEXISTÊNCIA - COMPANHEIRO - HERDEIRO FACULTATIVO - TESTAMENTO PÚBLICO - PEDIDO DE TOTALIDADE DOS BENS - IMPOSSIBILIDADE - DIREITO DE USUFRUTO - RECONHECIMENTO - PEDIDOS SUCESSIVOS - PREJUDICIALIDADE.

Considerando-se que a Lei 9.278/96 não regulou toda a matéria tratada na Lei nº 8.971/94, precipuamente aquela relativa ao direito sucessório, não se pode dizer que houve ab-rogação. Considerando-se que o companheiro enquadra-se na condição de herdeiro facultativo na união estável, assim como o cônjuge, ele pode ser afastado por testamento (art. 1.725, do Código Civil). Assim, no caso de o falecido ter realizado testamento público, perfeitamente válido, a pretensão de receber a totalidade dos bens deixados por morte do companheiro não pode ser acolhida. Considerando-se que na hipótese de concurso o companheiro

¹³ VELOSO, Zeno. **União Estável: doutrina, legislação, direito comparado, jurisprudência**. Belém: Ministério Público do Estado do Pará, Cejud, 1997, p.34.

¹⁴ Apelação cível, nº 1.0000.00.249670-1/000, TJMG, 1º Câmara Cível, Relator Desembargador: Eduardo Andrade, data do julgamento: 19/03/2002, data da publicação: 12/04/2002, disponível em <www.tjmg.gov.br> . Acesso em: 25 abr 2018.

¹⁵ Apelação cível, nº 1.0521.02.017654-6/001, TJMG, 1º Câmara Cível, Relator Desembargador: Eduardo Andrade, data do julgamento: 08/05/2007, data da publicação: 22/05/2007, disponível em <www.tjmg.gov.br> . Acesso em: 25 abr 2018.

sobrevivente tem direito por lei, como legatário legítimo, ao usufruto de um quarto ou metade dos bens da herança, não se pode olvidar que também possui esse direito quando o falecido tenha, por testamento, distribuído seus bens conforme sua própria vontade. Tratando-se de pedidos sucessivos, aplica-se o princípio da prejudicialidade, nos termos do artigo 289, do CPC. Recurso desprovido.

UNIÃO ESTÁVEL - FALECIMENTO DO COMPANHEIRO - DIREITO DA COMPANHEIRA SOBREVIVENTE À QUARTA PARTE DOS BENS DO 'DE CUJUS'. A companheira sobrevivente tem direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do 'de cujus', se houver filhos deste ou comuns, a teor do disposto no art. 2º, I, da Lei 8.971/94.

Logo, de acordo com o art. 2º, I e II da Lei nº 8.971/94, o companheiro é herdeiro legítimo em usufruto, tratando-se de um direito real, não podendo ser afastado por testamento o benefício em questão, com exceção das hipóteses de deserção, previstas no artigo 1.741 do CC.

1.3 A Lei nº 9.278/96

A lei nº 9.278/96 seguiu com os avanços destinados à tutela do tratamento sucessório conferido ao companheiro, determinando como um dos seus direitos o direito real de habitação, direito esse conferido apenas ao cônjuge, estabelecido pela lei nº 4.121/62, que introduziu o §2º no artigo 1.611 do código civil de 1916.

1.3.1 O companheiro e o direito real de habitação

O artigo 7º, parágrafo único da lei nº 9.278/96 trouxe o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente no tocante ao imóvel destinado à moradia da família, enquanto viver ou não constituir nova união estável ou casamento.

No entanto, as críticas referentes aos direitos conferidos aos companheiros permanecem, compreendendo o direito real de habitação como inconstitucional. Isso porque, além desse direito somado ao usufruto vidual ou de parte da herança, o companheiro acumulava mais direitos do que os casados sob o regime da comunhão

parcial e da separação de bens, considerando que nesses regimes de casamento era possível somente o usufruto vidual ou parte da propriedade da herança.

Partindo da premissa que há similaridades entre o regime da comunhão parcial de bens e da separação de bens com a regra, salvo disposição diversa, do regime conferido à união estável, que é o da comunhão parcial de bens, conforme disposto no art. 1.725 do CC, percebe-se que a partir dessa análise compreenderam que o matrimônio detinha menos benefícios perante a união estável.

De acordo com o art. 226, §3º da CRFB/88 o qual determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, compreende-se que não é possível conferir mais direitos ao companheiro do que ao casado, considerando que a carta magna prevê a conversão da união estável em casamento. Logo, por tal motivo, parte da doutrina considerou o art. 7º, parágrafo único da lei nº 9.278/96 inconstitucional, como compreende Kátia Regina da Costa S. Ciotola¹⁶:

O referido dispositivo da Lei nº 9.278/96 será, inevitavelmente, alvo de ferozes críticas, uma vez que confere aos companheiros direito que sequer é assegurado aos cônjuges casados sob o regime da comunhão parcial de bens (...). Em face do exposto, acreditamos ser inconstitucional o preceito analisado, por infringir o artigo 5º, caput e o seu inciso I da Constituição da República de 1988, já que estipula tratamento desigual para pessoas que se encontram em situação jurídica semelhante.

Outra parte da doutrina considera incompatível o direito real de habitação com o usufruto legal do companheiro, devido ao fato de ambos serem direitos reais limitados sobre coisa alheia, entendendo não ser possível que ambos existam sobre o mesmo patrimônio, como leciona Luiz Edson Fachin¹⁷:

(...) nesse aspecto, não se refere a nova lei ao direito à totalidade da herança, reconhecido na falta de descendentes e de ascendentes, nos termos do inciso III do artigo 2º da Lei anterior (8.971/94). Sustentável, por conseguinte, na inocorrência de incompatibilidade, a continuidade da vigência desse direito. O mesmo não se poderá, nessa ordem de raciocínio, dizer-se dos incisos I e II do mesmo artigo 2º da Lei anterior, posto que o direito real temporário agora reconhecido é aquele referido pelo parágrafo único do artigo 7º da nova lei.

¹⁶ CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. **O Concubinato**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, 3º edição, p. 82.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 84.

No entanto, outra parcela da doutrina compreende como ausente a incompatibilidade entre o usufruto e o direito real de habitação. A linha de raciocínio defende a coexistência das leis, entendendo que a lei nº 9.278/96 não revogou a lei nº 8.971/94 referente aos direitos sucessórios garantido ao companheiro. Nesse sentido, afirma Ana Luiza Maia Nevares¹⁸:

Exatamente por apresentarem conteúdos diversos, embora complementares, nada impede que o companheiro sobrevivente tenha o usufruto da quarta parte, ou metade, dos bens hereditários e, ainda, o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, que deverá integrar a quota recebida em usufruto.

Logo, defende-se a coexistência das leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, em que a primeira estabelece o usufruto legal ou a propriedade plena dos bens do falecido ao companheiro, e a segunda confere a ele o direito real de habitação, relativo ao imóvel destinado à residência da família.

O Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil determina, nesse sentido, que “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo artigo 6º, caput, da Constituição Federal”.

Importante colacionar os julgados^{19 20} sobre o tema:

UNIÃO ESTÁVEL - RECONHECIDA A UNIÃO ESTÁVEL ATÉ A MORTE DO CONVIVENTE, QUE NÃO DEIXOU ASCENDENTE NEM DESCENDENTE, RECONHECE-SE O DIREITO DA COMPANHEIRA SUPERSTITE À TOTALIDADE DA HERANÇA.

ARROLAMENTO DE BENS - Reconhecimento de união estável - Morte da companheira, na vigência da Lei 8.971/94, sem deixar descendentes ou

¹⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia, **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 152.

¹⁹ TJSP; Apelação 0074294-58.2002.8.26.0000; Relator (a): Antonio Vilenilson; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 4. VARA CÍVEL; Data do Julgamento: 24/08/2010; Data de Registro: 01/12/2010, disponível em < <http://www.tjsp.jus.br/>>, acesso em: 30 abr 2018.

²⁰ TJSP; Apelação Com Revisão 0045603-29.2005.8.26.0000; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 1.VARA FAMILIA; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 16/03/2007, disponível em < <http://www.tjsp.jus.br/>>, acesso em: 30 abr 2018.

ascendentes - Aplicação da regra do art 2o, inciso III, da lei mencionada - Totalidade da herança conferida ao convivente, precedendo os colaterais - Lei 9.278/96, que não revogou o diploma anterior na parte que concedeu ao companheiro sobrevivente a condição de herdeiro - Ir relevância do questionamento sobre o esforço comum para composição do acervo hereditário - Sentença mantida - Recurso improvido.

Para configuração do referido direito real de habitação, o imóvel necessita ser destinado à residência da família, desde que seja o único dessa natureza a inventariar, conforme o entendimento jurisprudencial ^{21 22}.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO - COMPANHEIRA - POSSIBILIDADE INDEPENDENTE DO REGIME DE BENS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O direito real de habitação/moradia deve ser reconhecido ao cônjuge/companheiro sobrevivente, independente do regime de bens, por força do disposto no art. 1.831 do CC/02: 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.** 2. Recurso parcialmente provido. (grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. EFEITOS. CONHECIMENTO PELO JUÍZO ORFANOLÓGICO. POSSIBILIDADE. 1. Pretensão do agravante de reconhecer a incompetência do Juízo Orfanológico acerca dos efeitos da união estável. Artigo 612 do CPC/2015, que deve ser interpretado em conformidade com a jurisprudência, já editada sob a égide do CPC/1973. O envio às vias ordinárias só deve ser realizado quando envolver a necessidade de dilação probatória. Existência de escritura pública declaratória entre o agravante e a de cujus, atestando a existência da união estável e da incomunicabilidade dos bens. Validade da mesma, cabendo ao juízo orfanológico decidir acerca dos efeitos da mesma. Desnecessidade de propositura do juízo de família do reconhecimento da união estável. 2. Declaração de união estável firmada entre o agravante e de cujus, reconhecendo a união estável. Embora na época do início da união já contasse a de cujus com mais de 50 anos, o que implicaria na adoção do regime da separação legal, a escritura pública declaratória constou expressamente a incomunicabilidade dos aquestos. Verbete sumular n.º 377 do STF, que só é aplicado ao regime da separação legal e não da convencional, como é o caso dos autos. 3. Inexistência de violação do contraditório ou da ampla defesa ou dos artigos 7º, 9º e 10 do CPC/2015. Decisão que não trouxe qualquer inovação de tese, mas apenas delimitou a partilha considerando os documentos existentes nos autos, em especial, a escritura declaratória de união estável. 4. **Direito real de habitação que não pode ser conferido quando existirem outros imóveis a inventariar.** Inteligência do artigo 1.831 do CC/2002, parte final. Precedente da Câmara e do E. TJRJ. Recurso conhecido e improvido, nos termos do voto do Desembargador Relator. (grifo nosso)

²¹ TJMG, 1.0024.10.099043-1/002- AGRAVO DE INSTRUMENTO, Des.(a) Gilson Soares Lemes, data da publicação: 28/02/2018, disponível em < www.tjmg.jus.br>, acesso em: 01 maio 2018.

²² TJRJ, 0025666-08.2017.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO, Des(a). CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR - Julgamento: 15/08/2017 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, disponível em< www.tjrj.jus.br>, acesso em: 01 maio 2018.

