



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LORENA MATOS DA SILVA

**AS OMISSÕES DO R.E. 878.694 E A SUCESSÃO DO
COMPANHEIRO**

Salvador
2018

LORENA MATOS DA SILVA

**AS OMISSÕES DO R.E. 878.694 E A SUCESSÃO DO
COMPANHEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Lara Rafaelle Pinho Soares.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

LORENA MATOS DA SILVA

AS OMISSÕES DO R.E. 878.694 E A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Gilvânia e Valmilson, por todo carinho, cuidado e esforço dedicados a mim e por serem os maiores entusiastas das minhas conquistas.

A minha irmã Larissa e ao meu namorado Diego, por toda compreensão e ajuda ao longo da minha jornada acadêmica.

As amigas, Mallu, Selma e Yasmin, por terem me acolhido, compartilhado momentos de aflição e de alegria ao longo da graduação. Não fosse pela ajuda delas não estaria, hoje, chegando ao final do curso.

A minha orientadora Lara Soares, pela atenção dispensada, disponibilidade e pelas riquíssimas contribuições para a execução dessa pesquisa.

“Somos o que fazemos, mas somos, principalmente, o que fazemos para mudar o que
somos”.

Eduardo Galeano.

RESUMO

A união estável somente fora reconhecida como entidade familiar e recebeu especial proteção do Estado com a Constituição Federal de 1988 que em seu art. 226, §3º estabeleceu que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Sendo assim, a análise das normas sucessórias dos companheiros deveria ser feita à luz da Constituição, não podendo, pois, uma norma infraconstitucional estabelecer regras sucessórias que propiciassem um tratamento discriminatório dos conviventes com relação aos cônjuges, nem tampouco que gerasse uma hierarquização entre esses modelos de família. Entretanto, o Código Civil de 2002, indo de encontro à proteção que fora atribuída à união estável pelo Texto Magno, disciplinou a sucessão do companheiro sobrevivente no seu art. 1.790, estabelecendo para eles regras sucessórias distintas daquelas aplicadas aos consortes, motivo pelo qual o referido diploma normativo, foi alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina e de decisões controvertidas. Com o fito de encerrar a celeuma acerca da constitucionalidade, ou não do art. 1.790, CC o Supremo Tribunal Federal em 10 de maio de 2017, no julgamento do R.E. 878.694/MG declarou serem ilegítimas as distinções estabelecidas entre o tratamento sucessório dos companheiros e dos cônjuges sobreviventes, determinando a aplicação também aos companheiros do art. 1.825, CC, que enuncia a ordem de vocação hereditária. Porém, o STF fez referência unicamente a este artigo, sendo que há inúmeros outros diplomas normativos que também regulam a sucessão dos consortes. Desse modo, o presente trabalho de conclusão de curso tem a finalidade de realizar uma análise crítica acerca do julgamento do Recurso Extraordinário n. 878.694/MG, explicitando as consequências das omissões constantes no reportado *decisum* no âmbito do direito sucessório dos companheiros, sobretudo na sucessão testamentária, os seus impactos na autonomia da vontade dos indivíduos e tentar-se-á esclarecer de que modo ficará disciplinada a sucessão do companheiro (a) após a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790, CC.

