

**FACULDADES INTEGRADAS DE BAURU  
DIREITO**

**Matheus Ferreira Garcia**

**UNIÃO ESTÁVEL  
EQUIPARAÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO AOS  
DO CÔNJUGE**

**Bauru**

**2021**

**Matheus Ferreira Garcia**

**UNIÃO ESTÁVEL: EQUIPARAÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO  
COMPANHEIRO AOS DO CÔNJUGE**

**Monografia apresentada  
às xxxxxxxx xxxxxxxx para  
obtenção do título de xxxxxx em  
xxx, sob a orientação do  
Professor ...**

**Bauru  
2021**



Garcia, Matheus Ferreira

|  
União estável: equiparação dos direitos sucessórios do  
companheiro aos do cônjuge. Matheus Ferreira Garcia.  
Bauru, FIB, 2021.

999f.

Monografia, Bacharel em direito. Faculdades Integradas  
de Bauru - Bauru

Orientador: Claudia Fernanda de Aguiar Pereira

1. Família. 2. Casamento. 3. União Estável. I. Título  
II. Faculdades Integradas de Bauru.

CDD 340

**Matheus Ferreira Garcia**

**UNIÃO ESTÁVEL: EQUIPARAÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO  
COMPANHEIRO AOS DO CÔNJUGE**

**Monografia apresentada às  
xxxxxxx xxxxxxx para obtenção do  
título de Bacharel em direito,  
Bauru, xx dexxxxxx  
de 2021**

**Banca Examinadora:**

**Presidente/ Orientador: Claudia Fernanda de Aguiar Pereira**

**Professor 1: Bazilio Alvarenga Coutinho Junior**

**Professor 2: Marli Monteiro**

**Bauru  
2021**

Primeiramente agradecer a minha família, em especial minha mãe Adriana, meus pais Richard e Marcio, minha irmã Isabela e minhas cachorras e fiéis companheiras Susi e Luna, sem eles com toda certeza eu não estaria onde estou hoje, são minha base e minha estrutura, me apoiando e me auxiliando em todas as partes da minha vida, sempre visando meu bem e crescimento como pessoa, tanto profissional quanto pessoal.

Para os amigos que fiz ao longo da vida, que me ajudaram durante toda a caminhada, mesmo os que perdi o contato, ou não nos falamos mais, durante certas fases da vida, deixaram um poucos deles comigo, um conselho, uma conversa, um ensinamento que me ajudou a seguir em frente, buscar por mais.

Aos meus professores que tive ao longo da vida, que certamente foram parte determinante na construção da pessoa que sou hoje, é por conta de todo amor e dedicação que eles têm por educar, por transmitirem mais do que apenas ensinamentos acadêmicos, e também valores, que cheguei até aqui.

E por último e não menos importante, ao melhor amigo que a faculdade poderia ter apresentado, o craque Paulo Renato Rocha Amado, com toda certeza só consegui chegar ao fim do curso por conta de todo seu apoio ao longo dos anos, foi um prazer ter sido seu colega de turma.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares pelo apoio, todos que de alguma maneira tiveram alguma contribuição para a conclusão do presente trabalho. Agradecer do fundo do meu coração a minha orientadora Claudia Fernanda de Aguiar Pereira, uma pessoa ímpar, excelente professora, atenciosa, dedicada, prestativa, faltam adjetivos para ela, esse trabalho só foi possível graças a toda sua orientação e ajuda, trabalho que se iniciou em 2019 e concluído no presente ano de 2021. Agradecer a todos os professores do curso, tenho certeza que levarei todos os ensinamentos profissionais e pessoais ao longo de toda a vida, não são ensinamentos apenas acadêmicos, são também ensinamentos para a vida.

A educação é a única via para um mundo melhor, o conhecimento é o caminho para o crescimento, para nos tornarmos melhores pessoas, e influenciarmos de uma maneira positiva o desenvolvimento de todos a nossa volta

Uma frase com que me identifico com a ideia transmitida e levo como exemplo para minha vida:

*Se a educação sozinha não transforma a sociedade,  
sem ela tampouco a sociedade muda.*

*(Paulo Freire)*

*A essência dos Direitos Humanos é direito a ter direitos.  
(Hannah Arendt)*

GARCIA, Matheus Ferreira. **União estável: equiparação dos direitos sucessórios do companheiro aos do cônjuge.** Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2021.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso objetiva realizar uma análise das possíveis implicações do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG pelo Supremo Tribunal Federal em determinados temas pertinentes à união estável. A decisão citada, se mostra de grande importância para a comunidade jurídica por romper com um grande retrocesso trazido pelo Código Civil de 2002, no caso a desequiparação do direito sucessório dos cônjuges e dos companheiros. Dessa maneira, direitos que já eram reconhecidos pela jurisprudência e por leis anteriores ao Código Civil passaram a não ter validade após a entrada em vigor do retrógrado artigo 1.790. É demonstrado de diversas maneiras, que o dispositivo tratava os companheiros de forma discriminatória, desacordo com a Constituição Federal de 1988. A Constituição em seu artigo 226 §3º, reconhece e concede proteção especial às entidades familiares formadas pela união estável. Essa proteção assegurada, aliada com os princípios constitucionais, foram os argumentos utilizados para justificar as críticas ao artigo 1.790 do CC/2002, e o reconhecimento pelo STF, da necessidade de igualdade entre os regimes sucessórios dos companheiros e dos cônjuges. Alguns temas importantes e polêmicos sobre os direitos dos companheiros não foram esclarecidos pelo referido julgamento, a questão do companheiro como herdeiro necessário; o direito real de habitação aplicado ao companheiro e a aplicação do artigo 1.830 do CC/2002 para cônjuges e companheiros. Com o intuito de apresentar e discutir tais temas, apontando possíveis soluções para os casos já citados, soluções embasadas nos argumentos da própria decisão do Supremo e em uma perspectiva constitucionalizada do direito civil.

**Palavras-chave:** Família. Casamento. União estável.

GARCIA, Matheus Ferreira. **Stable union: equalization of the partner's inheritance rights with those of the spouse.** Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2021.

## **ABSTRACT**

This course completion work aims to carry out an analysis of the possible and future implications of the judgment of Extraordinary Appeal No. 878.694/MG by the Federal Supreme Court on certain topics relevant to the common-law marriage. The aforementioned decision proves to be of great importance for the legal community as it breaks with a major setback brought by the Civil Code of 2002, in this case, the imbalance in the succession law of spouses and partners. Thus, rights that were already recognized by jurisprudence and by laws prior to the Civil Code became invalid after the entry into force of the retrograde article 1.790. It is demonstrated in different ways that the aforementioned provision treated partners in a discriminatory manner, in complete disagreement with the Federal Constitution of 1988. The Constitution, in its article 226 §3, recognizes and grants special protection to family entities formed by the stable union. This guaranteed protection, allied with constitutional principles and guarantees, were the arguments used to justify the criticisms of article 1790 of the Civil Code of 2002, and the recognition by the STF of the need for equality between the succession regimes of partners and spouses. However, some important and controversial issues about the rights of partners were not clarified by the aforementioned judgment, such as the question of the partner as a necessary heir; the real housing right applied to the partner and the application of article 1,830 of the Civil Code of 2002 for spouses and partners. In order to present and discuss such issues, pointing out possible solutions for the cases already mentioned, solutions based on the arguments of the Supreme Court decision itself and on a constitutionalized perspective of civil law.

**Keywords:** Family. Marriage. Stable union.

## Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 Evolução histórica do direito de família brasileiro .....	5
2.1 Princípios constitucionais do direito de família .....	7
2.1.1 Conceitos do termo princípio.....	8
2.1.2 Da dignidade da pessoa humana.....	8
2.1.3 Da igualdade .....	9
2.1.4 Da liberdade .....	10
2.2 Direito de família na Constituição Federal de 1988.....	10
3 União estável .....	12
3.1 Elementos caracterizadores da união estável.....	13
3.2 Impedimentos legais aplicáveis a união estável.....	14
3.3 Principais efeitos advindos da união estável .....	15
3.3.1 Direito de meação .....	15
3.3.2 Direito a alimentos.....	16
3.3.3 Direito real de habitação de convivente sobrevivente .....	16
3.4 União estável entre pessoas do mesmo sexo.....	18
3.5 Direitos e deveres .....	18
3.5.1 Lealdade .....	19
3.5.2 Respeito .....	19
3.5.3 Assistência .....	20
3.5.5 Guarda sustento e educação dos filhos .....	20
3.5.6 A coabitação como dever natural.....	21
3.5.7 O nome na união estável .....	21
4 Sucessão.....	22
4.1 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO ANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	22

4.2 O TRATAMENTO CONFERIDO PELO CÓDIGO CIVIL PARA A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO .....	24
5 ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694/MG.....	29
5.1 Opiniões e argumentos de doutrinadores acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do código civil .....	29
5.2 O julgamento do recurso extraordinário nº 878.694/mg pelo supremo tribunal federal .....	33
5.3 Possíveis implicações referentes ao julgamento do recurso extraordinário 878.694/mg pelo STF no direito sucessório e de família .....	37
5.4 O companheiro como herdeiro necessário.....	38
5.5 O artigo 1.830 do código civil de 2002 e a sua aplicação para cônjuges e companheiros sobreviventes.....	43
CONCLUSÃO .....	48
REFERÊNCIAS	

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar os impactos do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG em temas determinados e polêmicos relacionados com a união estável, como a questão do companheiro como herdeiro necessário; o direito real de habitação conferido ao companheiro, e finalmente, a aplicabilidade do artigo 1.830 do Código Civil de 2002 para cônjuges e companheiros.

O motivo pelo qual esses determinados assuntos foram destacados e escolhidos, é por conta de suas importâncias práticas no âmbito do direito sucessório e de família, e pelo fato de serem alguns dos temas mais controversos e discutidos pela doutrina, mesmo antes, quanto após o início do julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG pelo Supremo Tribunal Federal.

A linha de raciocínio que conecta cada um dos temas discutidos ao longo da monografia, está relacionada com a omissão da lei acerca da aplicação de diversos direitos que são assegurados ao cônjuge, mas não são expressamente assegurados ao companheiro. Sendo assim, o intuito é constatar se a decisão do Supremo Tribunal Federal que igualou os direitos sucessórios de cônjuges e companheiros, com a declaração da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, tem a condição de influenciar nas questões acima citadas, ao conceder uma interpretação mais favorável para aqueles que vivem sob o instituto da união estável.

Apresentado o objetivo principal da monografia, para alcançá-lo, foi realizado no primeiro capítulo uma análise da evolução histórica do direito de família brasileiro, onde foi abordado qual era o entendimento quanto ao direito de família, e quem detinha o poder de regular esse direito, desde a invasão dos portugueses, fazendo uma breve análise durante o período do Brasil colonial, passando pela independência em 1822, proclamação da República em 1889, até chegarmos a Constituição Federal de 1988. Durante todo esse período transformações históricas e sociais, como por exemplo a inserção da mulher no mercado de trabalho, foram determinantes para uma mudança estrutural da família. Com a diminuição de seus membros, a forma de tratamento passou a

ser diferente, vindo à tona um dos mais importantes princípios do direito de família: a afetividade.

Desde então, as pessoas passaram a se unir pelo afeto, e começaram a formar novas entidades familiares, diferentes do casamento, que até então era visto como a única união familiar aceitável. Famílias formadas apenas por mãe e filhos, ou irmão e irmã ganharam espaço, e com a instituição da Constituição Federal de 1988 passaram a ser protegidas pela lei e pelo Estado, com princípios constitucionais do direito de família, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, princípios estes que vão sendo analisados ao longo do capítulo.

Analisando a proteção concedida pela Constituição as entidades familiares e aprofundando-se, no estudo dos aspectos gerais dos institutos da união estável e do casamento, será analisado se a Constituição teve a intenção de propor alguma hierarquia entre tais institutos ou se teve a intenção de igualá-los constitucionalmente.

Após, entrando no tema da união estável, será apresentado um panorama geral do que é a união estável, diferentes conceitos e definições sobre o assunto por parte de diversos juristas. Também analisaremos os elementos caracterizadores da união estável, que estão previstos no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal e do artigo 1.723 do Código Civil, são eles: a relação afetiva entre companheiros (as); convivência pública, contínua e duradoura; objetivo de constituição de família e possibilidade de conversão para o casamento.

Trataremos também, sobre os impedimentos legais aplicáveis a união estável, onde as causas de impedimento são idênticas as do casamento, sua previsão está no artigo 1.723 parágrafo 1º do Código Civil.

Então falaremos, sobre os principais efeitos advindos da união estável, os quais são: direito de meação; direito a alimentos; direito real de habitação de convivente sobrevivente, este último, passou a ter entendimento favorável ao companheiro, após a publicação do enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal em 2015, na VII jornada de Direito Civil.

Em seguida, entramos no assunto sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo, tema o qual o Conselho Nacional de Justiça, com a publicação do Provimento nº37/2014, no seu artigo 1º autorizou o registro das uniões estáveis,

onde o registro é feito no livro "E" do Registro Civil das Pessoas Naturais do domicílio do companheiro. Tanto as uniões formalizadas por escritura pública, ou por decorrência de decisão judicial, podem ser registradas tanto a constituição, quanto a dissolução.

Adiante, adentramos no tema dos direitos e deveres do companheiro, os quais estão elencados no artigo 1.724 do Código Civil, além deles há também os deveres solidários, exemplos dos deveres analisados ao longo do capítulo são os deveres de: lealdade, respeito, assistência, guarda sustento e educação dos filhos, coabitação como dever natural.

