

Artigo recebido em 25.06.2019 / Aprovado em 01.08.2019

DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E COMPANHEIRO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

THE SUCCESSORY RIGHT OF THE SPOUSE AND FELLOW IN THE VIEW OF THE SUPERIOR COURTS

Janaína Tomasi Almeida Dal Molin ¹

Italo Schelive Correia ²

RESUMO

O tema direito sucessório do cônjuge e do companheiro desperta embates no meio acadêmico, sobretudo após a decisão pronunciada no julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS no tocante à sucessão na união estável. Com a pretensão de abordar seus pontos mais relevantes, a pesquisa evidenciou a evolução dada ao cônjuge e ao companheiro com vistas aos Códigos Civis pátrios de 1916 e 2002 acerca do aspecto sucessório, com ênfase nas alterações da Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88). A união estável foi reconhecida pela CRFB/88 como entidade familiar, mas somente com as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 é que os direitos a alimentos, meação e sucessórios, entre os companheiros, passaram a integrar definitivamente a legislação pátria. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica através de uma análise literal, doutrinária e jurisprudencial. Como resultado, a pesquisa apontou que não houve modificação ou revogação de dispositivos pelo Código Civil de 2002, cabendo à doutrina e à jurisprudência indicar quais construções jurídicas ainda persistem. Nesse aspecto, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela equiparação entre cônjuge e companheiro em matéria sucessória, muitas questões não foram decididas no julgamento dos recursos, como o caso da inclusão ou não do companheiro como herdeiro, e também no que tange ao direito real de habitação do companheiro. Isto demonstra um protagonismo judiciário que tem buscado de forma eficiente a solução de litígios envolvendo aspectos sucessórios na união estável de modo que estes se equiparam aos do casamento.

Palavras-chave: Direito Sucessório; União Estável; Cônjuge; Companheiro; Equiparação.

ABSTRACT

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), Câmpus Dianópolis, E-mail: janaina.tomasi@hotmail.com.

² Professor do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), Câmpus Dianópolis, E-mail: italo.sc@unitins.br, ORCID ID: 0000-0002-7858-4531.

The succession theme of the spouse and the partner arouses clashes in the academic environment, especially after the decision pronounced in the judgment of Extraordinary Resources 878.694/MG and 646.721/RS regarding succession in the stable union. With the intention of approaching its most relevant points, the research evidenced the evolution given to the spouse and the companion with reference to the Civil Codes of 1916 and 2002 on the succession aspect, with emphasis on the changes of the Constitution of the Federative Republic of 1988 (CRFB/88). The union stable law was recognized by the CRFB/88 as a family entity, but only with Laws No. 8.971/94 and 9.278/96, the rights to food, mediation and succession among the members became a permanent part of the country's legislation. The methodology used was the bibliographical research through a literal, doctrinal and jurisprudential analysis. As a result, the research pointed out that there were no changes or repeal of provisions by the Civil Code of 2002, it being incumbent on doctrine and jurisprudence to indicate which legal constructions still exist. In this regard, although the Federal Supreme Court has decided to equate between spouse and companion in matters of inheritance, many issues have not been decided in the judgment of appeals, such as the case of inclusion or not of the companion as heir, and also with regard to the right real estate housing. This demonstrates a judicial role that has efficiently sought the solution of litigation involving succession aspects in the stable union so that these are matched to those of marriage.

Keywords: Succession Law; Stable union; Spouse; Companion; Equalization.

INTRODUÇÃO

O direito sucessório do cônjuge e do companheiro na visão dos tribunais superiores enfatiza a distinção entre os institutos do casamento e da união estável no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em conta a análise que envolve o direito sucessório de ambos os institutos, com base na decisão do julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) 878.694/MG e RE 646.721/RS pelo Supremo Tribunal Federal (STF), é possível identificar os embasamentos utilizados pelos Doutos Ministros para fundamentar a decisão.

O CC/1916 não trouxe qualquer amparo aos conviventes, cenário que veio a ser modificado a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regulamentou o direito dos companheiros a alimentos e sucessão, e a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, regulamentou o § 3º do artigo 226 da CRFB/88.

A atualidade do tema justifica a escolha para seu estudo, já que suscita questões levadas ao Judiciário relacionadas às mudanças trazidas pela Constituição da CRFB/88 e demais leis do ordenamento, tendo em conta a possibilidade de equiparar os direitos sucessórios entre cônjuge e companheiro.

Em primeiro plano, a pesquisa tem como objetivo examinar os direitos do companheiro e do cônjuge em matéria sucessória, com vistas à regulamentação dada pelo Código Civil de 2002 (CC/2002) e às normatizações anteriores. Para atender esse propósito, a pesquisa tem como objetivos secundários discorrer sobre os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais com relação à matéria até o atual posicionamento do STF no julgamento do RE 878.694/MG, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, que teve fim no dia 10 de maio de 2017 o posicionamento definitivo sobre o assunto.

Para a fundamentação do tema foi utilizada a pesquisa bibliográfica que compreende doutrina, lei e jurisprudência, de modo a demonstrar que, dependendo do posicionamento a ser adotado, poder-se-á ferir princípios constitucionais já reconhecidos à família e aplicados à união estável.

Como resultado, a pesquisa identificou entendimentos díspares sobre a equiparação de direitos diante da juridicidade da união estável não a iguala ao casamento. Concluiu-se, pois, que a CRFB/88 não equiparou os companheiros aos cônjuges, estabelecendo disciplina própria para a sucessão em cada um dos casos, mas ainda assim, igualar preditos direitos sucessórios não ofende a CRFB/88, portanto, não se pode falar em inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002.

1 O DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito das Sucessões situa-se na última parte do CC/2002, assim como ocorria no Código Civil de 1916 (CC/1916). Tem como embasamento o direito de propriedade e sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, CRFB/88), além da valorização constante da dignidade da humana com relação à sucessão *causa mortis* em caráter individual ou coletivo (art. 1º, III e 3º, I, CRFB/88).