Palavras-chave: Sucessão; companheiros; R.E. 878.694/MG; inconstitucionalidade do art.1.790, CC; consequências.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
AC	Acre
ADFAS	Associação de Direito de Família e das Sucessões
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
n.	Número
MG	Minas Gerais
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
R.E.	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO	13
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA	13
2.1.1 Do instituto do casamento	16
2.1.2 Do instituto da união estável	17
2.2 DIREITO SUCESSÓRIO	19
2.2.1 Da abertura da sucessão	21
2.2.2 Da sucessão testamentária	23
2.2.3 Da sucessão legítima	25
2.2.3.1 Herdeiros necessários e herdeiros facultativos	27
2.2.3.2 A ordem de vocação hereditária	28
3. O DIREITO SUCESSÓRIO NAS RELAÇÕES AFETIVAS	30
3.1 SUCESSÃO DO CÔNJUGE	30
3.1.1 Cônjuge em concorrência com descendentes	32
3.1.2 Cônjuge em concorrência com ascendentes	33
3.1.3 Cônjuge como herdeiro universal	33
3.2. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO	34
3.2.1 Evolução legislativa no tocante ao direito sucessório do companheiro	34
3.2.2 Uma análise do art. 1.790 do código civil	38
3.2.2.1 Concorrência sucessória entre o companheiro e os descendentes do falecido	44
3.2.2.2 Concorrência sucessória entre o companheiro e os demais parentes do falecido	46
3.2.2.3 Inexistência de parentes sucessíveis	47
3.2.3 O que motivou a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790, CC?	48
4. DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694	58
4.1 DO R.E. 646.721/RS	65
4.2 DAS OMISSÕES	67

4.2.1 Da (in) aplicabilidade do art. 1831 do Código Civil que regula o direito real de habitação para o cônjuge	68
4.2.2 Da (in) aplicabilidade dos artigos 1.832 e 1.837, CC que tratam da partilha entre o cônjuge e os descendentes e os ascendentes	73
4.2.3 Da (im) possibilidade de considerar o companheiro herdeiro	
Necessário	75
4.2.3.1 Consequências na sucessão testamentária	78
4.3. DA VINCULATIVIDADE DA DECISÃO?	83
5. CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	90

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico intitulado “As omissões do RE 878.694 e a sucessão do Companheiro” objetivará a realização de uma análise crítica acerca do julgamento do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do art.1.790 do Código Civil, que regulava a sucessão dos companheiros sobreviventes.

No reportado julgamento o STF afirmou ser ilegítimo o estabelecimento de distinções entre as regras sucessórias aplicadas aos companheiros e aos cônjuges sobreviventes, de modo a acarretar uma hierarquização entre as modalidades de família e determinou a aplicação também aos conviventes do art. 1.829, CC, que é aquele que estabelece a ordem de vocação hereditária, com o intuito de preencher a lacuna legislativa provocada pela declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790, CC.

Contudo, demonstrar-se-á que o Supremo Tribunal Federal, na tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário, fez menção apenas ao artigo 1.829 do Código Civil quando, na verdade, ele não é o único a tratar da sucessão dos cônjuges, restando, pois, o tribunal omissivo quanto a aplicação dos demais dispositivos para regulamentar os direitos sucessórios dos conviventes.

Ademais, buscar-se-á explicitar as consequências dessas omissões constantes no *decisum* no âmbito do direito sucessório dos companheiros, sobretudo na sucessão testamentária e os seus impactos na autonomia da vontade dos indivíduos.

A escolha pelo presente tema se deu por conta da sua extrema importância tanto para o âmbito jurídico, quanto social, a uma porque na sociedade contemporânea, o número de indivíduos que optam por conviver no regime da união estável é cada vez mais expressivo, e, são justamente esses sujeitos (os companheiros) que serão os mais afetados com julgamento do STF.

A duas porque as omissões constantes no julgamento do R.E. 878.694/MG acerca da sucessão do companheiro, poderá acarretar decisões judiciais conflitantes, gerando, conseqüentemente, uma grande instabilidade jurídica sucessória no Brasil.

O principal objetivo desta pesquisa é tentar esclarecer como ficará disciplinada a sucessão do (a) companheiro (a) após o julgamento do R.E. 878.694/MG, analisando quais as regras que disciplinam a sucessão dos consortes, efetivamente, podem ter a sua aplicação estendida aos conviventes. A exemplo das normas analisadas temos o art. 1.831, CC, que trata do direito real de habitação, dos artigos 1.832 e 1.837, que regulam, respectivamente, a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes e ascendentes, e o art. 1.845, CC, que traz o rol de herdeiros necessários.