E ao fim do capítulo tratamos sobre a questão do nome na união estável, onde desde que haja anuência do companheiro, e mediante requisição das partes, é possível a modificação do nome, e todo o processo deve ser feito de forma administrativa, no cartório. A previsão que assegura esse direito está na decisão do Recurso Especial nº 1.206.656/2010 do STJ.

Passamos adiante para o próximo capítulo, no qual o tema é a sucessão, que de uma maneira literal, podemos conceituar como ato ou efeito de suceder, depende da existência de um adquirente que sucederá o antigo titular de determinados valores. De uma maneira genérica, é um ato jurídico de substituição de uma pessoa por outra nas suas obrigações e direitos.

Verificaremos qual era o entendimento sobre a sucessão do companheiro antes do Código Civil de 2002, onde, a união estável era uma alternativa para muitos casais que já estavam separados de fato, mas não podiam se casar novamente, por conta de no Brasil na época não admitir o divórcio como forma de dissolução definitiva do vínculo matrimonial. No Brasil a primeira norma que tratou sobre o assunto foi o Decreto-lei 7036/1944, que passou a reconhecer a companheira como beneficiária no caso de acidente de trabalho de que a vítima tenha sido seu companheiro, lei a qual, ainda é aplicada na prática. Há também a Súmula nº 380 de 1964, a Lei 6.015/1973, até chegarmos em 1994, onde foi criada a lei nº 8.971/94 com a proposta de regular o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão, e foi a primeira vez em que os direitos sucessórios dos companheiros foram previstos textualmente. Depois foi criada a lei 9.278/96 com o intuito de regular o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, passou a conceder ao companheiro sobrevivente, enquanto este vivesse ou não constituísse nova união, no seu artigo 7º, parágrafo único, o direito real

de habitação, relativo ao imóvel destinado à residência da família. Essa lei, em seu artigo 5º previu presumidamente que os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável eram considerados fruto do trabalho e da colaboração comuns, assim passando a pertencer a ambos os companheiros em partes iguais e em condomínio.

No tópico seguinte, e o último do capítulo, faremos uma revisão completa sobre o texto do artigo 1.790 do Código Civil, por conta de ser ele o dispositivo no qual está a previsão normativa da sucessão do companheiro. Analisaremos a previsão de cada inciso, os posicionamentos de diferentes juristas, e prosseguiremos para o último capítulo.

Por fim, trataremos sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, opiniões e argumentos dos doutrinadores a favor e contra o referido artigo; também analisaremos como foi o julgamento do Recurso extraordinário 878.694/MG; e por fim, apresentaremos possíveis novos entendimentos apontados pelos doutrinadores que surgiram após a decisão pela inconstitucionalidade do artigo, como a questão do companheiro como herdeiro necessário, e a aplicação do artigo 1.830 do Código Civil de 2002 para cônjuges e companheiros sobreviventes.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

A família é o centro da sociedade, e conforme as palavras de Maria Berenice Dias (2016), a vida em pares é um fato natural aos seres humanos, que inicialmente tinham como característica a informalidade.

Rolf Madaleno (2018) leciona que o convívio humano se estrutura a partir de cada uma das diversas células familiares que fazem a composição da comunidade social e política do Estado, assim se encarregando de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecimento a sua própria instituição política.

No Brasil, o direito de família era a imagem de sua sociedade, por conta das condições, dos modelos sociais, morais e religiosos dominantes. Do ponto de vista do ordenamento jurídico, nós tivemos três grandes períodos; quais sejam:

Inicialmente tivemos o direito de família religioso ou do direito canônico, que durou quase 400 anos, durante o Brasil Colônia e o Império (1500-1889). Tratava-se de um modelo patriarcal, e era uma matéria reservada ao controle da Igreja Católica, religião oficial tanto na Colônia quanto no Império. Desde sua chegada os portugueses impuseram à Colônia o seu próprio ordenamento jurídico, sob as ordenações do Reino (conhecidas como Afonsinas, Manuelinas e Filipinas por serem derivadas dos nomes dos reis que as instituíram), que por sua vez transmitiam ao direito canônico, as matérias de direito de família. (LÔBO, 2011)

Mesmo após a Independência, e a Constituição de 1824, inspirada nos ideais iluministas da Revolução francesa, o modelo normativo em que o Estado abria mão de cuidar da regulamentação da vida privada de seus cidadãos em benefício de uma organização religiosa não se alterou. Houve a determinação de haver a edição de um Código Civil na Constituição Imperial, que até então inauguraria o direito de família laico, porém nunca foi cumprida, se acomodando na duplicidade jurídica. (LÔBO, 2011)

O controle da família foi resultado de uma relação política histórica entre o Reino de Portugal e a poderosa e influente Igreja Católica romana, definindo-se os lados do poder. A formação do homem brasileiro, foi marcada pela interferência da religião em sua vida privada, com repercussão até hoje na

dificuldade de definir o que é público e o que é privado, um sentimento generalizado de que a coisa pública e as funções públicas seriam extensões do espaço familiar ou do patrimônio expandido da família. O Estado seria o agrupamento de famílias, logo dava a se entender que o interesse público estaria a serviço dos interesses familiares. (LÔBO, 2011)

O poder político de um senhor de engenho era decorrente da força da família que comandava, como um senhor absoluto, poder político este que se fundamentava e se legitimava decorrendo da Igreja. Por outro lado, foi no entorno das capelas e igrejas que se iniciou a formação dos núcleos urbanos. Um exemplo de toda essa influência da igreja católica, são as bandeiras, organização militar de caráter privado, que tinham como chefes patriarcas proprietários, não saiam para os sertões sem um capelão. (LÔBO, 2011)

Nas ordenações Filipinas praticamente não havia distinção clara entre as normas de direito privado e as de direito público, sendo assim tornou-se difícil a identificação de um conjunto normativo dirigido à família, já que era o direito canônico que regulamentava a vida privada das pessoas, desde o nascimento até a morte, conferindo a seus atos caráter oficial. Tudo estava sob a competência do sacerdote, atos e registros de nascimento, casamento, óbito, e os cemitérios sobre o controle da Igreja. (LÔBO, 2011)

O então governo imperial até tentou corrigir a confusa legislação existente, encomendou e autorizou ao jurista Teixeira de Freitas a elaboração da Consolidação das Leis Civis, por volta do século XIX, porém não houve bons resultados dessa tentativa. (LÔBO, 2011)

A República proclamada em 1889, teve como um dos seus primeiros atos, a retirada do direito canônico sobre as relações familiares, em especial o matrimônio, que se tornaram laicas. O casamento religioso deixou de ter eficácia no civil. Com a intenção de reduzir a interferência religiosa na vida privada, a constituição de 1891 estabeleceu que os cemitérios tivessem caráter secular, nenhum culto se beneficiaria de subvenção pública e que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos seria leigo. (LÔBO, 2011)

Durante o século XX houve grande redução das desigualdades presentes no direito de família brasileiro. A família patriarcal foi perdendo gradativamente sua força, na medida em que enfraquecia suas bases, como o poder material, o

pátrio poder, a desigualdade entre os filhos, a exclusividade do matrimônio e o requisito de legitimidade. (LÔBO, 2011)

No território legislativo, três grandes diplomas legais transformaram esse paradigma: a) a Lei nº 883/49, permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos e conferiu-lhes direitos até então vedados; b) a Lei nº 4.121/62, que ficou conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que retirou a condição da mulher casada de subalternidade discriminação em face do marido, da condição de relativamente incapaz; c) a Lei nº 6.515/77, famosa como Lei do Divórcio, que passou a assegurar aos casais separados, a oportunidade de reconstruírem suas vidas, casando se com outras pessoas, quebrando de uma vez a resistente reação da Igreja, além de aumentar o grau de igualdade de direitos de filhos matrimoniais e extramatrimoniais. (LÔBO, 2011)

Nas grandes mudanças que ocorreram no mundo ocidental, a partir da década de 70 do século passado no direito de família, o Brasil esteve presente. Houve resultados notáveis nas mudanças adotadas, principalmente na realização do princípio de igualdade entre os cônjuges e entre os filhos de qualquer origem.

O direito de família que surgiu após todas essas transformações, pouco tinha em comum com o direito de família presente em nossa sociedade até algumas décadas e séculos anteriores. Apesar de todas essas mudanças, ainda existiam normas que favoreciam o tratamento desigual entre marido e mulher e entre filhos, além de ainda permanecer a vedação a entidades familiares não matrimoniais.

Em 1988, com a atual Constituição Federal, atenuou-se o problema de longa data da desigualdade jurídica na família brasileira, com o seu capítulo dedicado as relações familiares, que é considerado um dos mais avançados dentre todos os países. Com normas essenciais e realmente revolucionárias, definiu-se o fim da discriminação das entidades familiares não matrimoniais, que passaram a receber respaldo idêntico as constituídas pelo casamento. (LÔBO, 2011)

## **2.1 Princípios constitucionais do direito de família**

Na Constituição Federal de 1988, foram implementados princípios essenciais e garantias a proteção dos direitos fundamentais das pessoas, neste tópico abordaremos os princípios que ao serem inseridos na Constituição revolucionaram o direito de família brasileiro.

De acordo com Maria Berenice Dias:

É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais, 71/1276 os quais não podem se distanciar da atual concepção da família, que tem sua feição desdobrada em múltiplas facetas. Devem servir de norte na hora de apreciar qualquer relação que envolva questões de família os princípios da solidariedade e da afetividade. Daí a necessidade de revisitar os institutos de direito das famílias, adequando suas estruturas e conteúdo à legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica. (DIAS, 2016, p. 72)

Nos artigos 226 e seguintes da Constituição anteriormente citada, a família foi finalmente reconhecida como base de nossa sociedade, e por conta de sua extrema importância na formação de pessoas, criaram normas e princípios que assegurassem os direitos de cada indivíduo.

### **2.1.1 Conceitos do termo princípio**

Os juristas empregam ao termo 'princípio' três diferentes sentidos. O primeiro seria 'supernormas', ou seja, normas gerais, que expressam valores, por conta disso, são ponto de referência, para as regras que as desdobram. Um segundo entendimento é o de que se os princípios se impõem para o estabelecimento de normas específicas as disposições que preordenam o conteúdo de regra geral. O terceiro e último, é que são generalizações, onde se chega a essa conclusão por conta das normas vigentes sobre determinadas matérias.

No presente trabalho, analisaremos somente os princípios que sejam relevantes ao entendimento do tema analisado

### **2.1.2 Da dignidade da pessoa humana**

É o maior princípio, e dele derivam todos os demais, está previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. De difícil entendimento, mas que procura manifestar os valores constitucionais.

É considerado como o princípio fundador do Estado Democrático de Direito, a preocupação de promover e garantir os direitos humanos, e a justiça social, fez com que o legislador consagrasse a dignidade da pessoa humana, como valor nuclear da ordem constitucional.

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. (DIAS, 2016, p. 74)

O Código Civil de 1916 só reconhecia a família decorrente do casamento, porém esse entendimento mudou com a Constituição Federal de 1988, que passou a valorizar o indivíduo, e não apenas a instituição familiar.

### **2.1.3 Da igualdade**

Está previsto no preâmbulo da Constituição Federal, e foi reafirmado o direito a igualdade, ao dizer no artigo 5º que: todos são iguais perante a lei. Também no inciso I do já mencionado artigo, é afirmado várias vezes que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. E no artigo 226 parágrafo 5.º repete-se mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente a sociedade conjugal. A carta constitucional é tida como grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias. (DIAS, 2016)

Atenuaram-se com a desigualdade de gêneros, após séculos de tratamento discriminatório, as distâncias entre homens e mulheres vem diminuindo. Porém, mesmo com a igualdade, é possível apagar as diferenças entre gêneros, que não podem ser ignoradas pelo direito.

O desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre os sexos dentro do princípio da igualdade. Já está superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade é conceder à mulher o tratamento diferenciado de que os homens sempre desfrutaram. O modelo não é o masculino, e é preciso reconhecer as

diferenças, sob pena de ocorrer a eliminação das características femininas. (DIAS, 2016, p. 77)

A principal ideia é garantir a liberdade, por interessar particularmente ao direito, já que está ligada a ideia de justiça.

#### **2.1.4 Da liberdade**

O princípio da liberdade, junto com o princípio da igualdade, foram os primeiros a serem reconhecidos como direitos humanos fundamentais, para garantirem o respeito à dignidade da pessoa humana. O direito tem como papel organizar, coordenar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual.

Só existe liberdade, se esta for concomitante, e de igual proporção para todos. Caso haja algo que seja contrário a liberdade, então haverá apenas dominação e sujeição.

Com a instauração do regime democrático de direito, feito pela Constituição houve grande preocupação em acabar com qualquer tipo de discriminação, demonstrando especial atenção à igualdade e a liberdade no âmbito familiar. Todas as pessoas têm o direito a escolherem o seu par, ou pares, independente do sexo, assim como a entidade em que desejar constituir sua família.

Maria Berenice Dias explica a abrangência do princípio da liberdade:

Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual ou ainda poli afetiva. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de 75/1276 bens na vigência do casamento (CC 1.639 § 2.º) sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares. (DIAS, 2016, p. 75)

A liberdade teve sua origem nas relações familiares, e com o passar do tempo, está cada vez mais presente entre elas.