São duas as modalidades de sucessão *causa mortis*, a sucessão legítima e a sucessão testamentária (art. 1.786, CC/2002). A primeira decorre da lei segundo enunciado de vocação hereditária, enquanto a segunda dispõe em ato de última vontade do falecido. Nas duas modalidades abre-se a sucessão com a morte da pessoa e a herança transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784, CC/2002). Sua abertura dá-se no domicílio do falecido.

O direito à herança está garantido como um direito fundamental pelo art. 5º, XXX, CRFB/88, por esse motivo pode o juiz reconhecer a sua proteção de ofício, mesmo quando não houver alegação da parte. Com incidência desse direito fundamental, alguns julgados já reconheciam a inconstitucionalidade do art. 1.790, CC/2002, que trata da sucessão do companheiro, por estar distante dos direitos assegurados à sucessão do cônjuge.

1.1 O direito sucessório do cônjuge

O RE 878.694/MG, em que o STF julgou inconstitucional o art. 1.790, CC/2002, trata da matéria sucessória do companheiro. O embate alcança um comparativo das sucessões entre o companheiro e o cônjuge para avaliar se os direitos realmente devem ser equiparados.

Inicialmente, na vigência do CC/1916, o cônjuge sobrevivente encontrava-se na terceira classe de ordem de vocação hereditária, do qual tinha direito à herança se não existisse descendentes e ascendentes, e também não houvesse disposição testamentária em contrário, uma vez que era facultativo. Também tinha direito ao usufruto ou habitação, nas conformidades do regime de bens adotado (TARTUCE, 2017).

Ainda nesse tempo, o regime matrimonial não influenciava o campo sucessório, até que a Lei nº 883/1949 permitiu que ao cônjuge casado com separação de bens concorresse à metade da herança do falecido se este deixasse filho natural reconhecido (VELOSO, 2010).

Dentre as importantes alterações legislativas têm-se o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) que reconheceu ao cônjuge-viúvo o direito ao usufruto da

quarta parte dos bens do falecido enquanto durasse a viuvez e se o regime matrimonial não fosse o da comunhão de bens, dentre outras modificações acrescentadas nos parágrafos do art. 1.611, CC/2002.

Nesse sentido, o CC/2002 conservou o direito real de habitação do cônjuge também no tocante ao imóvel de moradia da família, desde que fosse o único a inventariar, mas não condicionou tal direito ao regime matrimonial de bens, sendo garantido em todas as hipóteses, conforme art. 1.831, CC/2002.

Importante destacar que, antes do CC/2002, o cônjuge não era considerado herdeiro necessário, facultando-se ao marido ou à mulher a disposição da herança sem contemplar o outro cônjuge quando não existisse ascendentes e descendentes.

A situação modificou-se com a vigência do CC/2002, do qual o cônjuge passou a ter privilégio como herdeiro necessário, independentemente do regime de bens, passando a concorrer com descendentes e ascendentes, conforme dispõe o artigo 1.829, CC/2002, *in verbis*:

Artigo 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.

De certa forma, o cônjuge sobrevivente, que era o terceiro na ordem de vocação hereditária, foi colocado em primeiro lugar, em concorrência com as duas classes que o antecederiam. Assim, na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Ou seja, deixando o falecido apenas esposa e ambos os pais, é reconhecido o direito sucessório a favor dos três.

Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas (art. 1.836, § 1º, CC/2002), enquanto que há igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna (art. 1.836, § 2º, CC/2002).

O artigo 1.837 prevê duas regras a respeito do montante a que tem direito o cônjuge quando concorre com os ascendentes, a saber: Concorrendo o cônjuge com dois ascendentes de primeiro grau (pai ou mãe), terá direito a um terço da herança. Concorrendo o cônjuge somente com um ascendente de primeiro grau ou com outros ascendentes de graus diversos, terá direito a metade da herança. Não havendo descendentes, nem ascendentes, a sucessão será deferida inteiramente ao cônjuge que, neste caso, será o único herdeiro (TARTUCE, 2017).

Por fim, a herança será deferida aos colaterais se não houver herdeiros das três classes precedentes. Dispõe o artigo 1.839 do CC/2002, *in verbis*, “Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”. Na classe dos colaterais, os primeiros a suceder são: irmãos, colaterais de 2º grau; tios e sobrinhos, colaterais de 3º grau; primos, tios-avós e sobrinhos-netos, colaterais de 4º grau. Portanto, não havendo descendentes, ascendentes e cônjuge, a herança será deferida aos colaterais, neste caso se o falecido não tiver deixado testamento.

1.2 O direito sucessório do companheiro

Para efeito de proteção do Estado, a CF/1988 reconheceu, “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º CRFB/88). Já o legislador ordinário buscou atribuir efeitos civis à união formadora da família sem o casamento, igualando os institutos de certa forma quando dispôs que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, deixando claro que sua intenção não era atribuir os efeitos inerentes ao matrimônio.

Assim, demorou muito tempo para que os companheiros tivessem seus direitos sucessórios reconhecidos em caso de falecimento de um deles, pois passaram a ser deferidos após a publicação da Lei nº 8.971/1994.

Inicialmente, foi reconhecido apenas o direito de indenização por serviços prestados entre os companheiros. Posteriormente, passou a ocorrer o deferimento da

partilha de bens quando comprovado o esforço comum na aquisição (Súmula 380, STF), sendo os companheiros considerados meeiros, e não herdeiros.

Com o advento da Constituição Federal, a Súmula 380 continuou a ser aplicada, ou seja, apesar do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, os companheiros tinham apenas o direito de participação sobre os bens adquiridos com o esforço comum. Assim, os companheiros não eram considerados herdeiros, apenas meeiros. [...] Era praticamente unânime a posição de que a companheira não teria direitos sucessórios enquanto não houvesse regulamentação, já que ela não figurava na ordem de vocação hereditária prevista no Código Civil de 1916 (FERRIANI, 2010, p. 50).