Para tanto, vislumbrando atingir o tema problema do presente trabalho monográfico, no segundo capítulo, abordar-se-á aspectos gerais sobre o direito de família, fazendo uma análise da evolução do instituto familiar desde a época do império romano até o reconhecimento da união estável pela Constituição Federal de 1988 como modalidade de família.

Ademais, demonstrar-se-á alguns elementos caracterizadores do casamento e da união estável e, na sequência, será feita uma introdução ao direito sucessório, pontuando algumas considerações sobre a sucessão testamentária, a sucessão legítima e as espécies de herdeiros reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em capítulo posterior, será realizado um estudo da sucessão dos cônjuges sobreviventes. Em seguida será empreendida uma análise da sucessão dos companheiros, demonstrando a evolução legislativa desse direito com relação a essa classe de herdeiro, realizando um estudo do art. 1.790 do Código Civil, que disciplinava as regras sucessórias dos conviventes.

Nesse capítulo ainda proceder-se-á a exposição dos motivos que fizeram com que o reportado dispositivo fosse declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

No capítulo quarto, será feito um exame do R.E. 878.694/MG, em sede do qual foi declarada a inconstitucionalidade do art. 1.790, CC, demonstrando o posicionamento dos ministros e a tese fixada pelo STF no referido julgamento.

Neste capítulo, ainda, far-se-á uma análise do R.E. 646.721/RS, o qual também discutia os direitos sucessórios dos companheiros, porém, no âmbito das relações homoafetivas.

Em seguida, serão explicitadas as omissões presentes no julgamento do R.E. 878.694/MG e examinadas as possibilidades de aplicação das regras dos cônjuges à sucessão dos companheiros. Ademais, serão analisadas as consequências na sucessão testamentária de se passar a considerar o convivente herdeiro necessário e as implicações de tal fato na autonomia da vontade do autor da herança e dos próprios casais que optam por viver em união estável.

Por fim, será realizado um estudo acerca do exame da vinculatividade, ou não, da decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790, CC.

2.ASPECTOS GERAIS DO DIREITO SUCESSÓRIO

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA

Inicialmente, é importante esclarecer que o presente trabalho tem como núcleo o Direito sucessório. Entretanto, não há que se falar em tal direito sem elucidar alguns aspectos do Direito de família, uma vez que a ideia de sucessão surgiu justamente através da consolidação da formação da família¹, e é no âmbito desta que vão se suceder os fatos fundamentais da vida do ser humano, desde o seu nascimento até a sua morte.

Pois bem. O instituto familiar, nas lições de Cristiano Chaves de Farias “na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social”², de modo que se pode dizer que o seu surgimento se encontra atrelado ao advento do próprio homem na Terra, uma vez que, tendo em vista a sua característica da sociabilidade, o homem não é capaz de viver sozinho.

Nesse esteio, colha-se o ensinamento de José de Oliveira Ascensão:

O homem não é um ser isolado: viver é conviver, e a realização do homem só se consegue por meio do convívio com os outros, de maneira que a família é ‘a primeira comunidade em que naturalmente se integra’³.

A instituição familiar é guiada por diversos modelos, que variam no tempo e no espaço, buscando satisfazer as expectativas da sociedade e, sobretudo, as expectativas do homem⁴.

Por isso, afigura-se necessária a análise de alguns períodos históricos, assim como de algumas transformações ocorridas na sociedade para compreender a evolução da família e as modificações ocorridas em sua estrutura ao longo dos séculos, pois, como bem pontuou Luiz Edson Fachin “é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial

¹ QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 2.

² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. V.1- Introdução: As Pessoas. Os Bens. 2.ed. Portugal: Coimbra Editora, 2000, p. 22.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*, 2007, p. 3.

contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”⁵.