## **2.2 Direito de família na Constituição Federal de 1988**

A Constituição Federal de 1988 mudou todo o entendimento que havia no Brasil tanto no conceito de família, quanto do conceito de direito de família, finalmente houve o fim da desigualdade de gênero, a figura da mulher submissa e inferior ao homem deixou de existir, constitucionalmente falando. Novas entidades familiares passaram a ser caracterizadas como família, sendo assim ganhando o mesmo respaldo constitucional que até então apenas o casamento tinha.

O entendimento predominante entre os juristas em relação ao artigo 226 da Constituição Federal é de que há apenas três tipos de entidades familiares explicitamente previstas, o casamento, a união estável e a família monoparental. Porém há opiniões divergentes acerca da hierarquização entre elas, que se expressam em duas teses contrárias. Paulo Lobo, explica o entendimento das duas correntes:

- I — Há primazia do casamento, concebido como o modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo os demais (união estável e entidade monoparental) receber tutela jurídica limitada;
- II — Há igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade. (LÔBO, 2011, p. 81)

A segunda tese se enquadra melhor no entendimento das disposições constitucionais, além do princípio da igualdade, naturalmente presente no pluralismo de entidades familiares reconhecidas pela constituição, também se encontra o princípio da liberdade de escolha, assim concretizando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial, é de decisão da própria pessoa, não pode o legislador decidir qual a melhor e mais adequada. (LÔBO, 2011)

### 3 UNIÃO ESTÁVEL

Nas palavras de Paulo Lôbo (2011), a união estável é a entidade familiar constituída por duas pessoas que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento.

Outra forma de conceituar a união estável é como sendo, a relação afetivo-amorosa entre duas pessoas, não adúltera e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil”. (PEREIRA, 2005, apud MADALENO, 2018, p. 1433)

Apesar de a união estável ser algo onde não há compromissos e obrigações a cumprir, à medida que é regulamentada, vai ganhando contornos de casamento.

Maria Berenice Dias explica de maneira simples e clara a origem e como ocorre o desenvolvimento de uma relação até chegar a ser considerada uma união estável:

a união estável inicia de um vínculo afetivo. O envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, e as duas pessoas começam a ser identificadas no meio social como um par. Com isso o relacionamento se torna uma unidade. A visibilidade do vínculo o faz ente autônomo merecedor da tutela jurídica como uma entidade familiar. O casal transformasse em universalidade única que produz efeitos pessoais com reflexos de ordem patrimonial. (DIAS, 2011, P. 417)

Muitos juristas criticam a regulamentação da união estável, por conta de que a regulamentando, você praticamente acaba com ela, pois é como estar preso às regras do casamento, algo que a pessoa que escolheu a união estável, justamente está tentando evitar.

Existe um dilema o qual é necessário aprender a conviver, ao mesmo tempo em que não se quer a intervenção do Estado nas relações íntimas, é necessária sua interferência para dar legitimidade e proteger a parte econômica mais fraca.

### 3.1 Elementos caracterizadores da união estável

São requisitos legais da união estável, por força do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição e do art. 1.723 do Código Civil: a) relação afetiva entre homem e mulher; b) convivência pública, contínua e duradoura; c) objetivo de constituição de família; d) possibilidade de conversão para o casamento.

Analisaremos primeiramente os itens “b”, “c” e “d”, por conta do item “a” ter característica exclusiva, que será analisada posteriormente.

- b) A convivência pública ou estabilidade, sempre foi de difícil comprovação desde sua introdução constitucional em 1988, inicialmente por conta da lei nº 8.971/94, estabeleceu um período de tempo mínimo de cinco anos, salvo se houvesse nascimento de filho. Mas com a chegada da Lei n. 9.278/96, a mesma excluiu a referência a qualquer período de tempo, entendimento que foi reproduzido no Código Civil de 2002. Paulo Lobo (2011), explica que “na união estável a estabilidade decorre da conduta fática e das relações pessoais dos companheiros, sendo presumida quando conviverem sob o mesmo teto ou tiverem filho”.
- c) O objetivo de constituição de família é presumido de caráter individual. Este requisito se originou simplesmente pelo fato de que as uniões extramatrimoniais não conseguiam acesso ao casamento. A intenção do casal era de casar e constituir uma família, mas isso não acontecia por impedimento legal.
- d) A conversão da união estável em casamento tem a finalidade de estabelecer seu termo inicial, dando a possibilidade para que haja fixação de regras matrimônias com efeito retroativo. As duas causas de impossibilidade são quando um convivente é apenas separado de fato, sendo assim deve aguardar o trânsito em julgado da sentença de divórcio; e após o falecimento de um dos conviventes, porque é necessário a manifestação de ambos os conviventes. (DIAS, 2011)

Dos quatro requisitos caracterizadores da união estável, os três citados acima estão em comum presença na caracterização das outras entidades familiares. O único requisito exclusivo é a convivência de um homem e uma

mulher em posse de estado de casados. De modo ao costume de casado, ou como se casado fossem, com todos os elementos essenciais.

Sempre houve uma discussão em torno das uniões homoafetivas serem aceitas como união estável ou não. O entendimento vigente até 2011 era de não serem aceitas, justamente por conta do requisito exclusivo anteriormente citado. Porém, esse entendimento foi superado no plano judicial com o julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF n. 132/ RJ e da ADI n. 4.277/DF. O tema será abordado e analisado profundamente nos próximos tópicos.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2016) a união estável “Nasce da consolidação do vínculo de convivência, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas e do embaralhar de patrimônios”.

### **3.2 Impedimentos legais aplicáveis a união estável**

A união estável, em relação a causas de impedimento, se espelha a imagem do casamento, está previsão é feita pelo artigo 1.723 parágrafo 1º do Código Civil: “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1521”. Sendo assim, nas mesmas hipóteses em que é proibido o casamento, também é a união estável.

Rolf Madaleno leciona que:

É possível afirmar que na união estável ocorre um casamento às avessas, porque os seus efeitos jurídicos só restarão usualmente reconhecidos ao término da relação, quando o julgador for provocado para declarar em processo judicial próprio a existência oficial desta união informal. Por consequência desta convocação processual, o juiz familista procederá na verificação dos pressupostos de reconhecimento e de validade jurídica da união, como entidade formal constitucionalmente protegida, devendo para tanto afastar da concepção de união estável relacionamento eivado por qualquer impedimento especificamente arrolado no artigo 1.521 do Código Civil. (MADALENO, 2018, p. 1459)

A união estável não precisa de chancela do Estado para sua constituição ou seu término, visto que os até então companheiros só observam que sua relação era uma união estável após o seu término, diferentemente do casamento que é tutelado pelo Estado, e caso haja anulação do casamento, os efeitos da sentença retroagirão a data de sua celebração, o tornando algo que praticamente

nunca teve existência. No caso de inobservância dos impedimentos, temos a constituição de concubinato, segundo o artigo 1.727 do Código Civil.

### **3.3 Principais efeitos advindos da união estável**

Abordaremos nos próximos tópicos os efeitos patrimoniais da união estável do ponto de vista legal.

#### **3.3.1 Direito de meação**

Meação é a parte que cada cônjuge ou companheiro tem sobre os bens que integram o patrimônio do casal. Sempre corresponderá a metade dos bens idealmente considerados, e apenas existe no regime de comunhão de bens total ou parcial. A meação incidirá única e exclusivamente aos bens adquiridos onerosamente após o início da união estável.

A proteção legal da comunhão é parecida e derivada ao do casamento. Ao companheiro não é permitido prestar aval ou fiança sem expressa autorização do outro, já que a regra do artigo 1.647 do Código Civil, também se aplica a união estável, pois incide sobre o regime de comunhão parcial. No caso de bem imóvel adquirido após o início da união estável em nome de um dos companheiros, o outro poderá opor embargos de terceiros, para a exclusão da meação. (LÔBO, 2011)

Paulo Lobo explica a importância da regulamentação do regime de bens:

O contrato para regular o regime de bens tem finalidade exclusivamente patrimonial, não podendo dispor sobre direitos pessoais dos companheiros ou destes em relação aos filhos. A união estável é ato-fato jurídico que independe da vontade das partes, razão por que não pode haver “contrato de união estável” que a constitua ou fixe seu início, mas “contrato de regime de bens de união estável”. Para os fins outros que não o de definição do regime de bens, o contrato é nulo, por dispor sobre o que é legalmente cogente. (LÔBO, 2011, p. 182)

Antes ou após início da união estável podem os companheiros, escolherem regimes de bens diferentes da comunhão parcial, escolhendo qualquer um dos previstos para o cônjuge, ou criando o próprio.

### 3.3.2 Direito a alimentos

Após o término da união estável, os companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos necessários à sua sobrevivência, sem qualquer inquirição sobre os motivos do término da relação, já que há a ausência de qualquer dispositivo de lei vinculando os alimentos a isenção de culpa pela separação dos conviventes.

Houve muita discussão entre os juristas, sobre quais necessidades se enquadravam na obrigação de alimentos, por conta de uma antiga divergência de entendimentos que havia em relação a existência de culpa no término do casamento, discussão essa que não se estendeu até a união estável.

Já Rolf Madaleno esclarece que:

é inexorável reconhecer que cada vez mais os efeitos jurídicos da união estável desfeita inspiram a dissolução do casamento, dentro de uma noção cada vez mais acentuada de plena liberdade e da autonomia privada dos cônjuges e conviventes e de cada vez menos a intervenção estatal, que só se justificaria para tutela dos socialmente vulneráveis, eis que pertencem à esfera privada da pessoa humana as decisões sobre seus aspectos de maior intimidade, construindo cada qual o seu próprio projeto de vida. (MADALENO, 2018, p. 1468)

O dispositivo que regulamenta, e possibilita o direito a alimentos, entre os ex-companheiros, é o artigo 1.694 do Código Civil: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

O direito a alimentos tem natureza de direito de personalidade, por conta de assegurarem a inviolabilidade do direito à integridade física.

### 3.3.3 Direito real de habitação de convivente sobrevivente

Em 10 de maio de 1996, com a Lei nº 9.278, onde em seu parágrafo único do artigo 7º, passou a permitir ao convivente viúvo, enquanto não tiver novo relacionamento, o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família. (MADALENO, 2018)

Já em 2002, o Código Civil, reconheceu apenas ao cônjuge sobrevivente, o direito real de habitação (artigo 1.831), em relação ao imóvel destinado à

residência familiar, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (MADALENO, 2018)

Contudo, o artigo 2045 do Código Civil não revogou expressamente a Lei nº 9.278/ 1996, onde o parágrafo único do seu artigo 7º estabelece a união estável o direito de habitação. E como está previsto na Lei de Introdução as Normas de Direito brasileiro (12.376/ 2010), em seu artigo 2º parágrafo primeiro, a lei posterior só revoga a anterior quando assim expressamente declarar. Sendo assim, tecnicamente segue em plena vigência a Lei nº 9.278/ 1996, naquilo que não for incompatível com o Código Civil. (MADALENO, 2018)

O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88. (2015, p.64)

Em 2015, na VII jornada de Direito Civil, houve a publicação do enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, onde foi fixado o entendimento de que o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, segue o texto do enunciado:

O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88. (2015, p.64)

O direito ao usufruto é algo que sempre mereceu especial atenção, visto que o companheiro sobrevivente tem que ter o direito de usufruir e desfrutar de tudo aquilo que ele ajudou a constituir durante anos, mesmo que apenas com sua presença durante esse tempo, é algo que deve ser assegurado a ele (a). Porém este direito só recai sobre aquilo que o companheiro sobrevivente ajudou a constituir, sendo assim tudo aquilo que o companheiro já falecido constituiu anteriormente a união estável, não deve ser de usufruto garantido ao companheiro sobrevivente.

### 3.4 União estável entre pessoas do mesmo sexo

O Conselho Nacional de Justiça, na publicação do Provimento nº 37/2014, em seu artigo 1º autorizou o registro das uniões estáveis, inclusive entre pessoas do mesmo sexo: “É Facultativo o registro da união estável prevista nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil, mantida entre o homem e a mulher, ou entre duas pessoas do mesmo sexo”. O registro será feito no livro “E” do Registro Civil das Pessoas Naturais, do domicílio do companheiro. Tanto as uniões formalizadas por escritura pública, ou por decorrência de decisão judicial, podem ser registradas também tanto a constituição, quanto a dissolução.

Sempre houve discussão quanto à validade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, Rolf Madaleno esclarece a situação com a seguinte afirmação:

Naturalmente deve ser afastado do conceito de união estável qualquer pressuposto de que sua constituição se dê unicamente entre um homem e uma mulher, porquanto casamento e união estável também são judicialmente protegidos quando formatados entre pessoas do mesmo sexo, uma vez presentes os pressupostos do artigo 1.723 do Código Civil. (MADALENO, 2018, p. 1460)

Com o passar do tempo, o termo união homossexual, que era anteriormente empregado as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, deixou de ser utilizado. Em seu lugar por conta da evolução do entendimento quanto à questão, passou a ser empregado o termo união homoafetiva, que melhor descreve a relação.

### 3.5 Direitos e deveres

Os direitos e deveres impostos aos companheiros estão elencados no artigo 1.724 do Código Civil: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

Além dos direitos e deveres previstos no artigo à cima citado, há também deveres que são de obrigação solidária entre os companheiros.