Ressalta-se que no direito real de habitação o imóvel deve pertencer ao autor da herança, não sendo possível quando registrado em nome de outra pessoa ²³ ²⁴:

DIREITO CIVIL. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Na hipótese em tela, propôs a autora demanda objetivando o reconhecimento de união estável que alega ter existido com pessoa já falecida, pretendendo, ainda, ver assegurado direito real de habitação no imóvel em que o possível casal teria vivido. Importa destacar que, para a caracterização da união estável, o interessado deverá comprovar a existência de relacionamento público, contínuo, duradouro e com intenção de constituição de verdadeiro núcleo familiar, de acordo com o artigo 1.723 do Código Civil, bem como a inexistência dos impedimentos previstos no artigo 1.521 do Código Civil. Aplicação do artigo 1.831 do Código Civil. Após o reconhecimento da união estável pela Constituição Federal de 1988 como entidade familiar, as uniões com affectio maritalis passaram a ser vistas de forma isonômica no que se refere a direitos e obrigações, conforme §3.º, do art. 226. O direito real de habitação, até então exclusivo do cônjuge supérstite, foi estendido ao companheiro sobrevivente por força do parágrafo único, do art. 7º, da Lei 9.278/96. No caso, imprescindível a produção de prova testemunhal, apta a demonstrar o fato alegado pela autora/, ou seja, a caracterização da união estável, e, de logo, o direito real de habitação sobre imóvel de modo a permanecer no imóvel em que o casal residia. E nesse sentido, o acervo probatório exaustivamente conduzido nos autos, ao qual o Juízo de piso diligentemente instruiu, não demonstra com segurança o aspecto em cotejo, jamais se tratando, a se ver, de uma convivência marital entre ex-companheiros. E mais, o cenário em análise traz indicativo claro de que a autora ostentava a condição de inquilina do falecido, havendo apenas mera relação de amizade, ou de afeto, tão somente por ambos residirem no mesmo terreno, cada qual em seus respectivos imóveis, um na posição de locador, a outra como locatária, consoante descrito nos autos, por falta instrução probatória. Tal característica conduz à inegável conclusão de que nunca existiu nesta situação qualquer relação íntima que possa levar ao reconhecimento de um núcleo familiar, como requer a autora, na acepção objetiva do termo, com o claro notório de assim ser apresentado junto ao seu grupamento social, na forma de um relacionamento público, contínuo e duradouro, estando ausentes os requisitos para legitimar a união estável assim formulada. **Outrossim, não compossível assegurar qualquer direito real de habitação em favor da autora, visto que não restou demonstrada a titularidade pelo de cujus do imóvel que servia de residência ao mesmo, isso porque este apresentou renúncia à herança quanto ao quinhão que lhe cabia, referente ao espólio de seus genitores. E além disso, destaca-se que o mesmo imóvel, recebido pelo de cujus por direito de herança em razão da sucessão aberta pela morte de seus pais, possui outro herdeiro necessário, o irmão daquele, réu na presente demanda, razão pela qual o pleito buscado pela autora não pode prevalecer sobre o direito real de propriedade, até pela ausência de uso exclusivo sobre o bem, ao privar o sucessor de fruir do aludido imóvel conforme lhe aprouver a legislação pátria. Recurso desprovido.** (grifo

²³ TJRJ, 0012343-72.2014.8.19.0021 – APELAÇÃO, Des(a). ADOLPHO CORREA DE ANDRADE MELLO JUNIOR - Julgamento: 14/02/2017 - NONA CÂMARA CÍVEL, disponível em < www.tjrj.jus.br >, acesso em: 01 maio 2018.

²⁴ TJRJ, 0142908-78.2000.8.19.0001 – APELAÇÃO, Des(a). BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO Julgamento: 27/02/2002 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, disponível em < www.tjrj.jus.br >, acesso em: 01 mai 2018.

nosso)

REIVINDICATÓRIA. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DAS FILHAS, UNIÃO ESTÁVEL DO PAI FALECIDO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA CONVIVENTE. LIMITES DO ARTIGO 7º PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 9278. **O direito real de habitação, deferido ao sobrevivente da união estável desfeita por morte de um dos conviventes, somente aplica-se se o imóvel onde eles residiam era de propriedade do falecido. II - O artigo 7º parágrafo único da Lei 9278 não instituiu gravame sobre bem de terceiros, nem pretendeu dar aos conviventes mais direitos do que aqueles concedidos pelo casamento.** Interpretação sistemática do dispositivo legal, considerando a parte final do artigo 226 § 3º da Constituição e o estatuído no artigo 1611 § 2º do Código Civil ainda vigente. III - Apelação da ré não provida. (grifo nosso)

Ao companheiro é conferido o direito em tela inclusive na hipótese do imóvel ser de propriedade do *de cuius* em condomínio com terceiros, posição essa majoritária, colidindo com uma parcela que entende de maneira diversa, de acordo com os diferentes julgados^{25 26} sobre o mesmo tema:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÃO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. INCONFORMISMO DA AUTORA. Inexistência de nulidade da r. sentença eis que contra a decisão que converteu a ação de justificação judicial em Reconhecimento e Dissolução de União Estável não foi interposta qualquer espécie de recurso por parte da autora/apelante. No mais, incontroverso se apresenta que o imóvel objeto do litígio era de propriedade do de cujus e de sua filha/ré, sendo adquirido antes do início da união estável com a autora, seja pela prova documental acostada aos autos seja pela testemunhal. O outro bem móvel sobre o qual se pleiteia a meação, qual seja, veículo Ford Escort 1996, foi adquirido pelo de cujus antes mesmo da configuração da união estável com a autora, ressaltando que em tal período o mesmo ainda era casado com a mãe da Apelada, fato este comprovado por depoimento pessoal de uma vizinha do imóvel há mais de 15 anos. **Quanto ao exercício do direito real de habitação pela ex-companheira, apesar do art. 7º, parágrafo único da lei 9.278/96 afirmar pela sua possibilidade em caso de convivência, verifica-se que o imóvel do de cujus encontra-se em condomínio com sua filha, como dito acima, através de renúncia da mãe em seu favor, em audiência especial datada no ano de 2003. Imóvel que se apresenta em condomínio com a apelada, não havendo que se falar em direito real de habitação em favor da autora já que o mesmo não era de propriedade integral do companheiro falecido.** Observância e ponderação dos princípios constitucionais do direito a moradia da companheira (artigo 6º, caput, da Constituição da República) e da propriedade da condômina (artigo 5º, XXII, também da Constituição da

²⁵ TJRJ, [0258559-37.2009.8.19.0004](https://www.tjrj.jus.br/consulta/0258559-37.2009.8.19.0004) – APELAÇÃO, Des(a). MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO - Julgamento: 04/02/2014 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, disponível em < www.tjrj.jus.br >, acesso em: 01 maio 2018.

²⁶ TJMG, 1.0000.00.200123-8/000, Agravo de Instrumento, Des.(a) Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, data do julgamento: 15/03/2001, data da publicação: 23/03/2001, disponível em < www.tjmg.jus.br>, acesso em: 01 maio 2018.

República). Sentença mantida. Improvimento do Recurso. (grifo nosso).

AGRAVO - COMPANHEIRA - IMÓVEL - CONDOMÍNIO - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO - DIREITO DE PROPRIEDADE - FUNÇÃO SOCIAL - O direito de propriedade não é absoluto e exclusivo, cedendo ante a função social a que se deva atribuir ao bem, nos termos do art. 5º, XXII, da CF, cuja concepção não se deve restringir aos seus aspectos econômicos, mas alcançar todos os princípios adotados na Carta Magna; por isso, como a união estável é reconhecida como entidade familiar, aos fins de proteção do Estado, resulta concluir que a propriedade haverá de sujeitar-se às disposições estatais que normatizam a união estável. **É reconhecido o direito de habitação à companheira, ainda que, eventualmente, o mesmo estenda-se à meação de terceiros.** Agravo desprovido.

Ademais, o imóvel deve estar destinado à residência da família no momento do óbito, não sendo possível o reconhecimento do referido direito em caso de dissolvida a união no advento do óbito, assim como, não resta configurado o benefício se na época do falecimento o imóvel estava alugado para terceiro^{27 28}:

UNIÃO ESTÁVEL - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO - INEXISTÊNCIA SE AO TEMPO DO ÓBITO JÁ HAVIA SIDO DISSOLVIDA A SOCIEDADE AFETIVA - CUMULAÇÃO DE AÇÃO POSSESSÓRIA COM PERDAS E DANOS - POSSIBILIDADE - **O direito real de habitação é garantia reconhecida ao cônjuge ou ao companheiro de continuar residindo no imóvel único de natureza residencial transmitido e que servia de lar para o casal, após a morte de um dos componentes de uma sociedade afetiva. Impossibilidade de reconhecimento do aludido direito se ao tempo do óbito a sociedade afetiva não mais existia.** Arbitramento de alugueis pelo período que a ex-companheira permaneceu no imóvel. Possibilidade. Termo inicial. Data do trânsito em julgado da sentença declaratória de união estável. Peculiaridade da hipótese em exame. Negado provimento ao primeiro recurso e parcial provimento ao segundo. (grifo nosso)

SOCIEDADE DE FATO - MORTE DE CONVIVENTE - IMÓVEL - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. **Não constitui direito real de habitação para convivente sobrevivente em imóvel deixado pelo ""de cujus"" se, na época do óbito, o mesmo estava alugado para terceiro, descaracterizando sua destinação como residência da família.** Interpretação do art. 7º da Lei nº 9.278/96. Recurso improvido. (grifo nosso)

Importante salientar que o direito real de habitação é vitalício, extinguindo-se

²⁷ TJRJ, 0010710-26.2009.8.19.0207 – APELAÇÃO, Des(a). EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS - Julgamento: 06/07/2011 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, disponível em < www.tjrj.jus.br >, acesso em: 01 maio 2018.

²⁸ TJMG, 1.0000.00.1935.74-1/000- Apelação, Des.(a) Amilar Campos Oliveira, data do julgamento: 01/02/2001, data da publicação: 16/02/2001, disponível em < www.tjmg.jus.br >, acesso em: 01 maio 2018.

nos casos em que se extingue o usufruto, conforme art. 1.416 do CC, e na hipótese de o companheiro sobrevivente constituir nova união estável ou casamento. Entretanto, tal entendimento possui controvérsias jurisprudenciais, em que parte dos julgados entende como irrelevante a constituição de nova união, permitindo, assim, a permanência no imóvel ainda que constitua novo vínculo conjugal. *In verbis* ²⁹:

Apelação Cível. Reivindicatória. Disputa entre o companheiro sobrevivente e herdeiras da companheira falecida. Direito Real de Habitação. Improcedência do pedido. **Alegação autoral de nova constituição de União estável pelo réu após a morte da genitora. Irrelevância. Direito real de habitação que tem natureza vitalícia. Permanência do réu no imóvel que é possível, ainda que constitua novo vínculo conjugal. Exegese do art. 1.831 do Código Civil.** Autoras que, além de herdeiras, também são coproprietárias do bem, adquirido antes da constituição da União Estável. Inexistência de direito a meação sobre o bem. Fruição do direito real conferido ao companheiro supérstite que não exclui nem suspende o exercício dos direitos de propriedade dos herdeiros, configurando-se a composses direta entre todos. Partes que podem usufruir, igualmente, da posse direta do bem. Provimento do recurso para julgar procedente em parte o pedido e determinar a imissão na posse da primeira autora e sua família, invertidos os ônus sucumbenciais, observando-se o teor do art.12 da Lei nº 1.060/50. (grifo nosso)

Apesar do artigo 7º, parágrafo único da lei nº 9.278/96 significar grande avanço no tocante aos direitos destinados ao companheiro, em que determina o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, o Código Civil de 2002 não evidenciou a mesma evolução, pelo contrário, protagonizou um grande retrocesso, em que não prevê o direito real de habitação ao companheiro, além de diferenciar o tratamento sucessório do cônjuge e do companheiro, como será abordado em seguida.

²⁹ TJRJ, 0001548-81.2013.8.19.0040 – APELAÇÃO, Des(a). GILBERTO DUTRA MOREIRA - Julgamento: 09/05/2017 - NONA CÂMARA CÍVEL, disponível em < www.tjrj.jus.br >, acesso em: 01 maio 2018.

2. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

É notório que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu alterações e mudanças na forma de agir perante alguns institutos, devido às mudanças sociais que ocorreram ao longo do tempo. Exemplo de tal fato é o tratamento conferido ao companheiro, que possui amparo constitucional no artigo 226, §3º, estabelecendo a proteção estatal das relações constituídas por meio da união estável, reconhecidas como entidade familiar.

Posteriormente, com o advento do Código Civil de 2002, a união estável foi disciplinada nos arts. 1.723 a 1.727. Observa-se, que assim como na lei nº 9.278/96, o artigo 1.723 do CC não estipulou prazo mínimo para a configuração da união estável. A exigência do citado dispositivo é a necessidade da convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Permite-se a hipótese do indivíduo casado, mas separado de fato, constituir união estável, conforme o art. 1.723, § 1º, CC.

O regime de bens estabelecido aos companheiros, na ausência de estipulação diversa, é o da comunhão parcial de bens, determinado no art. 1.725, CC, mantendo a mesma previsão do art. 5º da lei nº 9.278/96, o qual dispõe que os bens adquiridos na constância da união estável e a título oneroso passam a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito, denominado “contrato de convivência”, conforme os ensinamentos de Flávio Tartuce³⁰ em que, “ (...) Por outra via, é válido o *contrato de convivência*, aquele que consagra outro regime para a união estável que não seja o da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC). “

A sucessão do companheiro está disciplinada no art. 1.790 do CC, no Título I - Da Sucessão em Geral, Capítulo I - Disposições Gerais. Nota-se o equívoco sistemático ao dispor sobre as normas referentes à sucessão dos companheiros no capítulo destinado às disposições gerais do direito sucessório brasileiro, quando deveria estar prevista no Título II, que dispõe sobre a Sucessão Legítima, envolvendo vínculos familiares e

³⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 6º ed rev., atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: método, 2016, p. 1182.

afetivos. Como bem observou Luiz Edson Fachin³¹:

Ademais, em igual sentido - ainda que em menor monta -, importa destacar, acolchetando as perspectivas descortinadas no presente tópico, que sequer a localização topográfica do artigo 1.790 condiz verdadeiramente com seu conteúdo: razão alguma assiste à colação de tal dispositivo nas “Disposições Gerais” do Livro de Sucessões do CCB. Deveria, pois, estar insculpido no capítulo destinado a reger a ordem de vocação hereditária.