Na Antiguidade, os grupos familiares eram estruturados, não com fundamento no afeto, mas sim na luta pela sobrevivência.⁶

Foi no direito Romano que se atribuiu à expressão família um significado jurídico, entretanto, este, ainda, distinto da carga semântica que atualmente apresenta.⁷

Na Roma antiga, como bem observa Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a família “pautava-se numa unidade econômica, política, militar e religiosa, que era comandada sempre por uma figura do sexo masculino, o *pater familias*”⁸.

A referida figura era a maior autoridade no núcleo familiar, de modo que os seus descendentes lhes deviam respeito e obediência até o seu falecimento. Nesse período histórico, o critério utilizado para determinar a relação de parentesco não era o da consanguinidade e sim o da submissão ao poder do *pater*⁹.

Com a queda do Império Romano aliada a expansão do Cristianismo e ao surgimento do Direito Canônico, a concepção de família passou por sucessivas transformações.

O núcleo familiar cristão passou a ser consubstanciado na herança de um modelo patriarcal baseado no casamento, de modo que se marginalizava qualquer outro tipo de composição familiar que não estivesse fundada no matrimônio.

Esse modelo permaneceu de forma hegemônica na sociedade ocidental até o advento da Revolução Industrial no século XVIII¹⁰ e acerca desse momento histórico Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho prelecionam que:

Com a maior demanda de mão de obra e aumento da carência econômica pela pobreza disseminada, as mulheres - que outrora se limitavam ao já exaustivo labor doméstico- ingressaram maciçamente no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família. V.6. 5.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50

⁷ *Idem*. **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.

⁸ *Ibidem.*, p. 52.

⁹ *Ibidem.*, p. 53.

¹⁰ *Ibidem.*, p. 53 et seq.

Depauperou-se a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo, migrando o núcleo familiar para as cidades, em busca de novas oportunidades. Com a redução das áreas de convivência e com o alto custo de vida, passou-se a repensar o tamanho da prole e a valorizar a aproximação dos seus membros e seu vínculo afetivo.¹¹

O século XX, por sua vez, fora marcado por inúmeros episódios e acontecimentos, os quais desestabilizaram a ideia de um único modelo de família.

Nos ensinamentos dos precitados autores o desenvolvimento dos grandes centros urbanos, a difusão do divórcio como uma escolha válida moralmente, a valorização da proteção da criança, do adolescente e do idoso, a modificação das funções nos lares, a prevalência da dignidade em detrimento de questões patrimoniais, o reconhecimento do afeto como elo mais significativo da constituição de um lar, todas essas ações e muitas outras colaboraram para a reanálise do conceito de família na sociedade contemporânea.¹²

No Brasil, por sua vez, pode-se dizer que a evolução do instituto familiar se deu em etapas, por meio do surgimento de leis e, sobretudo, da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual alargou o conceito de família, passando a conferir proteção de maneira igualitária a todos os seus membros¹³ e deixou de considerar a unidade familiar apenas como um vínculo formal, passando a observar o aspecto funcional de cada um, assim como a dignidade de cada ente pertencente à família.

Assim, o modelo de família atual não mais é regido pelo autoritarismo presente na Roma antiga, nem tampouco encontra-se fundamentado apenas no casamento como preconizava o Direito Canônico.

Passou-se a admitir diversas formas de arranjos familiares, isto porque, como bem pontuou Rodrigo da Cunha Pereira “a partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela”.¹⁴

Abandonou-se, portanto, a visão institucionalizada de família, na qual o instituto familiar era, apenas, um núcleo social imprescindível, para passar a

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54.

¹² *Ibidem*, *loc. cit.*

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; OLIVEIRA, Euclides de. **Do Direito de Família**. Disponível em: < https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Euclides/Direitofamilia.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2018, p.02.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil** (coord. Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias), Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2002, p. 226-227.

ser compreendida como uma estrutura essencial para o desenvolvimento da personalidade humana¹⁵.