Comentaremos os deveres e direitos previstos no artigo 1.724 do Código Civil, e os deveres solidários mais importantes abaixo:

### 3.5.1 Lealdade

É um princípio moral, não se restringe ao conceito de fidelidade, segundo Rolf Madaleno:

Ser fiel ou leal é corresponder à confiança do parceiro; a lealdade vai além do compromisso de fidelidade afetiva, abrange um amplo dever de respeito e de consideração devida mutuamente entre os companheiros, no propósito de perpetuarem a sua relação afetiva. (MADALENO, 2018. p. 1463)

Em caso de deslealdade, mesma não tem nenhuma relevância jurídica, podendo implicar apenas no término da união por parte do ofendido, é algo que fica apenas no plano pessoal.

### 3.5.2 Respeito

É um compromisso moral, e de formação, todo ser humano deve exercer em suas relações pessoais, em especial nas suas relações afetivas, onde se tem por entendimento de que destas relações haja o interesse para a evolução da família com base no afeto.

Rolf Madaleno explica a importância da proteção jurídica dada a este compromisso:

O direito ao respeito merece proteção jurídica integral para a conservação do bom relacionamento na sociedade, no qual as pessoas devem se abster de ofender outrem, em seu brio, ou em seu pudor, no propósito de evitar a criação de conflitos de relacionamento, capazes de perturbar a paz social e familiar. (MADALENO, 2018, p. 1464)

Por conta dos direitos fundamentais reconhecidos a cada cidadão, cada companheiro deve respeitar as liberdades individuais e os direitos de personalidade do outro.

### **3.5.3 Assistência**

É um dever mútuo e recíproco entre os conviventes, e deve ser considerado em todas as dimensões, tanto espirituais quanto materiais. Rolf Madaleno comenta onde está mais presente o dever:

Naturalmente, o dever de assistência e cooperação entre os companheiros muito mais se aviva diante da coabitação dos conviventes, pois se mostram diuturnos os encargos financeiros e imateriais da relação estável, evidentemente, sem nenhum caráter sancionatório... (MADALENO, 2018, p. 1465)

Explicaremos brevemente o conceito de dever material e imaterial: Deveres materiais se entende por assegurar as necessidades da casa, de modo solidário e em comum sintonia, os dois contribuindo para a tranquilidade da entidade familiar.

Enquanto dever imaterial, é um dever de caráter eminentemente pessoal, de apoio ao companheiro, estar presente para socorrê-lo nas adversidades da vida, é um dever caracterizado pelo companheirismo, espontaneidade, solidariedade recíproca entre os companheiros.

Devidamente explicado por Rolf Madaleno (2018) da seguinte forma, “é um dever intrínseco e espontâneo que os conviventes mantêm de mútua cooperação entre os componentes da união, que implica uma obrigação de socorro e auxílio espiritual mútuo.”

### **3.5.5 Guarda sustento e educação dos filhos**

É de obrigação de todos os pais, sejam eles casados, conviventes, monoparentais, biológicos, adotivos ou socioafetivos, porque é seu dever criar e educar os filhos, em todas suas fases de desenvolvimento, até que cheguem na idade adulta, quando já se espera que estejam preparados para assumirem suas responsabilidades, e não dependam mais de seus pais.

Caso os pais vivam em lares distintos, a guarda será do detentor da posse física do filho.

Nos casos em que ocorre a separação do casal, ocorrendo a dissolução da união, deverão ser regulamentadas as visitas, e se estabelecerá o valor

necessário a alimentação dos filhos. Em alimentação se compreende tudo aquilo que for necessário pra sua sobrevivência, como educação, moradia, saúde, roupas, lazer e outras necessidades.

### **3.5.6 A coabitação como dever natural**

A súmula nº 382 do Supremo Tribunal Federal, disse não ser a coabitação elemento essencial para a caracterização da união estável, e o artigo 1.724 do Código Civil, também não coloca a mutua convivência como um dos deveres da união estável, porém essa ausência se trata de uma exceção e não de uma regra em geral. (MADALENO, 2018)

Esse entendimento se deve por conta, de que nem todos aqueles que vivem como companheiros necessariamente dividem o mesmo teto. São várias as pessoas que por diversos motivos preferem não morar junto com o companheiro, como por exemplo, pessoas que possuem filhos de um casamento anterior, e preferem manter um lar apenas com eles.

### **3.5.7 O nome na união estável**

Após a constituição da união estável, no momento de realizar o registro é possível, desde que haja anuência do companheiro, e mediante requisição das partes, ocorrer a modificação do nome, assim acrescentando o sobrenome do parceiro, todo o processo pode ser feito de forma administrativa, no cartório.

Chegou a esse entendimento após decisão do STJ, sobre o Recurso Especial Nº 1.206.656/2010. Onde a ministra Nancy Andrighi, fez uma analogia com o Código Civil, concluindo pela aplicação analógica do artigo 1.565, parágrafo 1º do Código Civil, ao entender ser possível o pedido de adoção do sobrenome do companheiro. (JUSBRASIL, 2012?)

## **4 SUCESSÃO**

Entende-se por sucessão, o ato ou efeito de suceder. Em um sentido de substituição de coisas ou de pessoas, encargos ou bens, transmissão de direitos, em uma relação jurídica de continuidade. Depende da existência de um adquirente que sucederá o antigo titular de determinados valores. Para Maria Berenice Dias (2013) sucessão no âmbito jurídico é a substituição do titular de um direito, com relação a coisas, bens, direitos ou encargos. De forma genérica, sucessão é o ato jurídico de substituição de uma pessoa pela outra em seus direitos e obrigações

### **4.1 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO ANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

A união estável sempre foi reconhecida como um fato jurídico seja no Direito comparado, ou, entre os juristas nacionais, certo é que atualmente a união estável ocupa um papel relevante como entidade familiar na sociedade brasileira, e muitas pessoas ao longo dos últimos anos, tem preferido essa forma de união ao invés do casamento.

Em um passado não muito distante, a união estável era vista como uma alternativa para casais que estavam separados de fato e que não poderiam se casar novamente, já que no Brasil não se admitia, o divórcio como forma de dissolução definitiva do vínculo matrimonial. Hoje, esta situação vem sendo substituída sucessivamente pela escolha dessa entidade familiar por muitos casais nos dias de hoje. Resumindo, no passado, a união estável era constituída normalmente, por falta de opção. Hoje, na maioria das vezes, por clara opção. (TARTUCE, 2017)

No Brasil, a primeira norma a tratar do assunto foi o Decreto-lei 7.036/1944, que passou a reconhecer a companheira como beneficiária da indenização no caso de acidente de trabalho de que foi vítima o companheiro, tal lei ainda é aplicada na prática.

Em seguida, a jurisprudência passou a reconhecer direitos aos conviventes, que eram tratados, antes da Constituição Federal de 1988, como concubinos. Como explica, Euclides de Oliveira:

“Mesmo antes das mudanças ocorridas na esfera legislativa, a questão da vida concubinária já evoluía em outras direções, desde seu reconhecimento como fato gerador de direitos entre as partes, como pioneiramente sustentado por Edgard de Moura Bittencourt, em sua monumental obra ‘Concubinato’, abrindo caminho ao reconhecimento judicial da sociedade de fato estabelecida entre pessoas unidas por laços distintos dos vínculos conjugais” (TARTUCE, 2017, p. 148 apud OLIVEIRA, 2003, p. 76)

É destacado ainda a Súmula nº 380, de 1964, com a seguinte redação: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Seguindo no tempo, é acrescentado a esse antigo tratamento um novo direito. A Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) passou a admitir a possibilidade de a companheira usar o sobrenome de seu companheiro (art. 57 parágrafo 2º). (TARTUCE, 2017)

Andamos à frente no tempo, e chegamos em 1994, ano em que pela primeira vez os direitos sucessórios dos companheiros foram previstos textualmente.

A lei nº 8.971/94, foi criada com a proposta de regular o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão. O seu 2º artigo, inciso I, atribuiu ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituísse nova união, o direito ao usufruto de um quarto dos bens do companheiro falecido, desde que o falecido tivesse filhos ou comuns. Na hipótese de o companheiro falecido não ter filhos, mas ainda tiver os ascendentes vivos, o usufruto legal incidia sobre a metade dos bens do acervo hereditário, enquanto o companheiro sobrevivente não constituísse nova união, em concordância com o inciso II, do 2º artigo, da lei em referência. Caso houvesse ausência de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente teria direito a totalidade da herança (Lei nº 8.971/94, artigo 2º, inciso III). E no artigo 3º da lei 8.971/94 havia também a previsão de os companheiros partilharem os bens que fossem fruto de atividade em que tivessem colaborado um com o outro. (TEPEDINO, NEVARES e MEIRELES, 2021)

Adiante, em 10 de maio de 1996, a Lei nº 9.278 foi criada, para regular o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. A lei 9.278/96, passou a conceder ao companheiro sobrevivente, enquanto este vivesse ou não constituísse nova união, no seu artigo 7º, parágrafo único, o direito real de

habitação, relativo ao imóvel destinado à residência da família. Essa lei, em seu artigo 5º previu presumidamente que os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável eram considerados fruto do trabalho e da colaboração comuns, assim passando a pertencer a ambos os companheiros em partes iguais e em condomínio. Por conta de haver as duas leis já mencionadas regulamentando a mesma matéria, passaram a surgir controvérsias, questionavam diversas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. A questão era, se a Lei nº 9.278/96 revogou total ou apenas parcialmente a Lei nº 8.971/94, ou, se ambas coexistiam ao todo. Neste sentido, adota-se o entendimento de que a lei 9.278/96 apenas derogou a lei 8.971/94. Esta última, no entanto, ainda se mantinha naquilo em que não fosse incompatível com a nova lei. (TEPEDINO, NEVARES e MEIRELES, 2021)

#### **4.2 O TRATAMENTO CONFERIDO PELO CÓDIGO CIVIL PARA A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO**

Trataremos agora sobre um dos dispositivos mais criticados e comentados, da atual codificação privada, relativo à sucessão do companheiro, onde inicialmente analisaremos o texto do artigo e daremos o devido aprofundamento no tema:

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

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

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

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

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (Código Civil, 2002)

Segundo Tartuce (2017), inicialmente, é constatado que a norma sempre esteve mal colocada, introduziram-na entre as disposições gerais do Direito das sucessões. O motivo desse acontecimento, foi que o tratamento relativo à união estável foi incluído no Código Civil de 2002 nos últimos momentos de sua elaboração. Por causa do mesmo motivo, não consta o companheiro de maneira expressa na ordem de vocação hereditária, sendo tratado, no sistema anterior,

como um herdeiro especial. De qualquer maneira, sempre se entendeu ser o companheiro um sucessor legítimo, o que está justificado no seu tratamento neste capítulo.

Tartuce conclui a explicação:

“sem dúvidas, o companheiro é sucessor legítimo, mas o Código Civil dedica ao tema o art. 1.790 que estão no capítulo denominado ‘Das Disposições Gerais’. A sucessão dos companheiros, por óbvio, tinha de ficar no capítulo que regula a ordem de sucessão hereditária. Estamos diante de uma topografia ilógica” (TARTUCE, 2017, p.151 apud VELOSO, 2012, p. 2.009)

A ideia que o dispositivo transmite é de que o legislador teve dúvidas em classificar o companheiro (a) como herdeiros (s), procurando evitar obstáculos e críticas sociais, não os colocando de maneira definitiva na disciplina da ordem de vocação hereditária. Sendo assim, afirma enfaticamente que o companheiro (a) da união estável “participará” da sucessão, parecendo ser possível existir um meio-termo entre herdeiro e mero “participante” da herança. Uma figura híbrida que não seria nada menos que o próprio herdeiro. (VENOSA, 2017)

A problemática surge por conta de que um dos critérios de classificação das famílias é o que as distingue em constitucionais e não constitucionais. Na primeira categoria, estão as famílias mencionadas na Constituição Federal, que se constituem pelo matrimônio, união estável, ou as monoparentais (art. 226 caput e parágrafos 3º e 4º); as demais são famílias não constitucionais.

O que diferencia essas duas categorias de família, é o regime que a lei pode adotar ao estabelecer os direitos e obrigações dos seus membros. Se tratando de família constitucional, a lei ordinária não pode diferenciar esses direitos e obrigações. Mas caso venha a disciplinar alguma família não constitucional, por exemplo, a família constituída entre pessoas do mesmo sexo, a lei ordinária poderá validamente atribuir aos seus membros direitos e obrigações diversos dos reconhecidos aos de uma família constitucional. Falando mais claramente, nenhum membro da família constitucional pode ser tratado pela lei de modo menos vantajoso do que o seu equivalente em outra família dessa categoria. Aos fins que interessam a este subitem, cônjuge e companheiro não podem receber, dentro da lei, diferente tratamento em matéria

de direitos sucessórios. Portanto, é inconstitucional o preceito normativo de lei ordinária que discrimine qualquer um deles. (COELHO, 2020)

Segundo o caput do artigo 1.790, a sucessão do companheiro se limitava aos bens adquiridos durante a união estável onerosamente. Ou seja, o primeiro passo após a morte de um dos companheiros era averiguar que bens fariam parte da sucessão do companheiro sobrevivente. Existiam, portanto, duas porções de bens, que eram submetidos a regras distintas relativas à sucessão hereditária: a primeira formada pelos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, sobre a qual incidiria a norma do artigo 1.790 do Código Civil, e aquela formada pelos demais bens, por exemplo os adquiridos por doação, herança, fato eventual, entre outros, sobre a qual iria incidir a norma do artigo 1.829 e seguintes do Código Civil.