Enquanto não houvesse regulamentação, não caberia à companheira os direitos sucessórios por não figurar na ordem de vocação hereditária prevista no CC/1916. Nesse sentido, o STF, em 1991, proferiu acórdão negando direitos sucessórios à companheira (STF– 3ª Turma, REsp 4599, Relator Min. Nilson Naves, julgamento 09.04.1991, publicação 20.05.1991). Também o STJ decidiu que os direitos sucessórios não eram aplicados aos companheiros, mesmo com o advento da Constituição de 1988 (STJ – 4ª Turma, REsp 79511, Relator Min. Ruy Rosado Aguiar, julgamento 28.02.1996, publicação 22.04.1996).

A Lei nº 8.971/1994, publicada em dezembro, afastou qualquer dúvida sobre a existência de direitos sucessórios entre companheiros, uma vez que previu expressamente que os companheiros participavam da sucessão um do outro. Dessa forma, passaram a ter direito ao usufruto de um quarto dos bens quando tivessem filhos comuns ou não, ao usufruto da metade dos bens na inexistência de filhos quando sobrevivessem ascendentes, e à totalidade da herança quando faltasse descendentes e ascendentes.

Embora com terminologia vacilante - aludia-se ora a “companheiros”, ora a “conviventes” -, as duas leis que, na década de 90 do século passado, se ocuparam do tema reconheciam a quem vivesse em união estável com o *de cujus* uma participação no acervo hereditário, em concorrência com herdeiros de classes mais favorecidas (descendentes e ascendentes); e, na ausência destes, possibilitavam o chamamento do companheiro a receber a herança em sua integralidade, preferindo aos parentes colaterais do finado (PEREIRA, 2017, p. 151).

Nessa seara evolutiva da legislação, em 1996 os companheiros passaram a ter reconhecido o direito real de habitação por meio da Lei nº 9.278/1996 enquanto que a Lei nº 8.971/1994 reconheceu o direito do companheiro à herança.

Assim, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regulou o direito dos companheiros a alimentos e sucessão, e a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, regulou o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Com relação aos respectivos direitos presentes nas leis anteriormente mencionadas, enumeram-se:

- a- usufruto sobre porção variável do acervo hereditário: concorrendo com descendentes (e não apenas com “filhos”, como, por equívoco evidente, constava do texto legal), aquele direito incidia sobre um quarto; concorrendo com ascendentes, sobre metade (Lei nº 8.971/94, artigo 2º, I e II);
- b- na falta de descendentes e ascendentes, cabia ao companheiro a totalidade da herança (Lei nº 8.971/94, artigo 2º, III), caso em que ele a recebia como seu proprietário;
- c- direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar, sujeito, porém, à resolução em virtude de nova união estável ou de casamento de seu titular (Lei nº 9.278/96, artigo 7º, parágrafo único) (PEREIRA, 2017, p. 152).

Nessa análise, é possível afirmar que os direitos sucessórios foram concebidos a partir da observação do que a lei deferia ao cônjuge, mas não com a finalidade de igualar as situações por se tratar de direitos concebidos a institutos distintos.

Com a publicação da Lei nº 9.278/96, ficou instituído em favor do sobrevivente o “direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família” (artigo 7º, parágrafo único). Neste sentido, posicionou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBRE O IMÓVEL ONDE RESIDIU COM O AUTOR DA HERANÇA. DESNECESSIDADE DE QUE O BEM SEJA O ÚNICO DE NATUREZA RESIDENCIAL A INVENTARIAR. 1. Sendo incontroversa a existência da união estável, o direito real de habitação da companheira sobrevivente sobre o imóvel onde residiu com o autor da herança é de ser reconhecido, pois se trata de uma garantia legal que lhe foi alcançada pelo parágrafo único do art. 7º da Lei n.º 9.278/96. 2. Para que se conceda ao cônjuge ou companheiro sobrevivente o direito real de habitação não se exige que o bem seja de propriedade única e exclusiva do autor da herança, também não interessando a data de aquisição de tal bem - que pode ser inclusive anterior ao início do relacionamento. Igualmente, não se exige que seja o único de natureza residencial a inventariar, bastando que o imóvel tenha sido

destinado à residência da família. Precedente do STJ (REsp 1.220.838/PR). DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70052278280, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/05/2013) (TJ-RS - AI: 70052278280 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 02/05/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/05/2013).

Cumprе ressaltar que a Lei nº 9.278/96 não exigia que fosse o único imóvel a inventariar, sendo necessário apenas que servisse de residência para a família. Se o objetivo da lei era e é a proteção da família, deve-se reconhecer que houve um avanço, pois o direito assegurado pelo artigo 1.831, CC/2002, independe do regime de bens e da permanência da viuvez.

Entretanto, houve também um retrocesso na medida em que o artigo exige seja o imóvel o único daquela natureza a inventariar, exigências que já foi abolida pela Lei nº 9.278/96. O art. 1.831, CC/2002, também não reconhece igual direito ao companheiro, quando deveria fazer, uma vez que a proteção visada é a da família, como claramente se extrai do texto, e não a do companheiro sobrevivente.

Contudo, doutrina e jurisprudência têm se posicionado favoravelmente à manutenção desse direito ao companheiro, em conformidade com o Enunciado nº 117, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo artigo 6º, *caput*, da CRFB/88.

De igual modo vem fazendo a jurisprudência, uma vez que é consagração de direito fundamental. Evidenciam-se, portanto, inovações sobre o direito sucessório dos companheiros, mas a posição do CC/2002 não deixou de ser criticável, principalmente naquilo em que se distanciou da sucessão dos cônjuges. Dessa forma, a legislação civil de 2002 tratou dos efeitos pessoais da união estável, efeitos patrimoniais e, como não poderia deixar de ser, dispôs também sobre direitos sucessórios entre os companheiros.