E ainda Plabo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho sobre o tema³², assim dispuseram: “Note-se que a matéria, em verdade, é típica da regulamentação da Sucessão Legítima, e não da parte introdutória das Sucessões, o que talvez infira um preconceito sub-reptício em face da relação de companheirismo.”

Percebe-se que referido dispositivo o qual regula a sucessão do companheiro no código civil de 2002 recebe inúmeras críticas, em que a má localização do artigo que disciplina a matéria é um dos menores problemas presentes no citado artigo.

Nesse sentido, é perceptível que o Código Civil de 2002 estabeleceu diferenças entre a sucessão decorrente da união estável e a advinda do casamento. O cônjuge é herdeiro necessário, cabendo-lhe metade dos bens da herança por direito, constituindo a legítima, na ausência de descendentes e ascendentes do falecido, conforme o disposto nos artigos 1.845 c/c 1.846 do referido código.

Na hipótese do cônjuge não casado pelo regime da comunhão universal, da comunhão parcial sem bens particulares ou da separação obrigatória, concorrendo com descendentes terá direito à mesma quota atribuída a eles, não sendo possível que seja inferior à quarta parte da herança. Concorrendo com ascendentes, independentemente do regime de bens, caberá ao cônjuge um terço da herança no caso de ter somente ascendente de primeiro grau e, no caso de só se ter um ascendente ou de maior grau, cabe ao cônjuge a metade da herança, de acordo com o artigo 1.837, CC. Além disso, é assegurado ao cônjuge o direito real de habitação independentemente do regime de bens

³¹ FACHIN, Luiz Edson, **Da Inaplicabilidade do art.1.790 do Código Civil**, Instituto dos Advogados do Brasil, Curitiba, ago. 2011, pp. 7 e 8.

³² GLAGIANO, Plabo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil. Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1532.

ao qual foi submetido o matrimônio (art. 1.831, CC).³³

Por outro lado, analisando as disposições do referido código no tocante à união estável, o companheiro supérstite somente participará da sucessão do *de cujus* quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável a título oneroso e, caso não haja bens dessa natureza, o companheiro sobrevivente não receberá nada (art. 1.790, CC).

Concorrendo o companheiro com descendentes, cabe a ele a quota equivalente à atribuída aos descendentes comuns do casal, sendo a herança dividida de forma igualitária nessa hipótese. Se concorrer com descendentes somente do falecido, cabe ao companheiro metade do que for conferido a cada um dos descendentes do *de cujus*, conforme disposto no artigo 1.790, incisos I e II do CC.

Concorrendo com outros parentes sucessíveis, ou seja, ascendentes ou colaterais até o quarto grau, o companheiro terá direito a um terço da herança, de acordo com o artigo 1.790, inciso III, do CC. Na hipótese de não haver parentes sucessíveis caberá ao companheiro a totalidade da herança, considerando que está limitada aos bens adquiridos de forma onerosa durante a união estável, como disposto no artigo 1.790, inciso IV do CC. Por fim, não há previsão no Código Civil de 2002 no tocante ao direito real de habitação do companheiro.

Com isso, o referido código conferiu aos cônjuges mais direitos do que aos companheiros, em que os primeiros recolhem toda a herança, sem distinção da natureza dos bens sobre os quais recaem os direitos hereditários, como ocorre com os companheiros, que apenas possuem direito aos bens adquiridos de forma onerosa durante a vigência da união estável.

Necessário salientar que há disparidades quanto à ordem de vocação hereditária nas diversas formas de constituição de família. Isso porque o cônjuge possui direito à totalidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes, excluindo, portanto, os colaterais da sucessão. Analisando esse caso atribuído à união estável, o companheiro concorre com os colaterais até o quarto grau.

³³ NEVARES, Ana Luiza Maia, **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 181.

Logo, é notório que os direitos sucessórios conferidos aos cônjuges e aos companheiros são diversos no Código Civil de 2002, em que, apesar das mudanças perante o código anterior de 1916, as diferenças permanecem latentes.

2.1 A Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

O artigo 1.790 do Código Civil de 2002, antes de ser considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - decisão essa recente no ordenamento pátrio, datada de maio de 2017 - era alvo de inúmeras críticas pela doutrina, considerando-o deficiente e falho em substância.³⁴

O referido dispositivo determina no *caput* que a sucessão do companheiro limita-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Com isso, após o falecimento de um dos companheiros, dividem-se os bens entre os adquiridos de forma onerosa durante a união estável (disciplinado pelo art. 1.790 do CC) e os demais bens, como os adquiridos por doação, herança, dentre outros (disciplinados pelo art. 1829 do CC), submetendo-se às normas diversas no tocante à sucessão.

O artigo em questão determina que, em seu inciso I, na hipótese do companheiro concorrer com filhos comuns do casal receberá uma quota equivalente à que por lei é atribuída ao filho. No inciso II, caso em que concorre com descendentes somente do *de cuius*, cabe-lhe apenas metade da quota atribuída aos descendentes. Importante atentar ao fato de que a intenção nos incisos foi referir-se aos descendentes de uma forma geral, e não apenas aos filhos do falecido.

O inciso III apresenta a hipótese de concorrer com outros parentes sucessíveis, caso em que terá direito a um terço da herança. Conclui-se a partir desse inciso que, existindo ascendentes ou colaterais do *de cuius* até o quarto grau, haverá a divisão da herança em três partes iguais, sendo conferido ao companheiro um terço, e os dois terços serão divididos entre os demais que estão aptos a suceder.

³⁴ VELOSO, Zeno. **Do Direito Sucessório dos Companheiros**, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 231.

No caso em que não há parente sucessível o companheiro terá direito à totalidade da herança, conforme o inciso IV do artigo em análise. Entretanto, importante destacar que o dispositivo refere-se à totalidade da herança no tocante aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, como determina o *caput* do artigo 1.790.³⁵

Verifica-se que ocorreu um avanço no tratamento em relação à lei nº 8.971/94 em seu art. 2º, I e II, reservando ao companheiro uma quota em propriedade plena quando em concorrência com os descendentes e ascendentes.³⁶ Apesar do diminuto avanço, o dispositivo restringe o direito do companheiro aos bens adquiridos de forma onerosa durante a união estável, o que gera inúmeras injustiças.

Isso porque em um contexto que o companheiro falecido que viveu por muitos anos em uma relação caracterizada como a união estável, e adquiriu bens somente antes da constituição da união, ou caso em que somente tenha bens recebidos a título gratuito, como doação ou herança, não poderá deixar seu patrimônio para o companheiro sobrevivente, com quem dividiu grande parte do seu tempo em vida. Nesse caso, os bens serão destinados aos parentes sucessíveis, conforme o art. 1.829 do CC e, em caso de ausência de herdeiros, caberá ao Município, conforme art. 1.844, CC.

Sobre o tema, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁷:

O mal localizado, pessimamente redigido e - em nosso entender- inconstitucional art. 1.790 do vigente Código Civil brasileiro confere à companheira (o) viúva (o)- em total dissonância com o tratamento dispensado ao cônjuge- um direito sucessório limitado aos bens adquiridos onerosamente no curso da união (o que poderia resultar na aquisição da herança pelo próprio Município), além de colocá-la (o) em situação inferior aos colaterais do morto (um tio ou um primo, por exemplo).

De fato, trata-se de tratamento demeritório da união estável em face do matrimônio, com uma disciplina que a desprestigia como forma de relação afetiva.

³⁵ VELOSO, Zeno. **Do Direito Sucessório dos Companheiros**, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 233.

³⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia, **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 170.

³⁷ GLAGIANO, Plabo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil. Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p 1535.

Logo, percebe-se que o companheiro supérstite pode ficar totalmente desamparado devido à morte de seu consorte, tendo em vista que, além da possibilidade de não herdar bens do *de cuius*, o código civil de 2002 não disciplinou o direito real de habitação no caso da união estável.

Entretanto, importante ressaltar o já mencionado Enunciado nº 117, aprovado na Jornada de Direito Civil, em que a manutenção do referido direito ao companheiro refere-se a um auxílio de amparo ao sobrevivente, permitindo que ele usufrua o imóvel residencial do casal. Para os autores Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovsky Ruzyk a supressão do direito real de habitação na regulamentação da sucessão dos companheiros no Código Civil de 2002 se torna grave quando se verifica que na entidade familiar matrimonializada, referido direito está assegurado, independentemente do regime de bens, como previsto no art. 1.831 do código em questão.

Conclui-se que há visível discriminação no tratamento conferido ao companheiro em comparação com aquele dado ao cônjuge, o que afronta o princípio constitucional da igualdade. Com isso, os citados autores afirmam³⁸:

Não é possível, *in casu*, argumentar-se que a união estável apresenta peculiaridades em relação ao casamento: o direito real de habitação é instrumento de proteção aos membros da família- que existe, nos termos da Constituição, tanto no casamento quanto na união estável- assegurando-lhes a moradia, em nada se justificando sua supressão.

Portanto, seria prudente equiparar os institutos e aplicar de forma analógica o direito real de habitação conferido ao cônjuge ao companheiro, considerando que a união estável e o casamento são constitucionalmente equiparados, sendo assim, devem ser protegidos da mesma forma.

Nesse prisma, importante informar que a jurisprudência vem reconhecendo o direito real de habitação do companheiro, conforme os julgados colacionados no presente trabalho na parte referente ao tema específico em análise.

³⁸ FACHIN, Luiz Edson, Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski, **Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição**, in Revista Trimestral de Direito Civil, ano I, vol. 4, outubro a dezembro de 2000, pp. 251/252.

Ademais, há um questionamento doutrinário no sentido de se indagar se é possível afastar o artigo 1.790 do Código Civil, em que o companheiro poderia dispor de todo o seu patrimônio sem contemplar o companheiro sobrevivente. Dessa forma, recai na indagação se ele pode ser considerado herdeiro necessário a partir de tal premissa.

No entanto, é preciso analisar o caso com base em princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro. A união estável é uma forma de constituição de família tutelada pela constituição de 1988 em seu artigo 226, §3º. A proteção conferida à unidade familiar ocorre de diversas formas, dentre elas no dispositivo referente à sucessão legítima, reservando uma quota patrimonial à comunidade familiar da qual fazia parte o *de cuius*.

A Constituição Federal de 1988 tutela a proteção da família em seu artigo 226, de forma plural, entendendo família como o casamento (art. 226, § 1º e 2º), a união estável (art. 226, § 3º) e as comunidades formadas por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Logo, a concepção pluralista de família atende às mudanças sociais que ocorrem com o tempo e, entende-se que o rol constitucional familiar é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*), sendo admitidas outras formas de manifestações familiares.³⁹

É perceptível que quanto a esse ponto ocorreram mudanças significativas em comparação ao modo de concepção de família presente no Código Civil de 1916. No código anterior a família somente era constituída por meio do casamento, não sendo possível, portanto, outra maneira de constituição familiar.

A constituição Federal de 1988 estabeleceu como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB/88), significando que o indivíduo passa a ser o centro da tutela do ordenamento jurídico brasileiro. “Trata-se do que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou

³⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 6º ed rev., atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: método, 2016, p. 1204.

*princípio dos princípios.”*⁴⁰

Além disso, a carta magna tem como um dos seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB/88), sendo esse o princípio constitucional da solidariedade, que deve ser interpretado de forma conjunta com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88). O princípio da solidariedade acaba refletindo nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais, como ensina Flávio Tartuce⁴¹:

Ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.

E ainda Pablo Stolze Glagliano e Rodolfo Pamplona Filho sobre o princípio da solidariedade⁴² assim preceitua que “a solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.”

O afeto é um dos principais fundamentos das relações familiares e, mesmo que a expressão “afeto” não esteja presente na carta magna como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assim, não restam dúvidas de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar e com repercussões sucessórias.⁴³

Extraí-se do artigo 226, *caput* da CRFB/88 o princípio da função social da família, em que possui uma característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões, não sendo mais a família um fim em si mesma, mas sim o meio social para a

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 6º ed rev., atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: método, 2016, p. 1183.

⁴¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 6º ed rev., atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: método, 2016, p. 1188.

⁴² GLAGIANO, Plabo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil. Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p 1128.

⁴³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 6º ed rev., atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: método, 2016, p. 1193/1194.

busca de nossa felicidade na relação com o outro.⁴⁴

A família passa a ser compreendida como um mecanismo capaz de auxiliar o indivíduo no desenvolvimento de sua personalidade, sendo de suma importância na vida humana e, por tal motivo, o Estado tutela as variadas formas de constituição de família.