O direito sucessório do companheiro sobrevivente incidir unicamente aos bens adquiridos onerosamente pelo falecido durante a vigência da união estável poderia ser fonte de graves injustiças. É só pensarmos na pessoa que tenha apenas bens adquiridos antes da união, ou somente adquiriu bens a título gratuito, como uma herança ou uma doação, e viva durante vários anos em união estável. Essa pessoa falecendo, seu companheiro nada receberia. A herança seria por inteiro dos demais parentes sucessíveis, e não havendo parentes, seria devolvida inteira ao Estado (Código Civil, art. 1.844). Nessa hipótese, o companheiro sobrevivente, por consequência, poderia ficar totalmente desamparado pelo fato da morte de seu convivente, e por conta de, o Código Civil ter sido omissivo quanto à concessão do direito real de habitação na sucessão daqueles que vivem em regime de união estável, ainda que, em relação a este último benefício sucessório, jurisprudência e doutrina passaram a estendê-lo ao companheiro sobrevivente logo após a entrada em vigor do Código, e através do enunciado 117 publicado pelo Conselho da justiça federal em 2015.

De acordo com o inciso I do artigo 1.790 do Código Civil, caso o companheiro concorresse com filhos comuns, receberia quota equivalente à que por lei fosse atribuída ao filho. Em concorrência com descendentes só do autor da herança, determinava o inciso II do dispositivo, se referindo que lhe tocava metade do que coubesse a cada um daqueles.

Pode se observar a má redação da lei, a qual se referia a filhos no inciso I e a descendentes no inciso II. A partir desta questão, foram surgindo divergências quanto a interpretação dos dispositivos em análise. De fato, para alguns era preciso, entanto para alguns era preciso interpretar extensivamente a expressão apresentada no artigo 1.790, inciso I, para que essa fosse lida como descendentes, outros consideravam que na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns do autor da herança, seria necessário aplicar o inciso III do citado dispositivo legal. Esta matéria foi debatida na III Jornada de Direito Civil, onde foi aprovado o enunciado 266, o qual consagrou a interpretação extensiva do citado inciso I do artigo 1.790 do Código Civil. (TEPEDINO, NEVARES e MEIRELES, 2021)

Nesse sentido, se o companheiro sobrevivente concorria com descendentes comuns, a herança seria dividida em partes iguais entre todos, tendo como certo que a quota do companheiro deveria ser igual àquela estabelecida para os descendentes que sucediam por direito próprio, assim, não havia previsão da garantia da quota mínima de um quarto da herança, como está previsto para o cônjuge diante do disposto no artigo 1.832 do Código Civil.

Em concorrência com outros parentes sucessíveis, o companheiro teria direito a apenas um terço da herança, conforme previsão do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil. Está hipótese contemplava os colaterais até o quarto grau e os ascendentes. Porém, aqui residia a principal crítica à disciplina da sucessão do companheiro, já que, anteriormente, o companheiro sobrevivente afastava os colaterais na ordem de vocação hereditária e a partir do Código Civil, o companheiro sobrevivente passou a concorrer com os colaterais, recebendo metade do que cabia a esses últimos.

Por conta disto, se tratava de uma solução injusta, porquê o companheiro sobrevivente, que compartilhava a vida com o falecido, acabava recebendo somente um terço da herança compreendida dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, sobrando os dois terços restantes aos colaterais, a quem ainda cabia, os bens do autor da herança não enquadrados nos que foram adquiridos a título oneroso na vigência do relacionamento.

E o inciso IV do artigo 1.790, contém a previsão de que o companheiro sobrevivente teria direito a totalidade da herança, apenas na hipótese em que não existissem parentes sucessíveis. Hipótese essa, que poderia ser invocada

pelo companheiro sobrevivente para herdar toda a herança deixada pelo de cujus, independentemente se eram bens adquiridos a título oneroso durante a vigência da união estável.

Após concluirmos a revisão do texto do artigo 1.790, iremos agora analisar a opinião e os argumentos de alguns doutrinadores a respeito da inconstitucionalidade do artigo, e quais são os principais problemas que o dispositivo citado trás por conta de sua existência.

## **5 ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694/MG**

Trataremos no capítulo a seguir, sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, opiniões e argumentos dos doutrinadores a favor e contra o referido artigo; também analisaremos como foi o julgamento do Recurso extraordinário 878.694/MG; e por fim, apresentaremos possíveis novos entendimentos apontados pelos doutrinadores que surgiram após a decisão pela inconstitucionalidade do artigo.

### **5.1 Opiniões e argumentos de doutrinadores acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do código civil**

Primeiramente temos Diniz, esclarecendo a questão a respeito da posição desfavorável do companheiro em relação ao cônjuge:

Há desigualdade de tratamento sucessório entre cônjuge e convivente sobrevivente, pois aquele é, em certos casos, herdeiro necessário privilegiado, podendo concorrer com descendente, se preencher certas condições, ou com ascendente do falecido. O convivente, não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do outro, se ele dispuser isso em testamento, pois só tem direito à meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. (DINIZ, 2014, p. 178)

Portanto, de acordo com a doutrinadora, o convivente, por não fazer parte do rol de herdeiros necessários, poderia ficar excluído da sucessão, se assim fosse a vontade do testador, tendo em vista que a garantia da legítima é conferida apenas aos que a lei dispôs como herdeiros necessários do falecido: descendentes, ascendentes e cônjuge.

Temos também a explicação de Pereira (2011, p. 139), limitar a divisão do patrimônio a aqueles bens adquiridos na vigência da união estável pode fazer com que companheiros que não formaram patrimônio em comum fossem excluídos da sucessão. O doutrinador afirma: “Em casos tais, a lei acabaria frustrando o objetivo de amparar o companheiro sobrevivente, que não quão

somente não faria jus à meação, como ainda não seria chamado a suceder o *de cujus*.”

Outro tema polêmico acerca desse assunto, é sobre a qualidade de meeiro atribuída ao companheiro, já que, segundo o artigo 1.725 do Código Civil, caso não haja contrato escrito entre os companheiros, será aplicada às suas relações patrimoniais, o regime da comunhão parcial de bens. Por conta disso, restaria ao convivente a qualidade de meeiro e, simultaneamente, a de herdeiro, quanto aos bens adquiridos na constância da união. Dessa maneira, Venosa (2014, p. 158) afirma: “o convivente terá direito à metade dos bens adquiridos na constância da convivência, além da quota ou porção hereditária, que é definida nos incisos do artigo 1.790.”

Sendo assim, a concorrência do convivente em conjunto com os demais herdeiros será exatamente sobre aqueles bens pelos quais já possuía a qualidade de meeiro. Exemplificando:

No sistema estabelecido, se o autor da herança, por exemplo, deixa um único bem adquirido onerosamente durante a convivência, um herdeiro filho e companheira, esta receberá 50% do bem pela meação e mais 25% pela concorrência na herança com o filho. Se o autor da herança fosse casado, nas mesmas condições, o cônjuge viúvo teria direito apenas a 50% pela meação, restando igual percentagem íntegra para o herdeiro filho. (GONÇALVES, 2011, p. 192)

No caso do exemplo acima, o cônjuge estaria em situação desvantajosa em relação ao companheiro, o que mais uma vez demonstra a má redação legal, uma vez que na maioria das vezes o casamento é tratado como uma situação mais favorável para os consortes, porém, no caso comentado, a união estável é colocada em posição de vantagem. É de se ressaltar que o direito brasileiro dá proteção especial às relações de casamento, inclusive a Constituição Federal incentiva que a lei facilite a conversão da união estável em matrimônio.

Tartuce se posiciona no seguinte sentido: “Ora, muitas vezes não se sabe sequer o nome de um tio-avô, de um sobrinho-neto ou mesmo de um primo”. Deve ficar claro que este autor está filiado à tese de inconstitucionalidade do comando.

Portanto, o posicionamento citado é pela inconstitucionalidade do inciso III, já que, o mesmo acaba por favorecer parentes que, por muitas vezes, nem são conhecidos pelo *de cujus*, quando deveria proporcionar uma posição mais

vantajosa ao companheiro sobrevivente, já que foi ele (a) quem dividiu sua vida ao lado do falecido.

Nesse mesmo sentido, Dias considera um absurdo o posicionamento do companheiro em relação aos outros parentes sucessíveis:

O companheiro só faz jus à integralidade da herança quando não há nenhum outro herdeiro legítimo (CC 1790 IV). Basta a existência, por exemplo, de um único primo para a herança ser transferida a ele. A sorte é que o primo não fica com tudo. Em face do direito de concorrência, o companheiro recebe um terço da herança e dois terços ficam com o parente colateral de quarto grau (CC 1790 III). O resultado da aplicação desta regra é totalmente absurda, pois gera o enriquecimento injustificado dos parentes em detrimento do companheiro. (DIAS, 2008, p. 70)

No exemplo citado pela autora, o modo como está redigido o inciso III do artigo 1.790 faz com que os outros parentes sucessíveis acabem por enriquecer injustificadamente, pois ele possibilita que o companheiro fique com um terço da herança e que dois terços dela fique com um parente colateral de quarto grau, o que é uma injustiça com o companheiro sobrevivente.

Por outro lado, segundo Gonçalves, o artigo até poder ser injusto, mas não inconstitucional:

Efetivamente a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento. Se assim fosse não teria determinado que a lei facilitasse sua conversão em casamento. As regras sucessórias foram estabelecidas pela legislação ordinária. O fato de, eventualmente, serem injustas não as tornam inconstitucionais. A referida equiparação depende de alterações no âmbito legislativo. (GONÇALVES, 2012, p. 60)

Na opinião do autor, a Constituição Federal, em nenhum momento equiparou a união estável ao casamento. Por conta disso, não estaria o artigo 1.790 em desconformidade com a lei majoritária, portanto a legislação ordinária quem estabeleceu que as regras do direito sucessório assim fossem. E mesmo que, apesar de às vezes injustas, essas injustiças não as tornam inconstitucionais.

Veloso tem uma opinião inversa. Para ele, o artigo comentado é inconstitucional:

As famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito. Não há, em nosso país, família de primeira classe, de segunda ou terceira. Qualquer discriminação neste campo, é nitidamente inconstitucional. O art. 1.790 do Código Civil desiguala as famílias. É dispositivo passadista, retrógado, perverso. Deve ser eliminado, o quanto antes. O Código ficaria melhor - e muito melhor - sem essa excrescência. (VELOSO, 2008, p. 1955)

Para o doutrinador, a base da inconstitucionalidade é a afronta a direitos como os da igualdade e da dignidade. Porque a Constituição Federal, preza pela proteção do instituto da família, independente da forma como ela foi composta, e, sendo assim, todas as famílias devem ter as mesmas garantias, com o artigo 1.790 devendo ser eliminado, por conta de seu conteúdo arcaico e retrógrado.

Dias segue a mesma linha de pensamento:

O companheiro nem foi incluído na ordem de vocação hereditária. O seu direito hereditário encontra-se previsto entre as disposições da sucessão em geral, em um único artigo com quatro incisos (CC 1790). Esse tratamento diferenciado não é somente perverso. É flagrantemente inconstitucional. (DIAS, 2008, p. 66)

Na opinião dela, o motivo da inconstitucionalidade encontra-se na exclusão do companheiro na ordem de vocação hereditária, deixando de figurar no rol de herdeiros necessários. Esse tratamento diverso dado entre cônjuge e companheiro faz com que o artigo 1.790 seja escancaradamente inconstitucional.

Rodrigues também considera o citado artigo inconstitucional:

Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão. Não tenho dúvida em dizer que o art. 1790 terá vida muito breve. (RODRIGUES, 2007, pag. 119)

Segundo ele, o principal propósito da norma não foi cumprido. Porque o artigo 1.790 foi redigido com o preceito de adequar o texto constitucional à evolução que está ocorrendo ao longo dos anos, e, muito pelo contrário, ele acabou por diminuir o direito sucessório do companheiro, estando assim, em clara desconformidade com a evolução dos direitos de família.

Diante do que foi exposto até agora, ao analisar o posicionamento da doutrina, percebe-se que uma ampla maioria dos doutrinadores defendem a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, pelos motivos anteriormente expostos.

## **5.2 O julgamento do recurso extraordinário nº 878.694/mg pelo supremo tribunal federal**

A necessidade de segurança jurídica e igualdade em matéria sucessória para aqueles que vivem sob a regime de união estável resultou no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal, que se encerrou em 10 de maio de 2017, julgamento esse que culminou em um posicionamento definitivo sobre os direitos sucessórios dos companheiros.

O caso em questão se originou em uma decisão de 1º grau da 2ª Vara Cível da Comarca de Muriaé, Minas Gerais, reconheceu à companheira sobrevivente o direito sobre a totalidade da herança do de cujus, não aplicando o art. 1.790, III do Código Civil e excluindo os colaterais da sucessão. Dessa maneira, compreende-se que o Juízo acabou por conferir a união estável tratamento igualitário ao concedido ao casamento.

Em seguida, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reformou a decisão, estabelecendo a constitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil. Sendo assim, concordando com a divisão estabelecida pela lei, que garantia um terço dos bens adquiridos na vigência da união estável à companheira, e o restante do patrimônio aos três irmãos do autor da herança.

Indignada, a companheira interpôs Recurso Extraordinário junto ao Supremo, com o argumento de que a Constituição não propôs uma diferenciação entre as entidades familiares do casamento e da união estável, usando como fundamento os artigos 102, III, a, 5º, I, e 226 §3º, da Constituição Federal.