Mesmo que não incluído na ordem de vocação hereditária, nem possuindo a qualidade de herdeiro necessário, tem seu direito à participação na herança, conforme a dicção do art. 1.790, CC/2002, *in verbis*:

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

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

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

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

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

Como visto, o CC/2002 não equiparou os companheiros aos cônjuges conforme os ditames da Constituição Federal, estabelecendo disciplina própria para a sucessão em cada um dos casos. Para alguns, a norma ficou mal colocada do qual o companheiro ficou sendo tratado como um herdeiro especial antes do atual entendimento do STF, que equipara os direitos sucessórios de ambos.

Até aqui a análise do tema foi praticamente literal, merecendo destaque alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais com relação aos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro. Para tanto, o próximo tópico será dedicado ao polêmico art. 1.790, CC/2002, e a visão da doutrina e dos tribunais sobre sua inconstitucionalidade, também enfatizando sua análise pelos Tribunais Superiores, por meio dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, até sua declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

2 O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO NA VISÃO DA DOCTRINA E DOS TRIBUNAIS

Há tempos que a sucessão dos conviventes vem despertando divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Antes da vigência do CC/2002, que disciplinou a questão no art. 1.790, a sucessão dos companheiros, como já mencionado, era fixada pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, que respeitavam a igualdade entre os cônjuges e os companheiros.

O CC/2002, no campo do direito sucessório, preserva a meação, que não se confunde com herança, do companheiro sobrevivente, em razão do regime da comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.725 do aludido diploma. No tocante à herança, os direitos sucessórios limitam-se “aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” (art. 1.790, *caput*, CC/2002).

Os direitos sucessórios são, todavia, restritos a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, se concorrer com filhos comuns; ou à metade do que couber a cada um dos descendentes exclusivos do autor da herança, se somente com eles concorrer; ou a um terço daqueles bens se concorrer com outros parentes sucessíveis, como ascendentes, irmãos, sobrinhos, tios e primos do de cujus; ou à totalidade da herança, não havendo parentes sucessíveis, segundo dispõe o art. 1.790, I a IV (GONÇALVES, 2018, p. 302).

Nesse aspecto, importante destacar que houve progresso na proteção dos companheiros, pois na vigência do CC/1916 não havia qualquer amparo aos conviventes, cenário que veio a ser modificado a partir da vigência do art. 226, § 3º, da Constituição da República e das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, assegurando a primeira dessas leis o direito à sucessão pelo usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, havendo filhos deste ou comuns, e da metade, se não os tivesse, e de receber a herança antes dos colaterais, na falta de descendentes ou ascendentes do falecido, garantindo a segunda delas o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família ao sobrevivente (PEREIRA, 2017).

Ao conferir direito de usufruto sobre os bens do companheiro falecido, a Lei nº 8.971/94 instaurou a sucessão concorrente com a viúva, já que a Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) concedia igual direito ao cônjuge sobrevivente (PEREIRA, 2017).

Contudo, o CC/2002 modificou esse cenário, a começar por situar os conviventes nas disposições gerais do direito das sucessões, quando deveria colocá-los ao lado do cônjuge na ordem de sucessão hereditária, uma vez que a norma em questão (art. 1.790 do CC/2002) diz respeito “a determinada espécie de herdeiro” (VELOSO, 2010, p. 236).

Resulta daí que, ao contrário do cônjuge possuidor da condição de herdeiro

necessário, como na legislação passada, o convivente mantém-se na qualidade de sucessor regular por não figurar na ordem de vocação hereditária, de modo que pode vir a ser afastado da sucessão por disposição testamentária, sem qualquer justificativa por parte do testador, como ocorre com os colaterais (DINIZ, 2014).

O art. 1.790 do CC/2002 definiu que o companheiro participará da sucessão do outro, “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, afastando, assim, a possibilidade de vir a receber a integralidade da herança, na ausência de descendentes ou ascendentes, como previsto antes na Lei nº 8.971/94, circunstância que conflita aparentemente com o inciso IV do mesmo dispositivo legal e permite a discussão em torno da sua constitucionalidade, na medida em que rompe com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre as entidades familiares, ao permitir a sua concorrência com os parentes colaterais, beneficiados com a herança constituída pelos demais bens do *de cujus*.

Na doutrina, esse tema também divide o posicionamento de alguns estudiosos. Alguns sustentam pela total inconstitucionalidade do dispositivo.

O artigo 1.790 é de feição extremamente retrógrada e preconceituosa, e a vigorosa maioria dos pensadores, juristas e aplicadores do direito tem registrado com todas as letras que o dispositivo é inconstitucional, exatamente porque trata desigualmente situações familiares que foram equalizadas pela ordem constitucional, como é o caso das entidades familiares oriundas do casamento e da união estável (HIRONAKA, 2011, p. 447-457).

Veloso critica o art. 1.790 face à sua deficiência em substância, pois considera seu texto um verdadeiro equívoco evidenciando um retrocesso no que tange à discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, contrariando as aspirações sociais e ferindo os fundamentos constitucionais (VELOSO, 2010).

O tratamento discrepante concedido ao companheiro supérstite em relação aos direitos do cônjuge é “flagrantemente inconstitucional” (DIAS, 2016).

O companheiro nem foi incluído na ordem de vocação hereditária. O seu direito hereditário encontra-se previsto entre as disposições da sucessão geral, em um único artigo com quatro incisos (CC/2002 1790). Esse tratamento diferenciado não é somente perverso. (DIAS, 2016, p. 66).

Com posicionamento contrário da doutrina majoritária, alguns estudiosos sustentam pela constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002.

O *caput* do artigo 1.790 sublinha a diferença, desejada pelo constituinte de 1988, existentes entre o casamento e a união estável, reafirmando que o (a) companheiro (a) participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Independentemente de qualquer consideração de caráter axiológico sobre o teor da disposição e da intenção do legislador de estabelecer limite entre as duas realidades, o fato é que o mesmo deixou suficientemente claro que a pretensão ao direito sucessório decorre exclusivamente do patrimônio adquirido onerosamente pelos companheiros (LEITE, 2008, p.54-55).