Além disso, a proteção à dignidade da pessoa humana é conferida a todos os indivíduos e, considerando a família como meio para a concretização desse princípio, é visível que todas as entidades familiares devem ter o mesmo grau de proteção no ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁵

Dessa forma, Pablo Stolze Glagiano e Rodolfo Pamplona Filho⁴⁶: “É preciso compreender que a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas o meio para a busca da felicidade, ou seja, da realização pessoal de cada indivíduo (...)”

No entanto, o código civil de 2002 não incorporou todos os avanços trazidos pela constituição federal, não assimilando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, na medida em que não considera as diversidades pessoais e as diferentes realidades vividas por cada um, observadas no tratamento conferido ao companheiro de forma discrepante daquele conferido ao cônjuge.

Nessa perspectiva, o atual código não considerou a pluralidade das formações familiares- assim como a carta magna previu- contemplou somente o matrimônio como única forma de constituição legítima de formação familiar, observado nos variados dispositivos que não se referem à união estável ou confere a ela tratamento discrepante comparado ao casamento.

Importante, portanto, observar os ensinamentos de Plabo Stolze Glagiano e

⁴⁴ GLAGIANO, Plabo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 98.

⁴⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia, **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 202.

⁴⁶ GLAGIANO, Plabo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil. Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1123.

Rodolfo Pamplona Filho ⁴⁷:

(...) não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias. (...) a expressão família é “gênero”, que comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto da proteção do Direito.

Com isso, é latente a visível afronta ao princípio da igualdade, na medida em que são conferidos mais direitos a uns em detrimento de outros, em razão de se considerar - de forma ultrapassada - o casamento como única forma de constituição familiar legítima de proteção estatal, considerando-o superior somente por ter celebrado o ato formal do matrimônio.

No entanto, importante observar o disposto por Flávio Tartuce ⁴⁸:

(...) a lei reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal ou convivencial formada pelo casamento ou pela união estável (art. 226, § 3º, e art. 5º, I da CRFB/88). Enuncia o art. 1511 do CC/2002 que o “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Por óbvio, essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como entidade familiar pelo art. 226, § 3º, da CRFB/1988.

Logo, as relações familiares decorrentes do casamento e da união estável são idênticas em sua essência, em que os pilares norteadores são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito entre os conviventes. É o entendimento firmado por Luiz Edson Fachin ⁴⁹:

(...) a união estável e o casamento possuem o mesmo substrato material: os laços de afetividade, de solidariedade e de respeito. Desvela-se, portanto, repisando perspectiva já levada efeito em outra oportunidade, que a parificação das condições de companheiro e cônjuge é o caminho a ser seguido na busca da conformação do direito sucessório na tutela constitucional.

⁴⁷ GLAGIANO, Plabo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil. Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1120.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 6º ed rev., atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: método, 2016, p. 1189.

⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson, **Da Inaplicabilidade do art.1.790 do Código Civil**, Instituto dos Advogados do Brasil, Curitiba, ago. 2011, p. 11.

A diferença está assentada na forma de constituição, em que uma celebra o ato formal e solene do matrimônio, gerando efeitos, em contrapartida a união estável é uma situação de fato, em que certos efeitos decorrentes do ato formal não atingem os companheiros, como a emancipação.

Nota-se que a união estável pode ser formada simplesmente por uma escolha de ambos de viver dessa maneira ou por ausência de condições econômicas, em que o casal não formaliza a relação para evitar dispêndios advindos do matrimônio, como a taxa de cartório, não sendo uma opção para essas pessoas.

Portanto, tratar de maneira hierarquizada as entidades familiares é inconstitucional, considerando que a carta magna oferece proteção Estatal e legítima as variadas formas de constituição de família, sendo assim, não é possível que as leis- incluindo o código civil de 2002- disponham de maneira diversa. Nesse sentido, resta evidente o teor inconstitucional do artigo 1.790 do referido código.

Luiz Edson Fachin aborda o tema da seguinte forma⁵⁰:

(...) o artigo 1.790 do CCB efetiva injustificada diferenciação de condições sucessórias ao convivente, se colocado em contraste às mesmas condições dispensadas ao cônjuge, ensejando uma hierarquização de entidades familiares, que vai ao encontro da determinação constitucional retratada no artigo 226 e parágrafos da Constituição Federal, o que se reflete numa violação à dignidade da pessoa humana por impor, quantitativa e qualitativamente, condições (reais) distintas de desenvolvimento da personalidade tão somente pela escolha da entidade familiar. Conclui-se pela impossibilidade de aplicar o artigo 1.790 do CCB em acordo com o Texto Magno, perspectiva que redundaria no reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelas razões expostas em momentos precedentes.

Sabe-se que as normas possuem como parâmetro os preceitos dispostos na constituição federal de 1988, não sendo possível afrontá-la e, caso isso ocorra, será submetida a controle de constitucionalidade, em que poderá ser declarada inconstitucional - caso esse ocorrido pelo dispositivo em análise em que a decisão será abordada mais adiante.

Ante tal contexto, considerando que a carta magna confere proteção plena ao

⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson, **Da Inaplicabilidade do art.1.790 do Código Civil**, Instituto dos Advogados do Brasil, Curitiba, ago. 2011, pp. 20-21.

indivíduo, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a proteção da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da CRFB/88, aliada aos princípios da igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB/88) e da solidariedade (art. 3º, I, CRFB/88), o mais plausível seria a equiparação dos institutos que tutelam a família - reconhecido tal direito recente pelo Supremo, como será abordado no próximo capítulo - e considerar, assim como o cônjuge, o companheiro herdeiro necessário.⁵¹

⁵¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, **Sucessão dos descendentes, sucessão dos cônjuges e sucessão da união estável**, in coletânea de textos CEPAD 09/2003, editora espaço jurídico, pp. 21 e 23.

3. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS Nº 878.694/MG E Nº 646.721/RS

No dia 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou o mérito dos temas 809 e 498 com repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, concedeu provimento aos recursos - Recurso Extraordinário nº 878.694/MG⁵² e Recurso Extraordinário nº 646.721/RS⁵³, respectivamente, reconhecendo de forma incidental a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, declarando o direito dos recorrentes de participar da herança de seu companheiro de acordo com o regime jurídico firmado no artigo 1.829 do CC/2002.

O tribunal fixou a tese em Plenário nos seguintes termos:

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 art. 1.829 do CC/2002.

Dessa forma, o Supremo declarou a inconstitucionalidade incidental do ato normativo previsto no artigo 1.790 do CC/2002, equiparando as formas de tratamento relativas aos regimes sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, aplicando o disposto no artigo 1.829 do CC/2002⁵⁴ que era aplicado em momento anterior à decisão analisada somente ao casamento.

Verificou-se no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG que a recorrente vivia em união estável, em regime de comunhão parcial de bens, há cerca de 09 (nove) anos,

⁵² RE 878694/MG, STF, Relator Min. Roberto Barroso, Data da publicação do acórdão no DJE 06/02/2018.

⁵³ RE 646721/RS, STF, Relator Min. Roberto Barroso, Data da publicação do acórdão no DJE 11/09/2017.

⁵⁴ 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; 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.

até que seu companheiro veio a falecer, sem deixar testamento. O falecido não possuía descendentes nem ascendentes, mas apenas três irmãos. Diante desse contexto, o Tribunal de origem, com fundamento no art. 1.790, III, do CC/2002, limitou o direito sucessório da recorrente a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, excluindo-se os bens particulares do falecido, os quais seriam recebidos integralmente pelos irmãos. Porém, caso fosse casada com o falecido, a recorrente faria jus à totalidade da herança.⁵⁵

Realizando uma análise da trajetória da Suprema Corte culminando na referida decisão, observa-se que, em 31 de agosto de 2016, foram prolatados sete votos seguindo o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. São eles: Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia. O Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos, motivo pelo qual o julgamento não foi encerrado na época.

O ministro Dias Toffoli, após o pedido de vista, em seu voto prolatado em 30 de março de 2017, entendeu pela constitucionalidade do dispositivo, argumentando que haveria justificativa constitucional para o tratamento diferenciado entre o casamento e a união estável.

O ministro Marco Aurélio pediu nova vista e requereu o apensamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG ao Recurso Extraordinário nº 646.721/RS, para que fosse realizado um único julgamento, sendo que o segundo envolve a sucessão do companheiro homoafetivo, no qual o referido ministro era relator. Em maio de 2017, os julgamentos de ambos os processos foram retomados, começando pelo último.

O Ministro Marco Aurélio afirmou não existir distinção entre a união estável homoafetiva e a união estável heteroafetiva, considerando o decidido no julgamento da ADPF 132/RJ, em 2011, em que se reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico. No entanto, quanto ao tratamento diferenciado entre a união estável e o casamento, considerou constitucional, sendo favorável à manutenção do teor do artigo 1.790 do Código Civil.

⁵⁵ STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, com repercussão geral, p. 08, disponível em: <www.stf.jus.br>, acesso em: 11 jun 2018.

A favor da constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, apenas seguiu o voto do relator o Ministro Ricardo Lewandowski. Observando o conteúdo do artigo 226, §3º da CRFB/1988, entendeu que a distinção entre casamento e união estável feita pelo constituinte justifica o tratamento diferenciado no que diz respeito ao regime sucessório das pessoas que optam por uma dessas duas situações ou por um desses dois regimes.

Prevaleceu a posição dos Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes. O último magistrado não votou no processo anterior, pois o Ministro Teori Zavascki ocupava o cargo na época, entretanto, proferiu seu entendimento no caso envolvendo a sucessão homoafetiva. Com isso, o julgamento do tema 498 foi de 7 (sete) votos a 2 (dois), ausentes o Ministro Dias Tofolli e Celso de Mello.

O Supremo firmou o seguinte entendimento, conforme o Informativo nº 864⁵⁶:

O Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a Constituição prevê diferentes modalidades de família, além da que resulta do casamento. Entre essas modalidades, está a que deriva das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva.

Frisou que, após a vigência da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996).

O Código Civil, no entanto, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Dessa forma, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração.

O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.

Quanto ao Recurso Extraordinário nº 878.694/94 MG os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski mantiveram seus posicionamentos do processo anterior e entenderam pela constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, da mesma forma

⁵⁶ Informativo nº 864. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

compreendeu o Ministro Dias Toffoli. Para eles, a norma civil apontada como inconstitucional não hierarquiza o casamento em relação à união estável, mas acentua serem formas diversas de entidades familiares. Afirmaram que deve ser respeitada a opção dos indivíduos que decidem submeter-se a um ou a outro regime. No tema 809, foram 07 (sete) votos favoráveis à inconstitucionalidade do referido artigo contra 03 (três) a favor, ausente somente o Ministro Gilmar Mendes.

Assim, firmou-se o entendimento no Informativo nº 864 pela Suprema Corte⁵⁷:

O Supremo Tribunal Federal afirmou que a Constituição contempla diferentes formas de família, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. Portanto, não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada por casamento e a constituída por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares mostra-se incompatível com a Constituição.

O art. 1.790 do Código Civil de 2002, ao revogar as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.

Portanto, as referidas decisões significaram grande avanço em âmbito sucessório e mudança na concepção ultrapassada de tratar de maneira hierarquizada as concepções de família, em que se considerava o casamento a constituição de família legítima e superior em detrimento da união estável. Com o advento desse entendimento firmado pela Suprema Corte, unificou-se a interpretação dessa matéria, gerando precedentes para julgamentos posteriores, que devem aplicar o determinado pela decisão.

Assim, não é possível considerar legítimo o tratamento diferenciado entre o matrimônio e a união estável, motivo pelo qual o artigo 1.790 do Código Civil foi considerado inconstitucional, devendo ser aplicado aos casos de tratamento sucessório do companheiro sobrevivente o mesmo que é aplicado ao cônjuge, qual seja, o artigo 1.829 do citado diploma legal, equiparando, portanto, os regimes.

⁵⁷ Informativo nº 864. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

O tratamento díspare entre as diferentes formas de constituição familiar fere a constituição federal, que contempla diferentes formas de composição de família. Além disso, o fato de o artigo 1.790 do diploma legal civil conferir direitos diversos ao companheiro de forma inferior aos direitos conferidos aos cônjuges, significa grande afronta a diversos princípios que norteiam o ordenamento jurídico, tais como, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, vedação ao retrocesso e da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente. Logo, resta evidente o caráter inconstitucional da referida norma legal.

Com isso, a ementa da decisão do julgamento que declarou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil foi elaborada da seguinte forma pelo ministro relator ⁵⁸:

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 desequilibrar, 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”.

Um dos fundamentos para a tese de inconstitucionalidade do dispositivo trazida pelo Min.Relator Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 878694/MG é o de que o sistema sucessório anterior ao código civil de 2002, determinado pelas leis n.º 8.971/1994 e 9.278/1996, era mais favorável ao companheiro do que a legislação vigente, verificando-se, portanto, um grande retrocesso em termos sucessórios.

⁵⁸ STF, RE 878694/MG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018.