O Tribunal, por unanimidade, acabou por reconhecer a repercussão geral e o caráter constitucional da lide, já que há inúmeros casos semelhantes ao discutido e são de relevante importância social e jurídica, considerando que o direito das sucessões tem como dever atuar como um amparo à família por se tratar de um momento extremamente delicado da vida de um ponto de vista

social, e porque discute a proteção que o Estado deve às entidades familiares, de um ponto de vista jurídico.

O julgamento teve seu início em 31 de agosto de 2016, onde sete dos onze ministros proferiram seus votos. Os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia acompanharam o voto do relator do caso, ministro Luís Roberto Barroso, o qual votou pela procedência do recurso e pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do tratamento diferenciado dado à sucessão do companheiro.

Barroso, ao proferir seu voto, abordou uma perspectiva histórica da família brasileira, do momento em que a mulher casava, e já era considerada relativamente incapaz, passando pela indissolubilidade do casamento, até chegar ao reconhecimento de múltiplas formas familiares, inclusive as reconhecidas pela Constituição Federal. Nesse momento a “constitucionalização do direito civil” realizou mudanças no modo de entendimento da família, conforme leciona o Ministro:

A consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III, CF/1988) foi o vetor e o ponto de virada para essa gradativa 49 ressignificação da família. A Carta de 1988 inspirou a repersonalização do Direito Civil, fazendo com que as normas civilistas passassem a ser lidas a partir da premissa de que a pessoa humana é o centro das preocupações do Direito, que é dotada de dignidade e que constitui um fim em si próprio.

Ao reconhecer que o Estado possui a função de garantir “especial proteção” a todas as entidades familiares, Barroso, analisa se a Constituição autorizou eventual hierarquização entre os formatos familiares, concluindo que inexistente qualquer preferência, fundamentando seu posicionamento utilizando quatro elementos de interpretação jurídica: o gramatical, o teleológico, o sistemático e o histórico.

De início por conta da própria literalidade do dispositivo 226 da Constituição Federal de 1988, ou seja, ao analisar gramaticalmente, a referida norma não propõe qualquer diferenciação entre a proteção do Estado conferida ao casamento e a conferida à união estável. Dessa maneira, não há hierarquia de disposição expressa no texto constitucional.

Através da interpretação teleológica, que procura desvendar as finalidades do artigo 226, o Ministro chega à conclusão de que o objetivo da norma “é garantir a proteção das famílias como instrumento para a própria tutela de seus membros.” Sendo assim, o dever do Estado de proteção não pode se limitar a determinados formatos familiares, devendo ser estendido a todos, por conta de serem igualmente formados por afeto e pelo desejo de comunhão de vidas.

Por outro lado, a interpretação histórica revela que o espírito da Constituição de 1988 foi de caráter inclusão, e não de segregação. Por conta de todo o contexto da Constituição de 1988, pode-se chegar à conclusão que a finalidade da norma não foi criar família de primeira e segunda classe, e sim de ampliar a proteção do Estado às diferentes formações familiares.

Concluindo, o ministro expõe a interpretação sistemática, que “situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo a conexão própria com outras normas”. Assim, analisando o diálogo do disposto no caput do artigo 226 da Constituição de 1988 com os demais parágrafos e com as demais normas que tratam sobre a proteção da família.

Percebendo assim, que, o disposto no §3º do artigo 226 autoriza o legislador infraconstitucional a tratar a união estável e o casamento de maneiras distintas. Mas, segundo Barroso, “só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade família em relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.”.

Dessa maneira, conclui o Ministro que o artigo 1.790 é inconstitucional pelo fato de estabelecer uma hierarquização não autorizada entre as entidades familiares. Porque:

Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia, de forma alguma, estabelecer regime diverso e menos protetivo para o companheiro.

Entendeu também, o dispositivo ser inconstitucional, por conta de violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proporcionalidade e previu para fins de repercussão geral, a seguinte tese:

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.

O Ministro Edson Fachin, acompanhou o relator, defendendo em seu voto que “os efeitos sucessórios de casamento e união estável devem ser iguais, porque iguais são as relações de conjugalidade na coexistência afetiva que persiste até o fim da vida de um dos cônjuges e companheiros.” Concordando também com a tese de inconstitucionalidade sugerida, a fim de garantir maior segurança jurídica para o direito sucessório dos companheiros.

Por outro lado, o Ministro Dias Toffoli teve entendimento contrário ao voto do relator, defendendo a constitucionalidade do dispositivo que estava em análise. Ressaltando que os institutos da união estável e do casamento são diferentes, o que autoriza uma distinção legal entre seus regimes jurídicos.

Toffoli entendeu que a escolha do legislador em atribuir regime sucessórios diferenciados aos cônjuges e aos companheiros foi proposital e importante para que não houvesse equiparação entre os institutos do casamento e da união estável:

Certo é que a norma civil apontada como inconstitucional não hierarquizou o casamento em relação à união estável, mas acentuou serem eles formas diversas de entidades familiares, nos exatos termos da exegese do art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

O Ministro ainda defendeu que, a diferenciação é constitucional, respeitando a autonomia da vontade dos indivíduos, que devem ver os efeitos jurídicos que a entidade familiar escolhida produz. Também se manifestou pela aplicação do princípio *in dubio pro legislatore*, que é utilizado em caso de dúvida quanto à constitucionalidade ou não de uma norma adotada pelo legislador.

Entretanto, o entendimento de Toffoli, foi minoritário, o acompanharam somente, Marco Aurélio Mello, que pediu vista dos autos e suspendeu o julgamento, e Ricardo Lewandowski.

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 aconteceu conjuntamente com o Recurso Extraordinário nº 646.721, que tratava sobre a sucessão na união estável entre pessoas do mesmo sexo. Já havendo equiparação entre as uniões homoafetivas e heteroafetivas, decidiram que os direitos sucessórios dos integrantes de ambas devem ser aplicados isonomicamente. Sendo assim, a tese de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 foi reconhecida em ambos os recursos.

Conclui-se, portanto, que o entendimento apresentado pelo Supremo Tribunal Federal trará a necessária segurança jurídica aguardada há tanto tempo pelos juristas e pela população, principalmente por aqueles que vivem sob o regime da união estável.

É de se analisar também, de maneira positiva, o resultado do julgamento, por afastar definitivamente a ideia de hierarquização entre as entidades familiares, ao valorizar a afetividade comum a todos eles, e por difundir a tendência de um direito civil constitucional, baseado em princípios como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, vale ressaltar que os impasses acerca dos direitos sucessórios dos companheiros, não foram todos resolvidos pelo referido julgamento. Como pôr exemplo a questão se o companheiro é ou não herdeiro necessário, essa é uma questão que não foi discutida pelo tribunal, questão que analisaremos no próximo capítulo.

### **5.3 Possíveis implicações referentes ao julgamento do recurso extraordinário 878.694/mg pelo STF no direito sucessório e de família**

Conforme foi constatado, mesmo após a importante mais do que necessária decisão em sede de julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, várias questões acerca dos direitos sucessórios e de família dos conviventes ficaram pendentes.

Ficou explícito também que, além da concorrência sucessória externada pelo artigo 1.790, inúmeros dispositivos do Código Civil de 2002 são omissos, mal formulados e mal posicionados quando se trata da matéria de união estável, especialmente quando se fala dos direitos sucessórios dos companheiros.

Sendo assim, a decisão do STF veio para contribuir com a evolução dos direitos daqueles que vivem sob a tutela da união estável, trazendo a segurança jurídica buscada desde as primeiras manifestações judiciais sobre o tema. Mas, considerando a necessidade de adequação de inúmeros questões relativas à equiparação entre cônjuges e companheiros, a decisão do Supremo não preencheu algumas lacunas que precisam ser preenchidas.

Após a uniformização do direito sucessório entre o casamento e a união estável, aplicando-se o artigo 1.829 do Código Civil de 2002 para ambos os institutos, surgiu a questão: e quanto aos demais âmbitos do direito sucessório e de família, haverá igualdade? Dessa maneira, o companheiro também será considerado herdeiro necessário? Será aplicado a ele o artigo 1.830 do Código Civil de 2002?

Com a intenção de discutir essas e outras questões, este capítulo dissertará sobre as possíveis implicações da decisão do STF em alguns temas do direito sucessório e de família, sem a intenção de esgotá-los ou apresentar respostas definitivas acerca do assunto, e sim tratar sobre possíveis reflexões acerca das controvérsias.

#### **5.4 O companheiro como herdeiro necessário**

O herdeiro necessário é classificado como aquele que tem direito a uma parcela da herança deixada pelo falecido, da qual ele não pode ser privado. Sendo mais específico, essa parcela se traduz pela metade do acervo hereditário, constituindo assim a legítima.

Dessa maneira, no caso de haver herdeiros necessários, o autor da herança fica impedido de dispor, por ato de última vontade, dos bens que constituem a legítima. Por outro lado, a outra metade, que é calculada sobre a totalidade dos bens ao tempo do falecimento, deduzidas as dívidas e despesas do funeral, pode ser livremente testada. (GOMES, 2015)

Há de se acrescentar que o herdeiro necessário não é integralmente obrigatório, já que pode ser afastado da sucessão pelo instituto da renúncia à herança, ou em razão de ação de indignidade ou deserdação. (CARVALHO, 2015)

Portanto, o herdeiro necessário, distingue-se do herdeiro facultativo exatamente no ponto em que o segundo pode ser afastado da sucessão pelo testamento. Ressalva importante, é que ambos são herdeiros legítimos, ou seja, a lei os autoriza a suceder.

No Código Civil de 2002, os herdeiros necessários foram elencados no artigo 1.845, são eles: o cônjuge, os descendentes e os ascendentes. O cônjuge estar incluso como herdeiro necessário foi uma novidade trazida pela legislação de 2002, isso ocorreu porque o Código Civil de 1916 considerava apenas os sucessores em linha reta como herdeiros inafastáveis. (RODRIGUES, 2003)

Retrata-se que o companheiro sobrevivente não aparece em nenhuma das legislações supracitadas como herdeiro necessário. Também, ele não está presente no artigo 1.850 da atual legislação civil, que aborda os herdeiros facultativos. Surge então dúvida quanto à posição ocupada pelo companheiro sobrevivente: pode ele ser considerado herdeiro necessário ao lado do cônjuge; ou lhe resta o fardo de ser um herdeiro facultativo?

Essa omissão legislativa vem sendo discutida e critica há muito tempo, dividindo a doutrina, que ora se manifesta pelo reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, como o cônjuge; ora entende que sua posição se limita a de um herdeiro facultativo.

Na opinião da primeira corrente, o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário em respeito as regras constitucionais que buscam a proteção plena da pessoa humana, devendo assim, a família ser um espaço de enaltecimento pessoal, onde há o cumprimento dos direitos fundamentais mais básicos, valorizando todos os membros. (NEVARES, 2014)

Para Luiz Paulo Vieira de Carvalho, não se poderia aplicar analogicamente o artigo 1.850 do Código Civil de 2002, o qual apresenta os herdeiros facultativos, ao companheiro sobrevivente. Isso ocorre porque a interpretação analógica não é para ser utilizada para restringir direitos aos sujeitos, e sim para favorecê-los. Dessa maneira, prega pela aplicação analógica do artigo 1.845 do Código Civil de 2002 à sucessão dos conviventes. (CARVALHO, 2015)

Outros argumentos que servem para sustentar a ideia do companheiro como herdeiro necessário, estão em torno das mudanças trazidas pelo Novo Código Civil, o qual retrocedeu em diversos aspectos ligados à sucessão do

companheiro. Sendo assim, se a legislação infraconstitucional anterior ao Código Civil de 2002 tratava igualmente a sucessão no casamento e na união estável, não elevando nem cônjuge e nem companheiro ao status de herdeiro necessário, a nova diferenciação surgiria de encontro ao princípio da vedação ao retrocesso. (CARVALHO, 2015)

Está presente também, a concepção de igualdade de proteção às famílias formadas pela união estável e pelo casamento, uma vez que, conforme, a Constituição e os demais princípios do direito de família não autorizam a formação de famílias de primeira e de segunda classe. Conforme explica Carvalho:

Os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da afetividade e solidariedade familiar e da igualdade formal e substancial entre pessoas ocupantes da mesma posição de destaque inegável no seio da família não permitem, com todas as vênias de quem pensa em contrário, a desigualdade ora abordada. Presume-se que tanto o cônjuge quanto o companheiro sobrevivente do agora falecido, ao lado deste, ficaram nas situações existenciais relevantes, como pilares do universo de núcleo familiar, merecendo, por conseguinte, o mesmo tratamento jurídico sucessório. (CARVALHO, 2015, p. 458)

Nesse viés, parte da doutrina tenta eliminar a omissão legislativa ao considerar o companheiro como herdeiro especial ou *sui generis*, usando como fundamento o caput do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, onde o legislador afirma que o companheiro participará da sucessão do autor da herança quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Sendo assim, o convivente seria considerado herdeiro necessário sobre os bens comuns do casal. (DIAS, 2011)

Assim sendo, para essa parte da doutrina, sendo o direito à herança inafastável e havendo uma reserva de fração expressa na lei para o companheiro, este deve ser considerado herdeiro necessário especial ou *sui generis*, não podendo ser excluído por testamento deixado pelo autor da herança das quotas previstas no artigo 1.790 do Código Civil de 2002. (DIAS, 2011)

Mesmo após boa parte dos estudiosos tentar encontrar outros caminhos para melhor a condição do companheiro sobrevivente, grande parcela da doutrina ainda o considera mero herdeiro facultativo (CARVALHO, 2015), podendo ser excluído da sucessão assim como os parentes colaterais.