Nessa mesma linha, aprecia a legislação infraconstitucional concluindo que “poderia o legislador ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento, mas não o fez” (VENOSA, 2017, p. 143).

Assim, por longas datas a maior parte da doutrina e da jurisprudência afirmavam a existência do retrocesso imposto pelo CC/2002 com referência às normas reguladoras da sucessão entre companheiros, afirmando a inconstitucionalidade do art. 1.790, pelo fato de substituir o regime das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, ante o que dispõem os arts. 5º, *caput* e inciso I, e 226, § 3º, da Constituição da República.

Na doutrina, ressaltam tratamento discriminatório em favor do companheiro, no caso de meação e sucessão concomitantes sobre os bens onerosamente adquiridos durante a união estável, em detrimento ao cônjuge (VELOSO, 2010). No entanto, merece o esforço do legislador por “guindar a união estável ao patamar do casamento civil” (LEITE, 2008, p. 53).

Ressalvam a circunstância de o legislador não haver transformado o convivente supérstite em herdeiro necessário para abrigá-lo sob a proteção da legítima, porém destacando o cumprimento do art. 226, § 3º, da Constituição da República como opção de compromisso pela família formada pelo casamento, em razão dos “laços mais firmes e perenes que os resultantes da simples união estável, igualmente merecedora da proteção estatal, mas meramente como instituição-meio” (GOMES, 2002, p. 17).

A questão da constitucionalidade ou não do art. 1.790 do CC/2002 fez nascer a necessidade de pacificar a jurisprudência, cabendo salientar a desarmonia de

posicionamento dos Tribunais de Justiça Estaduais, pelos seus respectivos Órgãos Especiais, no âmbito dos incidentes de inconstitucionalidade, sendo o do Rio de Janeiro contrário à aplicação da norma, enquanto os de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo favoráveis a ela.

Basta ver que o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, não conheceu do incidente de declaração de inconstitucionalidade proposto pela 4ª Turma da Corte, no REsp 1.135.354/PB, relator originário Min. Luis Felipe Salomão, relator para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 3-10-2012, deixando a questão para exame pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL FUNDAMENTADO NA INCONSTITUCIONALIDADE. Não é possível conhecer de incidente de inconstitucionalidade suscitado em recurso especial cujo fundamento seja o reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivo legal. Embora questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, é indubitável que, em nosso sistema, não cabe ao recorrente invocar tais questões em recurso especial como fundamento para reforma do julgado, sendo o recurso próprio para essa finalidade o extraordinário para o STF. Tem-se, portanto, hipótese de insuperável óbice ao conhecimento do recurso especial, que também contamina, por derivação natural, o conhecimento deste incidente de inconstitucionalidade. No caso, o incidente referia-se aos incisos III e IV do art. 1.790 do CC/2002, que trata da ordem de sucessão hereditária do companheiro ou da companheira relativamente aos bens adquiridos na vigência da união estável (AI no REsp 1.135.354-PB, Rel. Originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. Para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 3/10/2012).

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal invalidava decisões proferidas por Turmas de Tribunais Estaduais que declararam a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1.790, sem a observância do chamado “princípio da reserva de plenário”, conforme Reclamação 10813/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17-3-2011, decisão monocrática.

O certo é que, instado ao pronunciar-se sobre o art. 1.790 do CC/2002, o Superior Tribunal de Justiça aplicou essa norma, no inciso II, em caso de concorrência entre companheira supérstite e filho havido exclusivamente pelo falecido, autorizando a liberação, para o herdeiro, de 2/3 de depósito de proventos deixados por este, em vida, mas retendo 1/3 para a convivente (metade da cota-parte devida ao filho exclusivo do autor da herança), em consonância com aquela regra (STJ, 4ª Turma, REsp

887.990/PE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24.5.2011).

Em outro precedente, a Corte Especial foi além ao admitir uma hipótese ainda não colocada pela doutrina a respeito do tema dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente.

Ao julgar recurso especial da filha exclusiva do autor da herança, que pretendia a incidência do art. 1.829, I do CC/2002, para a companheira do pai havia mais de trinta anos, em lugar do art. 1.790 do mesmo Código sob o argumento de que o regime jurídico não poderia ser mais favorável à união estável do que ao casamento, em voto-condutor da Ministra Nancy Andrighi, considerou que a melhor interpretação da primeira norma seria no sentido de preservação da vontade manifestada quanto ao regime de bens, mantendo-a intacta assim como na morte dos cônjuges, tanto para o casamento sob o regime da comunhão parcial como para a união estável.

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/2002. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1829, I, do CC/2002, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial [...] Essa é a forma pela qual deve ser interpretado o art. 1.829, I, do CC. Preserva-se, com isso, a vontade das partes, manifestada no momento da celebração do casamento, também para fins de interpretação das regras de sucessão. E elimina-se, para fins de cálculo do montante partilhável, as diferenças entre União Estável e Casamento (STJ – REsp 1.117.563-SP (2009/0009726-0), 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data do Julgamento 17/12/2009, DJe de 06/04/2010).

Trata-se de recurso especial interposto por Sandra Aparecida Penariol Duarte em face de Rosemari Aparecida Affonso, objetivando à reforma de acórdão exarado pelo TJ/SP no julgamento de agravo de instrumento. Destacam-se no relatório dessa decisão os seguintes fundamentos: a) não se pode afirmar a existência de vantagem num ou noutro regime familiar (casamento ou união estável), tomando-se em conta somente as regras de sucessão legítima, pois enquanto há certo benefício à união estável num caso, outras benesses existem com relação ao casamento, como dispensa de prova da sua existência e garantia de legítima, por exemplo; b) por serem muito numerosas as variáveis entre os regimes dessas uniões, não se pode antecipar qual

seria o melhor momento da sucessão (STJ – REsp 1.117.563-SP (2009/0009726-0), 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data do Julgamento 17/12/2009, DJe de 06/04/2010).