Essa conclusão é extraída do fato que era comum na vigência do código civil de 1916, em seu artigo 1.603, a equiparação do casamento à união estável na sucessão, em que o companheiro era incluído no rol do artigo citado ao lado do cônjuge. Logo, resta evidente o retrocesso, regredindo na forma de pensar e de se tratar a questão sucessória do companheiro.⁵⁹

O ministro Barroso afirmou que o fato do artigo 226 da CRFB/88 determinar a conversão da união estável em casamento não significa preferência constitucional pelo casamento em detrimento da união estável, não significando hierarquização das formas familiares. Esclarece no julgamento do processo, que o objetivo da previsão constitucional foi somente no intuito de garantir maior segurança jurídica às relações sociais. De fato, uniões formalizadas trazem maior segurança jurídica às relações, o que o casamento proporciona. No entanto, apesar da diferença quanto à formalidade na constituição do casamento, essa não deve ser motivo a ensejar diferença no tratamento conferido ao companheiro quanto ao respeito e à dignidade da pessoa.

Analisando o voto do relator, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do código civil se faz presente pela violação a 03 (três) princípios constitucionais, a saber: o da dignidade da pessoa humana; o da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e o da vedação ao retrocesso.

Para o ministro, a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como valor intrínseco que postula que todos os indivíduos possuem igual valor e, por tal motivo, merecem o mesmo respeito. Partindo dessa premissa, verifica-se a proibição de discriminações ilegítimas, sobretudo, acerca das diferentes formas de constituição de família, considerando que o direito sucessório brasileiro determina como legítimo e protege os diversos arranjos familiares.

Quanto à violação da proporcionalidade, verifica-se na vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados, o que ocorria

⁵⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 8º ed rev., atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: método, 2018, p. 1722.

em relação à união estável no plano sucessório.⁶⁰ Assim, compreende o Ministro Roberto Barroso em seu voto ⁶¹:

A ideia nesse caso é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes (...)No caso em discussão, a violação à proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é bastante evidente. Como se viu, o conjunto normativo resultante do art. 1.790 do Código Civil veicula uma proteção insuficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em união estável. A depender das circunstâncias, tal regime jurídico sucessório pode privar o companheiro supérstite dos recursos necessários para seguir com sua vida de forma digna. Porém, a deficiência da atuação estatal em favor da dignidade humana dos companheiros não é justificada pela tutela de nenhum outro interesse constitucional contraposto. Conforme já analisado, não se pode defender uma preferência constitucional ao casamento para justificar a manutenção da norma do Código Civil menos protetiva da união estável em relação ao regime sucessório aplicável. À luz da Constituição de 1988, não há hierarquia entre as famílias e, por isso, não se pode desigualar o nível de proteção estatal a elas conferido.

No que concerne ao princípio da vedação ao retrocesso, o relator afirma que o sistema sucessório anterior ao código civil de 2002, qual seja, as leis n.ºs 8.971/1994 e 9.278/1996, era mais favorável ao companheiro do que a determinação trazida pelo diploma legal de 2002, mostrando-se, portanto, inviável esse retrocesso no tratamento sucessório.

Logo, o relator do processo concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do código civil de 2002, observando a inconstitucionalidade no tratamento diverso nos regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, entendendo que deve ser aplicado o regime do artigo 1.829 do código civil de 2002, aplicando-se à união estável, assim como ao casamento, incluindo o companheiro na ordem de sucessão legítima.

O relator do processo informou que a decisão não atinge as partilhas judiciais e extrajudiciais já realizadas, visando proteger o direito adquirido e a segurança jurídica, entendendo pela modulação dos efeitos da decisão, aplicando-se o entendimento firmado somente aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 8º ed rev., atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: método, 2018, p. 1724.

⁶¹ STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, com repercussão geral, p. 33-34, disponível em:<www.stf.jus.br>, acesso em: 11 jun 2018.

julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública. Assim declara o ministro ⁶²:

levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora firmado. 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.

Apesar da decisão enfrentar a questão referente à modulação dos efeitos, referindo-se ao momento em que passaria a surtir efeitos o entendimento estabelecido nos autos do processo, outros questionamentos permaneceram sem respostas, pois não se enfrentou diretamente, os casos de o companheiro ser considerado herdeiro necessário e o relativo ao direito real de habitação. Parte considerável da doutrina compreende pela equiparação total entre cônjuge e companheiro em termos sucessórios, como entende Flávio Tartuce ⁶³: “A posição desse autor, que merece ser mais uma vez 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 (...)”

Após a decisão do Supremo equiparando os institutos entendeu o Superior Tribunal de Justiça ^{64 65 66}:

⁶² STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, com repercussão geral, p. 40, disponível em: <www.stf.jus.br>, acesso em: 11 jun 2018.

⁶³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 8º ed rev., atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: método, 2018, p. 1725.

⁶⁴ STJ, REsp 1357117 / MG RECURSO ESPECIAL 2012/0257043-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, data do julgamento: 13/03/2018, data da publicação: DJe 26/03/2018) 10/06/2018, disponível em < www.stj.com.br>, acesso em: 10 jun 2018.

⁶⁵ STJ, REsp 1139054 / PR RECURSO ESPECIAL 2009/0086949-3, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES, QUARTA TURMA, data do julgamento: 06/02/2018, data da publicação: DJe 09/02/2018, disponível em <www.stj.com.br>, acesso em: 10 jun 2018.

⁶⁶ STJ, REsp 1332773 / MS RECURSO ESPECIAL 2012/0139674-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, data do julgamento: 27/06/2017, data da publicação: DJe 01/08/2017, disponível em <www.stj.com.br>, acesso em: 10 jun 2018.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS

SUCESSÕES. UNIÃO ESTÁVEL. ART. 1.790 DO CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.829 DO CC/2002. APLICABILIDADE. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. PARTILHA. COMPANHEIRO. EXCLUSIVIDADE. COLATERAIS. AFASTAMENTO. ARTS. 1.838 E 1.839 DO CC/2002. INCIDÊNCIA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime do 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).
3. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, ressalvada disposição de última vontade.
4. Os parentes colaterais, tais como irmãos, tios e sobrinhos, são herdeiros de quarta e última classe na ordem de vocação hereditária, herdando apenas na ausência de descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro, em virtude da ordem legal de vocação hereditária.
5. Recurso especial não provido.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SUCESSÕES. ARROLAMENTO DE BENS. EX-COMPANHEIRA. DESCOMPASSO ENTRE SUCESSÃO DE CÔNJUGE E SUCESSÃO DE COMPANHEIRO. HABILITAÇÃO NO INVENTÁRIO DEVIDA. DIREITO AO USUFRUTO VIDUAL. NÃO CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SUCESSÃO QUE DEVE OBSERVAR O REGIME ESTABELECIDO NO ART. 1.829 DO CC/2002. RECURSO PROVIDO.

1. Referida controvérsia foi enfrentada recentemente pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, em que se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, em que se propôs a 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 Código Civil de 2002."
2. O recurso especial deve ser provido apenas para negar o direito da recorrida ao usufruto vidual, mantendo-a habilitada nos autos do arrolamento/inventário, devendo ser observados e conferidos a ela os direitos assegurados pelo CC/2002 aos cônjuges sobreviventes, conforme o que for apurado nas instâncias ordinárias acerca de eventual direito real de habitação.
3. Recurso especial provido.

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 n°s 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 *discrímen* à falta de justo motivo no plano sucessório.
4. Recurso especial provido.

Observa-se que a Corte, em conformidade com a decisão do Supremo sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e aplicação analógica ao companheiro do dispositivo relativo ao cônjuge, qual seja, o artigo 1.829 do referido diploma legal, tem decidido na mesma linha de raciocínio, afastando a sucessão dos colaterais do *de cujus* e atribuindo toda a herança ao companheiro, aplicando-se, com isso, o artigo destinado ao cônjuge.

Sabe-se que anteriormente à decisão do Supremo sobre o caso em comento os Tribunais Estaduais possuíam visões diversas acerca da questão, julgando de maneira conflitante. Assim, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, entendiam pela constitucionalidade do dispositivo sob análise. Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manifestou-se pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02, conforme se extrai dos julgados ⁶⁷ ⁶⁸ ⁶⁹ ⁷⁰ ⁷¹ ⁷² a seguir:

⁶⁷ TJSP; Agravo de Instrumento 2215373-97.2016.8.26.0000; Relator (a): Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Vinhedo - 2ª Vara; Data do Julgamento: 25/04/2017; Data de Registro: 25/04/2017, disponível em < www.tjsp.com.br>, acesso em: 10 jun 2018.

⁶⁸ TJSP; Agravo de Instrumento 2150854-50.2015.8.26.0000; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 2ª. Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 16/03/2016; Data de Registro: 30/03/2016, disponível em < www.tjsp.com.br>, acesso em: 10 jun 2018.

⁶⁹ TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.16.084990-7/001, Relator(a): Des.(a) Carlos Roberto de Faria , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/04/0017, publicação da súmula em 02/05/2017, disponível em <www.tjmg.com.br>, acesso em: 10 jun 2018.

⁷⁰ TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0701.15.038850-5/001, Relator(a): Des.(a) Moreira Diniz , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/03/2017, publicação da súmula em 07/03/2017, disponível em <www.tjmg.com.br>, acesso em: 10 jun 2018.

Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que determinou a observância do art. 1790, do Código Civil na sucessão da companheira. Inconformismo. Descabimento. União estável. Sucessão da companheira. Partilha de bens. Constitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, declarada pelo C. Órgão Especial desta Corte. Incidência do art. 1790, do Código Civil, sob pena de violação à cláusula de reserva de plenário. Decisão mantida. Recurso improvido.

Agravo de instrumento – Inventário – União estável – Sucessão da companheira – Concorrência à herança com os filhos comuns e exclusivos do falecido – Decisão que determinou a aplicação do art. 1.790, inciso I, do CC – Recurso dos interessados – Alegação de que o dispositivo invocado seria inconstitucional – Descabimento – Constitucionalidade da norma declarada pelo Órgão Especial desta Corte – Vinculação do Órgão fracionário ao entendimento exarado – Inteligência do art. 97 da CF e da Súmula Vinculante n.º 10 do STF – Filiação híbrida, contudo, cuja sucessão não possui previsão legal – Aplicação, por analogia, do art. 1.790, inciso II, do CC – Precedentes desta Corte e Câmara – Decisão reformada apenas para esse fim – AGRAVO PROVIDO EM PARTE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - SUCESSÃO - UNIÃO ESTÁVEL-COMPANHEIRA - MEEIRA E HERDEIRA - ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. - A constitucionalidade do artigo 1790, III do Código Civil foi reconhecida por este Tribunal de Justiça.
- O Código Civil previu duas normas distintas para regular a sucessão: uma, para a hipótese de união estável, a presente no artigo 1.790, e outra para a hipótese de casamento, no artigo 1.829. Desta forma, não subsiste o argumento do magistrado afirmando que é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros.
- A agravante, na condição de companheira, deverá figurar como meeira e herdeira, concorrendo na herança, a companheira sobrevivente e os herdeiros sucessíveis, na forma do artigo 1.790, inciso III.

DIREITO DAS SUCESSÕES - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - COMPANHEIRA SOBREVIVENTE - DIREITO À MEAÇÃO E À HERANÇA - ARTIGO 1.790, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL - CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL - RECURSO PROVIDO.
- Nos moldes do artigo 1.790, inciso II, do Código Civil, a companheira sobrevivente tem direito à meação, em razão do término da união estável, e à herança, decorrente do óbito do companheiro, sendo descabidas as alegações de inconstitucionalidade do referido dispositivo, tendo em vista o julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade n.º. 1.0512.06.032213-2/002, pelo Órgão Especial deste egrégio Tribunal.

⁷¹ TJRJ, [0005566-66.2016.8.19.0000](http://www.tjrj.com.br) - AGRAVO DE INSTRUMENTO, DÉCIMA SEXTA CÂMARA CIVEL, Des(a). LINDOLPHO MORAIS MARINHO, Data de Julgamento: 30/08/2016, disponível em www.tjrj.com.br, acesso em: 10 jun 2018.

⁷² TJRJ, [0051766-05.2014.8.19.0000](http://www.tjrj.com.br) - AGRAVO DE INSTRUMENTO, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Des(a). MARCO ANTONIO IBRAHIM, Data de Julgamento: 22/10/2014, disponível em www.tjrj.com.br, acesso em: 10 jun 2018.

PROCESSUAL CIVIL E
CONSTITUCIONAL. COMPANHEIRO. SUCESSÃO. CONCORRÊNCIA
COM PARENTES COLATERAIS SUCESSÍVEIS. INCISO III DO ART.
1.790 DO CC. INCONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO PELO
ÓRGÃO ESPECIAL. IMPROVIMENTO DO RECURSO. MANUTENÇÃO
DA DECISÃO AGRAVADA. Por conceder tratamento desigual à
companheira, em relação ao cônjuge, o disposto no art. 1.790, III do CC é
inconstitucional. A matéria já foi apreciada pelo Órgão Especial desta
Tribunal de Justiça, em duas oportunidades, o que dispensa nova Arguição de
Inconstitucionalidade. Precedentes do TJERJ. Recurso ao qual se nega
provimento.