2.1.1 Do instituto do casamento

A instituição do casamento durante muito tempo esteve intimamente vinculada à visão religiosa, de sorte que até o advento da República (1889), somente existia o casamento religioso¹⁶.

No Código Civil de 1916, sob influência da Revolução Francesa, por exemplo, adotou-se um modelo patriarcal de família e hierarquizado, no qual prevalecia o mandamento “*até que a morte nos separe*”¹⁷, de forma que se abria mão, muitas vezes, da felicidade pessoal dos integrantes do grupo familiar em prol da manutenção do casamento¹⁸.

Portanto, o seu viés protetivo à família matrimonial era manifesto¹⁹ de sorte que se reconhecia apenas uma única forma legal de constituição do núcleo familiar, que era a que decorria do casamento²⁰ e toda e qualquer outra modalidade era tida como ilegítima e, conseqüentemente, não possuía a proteção do Direito de família ou do Direito sucessório²¹.

Ademais, pode-se afirmar que o casamento era algo indissolúvel, de modo que a única maneira de rompê-lo era através do desquite, o qual impedia a realização de um novo casamento, uma vez que não dissolvia o vínculo matrimonial²².

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDE, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. v.6. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 11.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p.160.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. v.6. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 36.

¹⁸ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

²⁰ Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354)”. Código Civil Brasileiro de 1916 (Lei n. 3.071/16).

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil: Sucessões**, v. 7. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 276.

²² DIAS, Maria Berenice. Era Uma Vez. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 17.

Todavia, com o advento da Lei do Divórcio, em 1977, passou-se a admitir a dissolução nupcial, por meio do divórcio²³. Porém, ainda assim, a visão matrimonializada de família continuou a existir, pois, como uma forma de garantir à continuidade da família, exigia-se para o ajuizamento da ação de divórcio o transcurso de prazos longos ou o reconhecimento de um culpado²⁴.

No entanto, cumpre salientar que esse modelo tradicional de família consagrado pela Codificação Beviláqua fora rompido em decorrência do surgimento de novos valores e do avanço da própria sociedade, os quais, impuseram “um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado”²⁵.

A Constituição de 1988, trouxe substanciais renovações acerca das relações de família, de modo que o conceito de entidade familiar passou a compreender relacionamentos para além do casamento, como a união estável e os vínculos monoparentais²⁶.

É dizer: o casamento perdeu a exclusividade sem, no entanto, perder a proteção do Estado, como uma das modalidades possíveis de família, por meio de “uma união formal, solene, entre pessoas humanas”²⁷.

2.1.2 Do instituto da união estável

Primeiramente, é necessário pontuar que, enquanto o reconhecimento do casamento como modalidade familiar se deu através de lei, o reconhecimento jurídico e social da união estável não se deu de forma fácil, na medida em que a sua estrutura fora se moldando no decorrer do tempo, de modo a ser positivada recentemente no ordenamento pátrio.

No Código Civil de 1916, *verbi gratia*, as uniões extramatrimoniais eram reconhecidas como concubinato, que consistia na união entre um homem e

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDE, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. v.6. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 174-175.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p.161.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 6.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 36.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Op.cit.*, 2017, p.161

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDE, Nelson. *Op.cit.*, 2014, p. 174.

uma mulher, sem que houvesse casamento, seja porque eles tinham algum impedimento para casar, seja porque optaram por não casar²⁸.

Ademais, constantemente o instituto da união estável era relacionado ao adultério e visto como uma relação ilícita que deveria ser proibida. O diploma civil supracitado pouco se referia à união estável e nas poucas vezes que se referia repelia o referido instituto.²⁹

Ocorre que, as inúmeras transformações pelas quais a sociedade passou, como por exemplo, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um lar, propiciaram uma ampliação do conceito de família e o conseqüente surgimento de novas formas de arranjos familiares. Porém, estas novas modalidades de família não gozavam de proteção jurídica adequada³⁰.