Mas a questão da constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 foi definida com mais destaque naquela Corte em voto proferido pelo Ministro convocado Vasco Della Giustina, REsp 109.722/SP, o qual reproduzindo ementa de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatado pelo Desembargador Sergio Fernandes de Vasconcellos Chaves, consignou:

SUCESSÕES. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. DIFERENÇA DE TRATO LEGISLATIVO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRECEITOS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. A capacidade sucessória é estabelecida pela lei vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência do art. 1.787 do Código Civil. O art. 226 da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento civil, apenas admitiu-lhe a dignidade de constituir entidade familiar, para o fim de merecer especial proteção do Estado, mas com a expressa recomendação de que seja facilitada a sua conversão em casamento. Tratando-se de institutos jurídicos distintos, é juridicamente cabível que a união estável tenha disciplina sucessória distinta do casamento e, aliás, é isso o que ocorre também com o próprio casamento, considerando-se que as diversas possibilidades de escolha do regime matrimonial de bens ensejam sequelas jurídicas distintas. 4. O legislador civil tratou de acatar a liberdade de escolha das pessoas, cada qual podendo escolher o rumo da sua própria vida, isto é, podendo ficar solteira ou constituir família, e, pretendendo constituir uma família, a pessoa pode manter uma união estável ou casar, e, casando ou mantendo união estável, a pessoa pode escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. Mas cada escolha evidentemente gera suas próprias seqüelas jurídicas, produzindo efeitos, também, no plano sucessório, pois pode se submeter à sucessão legal ou optar por fazer uma deixa testamentária. 5. É possível questionar que a regulamentação do direito sucessório no Código Civil vigente talvez não seja a melhor, ou que a regulamentação posta na Lei nº 9.278/96 talvez fosse a mais adequada, mas são discussões relevantes apenas no plano acadêmico ou doutrinário, pois existe uma lei regulando a matéria, e essa lei não padece de qualquer vício, tendo sido submetida a regular processo legislativo, sendo devidamente aprovada, e, como existe lei regulando a questão, ela deve ser cumprida, já que se vive num Estado democrático de direito. Recurso provido, por maioria, vencido o Relator (TJRS - Agravo de instrumento 70024063547, 7ª CC/2002, Rel. Desembargador Sergio Fernandes de Vasconcellos Chaves j.27.8.2008).

Vê-se que houve clara escolha política do legislador ao prestigiar a segurança da união matrimonial com relação à união estável, sem que, com isso, tivesse instaurado dissidência com os arts. 5º e 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, visto que tratou desigualmente situações que, na sua essência, são também desiguais, em face

do evidente contraste entre a liberdade da união estável e a rigidez das normas do casamento, particularmente no que se refere ao regime de bens. Esse é o entendimento de Alexandre Gir Gomes e que parece ser o mais acertado.

Aqui não poderia deixar de faltar uma breve palavra sobre a interpretação conferida pelo Supremo ao art. 1.723 do CC/2002 acerca da família como união entre pessoas do mesmo sexo. Na decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, o STF aclarou que:

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (Rel. Min. Ayres Britto, j. em 5-5-2011).

Depois desse decisório, o STF reconheceu a repercussão geral em caso a envolver união estável homoafetiva por possível conflito entre o art. 1.790 do CC/2002 e o art. 226, § 3º, da CRFB/88:

UNIÃO ESTÁVEL - COMPANHEIROS - SUCESSÃO - ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL- COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ASSENTADA NA ORIGEM - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do art 226 da Constituição da República, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no art. 1.790 do Código Civil (RE646721 RG / RS - Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 10-11-2011).

Veloso defende essa tese com fundamento no silêncio do legislador, pois, para o autor, a tutela jurídica às parcerias homoafetivas, em casos concretos, é dada pelo Judiciário, pela ampliação de direitos previdenciários, inclusão como dependente em convênios e seguros e na declaração do imposto de renda, entre outros (VELOSO, 2010).

Percebe-se, claramente, que o Supremo Tribunal Federal caminhava no sentido de admitir o direito sucessório também aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, evitando que sejam privados de bens adquiridos por um ou ambos os parceiros

em favor de parentes ou do Estado. Assim, o STF reconheceu repercussão geral ao Recurso Extraordinário 646.721/RS que trata da validade do art. 1.790 do CC/2002 com foco na sua aplicação às uniões homoafetivas.

Com relação ao Recurso Extraordinário 878.694/MG, objeto de estudo desta pesquisa, iniciou-se seu julgamento em 31 de agosto de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, com o voto firmando 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 CC/2002” (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

Inicialmente discutida pelos Tribunais Estaduais e com julgamentos conflitantes, manifestando-se pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, enquanto que manifestando pela sua constitucionalidade os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, de Minas Gerais e de São Paulo.

Nesse contexto, cita-se primeiramente o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, no ano de 2009, julgou inconstitucional a aplicabilidade do dispositivo supracitado. Contudo, esse Tribunal mudou seu entendimento, sustentando a tese da constitucionalidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO SUCESSÓRIO. Conforme o entendimento uníssono desta Câmara, é inconstitucional a aplicabilidade do art. 1.790, do Código Civil, uma vez que o artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal, equiparou o companheiro ao Cônjuge. Logo, é inviável a diferenciação hereditária entre o companheiro e o cônjuge supérstite. Usufruto viual. O Código Civil atual não prevê o usufruto viual ao cônjuge, o que implica que, reconhecida a paridade entre cônjuge e companheiro, não há falar na incidência da Lei n-9.278/1996 e, via de consequência, do direito do companheiro ao usufruto viual. Deram parcial provimento ao agravo’ (TJRS, Agravo de Instrumento 700226552879, 8.- Câmara Cível, Bom Jesus, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 10.04.2008, DOERS 16.04.2008, p. 39).