Direito civil. Sucessão. Companheira. Exegese do disposto no artigo 1.790 do Código Civil. Concorrência com colaterais. Decisão agravada que reconheceu a companheira sobrevivente como única herdeira legitimada a figurar como parte na ação de inventário, deferindo sua habilitação e a nomeando inventariante. Afastamento da irmã do falecido para concorrer à herança. Em que pese o casamento e a união estável encerrarem situações algo diversas, ambos constituem entidades familiares com especial proteção do Estado, consoante o disposto no artigo 226 da Constituição Federal e, portanto, devem receber o mesmo tratamento em tema de sucessão "causa mortis". Segundo a lei, a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decretou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 1.790, III do Código Civil, em decisão vinculativa para os demais órgãos fracionados desta Corte, a teor do disposto no artigo 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Assim, os direitos sucessórios da companheira se equiparam à situação legal do cônjuge sobrevivente, conforme previsto no artigo 1.829, III do Código Civil. Recurso desprovido.

Logo, observa-se que o entendimento dos Tribunais era controverso quanto à sucessão legítima, sendo perceptível a diversidade de posicionamento tanto em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial. As decisões do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nº 878.696/MG e nº 646.721/RS com repercussão geral surgem para consolidar a questão e dirimir as controvérsias, demonstrando estabilidade e certeza para o tema, cuja importância é significativa para a sociedade. No entanto, com o advento das decisões surgiram questionamentos doutrinários que serão abordados no próximo capítulo.

4. COMPANHEIRO: HERDEIRO NECESSÁRIO OU FACULTATIVO APÓS DECISÃO DO STF? OBSCURIDADES E CONTROVÉRSIAS

É notório que após os julgados do Supremo surgiram questionamentos doutrinários no sentido de indagar se o companheiro, em decorrência da decisão, é considerado herdeiro necessário para fins sucessórios, equiparando-se ao cônjuge nesse sentido, ou se é herdeiro facultativo.

A tese de repercussão geral fixada para ambos os processos determinou que ^{73 74}: “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.”

As decisões dos Recursos Extraordinários nº 878.694-MG e nº 646.721-RS, apesar de equiparar a sucessão do cônjuge e do companheiro, não deixaram claro se o companheiro é considerado herdeiro necessário assim como o cônjuge, conforme o artigo 1.845 ⁷⁵ do Código Civil de 2002.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), por meio dos advogados Rodrigo da Cunha Pereira (Presidente Nacional do IBDFAM), Maria Berenice Dias (Vice-Presidente Nacional do IBDFAM), Ana Luiza Maia Nevares e Ronner Botelho Soares, opôs embargos de declaração ao Recurso Extraordinário nº 646.721-RS em 29/09/2017, após a publicação do acórdão em 11/09/2017, e ao Recurso Extraordinário nº 878.694-MG em 26/02/2018, após a publicação do acórdão em 06/02/2018, em que o acórdão se omitiu, em ambos os casos, em relação aos demais dispositivos legais que regulam a sucessão hereditária do cônjuge.

⁷³ STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, com repercussão geral, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>>, acesso em: 23 jun 2018.

⁷⁴ STF, Recurso Extraordinário 646.721/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.05.2017, com repercussão geral, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>>, acesso em: 23 jun 2018.

⁷⁵ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

A tese de repercussão geral fixada apresenta omissão, pois, ao concluir pela inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, determina que seja aplicado a ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil. No entanto, o regime sucessório do cônjuge não se restringe ao artigo 1.829 do referido diploma legal, que prevê a ordem de vocação hereditária. O regime em tela engloba diversos dispositivos, como o art. 1.831, que prevê o direito real de habitação para o cônjuge, os artigos 1.832 e 1.837 que tratam da partilha entre o cônjuge e os descendentes e os ascendentes, assim como o artigo 1.845, que prevê quem são os herdeiros necessários, a quem o ordenamento jurídico garante uma reserva hereditária no que tange à obrigatoriedade de sua observação pelo testador.

Verifica-se que a questão, que merece uma especial análise, envolve o fato de o companheiro estar enquadrado na categoria de herdeiro necessário, uma vez que, diante da conclusão de que é inconstitucional tratar cônjuge e companheiro de forma desigual na sucessão hereditária, a ele não pode ser negada a reserva hereditária.

Com isso, busca-se esclarecer as obscuridades que versam sobre a questão, sendo o assunto mais sensível se o companheiro é considerado herdeiro necessário, significando sua inclusão no rol do artigo 1.845 do código civil, garantindo-lhe a reserva hereditária, assim como é atribuída ao cônjuge.

Para isso, imprescindível se faz tecer uma análise doutrinária sobre as diferentes perspectivas sobre o tema.

Ana Luiza Maia Nevares afirma que não se pode haver distinção entre cônjuge e companheiro na sucessão hereditária. Ressalta, ainda, que não se trata de institutos idênticos, sendo certo que união estável e casamento são diversos. Entretanto, no que se refere à solidariedade familiar, a distinção entre cônjuge e companheiro não deve existir. Partindo da premissa de que a decisão do Supremo equiparou cônjuge e companheiro na sucessão hereditária, desse modo, deve-se considerar o companheiro herdeiro necessário, assim como o cônjuge, conferindo o mesmo tratamento ao casamento e à união estável. E a mencionada jurista afirma na notícia veiculada pelo

IBDFAM⁷⁶:

A meu ver, a decisão do Supremo está correta. É inconstitucional tratar cônjuge e companheiro de forma desigual na sucessão hereditária. Isso não significa dizer que se trata de institutos idênticos, pois união estável e casamento não são institutos iguais. Mas nos aspectos que se relacionam na solidariedade familiar, ou seja, nas esferas que tem como fundamento a família, não pode haver distinção entre cônjuge e companheiro.

Por essa razão é que, a meu ver, o Supremo deve dizer que o companheiro é herdeiro necessário, porque todo o fundamento do acórdão foi no sentido de que não é possível tratar cônjuge e companheiro de forma desigual na sucessão hereditária. Então, se o cônjuge é herdeiro necessário, não haveria sentido em dizer que o companheiro não é. O impacto é justamente tratar da mesma forma quem vive em união estável e quem vive em casamento na sucessão hereditária.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho questiona-se se o *de cujus* poderia dispor de todo seu patrimônio em testamento, sem incluir o companheiro, ou se seria hipótese de considerá-lo herdeiro necessário, possuindo, portanto, parte do patrimônio resguardada. O artigo 1.845 contempla como herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge, entretanto, o artigo 1.850 do referido código permitiu a exclusão dos colaterais da sucessão, não se referindo, portanto, ao companheiro. Para resolver esse questionamento, deve-se ter como parâmetro a constituição familiar e sua proteção, sendo a união estável protegida constitucionalmente (artigo 226, §3º, CF), assim, em razão desse fundamento, o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário.⁷⁷

Deve-se, portanto, extinguir a distinção no tratamento conferido ao cônjuge e ao companheiro quanto à sucessão, considerando que não há justificativas que sustentem tal diferença, passando a reconhecer o companheiro como herdeiro necessário, como preceitua Inácio de Carvalho Neto.⁷⁸

O não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário implicaria o

⁷⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. **IBDFAM protocolou no STF embargos de declaração sobre concorrência sucessória cônjuge-companheiro**. *Net*, fev. 2018. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6540/IBDFAM+protocolou+no+STF+embargos+de+declara%C3%A7%C3%A3o+sobre+concorr%C3%Aancia+sucess%C3%B3ria+c%C3%B4njuge-companheiro>> Acesso em: 14 jun. 2018.

⁷⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, **Sucessão dos descendentes, sucessão dos cônjuges e sucessão da união estável**, in coletânea de textos CEPAD 09/2003, editora espaço jurídico, pp. 21 e 23.

⁷⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, pp. 200.

possível afastamento do mesmo na sucessão por testamento, da mesma forma que acontece com os colaterais, em que há a possibilidade do testador não deixar seu patrimônio para essas pessoas, optando em testar em favor de outra pessoa de sua escolha.⁷⁹

Parte considerável da doutrina compreende pela equiparação total entre cônjuge e companheiro em termos sucessórios, como entende Flávio Tartuce⁸⁰:

A posição desse autor, que merece ser mais uma vez 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 (...)

Maria Berenice Dias integra a parcela da doutrina que coaduna com esse posicionamento, considerando o companheiro como herdeiro necessário, assim como o cônjuge é considerado, de acordo com o artigo 1.845 do código civil. A linha de raciocínio da autora entende o seguinte⁸¹:

Como se trata de direito assegurado por lei, cônjuges e companheiros são herdeiros necessários, ao menos quanto à fração a que fazem jus a título de direito concorrente. Desse modo, já que o testador pode impor restrições ao quinhão dos herdeiros necessários, também pode clausular os bens correspondentes ao direito de concorrência. Assim, pode clausular de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade aos bens que o cônjuge ou o companheiro irão receber (CC 1.848).

Já que o direito de concorrência transforma cônjuge e companheiro em herdeiros necessários, sobre a porção da herança que recebem a este título, eles estão sujeitos à exclusão. Basta que atentem contra a vida, a honra ou a liberdade do autor da herança, casos em que poderão ser deserdados ou declarados indignos.

Resta evidente a posição de Maria Berenice Dias quanto à equiparação total entre cônjuge e companheiro em termos sucessórios, partindo da premissa que se o casal optou por viver conjuntamente, as consequências de ordem patrimonial e sucessória devem ser as mesmas, não importando, com isso, se o casal resolveu formalizar a união

⁷⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 193.

⁸⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 8º ed rev., atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: método, 2018, p. 1725.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões (livro eletrônico)**. 3. Ed. em e-book baseada na 4. Ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158.

por meio do casamento ou se decidiu viver em união estável. É o que se extrai do artigo publicado pela autora no IBDFAM após as decisões do Supremo ⁸²:

Ora, de todo descabido tentar limitar a decisão à questão da concorrência sucessória. O STF limitou-se a apreciar o objeto da ação. Não poderia transbordar dos limites da demanda. No entanto, como o fundamento foi a afronta ao princípio da igualdade, não tem aplicação somente quanto à forma de divisão do patrimônio quando da morte de um dos parceiros. Espraia-se para toda e qualquer diferenciação tanto no âmbito do Direito de Sucessões como no Direito de Família e em todas as distinções estabelecidas na legislação infraconstitucional.

Diante do atual conceito de família —“vínculo de afeto que gera responsabilidades” —, os direitos e os deveres são os mesmos. Quer o par resolva casar ou viver em união estável. Quem decide constituir uma família assume os mesmos e iguais encargos. É indiferente se forem ao registro civil ou ao tabelionato, ou simplesmente tenham o propósito de viverem juntos.

A pessoa é livre para permanecer sozinha ou ter alguém para chamar de seu. Ao optar por uma vida a dois, as consequências de ordem patrimonial e sucessória precisam ser iguais.

Por outro lado, sustentando posição contrária está Mario Delgado. Entende que a decisão do Supremo não implicou em uma equiparação total entre união estável e casamento. Afirma que casamento e união estável não são iguais, com isso, a equiparação da decisão, segundo entendimento do autor, não é total, mas relativa, pois há normas de solidariedade e formalidade (informação verbal). ⁸³

A equiparação está presente nas normas de solidariedade, nos efeitos da união estável como entidade familiar, a exemplo da presunção de paternidade e nos alimentos devidos. Outras regras decorrem do vínculo de formalidade, como a relativa à existência formal da união estável e do casamento, sendo este constituído pela formalidade e somente se desconstitui pelo divórcio, diferente daquele, que se constitui pela convivência. Nessas regras, portanto, não há equiparação. A sucessão, nesse passo, é um instituto que também apresenta efeitos decorrentes da formalidade, por isso a visão contrária do citado doutrinador à equiparação total entre casamento e união estável. ⁸⁴

⁸² DIAS, Maria Berenice. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento. Net**, jun 2017. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>> Acesso em: 13 jun. 2018.

⁸³ Informação proferida por Mário Delgado na palestra **STF e STJ e últimos julgados no direito de família e sucessões, Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: prós e contras**, ocorrida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, em setembro de 2017.

⁸⁴ Informação proferida por Mário Delgado na palestra **STF e STJ e últimos julgados no direito de família e sucessões, Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: prós e contras**, ocorrida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, em setembro de 2017.