Para essa parte da doutrina, as justificativas utilizadas pautam-se nos próprios objetivos iniciais do legislador do Código Civil de 2002. É evidente, que o relatório final do projeto da então nova codificação civil, elaborado pelo deputado Ricardo Fiúza, aparenta certa preferência pelo instituto do casamento, sustentando a reprodução de desigualdades entre cônjuges e companheiros (REINIG, 2013). Destaca-se do relatório:

As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição meio – quanto o casamento – enquanto instituição-fim – na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura.

Nessa linha de raciocínio, alguns doutrinadores, como Maria Helena Diniz, defendem que o companheiro sobrevivente não é herdeiro necessário, nem tem direito à legítima, participando da sucessão apenas na condição de sucessor regular (DINIZ, 2011). Orlando Gomes segue essa linha de raciocínio, destacando que “Não tendo sido o companheiro erigido à categoria de herdeiro necessário, pode o testador excluí-lo da sucessão, se desejar por disposição de última vontade (art. 1.845).” (GOMES, 2015).

Outro argumento apresentado por aqueles que defendem que o companheiro sobrevivente não deve ser considerado herdeiro necessário, é o de que se deve respeitar a liberdade de escolha dos indivíduos pelas formas familiares que mais lhe agradem, sob pena de igualdade da união estável e do casamento em todos os seus aspectos. O motivo disso é:

A diferença hoje entre o casamento civil e a união estável restou fundamentalmente em que o cônjuge é herdeiro necessário e o companheiro não o é. Em que pese a polêmica discussão da igualdade entre essas duas formas de constituição de família, é muito saudável que tais diferenças permaneçam. Isto não significa a superioridade uma sobre a outra. É exatamente esta diferenciação que dá a possibilidade de escolha ao casal de constituir uma família, sem que o cônjuge seja necessariamente herdeiro. (PEREIRA, 2011, p. 74).

Guilherme Reinig além de concordar com o posicionamento exposto, ressalta que é importante a existência de uma forma de constituição familiar que conceda maior liberdade aos seus membros, e que autorize o afastamento do companheiro da sucessão hereditária. Por conta das evoluções dos arranjos familiares, compostos por filhos de mais de uma união, "Pode ser de interesse de cada genitor assegurar que, em caso de morte, sua herança seja ao final destinada apenas aos seus descendentes, não correndo o risco de que seja "desviada" por via de seu consorte aos descendentes deste."(REINIG, 2013).

Assim, é de se constatar, que nunca houve um real consenso sobre a posição do companheiro sobrevivente na ordem de vocação hereditária. Porém, surgiu-se a questão de quais seriam os impactos da decisão do STF que igualou a sucessão de cônjuges e companheiros sobre essa questão.

De início, é fato que não mais se pode conferir ao companheiro status de herdeiro necessário especial ou *sui generis*. Isso, por conta de o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que justificava tal caracterização, foi considerado inconstitucional, com sua aplicação sendo afastada do direito brasileiro.

Ademais, nota-se que os principais motivos pelos quais se defende reconhecer o companheiro como herdeiro necessário são os mesmos motivos que impuseram a igualdade entre os direitos sucessórios no casamento e na união estável.

Dessa maneira, ao se considerar a igualdade entre as famílias, não podemos sustentar que o cônjuge sobrevivente possa ser considerado herdeiro inafastável e o companheiro não. Ocorre isso, por conta de que, apesar de serem institutos diferentes, tal medida rebaixa a posição do companheiro como parceiro *de de cuius*.

Mesmo sendo intrínseca ao instituto da união estável a concessão de maiores liberdades ao casal, a defesa dessas liberdades não pode sobrepor a direitos básicos do indivíduo, como o direito a proteção à família, o direito a igualdade, o direito à herança, o direito à dignidade da pessoa humana, incluindo ainda, o princípio da solidariedade conjugal.

Assim, tendo o legislador civil atribuído ao cônjuge a condição de herdeiro necessário, e o STF entendendo que a diferenciação entre a sucessão de cônjuges e companheiros é inconstitucional, por ferir entre outros, o princípio da isonomia, nada mais lógico do que chegar à conclusão de que o companheiro

também deve ser considerado herdeiro necessário. Também entende dessa maneira Flávio Tartuce, que leciona que a decisão do STF tem o efeito de incluir o companheiro sobrevivente no rol do artigo 1.845 do Código Civil de 2002 (TARTUCE, 2016).

Importante lembrar que a legislação anterior ao Código Civil de 2002 concedia um tratamento muito mais adequado ao direito sucessório em matéria de união estável, ao igualar a condição entre companheiros e cônjuges, de maneira que não se considerava nenhum deles herdeiros necessários. Todavia, a ideia crescente de uma necessidade de maior proteção aos membros familiares mais próximos, pautada pelo princípio da afetividade, alterando a percepção do legislador de 2002, que incluiu o cônjuge como herdeiro necessário.

Se ele tinha por intenção, proteger o cônjuge por ser parceiro do autor da herança, ou seja, como aquele convive de maneira mais próxima a ele durante a maior parte da vida, nada mais justo do que também considerar o companheiro detentor desses mesmos direitos, uma vez que ambos representam o mesmo papel dentro da unidade familiar.

Ressaltando, assim, que considerar o companheiro sobrevivente como herdeiro necessário, ao lado do cônjuge, é a medida que mais se enquadra ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

### **5.5 O artigo 1.830 do código civil de 2002 e a sua aplicação para cônjuges e companheiros sobreviventes**

A legitimidade do cônjuge sobrevivente para participar da sucessão do falecido possui limitações, e uma delas, é prevista pelo artigo 1.830 do Código Civil de 2002, que diz o seguinte:

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Sendo assim, entende-se que o legislador conferiu a capacidade sucessória ao cônjuge, tendo como base três pressupostos. O primeiro se

relaciona com a natureza jurídica do casamento: o cônjuge herdará se o casal não estiver separado judicialmente. O segundo, se associa com um fator temporal: o cônjuge herdará se não estiver separado de fato do *de cuius* há mais de dois anos. O terceiro trata sobre um fenômeno subjetivo: o cônjuge herdará se, havendo separação de fato há mais de dois anos, essa não ter ocorrido por culpa do cônjuge sobrevivente. (NERY JUNIOR, NERY, 2014).

Em relação à legitimidade de herdar conferida ao companheiro sobrevivente, não existe dispositivo semelhante no Código Civil de 2002. Sendo assim, a doutrina entende que para ser reconhecida a sua condição de herdeiro, é necessário que o convívio tenha durado até o falecimento de um dos companheiros. Dessa maneira, evidencia-se que, ao contrário da previsão para os cônjuges, no momento em que se encerra a união estável, cessa o direito hereditário entre os companheiros (DIAS, 2011).

De acordo com a explicação de Caio Mário da Silva Pereira, na hipótese de os companheiros estarem separados de fato ao tempo do falecimento de um deles, mesmo que por motivos alheios a suas motivações, o direito à herança não mais existiria:

Será irrelevante, todavia, o fato de os companheiros se acharem separados por motivos estranhos à vontade de ambos, como no caso (na prática, não de todo raro) em que parentes do de cuius o tenham removido de sua residência habitual, aproveitando-se de moléstia grave (ou de outra situação que o fragilize) e com o malicioso propósito de descaracterizar a união estável. (PEREIRA, 2016, p. 140).

Todavia, observa-se uma enorme diferença quando se fala em análise da legitimidade de cônjuges e companheiros para ocuparem o posto de herdeiro, no momento da abertura da sucessão. É necessário analisar então, se tal diferenciação é válida e deve ser levada adianta, ao considerar a decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG.

Antes mesmo de entrar na essência do assunto referente à desigualdade entre companheiros e cônjuges acima pontuada, a doutrina já apresentava críticas ao artigo 1.830 do Código Civil de 2002. Maria Berenice Dias defende que admitir o que o cônjuge sobrevivente participe da herança do *de cuius* mesmo após a separação de fato, seria perpetuar os efeitos do matrimônio para

além de seu fim, o que geraria, inclusive, o enriquecimento sem motivo do companheiro sobrevivente. (DIAS, 2011).

O entendimento da doutrinadora merece respaldo. Isso porque a aplicação do artigo 1.830 do Código Civil de 2002 da maneira literal em que está escrito, afronta um dos princípios básicos do direito de família constitucionalizado, no caso a afetividade, além de ter como resultado inúmeras contradições, já que possibilita a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro sobreviventes.

O artigo 1.723, §1º do Código Civil de 2002, autoriza que uma pessoa casada, que esteja separado de fato, porém não necessariamente divorciada, consiga constituir união estável, sem que esse fato seja considerado um impedimento legal. Assim, caso tal situação se concretize, passará a vigorar um regime de bens que, na ausência do contrato de convivência, será o de comunhão parcial.

Destaca-se assim, que, a separação de fato impulsiona os seguintes efeitos jurídicos: a interrupção do regime matrimonial dos bens adquiridos a partir do momento da separação, e a extinção dos deveres conjugais. (LÔBO, 2014). Ao se considerar o disposto no artigo 1.830 do Código Civil de 2002, que autoriza o cônjuge a participar da sucessão mesmo que separado de fato há menos de dois anos do falecido, surge a questão, de se o falecido nesse espaço de tempo, já tivesse constituído união estável? Aparenta ser uma injustiça conceder direito sucessório ao ex-cônjuge em detrimento do atual companheiro.

Para essa situação, a doutrina apresenta inúmeras resoluções, entre elas a de divisão da herança em dois montes, o primeiro contendo os bens adquiridos na constância fática do casamento, sobre o qual apenas o cônjuge teria direitos sucessórios; já o segundo monte, contendo os bens adquiridos na vigência da união estável, sobre o qual apenas o companheiro teria participação como herdeiro (PEREIRA, 2016). Porém, essa não parece ser a solução mais alinhada com os princípios constitucionais e com o objetivo do direito sucessório em geral.

Se entende que, finalizada a vida em comum no âmbito do matrimônio, extinguem-se os direitos sucessórios. Dessa maneira, constituindo o falecido nova união, no caso uma união estável, e se preserva a meação do ex-cônjuge, nos termos da lei, a sucessão deverá ser deferida integralmente ao atual companheiro. Isso ocorre porque o próprio objetivo do direito sucessório, é a

proteção das pessoas mais próximas do falecido, de sua família afetiva. No caso de separação de fato, rompe-se o *affectio maritalis*, ou seja, a afeição e o objetivo de permanência do casal (CARVALHO, 2015), sendo impossível se falar em concessão de direitos sucessórios após a separação.

Segue a mesma linha de raciocínio para a hipótese trazida pela parte final do artigo 1.830 do Código Civil de 2002, que garante direitos sucessórios ao cônjuge separado de fato há mais de dois anos, caso haja comprovação de que a culpa da separação não foi do companheiro sobrevivente. Também, não exige qualquer período temporal para a separação de fato, fazendo com que seja ainda mais absurda a concessão de direito hereditário ao cônjuge sobrevivente, uma vez que, ele efetivamente não fazia mais parte do conjunto familiar do *de cuius*, a lei exige a comprovação do ultrapassado instituto da culpa no direito de família

Além da emenda constitucional nº 66 de 2010 ter extinguida a figura da separação judicial, dispersando, do mesmo modo, as discussões acerca da culpa imputada aos consortes (LÔBO, 2014), ressalva-se que a produção de prova para imputar a culpa da separação de fato ao cônjuge falecido, se mostra ao contrário dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Sobre este assunto, explica Paulo Lôbo:

A imputação da culpa do falecido pela separação de fato viola um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, que é o da garantia de contraditório e de ampla defesa a qualquer acusado ou litigante (art. 5º, LV, da Constituição); o falecido não pode exercê-los nem contraditar a acusação de culpa. [...] Em circunstâncias que tais, apenas o ex-cônjuge sobrevivente tem voz e direito de lançar as provas que entender, inclusive para atribuir ao morto a culpa exclusiva, quando tiver ocorrido culpa concorrente, que impede a imputação individual de culpa. Resulta a norma em sanção ao ex-cônjuge falecido em favor do sobrevivente. O direito das sucessões não é meio de punição, mas de transmissão de bens. (LÔBO, 2014, p. 124).

Fica constatado assim, que, muito além de conceder um tratamento desigual para companheiros e cônjuges sobreviventes, o artigo 1.830 do Código Civil de 2002, se mostra obsoleto quando introduzido em uma visão constitucional do direito de família, ao considerar os princípios da afetividade, da isonomia entre os formatos familiares e da instituição do divórcio.

Dessa maneira, com a intenção de buscar a igualdade entre os direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, garantida pela decisão do Supremo Tribunal Federal, e ressaltando que não há como aplicar o artigo 1.830

do Código Civil de 2002 para aqueles que vivem em regime de união estável, por conta de seu atraso, se propõe uma diferente interpretação do dispositivo.

Dessa forma, quando falamos em legitimidade para participar da sucessão, é sugerida a aplicação do tratamento conferido ao companheiro, também para o cônjuge, como indica Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2015, p. 364) indica uma modificação no teor do dispositivo no artigo 1.830 do Código Civil de 2002 para constar que "somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato de modo inequívoco" .