No mesmo sentido posicionou-se a 9ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo:

UNIÃO ESTÁVEL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Equiparação constitucional das entidades familiares matrimoniais e extramatrimoniais, em razão de serem

oriundas do mesmo vínculo, qual seja, a afeição, de que decorrem a solidariedade e o respeito mútuo entre os familiares. Entidades destinatárias de mesma proteção especial do Estado, de modo que a disparidade de tratamento em matéria sucessória fere a ordem constitucional. Ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e direito fundamental à herança. Proibição do retrocesso social' (TJSP, Apelação com Revisão 587.852.4/4, Acórdão 4131706,9.- Câmara de Direito Privado, Jundiaí, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 25.08.2009, DJESP 25.11.2009).

Além disso, a constitucionalidade do dispositivo foi afetada à Corte Especial do STJ, mas que já vinha se posicionando pela inconstitucionalidade do regramento. No ano de 2011, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça suscitou a inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art.1.790, e remeteu os autos para o órgão especial daquela Corte para julgamento. Entretanto, por uma questão prejudicial, este órgão julgou pelo não conhecimento da arguição de inconstitucionalidade (STJ, AI no Recurso Especial 1.135.354/PB, 4ª Turma. Rel. Min.Luis Felipe Salomão (Conv. TJ/PB). Julgado em: 03 out. 2012). No ano de 2013, novamente, a 4ª Turma do STJ suscitou Arguição de Inconstitucionalidade a Corte Especial no Recurso Especial nº. 1.291.636/DF. Neste processo, alega-se a inconstitucionalidade do *caput* do artigo comentado (STJ, AI no Recurso Especial 1.291.636/DF, 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 11 jun. 2013).

Em sentido contrário, vários julgados sustentaram que não há qualquer inconstitucionalidade no artigo em estudo. Os tribunais de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul mantiveram a incidência da norma sucessória.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1.790 do CC/2002, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário, no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1.725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. (TJRS, Incidente 70029390374, Porto Alegre, Órgão Especial, Rel. Originário Des. Leo Lima (vencido), Rel. para o Acórdão Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 09.11.2009)

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO

ESTÁVEL. SUCESSÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro encontra guarida na própria Constituição Federal, que distinguiu entre as duas situações jurídicas. Não é inconstitucional o artigo 1.790, III, do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com outros parentes sucessíveis, o direito a 1/3 da herança dos bens comum (TJMG, Processo 0322132-50.2006.8.13.0512, Pirapora, Corte Superior, Rel. Des. Paulo César Dias, j. 09.11.2011, DJEMG 01.02.2012).

Embora não seja a posição que muitos defendem, o STF concluiu o julgamento acerca da equiparação entre cônjuge e companheiro no que tange à sucessão declarando a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, decisão proferida no julgamento dos recursos RE 878.694/MG, que trata da união de casal heteroaferivo, e do RE 646.721/RS, que aborda a sucessão em uma relação homoafetiva.

O STF conclui que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro, prevalecendo o voto do Ministro Luis Roberto Barroso, que critica a disposição da norma civil, pois “Quando o Código Civil desequiparou o casamento e as uniões estáveis, promoveu um retrocesso e promoveu uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite”, afirma (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

Em sentido contrário, o Ministro Marco Aurélio entende que a Constituição Federal reconhece a união estável e o casamento como situações de união familiar, contudo, não abre espaço para a equiparação entre ambos, sob pena de violar a vontade dos envolvidos, e assim, o direito à liberdade de optar pelo regime de união. O Ministro teve seu voto vencido ao negar seguimento do recurso no RE 646.721/RS.

Compactuou pelo mesmo entendimento o Ministro Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Para Toffoli, “a Constituição não proíbe a diferenciação entre união estável e casamento para efeito de herança, e o Código Civil não trouxe nenhum retrocesso em matéria de proteção social” (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

Contudo, prevaleceu a posição dos Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes. O julgamento teve como placar 8 votos a 2, ausente o ministro Dias Tofoli. O Instituto Brasileiro de Direito de Família defendeu a inconstitucionalidade do artigo, proferindo sustentação oral, atuando como *amicus curiae* (STF, RE 878.694/MG, Rel.

Min. Luís Roberto Barroso).

Finalmente, o Plenário da Corte concluiu o julgamento dos dois recursos com repercussão geral reconhecida e fixou que o CC/2002 não pode ser interpretado de maneira que crie diferenças entre regimes sucessórios de cônjuges e companheiros (TARTUCE, 2017).

Esse entendimento fixado pelo STF já vinha sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, ficou definida a seguinte tese:

No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

Alguns pontos relevantes despertaram interesse pelo tema como, por exemplo, os efeitos dessa decisão para casos que já estavam aguardando decisão, motivo pelo qual o Ministro Luis Roberto Barroso entendeu ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado com o intuito de reduzir a insegurança jurídica.

Para Barroso, a decisão deve ser “aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública” (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

Ato contínuo, em 10 de maio de 2017, o Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. Ficaram vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou tese nos seguintes termos:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 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 (STF, RE 878.694/MG, Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 10/05/2017).

Justificadamente, restaram ausentes os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, que votaram em assentada anterior, e, no respectivo julgamento, o Ministro Luiz Fux, que votou em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Porém, não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que havia votado em assentada anterior. O julgamento foi presidido pela Ministra Cármen Lúcia. O acórdão foi publicado com o seguinte teor:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO . REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS . 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provisamento 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 (STF, RE 878.694/MG, Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 06/02/2018).