Quanto à extensão da decisão, indagando-se quais os dispositivos da sucessão do cônjuge serão aplicados ao companheiro, o referido autor afirma que as regras decorrentes do vínculo de formalidade não serão aplicadas, aplicando somente os artigos relativos ao vínculo de solidariedade.⁸⁵

Importante salientar que Mario Delgado era a favor da constitucionalidade do artigo 1.790 do CC, mas a partir da decisão do Supremo não há mais questionamento sobre o caso. O autor informa que a decisão se limitou à equiparação quanto ao artigo 1.829 do CC, no entanto, os votos dos ministros trazem ideia mais ampla que o dispositivo citado, perceptível em algumas passagens dos votos em que se referem ao artigo 1.829 e seguintes, a exemplo do voto do Ministro Luís Edson Fachin⁸⁶:

Ademais, para que não se estabeleça indesejável lacuna no ordenamento jurídico quanto ao tema, deve-se aplicar para os integrantes de ambos os modelos de conjugalidade as mesmas regras, quais sejam, aquelas do art. 1.829 e seguintes do Código Civil de 2002.

A partir dessa premissa, indaga-se acerca do que significa a expressão “e seguintes” e quais seriam esses artigos seguintes aplicados. Segundo o entendimento do autor, a interpretação é sistemática, em que a expressão “e seguintes” refere-se ao que integra o capítulo I (“Da Ordem de Vocação Hereditária”) do título II (“Da Sucessão Legítima”), restringindo-se aos artigos 1.829 aos 1.844 do CC, não entrando, portanto, o artigo 1.845 do CC, que pertence ao Capítulo II (“Dos Herdeiros Necessários”).⁸⁷

Logo em seguida, no decorrer da palestra ele desconsidera o argumento da sistematização, considerando que não serão todos os artigos do Capítulo I aplicados à união estável, pois alguns decorrem do vínculo de formalidade, como o artigo 1.830, CC. Assim, reforça a ideia de somente se aplicar as regras de solidariedade à união estável.⁸⁸

⁸⁵ Informação proferida por Mário Delgado na palestra **STF e STJ e últimos julgados no direito de família e sucessões, Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: prós e contras**, ocorrida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, em setembro de 2017.

⁸⁶ STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, com repercussão geral, p. 51, disponível em: <www.stf.jus.br>, acesso em: 13 jun 2018.

⁸⁷ Informação proferida por Mário Delgado na palestra **STF e STJ e últimos julgados no direito de família e sucessões, Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: prós e contras**, ocorrida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, em setembro de 2017.

⁸⁸ Informação proferida por Mário Delgado na palestra **STF e STJ e últimos julgados no direito de**

Por fim, Mario Delgado responde o questionamento se após a decisão do Supremo o companheiro se tornou herdeiro necessário. Para o autor, o companheiro não é herdeiro necessário e, para sustentar seu ponto de vista, apresenta 04 (quatro) argumentos.⁸⁹

O primeiro engloba o fato de o STF não ter afirmado que o companheiro se tornou herdeiro necessário, ausente tanto na tese de repercussão geral quanto nos votos da decisão e, com isso, não há como deduzir tal afirmação. Os votos versam sobre a ideia de que todos os efeitos sucessórios do casamento se aplicarão à união estável. Efeitos sucessórios consistem na transmissão da herança, cálculo de quinhão, dentre outros, diferentemente da posição de herdeiro necessário, que decorre do vínculo de formalidade, não sendo caracterizado como efeito sucessório.⁹⁰

O segundo argumento consiste em afirmar que a qualificação do cônjuge, do casamento ou do companheiro e da união estável decorre do atendimento de formalidades exigidas por lei. Da mesma forma, o *status* conferido ao herdeiro necessário também é derivado do preenchimento dos requisitos legais, o que não ocorre com o companheiro.⁹¹

O terceiro versa sobre a linha de raciocínio de que restringir a liberdade testamentária do autor da herança é antítese da solidariedade, a qual se pretende assegurar. Logo, a herança obrigatória e forçada não estimula ninguém a incentivar o vínculo afetivo, que é o fundamento do direito sucessório: o afeto.⁹²

família e sucessões, Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: prós e contras, ocorrida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, em setembro de 2017.

⁸⁹ Informação proferida por Mário Delgado na palestra **STF e STJ e últimos julgados no direito de família e sucessões, Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: prós e contras**, ocorrida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, em setembro de 2017.

⁹⁰ Informação proferida por Mário Delgado na palestra **STF e STJ e últimos julgados no direito de família e sucessões, Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: prós e contras**, ocorrida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, em setembro de 2017.

⁹¹ Informação proferida por Mário Delgado na palestra **STF e STJ e últimos julgados no direito de família e sucessões, Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: prós e contras**, ocorrida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, em setembro de 2017.

⁹² Informação proferida por Mário Delgado na palestra **STF e STJ e últimos julgados no direito de família e sucessões, Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: prós e contras**, ocorrida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, em setembro de 2017.

O quarto argumento afirma ser o artigo 1.845 do código civil - o qual contempla o rol de herdeiros necessários -, norma restritiva de direitos, em que não se pode ter interpretação extensiva, sendo o rol taxativo, *numerus clausus*, não sendo, portanto, exemplificativo, *numerus apertus*. Nessa perspectiva, partindo da constatação de que o companheiro não participa do rol do artigo 1.845 do CC, conclui-se que ele não é herdeiro necessário.⁹³

Em conformidade com a posição contrária a da Suprema Corte nos importantes julgados está Rodrigo da Cunha Pereira, em que afirma que o STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável ao casamento. Argumenta que a equiparação significa grande interferência do Estado na vida privada dos indivíduos e que a forma como a união estável vem sendo regulada afasta-a de sua ideia original de não se submeter a certas regras. Sendo assim, sustenta seu posicionamento de que a união estável perdeu sua total liberdade a partir do julgamento do STF, significando seu fim, já que decorrem dela todos os direitos do casamento. Nesse sentido, expõe⁹⁴:

O problema dessa igualização *in totum*, e que vem em nome do discurso da igualdade, é que ela provoca uma interferência excessiva do Estado na vida privada do cidadão. A partir desse julgamento, acabou a liberdade de não casar. Se estou vivendo com alguém, quero fugir das regras rígidas do casamento, busco uma alternativa a ele para constituir minha família e quero escolher que minha herança não vá para minha companheira, não posso mais escolher outro caminho. Com essa decisão, as uniões estáveis tornaram-se um casamento forçado. Esse é o paradoxo desta importante e bem intencionada decisão. Aliás, a regulamentação de união estável é mesmo paradoxal: quanto mais é regulamentada, para aproximá-la do casamento, mais se afasta de sua ideia original, que é exatamente não se submeter a determinadas regras.

A união estável, que era também chamada de união livre, perdeu sua total liberdade com o referido julgamento do STF, ao equiparar todos os direitos entre as duas formas de família. Isso significa o fim da união estável, já que dela decorrem exatamente todos os direitos do casamento. A partir de agora, quando duas pessoas passarem a viver juntas, talvez elas não saibam, mas terão que se submeter às idênticas regras do casamento, exceto em relação às formalidades de sua constituição.

Sendo favorável à tese de não considerar o companheiro como herdeiro

⁹³ Informação proferida por Mário Delgado na palestra **STF e STJ e últimos julgados no direito de família e sucessões, Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: prós e contras**, ocorrida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, em setembro de 2017.

⁹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável ao casamento**. Net, jun 2017. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1220/STF+acabou+com+a+liberdade+de+n%C3%A3o+casar+ao+igualar+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+a+casamento>> Acesso em: 13 jun. 2018.

necessário está Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Apesar de os autores firmarem pensamento no sentido da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, afirmando que devem ser aplicadas ao companheiro as regras referentes ao cônjuge, quanto à questão de considerar o companheiro herdeiro necessário os autores discordam, por considerar norma restritiva da liberdade testamentária, a qual não comporta interpretação extensiva. É o que sustentam ⁹⁵:

Nesse contexto de grande divergência doutrinária, é firme o nosso pensamento no sentido da inconstitucionalidade do art. 1.790, na medida em que afronta o princípio da vedação ao retrocesso, ao menoscabar a dignidade conferida à união estável, como núcleo afetivo familiar, pelo art. 226, §3º, da Constituição Federal.

Sempre sustentamos, nesse diapasão, a ineficácia desse dispositivo, devendo-se aplicar, portanto, em favor da companheira (ou companheiro) viúva (o), o regramento do cônjuge sobrevivente, com exceção da regra que confere a este último a condição de herdeiro necessário (art. 1.845), na medida em que, por se tratar de norma restritiva da liberdade testamentária do falecido, não comportaria interpretação extensiva.

Entretanto, não merecem prosperar esses argumentos por parte da doutrina contrária ao reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário. Com a finalidade de refutar esse posicionamento, necessário fazer uma análise mais aprofundada do tema.

O assunto em tela envolve a sucessão legítima, instituto esse que determina a transferência do patrimônio do *de cuius* a quem a lei elege como herdeiro legítimo (art. 1.829, CC⁹⁶). A legítima é composta pelos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge, conforme artigo 1.845 do CC ⁹⁷) e pelos herdeiros facultativos (colaterais até quarto grau – artigo 1.829, IV, CC - e companheiro – artigo 1.790, CC). Na ausência de herdeiros e sem disposição testamentária, a herança é declarada vacante, destinando-se ao Município, conforme artigo 1.844, CC ⁹⁸. Tratando-se de herdeiros necessários, a eles é reservada a legítima, que consiste em metade do patrimônio do *de*

⁹⁵ GLAGIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil. Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1537.

⁹⁶ 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; 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.

⁹⁷ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

⁹⁸ Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas

cujus (artigo 1.846, CC⁹⁹), tornando-o indisponível. Somente a outra metade é disponível, podendo o titular doar ou testar.

Observa-se que as decisões do Supremo equipararam os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro, aplicando ao último a disposição relativa ao cônjuge, qual seja, o artigo 1.829, CC. No entanto, apesar do STF ter equiparado os regimes, não mencionou se o companheiro também se tornou herdeiro necessário. Sabe-se que é possível o afastamento dos colaterais da sucessão, na hipótese de o testador não contemplá-los ao elaborar o testamento, como determina o artigo 1.850, CC¹⁰⁰, sendo esse o entendimento aos herdeiros facultativos de forma geral, considerando que somente é reservada metade do patrimônio aos herdeiros necessários. Sendo assim, resta evidente que o companheiro poderia se ver afastado da sucessão.

A partir desse raciocínio é notório que, após as decisões da Suprema Corte, o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário, isso porque, analisando os argumentos que fundamentaram os recursos extraordinários, eles se pautaram na ideia de igualdade entre os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro e, se o intuito é equiparar, deve fazê-lo no aspecto de também ser herdeiro necessário, assim como o cônjuge é considerado.

Nesse sentido, considerando que o fundamento foi baseado na violação ao princípio da igualdade, a decisão não tem aplicação somente quanto à forma de divisão da herança, alastra-se para toda e qualquer diferenciação tanto no âmbito do Direito de Sucessões como no Direito de Família e em todas as distinções estabelecidas na legislação infraconstitucional. Além disso, os indivíduos são livres para viverem sozinhos e, ao escolherem uma vida em conjunto, as consequências de ordem patrimonial e sucessória precisam ser iguais.¹⁰¹

circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

⁹⁹ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

¹⁰⁰ Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento**. Net, jun 2017. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>> Acesso em: 13 jun. 2018.

O argumento doutrinário contrário à equiparação em que se pretende defender igualmente não merece prosperar. A alegação de que o rol do artigo 1.845 do CC é taxativo e devem ser atendidos requisitos legais para a configuração do dispositivo, em que o companheiro não é contemplado é falha. Isso porque, como se sabe, o ordenamento jurídico está em constante transformação, devido ao atendimento das mudanças sociais ocorridas, com isso, as normas não devem ser eternas, estando sujeitas, portanto, às alterações. É visível que ocorreram essas transformações, sendo o código civil de 2002 um dos diplomas legais em que teve normas revogadas e incluídas por leis que surgiram e trouxeram novos parâmetros, fazendo com que os anteriores se tornassem obsoletos. É o caso do artigo 1.845 que, devido ao fato do atual código ter sido elaborado na década de 1970 e somente ter entrado em vigor em 2003, nesse meio tempo muitas mudanças sociais aconteceram e, o reconhecimento do companheiro foi uma delas. Logo, deve-se alterar o citado artigo incluindo o companheiro como herdeiro necessário.

Quanto às indagações dos artigos referentes ao cônjuge que seriam aplicados ao companheiro, recomenda-se seguir as orientações do “Anteprojeto de lei para reforma do direito das sucessões”, formulado pela comissão de assuntos legislativos do IBDFAM, em que se propõe a alteração dos seguintes artigos para incluir o companheiro nas disposições destinadas ao cônjuge: 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.836, 1.837, 1.838, 1.839.¹⁰² Percebe-se, portanto, que a sugestão envolve o Capítulo I (“Da Ordem de Vocação Hereditária”) do Título II (“Da Sucessão Legítima”). Além disso, necessário se faz a alteração do artigo 1.845, incluindo o companheiro na hipótese do dispositivo, tendo em vista tudo o que foi abordado no presente trabalho relativo à igualdade entre as diferentes formas de constituição de família.