Compreende-se então, que, inúmeros são campos de discussão quando o assunto é o tratamento desigual entre cônjuges e companheiros. A lei, por muitas vezes, é omissa, de certa maneira ultrapassada, e em discordância com as regras constitucionais, ao deixar de mencionar o companheiro ao lado do cônjuge em seus dispositivos. Sendo assim, são mais do que necessárias as discussões que são travadas pela doutrina e pela jurisprudência, na tentativa de impedir eventuais injustiças ocasionados em casos concretos.

Os tópicos mencionados neste capítulo, são apenas alguns exemplos das situações em que o companheiro é esquecido ou rejeitado pela lei, situações as quais, com a abertura da decisão que igualou a sucessão na união estável e no casamento, deverão ser sempre discutidas e rediscutidas através de um filtro constitucional.

## CONCLUSÃO

A união estável, como uma união livre entre pessoas, sempre existiu, pode se considerar uma das formas de família mais antigas da humanidade. Porém, seu reconhecimento como entidade familiar demorou para acontecer por diversos motivos. Entre eles, está a visão preconceituosa que lhe era atribuída. Isso ocorreu por conta de que a união livre era associada ao chamado “concubinato impuro”, ou, a união entre pessoas que eram impedidas de se casar.

Vista também, como sinônimo de união adulterina, a união estável passou por obstáculos e viu seus direitos finalmente serem reconhecidos após diversas transformações sociais, como a inserção da mulher no mercado de trabalho e a consequente diminuição da família, que a passou a ter um menor número de filhos.

Com a diminuição do núcleo familiar, se tornou essencial para seus membros que se aproximassem. Assim, o filho, que era tratado como mão de obra familiar, e submetido às relações de poder do pai, passou a ocupar uma posição diferente dentro da família, passando a se conectar com os demais membros através do afeto.

Como ficou evidente, o afeto transformou o direito de família até então existente no Brasil. O casamento que antes era considerado como a única união familiar passível de ser aceita socialmente e legalmente, não conseguia mais ser capaz de suprir os anseios de uma nova sociedade que surgia a partir das transformações sociais.

E com a perda de poder e influência da igreja católica, que durante séculos, foi a responsável por decidir o que era certo e errado no aspecto familiar, determinar como as pessoas deveriam se comportar de uma maneira moralmente aceitável, dizer quais constituições familiares eram permitidas e quais não deveriam ser, e com as transformações sociais que foram acontecendo ao longo do século XIX, a igreja católica deixou de exercer essa função reguladora, a sociedade precisava de uma norma que regulamentasse as diferentes formas de família que surgiram e atendesse suas necessidades.

Tivemos três grandes diplomas legais que ajudaram a mudar esse paradigma ao longo do século XX: primeiro a Lei nº 883/49, permitiu o

reconhecimento dos filhos ilegítimos e conferiu-lhes direitos até então vedados; em seguida a Lei nº 4.121/62, que ficou conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que retirou a condição da mulher casada de subalternidade discriminação em face do marido, da condição de relativamente incapaz; e pôr fim a Lei nº 6.515/77, famosa como Lei do Divórcio, que passou a assegurar aos casais separados, a oportunidade de reconstruírem suas vidas, casando se com outras pessoas, quebrando de uma vez a resistente reação da Igreja, além de aumentar o grau de igualdade de direitos de filhos matrimoniais e extramatrimoniais.

Assim, a união estável foi passando a ganhar forma, e exigindo uma resposta do Direito. Entretanto, a necessidade de um tratamento legal e humanitário à entidade, só veio a se concretizar com o advento da Constituição Federal de 1988.

A carta Maior foi enfática: a partir dela, a união estável, estaria reconhecida e protegida pelo Estado através de disposição expressa do seu artigo 226 §3º. Além da união estável e do casamento, que já era reconhecido por legislações anteriores, outros formatos familiares também receberam a garantia do Estado, e passaram a ser considerados como entidades familiares pelo mesmo artigo 226, parágrafos 3º e 4º, que traz um rol exemplificativo.

Leis que surgiram posteriormente, vieram finalmente com o intuito de resolver as lacunas deixadas pela falta de positivação das regras referentes à união estável. Primeiro a Lei 8.971/94 e depois a Lei 9.278/96, alcançaram os avanços almejados durante anos pelos companheiros.

Disposições referentes aos requisitos para a formação da união estável; à concessão de direitos sucessórios, à concessão de direito de habitação e aos direitos e deveres dos companheiros foram finalmente positivadas, de maneira que parecia finalmente estarem resolvidos os problemas daqueles que viviam sob a tutela da união estável.

Porém, o Código Civil de 2002 trouxe severas mudanças, ao retirar ou se omitir sobre direitos previamente conquistado pelos companheiros. A nova Codificação não teve medo em demonstrar clara preferência pelo instituto do casamento, e mostrou que suas disposições, ou a maioria delas, foram pensadas anteriormente à Constituição Federal de 1988.

Ao longo dos anos de vigência do Código Civil, com toda certeza o dispositivo que mais foi alvo de críticas quando se pensa em união estável, foi o artigo 1.790. Por conta de que o referido artigo é a causa de um retrocesso nos direitos sucessórios previamente assegurados. O companheiro que anteriormente era dono de um tratamento igual do cônjuge sobrevivente, passou a ser ver preterido pelos colaterais do falecido, ocupando o último lugar na ordem de sucessão hereditária.

Foram muitas as críticas, e grande parte da doutrina passou a defender a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. A constituição não poderia autorizar uma discriminação desse tamanho a uma entidade expressamente protegida e reconhecida pelo seu texto. Nessa perspectiva, os Tribunais Estaduais começaram a se manifestar, tentando preencher as lacunas e a desarmonia trazida pela legislação de 2002.

Foram muitos os tribunais que reconheceram a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Alguns se manifestaram pela inconstitucionalidade de só um de seus incisos, no caso o inciso III, e outros consideraram inexistente a teoria de afronta à Constituição. Ficou evidente a indefinição e a ausência de qualquer segurança jurídica sobre o tema, tornando-se necessária a manifestação de um Tribunal Superior.

Foi nesse contexto que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG pelo Supremo Tribunal Federal veio como um divisor de águas para aqueles que vivem sob a tutela do instituto da união estável e para toda a comunidade jurídica. A tão aguardada decisão reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, resolvendo pela aplicação do artigo 1.829 do mesmo Código, que trata da sucessão dos cônjuges, também para os companheiros.

A consideração contida na decisão de que a Constituição não autoriza uma hierarquização entre os diferentes formatos familiares merece ser lembrada. Sendo assim, casamento, união estável e todas as outras entidades familiares merecem o mesmo respeito pela lei e pela sociedade. Os princípios da isonomia, da vedação ao retrocesso e a grande garantia constitucional da dignidade da pessoa humana também tiveram a função de fundamentar a tão esperada decisão.

Porém, foi constatado que a decisão proferida pelo STF não foi capaz de esclarecer algumas questões que já eram polêmicas, como a questão do companheiro como herdeiro necessário, qual é o fundamento para a concessão do direito real de habitação ao companheiro, como será a aplicabilidade do artigo 1.830 do Código Civil de 2002 a cônjuges e companheiros.

Todas essas questões que movimentavam a doutrina não foram abordadas expressamente pela decisão do Supremo Tribunal Federal. Dessa maneira, a presente monografia buscou por apresentá-las e discuti-las, com base na referida decisão.

Longe de oferecer respostas definitivas, foram demonstrados diversos posicionamento doutrinários que se confrontavam, ao final de cada tópico, buscou-se apresentar uma solução satisfatória que fosse de encontro com a decisão do STF, com o objetivo de sustentar a segurança jurídica alcançada e por tanto tempo esperada.

Chegou-se ao entendimento de que o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário, assim como o cônjuge, por ocuparem a mesma posição na entidade familiar, no caso a de parceiro falecido. Assim, havendo o Código Civil decidido por elevar o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, com o objetivo de proteger esse membro familiar tão importante para o de cujus, outra visão em relação ao companheiro não poderia ser admitida. Isso por conta de que o próprio posicionamento do STF, aqui estudado, conduz até essa conclusão, uma vez que propôs a equiparação entre os direitos dos cônjuges e dos companheiros, utilizando entre outros argumentos, o de inexistência de hierarquização entre os formatos familiares.

Quanto ao direito real de habitação aplicado aos companheiros, a grande questão era qual seria o fundamento jurídico que justificaria a sua concessão, se seria o parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96 ou o artigo 1.831 do Código Civil de 2002. Onde foi constatado que a decisão do STF decidiu por declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, aplicando à sucessão dos companheiros o artigo 1.829 do Código Civil. Declarando-se, assim, que não houve intenção dos julgadores em voltar a utilizar as disposições das legislações anteriores ao Código Civil, por acreditar que essas tenham sido revogadas pela legislação de 2002. Concluiu-se, então, pela utilização do artigo 1.831 do Código

Civil de 2002, também no que diz respeito à concessão do direito real de habitação em favor do companheiro.

Já o artigo 1.830 do Código Civil de 2002, trata-se de norma que dispõe sobre a legitimidade do cônjuge sobrevivente para participar da sucessão do de cujus, autorizando sua participação, ainda que esteja separado de fato há menos de dois anos ou mais de dois anos, se a separação não se deu por sua culpa. Foi analisado assim, a aplicação do dispositivo também para os companheiros, chegando na conclusão de que a referida disposição está ultrapassada, não devendo ser aplicada para nenhum dos casos.

Todavia, apesar das conclusões expostas, deve ser considerado que por ser recente a decisão do Supremo, as questões citadas carecem de maiores debates pela doutrina e pela jurisprudência, que irão, cada vez mais, se aprofundar nos temas e casos concretos para então sugerirem as melhores soluções.

Porém, o que não se pode admitir, é um novo retrocesso de direitos em desfavor daqueles que vivem sob a tutela da união estável. Após enfrentar tantos desafios e tantas barreiras impostas, é essencial que os direitos que foram conferidos aos companheiros que se mostram omissos ou em discordância com a atual realidade, sejam interpretados de acordo com os princípios de um direito civil constitucionalizado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil: Disponível em: Acesso em: 10/10/2021.

CARVALHO Dimas Messias de. **Direito das sucessões.** 1º edição. Belo Horizonte. Del Rey, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões.** 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões.** 3ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

JUSBRASIL, **STJ autoriza alteração de sobrenome em união estável.** [S.l] [2012]. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100204931/stj-autoriza-alteracao-de-sobrenome-em-uniao-estavel> Acesso em: 12 jun. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito de família.** 4ª edição. São Paulo. Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 2ª edição. São Paulo. Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8ª edição. Forense, 2018.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito das sucessões teoria e prática**. 23ª edição. Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013.

SALLES, Diana Nacur Nager Lima. **Direito civil – sucessões**. 1ª edição. Londrina. Editora e distribuidora Educacional S.A, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 6: direito das sucessões**. 10ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **A inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC: da necessidade urgente de o STF encerrar o julgamento**. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI249728,91041->

[A+inconstitucionalidade+do+art+1790+do+CC+Da+necessidade+urgente+de+o+STF+encerrar+o+julgamento](http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI249728,91041-A+inconstitucionalidade+do+art+1790+do+CC+Da+necessidade+urgente+de+o+STF+encerrar+o+julgamento)  
>. Acesso em: 12/10/2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família. 12ª edição.** Rio de Janeiro. Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Do tratamento da união estável no Novo CPC e algumas repercussões para o Direito Material: primeira parte.** Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI219660,101048->

[Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+Novo+CPC+e+algumas+repercussoes](http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI219660,101048-Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+Novo+CPC+e+algumas+repercussoes)>.

Acesso em: 10/10/2021.

TARTUCE, Flávio. **Do tratamento da união estável no Novo CPC e algumas repercussões para o Direito Material: segunda parte.** Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI221099,71043Do+tratamento+da+uniao+estavel+no+novo+CPC+e+algumas+repercussoes>>.

Acesso em: 12/10/2021.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família.** Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-nodireito-de-familia>>. Acesso em: 12/10/2021.

TARTUCE, Flávio. **O tratamento diferenciado da sucessão do cônjuge e do companheiro no código civil e seus graves problemas: a necessidade imediata de uma reforma legislativa.** Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI230496,41046O+tratamento+diferenciado+da+sucessao+do+conjuge+e+do+companheiro+no>>.

Acesso em: 11/10/2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380.** Disponível em: . Acesso em: 10/10/2021.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.** Disponível em: Acesso em: 10/10/20121.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo. **Fundamentos do Direito Civil.** Volume 7. Rio de Janeiro. Forense, 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.** Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)>. Acesso em: 10/10/2021.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.** Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 12/10/2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: sucessões.** 17º edição. São Paulo. Atlas, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: sucessões.** 14º edição. São Paulo. Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, volume 5.** 9º edição. São Paulo. Revista dos tribunais, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25º edição. São Paulo. Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 29º edição. São Paulo Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 18º edição. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 5º edição. São Paulo. Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões, volume 4**. Editora Saraiva, 2012.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. 6º edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões, volume 7**. São Paulo. Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2ª edição. São Paulo. Atlas, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 26ª Edição. São Paulo. Saraiva 2003.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional**. 2ª edição. São Paulo. Atlas, 2014.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2ª edição. São Paulo. Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro: a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, volume 931, nº 102**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Concubinato e União Estável**. 8ª edição. São Paulo. Saraiva, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 23ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2016.