Opostos embargos de declaração em 26/02/2018, os quais foram rejeitados por unanimidade pelo Tribunal, sendo finalizado o julgamento virtual em 25 de outubro de 2018. Assim, a decisão transitou em julgado em 04/12/2018, fixando a seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICABILIDADE DO ART. 1.845 E OUTROS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL ÀS UNIÕES ESTÁVEIS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO . 1. Embargos de

declaração em que se questiona a aplicabilidade, às uniões estáveis, do art. 1.845 e de outros dispositivos do Código Civil que conformam o regime sucessório dos cônjuges. 2. A repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos. 3. Embargos de declaração rejeitados (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 09/11/2018).

Outras questões ficaram pendentes no julgamento pelo STF, como o caso da inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário no art. 1.845 do CC/2002, e também no que tange ao direito real de habitação do companheiro, também não mencionado nos julgamentos. Essas e outras questões são temas que merecem destaque e que ainda serão analisadas e decididas pela doutrina e jurisprudência.

Diante desse novo cenário, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal buscam resolver um aspecto importante no que tange à equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A CRFB/88 reconheceu a união estável como entidade familiar, mas que não a equiparou ao casamento. Todavia, mais adiante, os direitos dos companheiros integraram o ordenamento jurídico pátrio com o advento das Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996, que trataram desse relacionamento de fato, trazendo normas patrimoniais aplicadas aos casais que vivem sob o regime da união estável.

A pesquisa mostrou que o artigo 1.723 do CC/2002 reconheceu a união estável como entidade familiar entre homem e a mulher, desde que respeitados os requisitos mencionados pelo dispositivo supramencionado. Além disso, a norma civil reconheceu que o direito sucessório dos companheiros aborda a distribuição da herança de acordo com a participação nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Todavia, muitas dúvidas quanto à sucessão do companheiro surgiram quando da comparação do instituto do casamento com o da união estável e os direitos previstos na CRFB/88.

As premissas lançadas ao longo deste trabalho autorizam afirmar que as alterações trazidas pela CRFB/88 trouxeram grande divergência entre os doutrinadores

no que concerne à regulamentação do dispositivo constitucional por lei ordinária, bem como na equiparação de direitos do casamento e da união estável. Primeiro, por se tratarem de institutos jurídicos diferentes e, segundo, por ter a própria CRFB/88 imposto dever à lei que facilite sua conversão em casamento.

Nessa esteira, a palavra conversão traz àqueles que defendem a desigualdade entre união e casamento a própria razão da diferença entre os institutos, já que converter significa transformar, mudar. Os que defendem tanto a união quanto o casamento como institutos de igual força constitucional e legal declaram que a CRFB/88 veda qualquer forma de discriminação. Para estes, mesmo que se não tenha igualado os institutos do casamento e da união estável, a própria CRFB/88 não aceita qualquer discriminação que possa decorrer dessa distinção. Nesse contexto há um duelo de posicionamentos.

De um lado, em análise ao Recurso Extraordinário 878.694/MG, considerando ter a CRFB/88 ampliado o conceito de família exatamente para conferir ao companheiro a mesma proteção concedida às famílias advindas do matrimônio, entendeu-se configurada ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana, uma vez que a CRFB/88 teria conferido tratamento similar aos institutos da união estável e do casamento.

De outro, de forma mais condizente com o espírito da CRFB/88, observou-se que o CC/2002 não equiparou os companheiros aos cônjuges, estabelecendo disciplina própria para a sucessão em cada um dos casos. Essa é a posição pela qual se parece mais acertada, porquanto são dois institutos distintos e cada um com seus direitos e deveres. Assim, não haveria de se falar em inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002 sob o fundamento de que a CRFB/88 teria conferido tratamento semelhante aos institutos da união estável e do casamento.

Independente de qual seja a posição adotada pelo leitor, o que se espera com a construção desse raciocínio fundamentado é que o mesmo propicie um espaço de reflexão, capaz de contribuir para que possa compreender os anseios da sociedade moderna no que toca ao direito sucessório do cônjuge e do companheiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: DOU de 11.1.2002.

_____. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Brasília, DF: DOU de 30.12.1994.

_____. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Brasília, DF: DOU de 13.5.1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1.135.354-PB**. Rel. Originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. Para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Data de Julgamento: 03/10/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1.291.636/DF**. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 11/06/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 79511**. 4ª Turma, Relator Min. Ruy Rosado Aguiar, Data de Julgamento: 28/02/1996, Data de Julgamento: 22/04/1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 887.990/PE**. 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 24/5/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 4599**. 3ª Turma, Relator Min. Nilson Naves, Data de Julgamento: 09.04.1991, Data de Julgamento: 20/05/1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 646.721/RS**. Rel. Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 10/05/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 878.694/MG**. Rel. Min. Roberto Barroso, Data de Publicação: DJe 26/10/2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Processo 0322132-50.2006.8.13.0512**. Pirapora, Corte Superior, Rel. Des. Paulo César Dias, Data de Julgamento: 09/11/2011, Data de Publicação: DJEMG 01/02/2012.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação com Revisão 587.852.4/4**. Acórdão 4131706,9. Câmara de Direito Privado, Jundiaí, Rel. Des. Piva Rodrigues, Data de Julgamento: 25.08.2009, Data de Publicação: DJESP 25/11/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 70052278280/RS**. Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 02/05/2013, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/05/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento 70024063547**. 7ª CC, Rel. Desembargador Sergio Fernandes de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 27/8/2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 700226552879**. 8ª Câmara Cível, Bom Jesus, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 10.04.2008, Data de Publicação: DOERS 16/04/2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Incidente 70029390374**. Órgão Especial, Rel. Originário Des. Leo Lima (vencido), Rel. para o Acórdão Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 09/11/2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena (coord). **Sucessão do Cônjuge, do Companheiro e outras histórias**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 6.

GOMES, Alexandre Gir. **A desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo Código Civil: constitucionalidade**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 9-17, jul./set. 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões - arts. 1784 a 2027**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões**. 24. ed. ver. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Vol. 6.



TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 17. ed. Vol. 6. São Paulo: Atlas, 2017.