Quanto ao direito real de habitação do companheiro, assunto que também não foi citado nos julgamentos do STF, é evidente que referido direito continuará a ser garantido ao companheiro. Apesar da omissão do código civil de 2002 que não o contemplou em seu artigo 1.831, determinando somente a previsão para o cônjuge, a

¹⁰² Anteprojeto de lei para reforma do direito das sucessões elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/quadro_comparativo.pdf> Acesso em: 15 jun. 2018.

linha doutrinária e jurisprudencial tem reconhecido o direito de forma analógica ao companheiro. Destaca-se que, apesar do direito ser reconhecido, é preciso inserir a previsão no dispositivo correspondente.¹⁰³

No que concerne aos efeitos da decisão do Supremo, sobre em que momento essa equiparação passaria a produzir efeitos, restou consignado pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso que a decisão não atinge as partilhas judiciais e extrajudiciais já realizadas, visando proteger o direito adquirido e a segurança jurídica, entendendo pela modulação dos efeitos da decisão. Dessa forma, o entendimento firmado será aplicado somente aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública.¹⁰⁴

Flávio Tartuce¹⁰⁵ expõe seu entendimento no mesmo sentido do ministro Barroso:

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. 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. 2.041 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “as disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916)”.

Logo, partindo do fundamento da sucessão legítima, qual seja, o princípio da solidariedade familiar, somado ao princípio da igualdade, é indubitável que qualquer distinção relativa às diversas formas de constituição familiar configura-se

¹⁰³ TARTUCE, Flávio. **STF encerra julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora. Net**, jun 2017. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>> Acesso em: 13 jun. 2018.

¹⁰⁴ STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, com repercussão geral, p. 40, disponível em: <www.stf.jus.br>, acesso em: 11 jun 2018.

¹⁰⁵ TARTUCE, Flávio. **STF encerra julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora. Net**, jun 2017. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>> Acesso em: 13 jun. 2018.

inconstitucional, conforme os ditamos do artigo 226, §3º, CRFB/88 ¹⁰⁶. Nesse sentido, é indene de dúvidas que, em conformidade com as decisões da Suprema Corte que equipararam os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro, deve-se considerar o companheiro herdeiro necessário.

¹⁰⁶ 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.

CONCLUSÃO

O presente trabalho foi elaborado a partir da análise, inicialmente, das leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996, em seguida pelos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nº 878.694-MG e nº 646.721-RS e, por fim, conforme diversos posicionamentos doutrinários divergentes sobre a indagação se, a partir dos julgamentos pelo STF, o companheiro passou a ser considerado herdeiro necessário.

Os direitos do companheiro começaram a ser atribuídos nas leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96. A primeira contemplava direitos de alimentos e à sucessão, como o direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se houver filhos deste ou do casal (art. 2, I), e da metade se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes (art. 2, II). Na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro tinha direito à totalidade da herança (art. 2, III). A segunda lei assegura o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família (art. 7, parágrafo único).

Verificou-se grande retrocesso em relação às leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996, que equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável, ao constatar tratamento diverso ao companheiro em relação ao cônjuge no Código Civil de 2002.

Dessa forma, o artigo 1.790 regulou a sucessão do companheiro, em que determina a participação do outro na sucessão em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (art. 1.790, *caput*); concorrendo com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente a que for atribuída ao filho (art. 1.790, I); concorrendo com descendentes só do autor da herança, ficará com a metade atribuída a cada um deles (art. 1.790, II); concorrendo com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança (art. 1.790, III); não havendo parentes sucessíveis terá direito à totalidade da herança (art. 1.790, IV).

Resta evidente que o Código Civil de 2002 não acompanhou a evolução no direito de família trazida pela constituição em seu artigo 226, §3º, em que reconheceu a união estável como entidade familiar, o que significou grande avanço no conceito de

família, de acordo, portanto, com as mudanças sociais pelas quais a sociedade vem sofrendo. O citado diploma legal, no entanto, não trouxe princípios basilares, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade com relação ao tratamento dado ao companheiro, ao reproduzir uma concepção ultrapassada de família, espelhando a preocupação da época de elaboração do atual código, em que na década de 1970 a proteção era destinada ao cônjuge, baseada no casamento somente, ignorando as transformações sociais que ocorreram até a entrada em vigor do referido código em 2003.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 878.694-MG e o nº 646.721-RS significou grande avanço no direito das sucessões, em que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e equiparou os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro, passando a reger o último conforme o artigo 1.829 do CC, o qual regula a sucessão do cônjuge.

A tese de repercussão geral fixada para ambos os processos determinou 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 art. 1.829 do CC/2002.”

Analisando os votos da decisão, percebe-se que o fundamento se pautou na ausência de prioridade da constituição no que concerne à família, observando que o voto dos Ministros foi no sentido da igualdade plena entre o cônjuge e o companheiro, enaltecendo a união estável, colocando-a na posição de proteção familiar. A sucessão legítima é decorrente da solidariedade familiar, na medida em que, se há previsão de algum direito para o cônjuge, esse deve ser previsto ao companheiro também, pois não há hierarquia entre as entidades familiares na Carta Magna e, por isso, o artigo 1.790 foi considerado inconstitucional.

Além disso, o fato de o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 conferir direitos diversos ao companheiro, de forma inferior aos direitos conferidos aos cônjuges, significa grande afronta a diversos princípios que norteiam o ordenamento jurídico, tais como, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a vedação ao retrocesso e a proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente. Logo, resta

evidente o caráter inconstitucional da referida norma legal.

Restou consignado que a decisão não atinge as partilhas judiciais e extrajudiciais já realizadas, visando proteger o direito adquirido e a segurança jurídica, entendendo pela modulação dos efeitos da decisão, aplicando-se o entendimento firmado somente aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública.

Apesar de a decisão enfrentar a questão referente à modulação dos efeitos, referindo-se ao momento em que passariam a surtir efeitos, outros questionamentos permaneceram sem respostas, como o caso de o companheiro ser considerado herdeiro necessário, o relativo ao direito real de habitação, e quais os dispositivos aplicados ao cônjuge seriam aplicados ao companheiro, considerando que em diversos votos da decisão é latente a ideia mais ampla do que apenas a equiparação ao artigo 1.829, como consta na tese de repercussão geral.

Referido fato é perceptível em algumas passagens dos votos em que se referem ao artigo 1.829 e seguintes, a exemplo do voto do Ministro Luís Edson Fachin¹⁰⁷:

Ademais, para que não se estabeleça indesejável lacuna no ordenamento jurídico quanto ao tema, deve-se aplicar para os integrantes de ambos os modelos de conjugalidade as mesmas regras, quais sejam, aquelas do art. 1.829 e seguintes do Código Civil de 2002.

No entanto, extrai-se dos fundamentos das decisões da Suprema Corte que o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário, pois conforme os argumentos dos recursos extraordinários a ideia que se busca é a de igualdade entre os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro e, se o intuito é equiparar, deve fazê-lo no aspecto de também ser herdeiro necessário, assim como o cônjuge é considerado.

Notório que o fundamento foi baseado no princípio da igualdade e, sendo assim,

¹⁰⁷ STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, com repercussão geral, p. 51, disponível em: <www.stf.jus.br>, acesso em: 13 jun. 2018.

a decisão não tem aplicação somente quanto à forma de divisão da herança, atinge toda e qualquer diferenciação tanto no âmbito do Direito das Sucessões como no Direito de Família e em todas as distinções estabelecidas na legislação infraconstitucional. Além disso, como explicitado no capítulo antecedente, os indivíduos são livres para viverem sozinhos e, ao escolherem uma vida em conjunto, as consequências de ordem patrimonial e sucessória precisam ser iguais.

No que concerne ao direito real de habitação do companheiro, resta evidente que continuará a ser garantido ao companheiro, apesar da omissão do código civil de 2002 que não o contemplou em seu artigo 1.831, determinando somente a previsão para o cônjuge, a linha doutrinária e jurisprudencial tem reconhecido o direito de forma analógica ao companheiro.¹⁰⁸

Necessário ressaltar que, se todos os indivíduos são igualmente dignos, não é possível haver maior proteção para uns em detrimento de outros, de acordo com a escolha da forma de constituição de família, considerando que todas as entidades familiares desempenham a mesma função, qual seja, a de promover o desenvolvimento de seus membros. Importante identificar as relações baseadas em amor, respeito e solidariedade familiar, em que o tratamento deve ser equiparado para todos os fins.

Ante tal contexto, tendo ciência que casamento e união estável configuram institutos diversos, referido fato não é suficiente para que a tutela na sucessão hereditária seja discrepante, conferindo-se mais direitos sucessórios a uma entidade familiar em detrimento de outra, pois ambas constituem família, base da sociedade, a qual possui tutela estatal (artigo 226, *caput* da CRFB/88), e é a família a legitimada socialmente para o chamamento de determinada pessoa à sucessão, de acordo com o dever de solidariedade familiar.

Como afirma Ana Luiza Maia Nevares¹⁰⁹: “A equiparação de direitos dá-se em

¹⁰⁸ TARTUCE, Flávio. **STF encerra julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora. Net**, jun 2017. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>> Acesso em: 13 jun. 2018.

¹⁰⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia, **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p.238.

virtude do princípio da igualdade substancial, cânone do sistema constitucional, cuja aplicação garante a atuação do princípio fundador do ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.”

Nesse contexto de equiparação de direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nº 878.694-MG e nº 646.721-RS foram acertados e, apesar de ainda restarem dúvidas advindas dos fundamentos das decisões, que serão dirimidas ao longo do tempo pela doutrina e jurisprudência, significaram grande avanço no direito das sucessões.

Ademais, de acordo com princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico vigente, tais como o princípio da solidariedade (art. 3º, I, CRFB/88), da igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB/88) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88), considerando que a carta magna confere proteção plena ao indivíduo, é inconstitucional qualquer distinção referente às diversas formas de constituição familiar, considerando que a Carta Magna tutela os diferentes arranjos familiares, conforme os ditames do artigo 226, §3º, CRFB/88.

Portanto, em conformidade com as decisões da Suprema Corte que equipararam os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro, e partindo da premissa de igualdade entre as diferentes formas de constituição de família para todos os fins, entende-se, finalmente, pela equiparação total entre os institutos; logo, as consequências de ordem patrimonial e sucessória que devem ser as mesmas, não importando, com isso, se o casal resolveu formalizar a união por meio do casamento ou se decidiu viver em união estável, considerando-se, igualmente ao cônjuge, o companheiro como herdeiro necessário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 15 mai. 2018.

_____. Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm> . Acesso em: 15 mai. 2018.

_____. Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, **Sucessão dos descendentes, sucessão dos cônjuges e sucessão da união estável**, in coletânea de textos CEPAD 09/2003, editora espaço jurídico.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.**

CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. **O Concubinato**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, 3º edição.

DELGADO, Mário. **STF e STJ e últimos julgados no direito de família e sucessões, Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: prós e contras**, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ, set. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões (livro eletrônico)**. 3. Ed. em e-book baseada na 4. Ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento**. Net, jun 2017. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos> > Acesso em: 13 jun. 2018.

FACHIN, Luiz Edson, Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski, **Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição**, in Revista Trimestral de Direito Civil, ano I, vol. 4, outubro a dezembro de 2000.

FACHIN, Luiz Edson, **Da Inaplicabilidade do art.1.790 do Código Civil**, Instituto dos Advogados do Brasil, Curitiba, ago. 2011.

_____. **Elementos críticos do Direito de Família**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

GLAGIANO, Plabo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil. Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **IBDFAM protocolou no STF embargos de declaração sobre concorrência sucessória cônjuge-companheiro**. Net, fev 2018. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6540/IBDFAM+protocolou+no+STF+embargos+de+declara%C3%A7%C3%A3o+sobre+concorr%C3%Aancia+sucess%C3%B3ria+c%C3%B4njuge-companheiro> > Acesso em: 14 jun 2018.

_____, **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 2001, 12ª Edição.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável ao casamento**. Net, jun 2017. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1220/STF+acabou+com+a+liberdade+de+n%C3%A3o+casar+ao+igualar+un%C3%A3o+est%C3%A1vel+a+casamento> > Acesso em: 13 jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 6º ed rev., atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: método, 2016.

_____. **Manual de Direito Civil: volume único**, 8º ed rev., atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: método, 2018.

_____. **STF encerra julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?. Net**, jun 2017. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos> > Acesso em: 13 jun. 2018.

VELOSO, Zeno. **Do Direito Sucessório dos Companheiros**, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

_____. **União Estável: doutrina, legislação, direito comparado, jurisprudência**. Belém: Ministério Público do Estado do Pará, Cejud, 1997.