Nesse contexto e sensível aos avanços da sociedade, a Constituição Federal de 1988, no seu Art. 226, aproximando o conceito social de família de seu conceito jurídico, passou a reconhecer expressamente três modalidades de família, quais sejam: a casamentaria, que é aquela decorrente do casamento; a decorrente da união estável e o núcleo monoparental, que corresponde à família formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Nessa mesma diretiva, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald lecionam que:

Com o advento da Constituição da República, propiciamente apelidada de 'Constituição-cidadã', o velho concubinato foi elevado à altitude de entidade familiar, passando a se submeter à normatividade do Direito das Famílias e, principalmente, ganhando especial proteção do Estado- a mesma dispensada ao casamento. [...] a união informal, sem solenidades, entre homem e mulher, passou a ser tratada em sede familiarista, submetendo-se à normatividade do afeto, apartando-se da velha 'sociedade de fato'.³¹

Atualmente, a união estável, pode ser compreendida como uma situação de fato existente entre dois indivíduos, desimpedidos para casar, ligados pelos laços da afetividade com o objetivo de constituir família.

Ela nasce da convivência duradoura com intuito de formar um núcleo familiar e produz efeitos próprios de uma relação familiar, diferenciando-se do

²⁸ *Idem*. **Curso de Direito Civil: Sucessões**, v. 7. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 277.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, v.6. ed., São Paulo: Saraiva, fev.2016, p. 410.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. Era Uma Vez. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 18.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDE, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. v.6 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 465.

matrimônio, apenas pela inexistência de formalidades legais, de sorte que faz jus a especial tratamento por parte do Estado como qualquer outro modelo de entidade familiar.³²

Contudo, o fato de a união estável ser caracterizada pela informalidade, não importa dizer que esta modalidade familiar não apresenta elementos fundantes. Nesse sentido, o art. 1.723, CC determina que as características da união estável consistem na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida entre dois indivíduos, desde que não estejam impedidos de contrair matrimônio, com o objetivo de constituir família.

Acerca de tais elementos Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem que a união estável deve ser compreendida como: “a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não impedidos de casar entre si, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, com a intenção de constituir uma família, sem o vínculo matrimonial”³³.

Por fim, insta salientar que o viver em família apresenta vantagens, mas também gera obrigações. A solidariedade presente no núcleo familiar determina que os indivíduos unidos por laços afetivos possuem o dever de cuidado uns com os outros, de sorte que, “mesmo com a morte, ninguém pode deixar desprotegidas as pessoas para com quem tinha obrigações de sustento e assistência”³⁴, e, na união estável isso não é diferente.

Esse modelo de família gera consequências nas relações patrimoniais, econômicas e pessoais dos companheiros e com relação aos efeitos patrimoniais, pode-se afirmar que alguns irão decorrer da dissolução da união estável em vida e outros, no entanto, decorrerão da dissolução proveniente da morte de um dos conviventes, e é justamente esta (a morte) que é o pressuposto fundante do direito sucessório, pois com ela surgem novos direitos. Por isso, diz-se que o direito das sucessões constitui um prolongamento do direito de família³⁵.

2.2 DIREITO SUCESSÓRIO

³² *Ibidem.*, p. 476.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDE, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. v.6. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 478-479.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p.28.

³⁵ QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.02.

O direito sucessório é o ramo do Direito Civil que estuda e regulamenta a transferência do patrimônio de uma pessoa, em razão do seu falecimento.

A origem do direito das sucessões encontra-se relacionada ao momento em que os homens deixaram de ser nômades e passaram a acumular patrimônio, fazendo surgir primitivas organizações familiares e a propriedade privada.³⁶

Sobre essas organizações familiares, Luiz Paulo Vieira de Carvalho afirma:

Nessas famílias [...] a mulher, os filhos e demais agregados, verdadeiros súditos, estavam sujeitos ao poder absoluto do seu fundador [...]. Com a morte do fundador do grupo familiar, nos primórdios de Roma (nascida aproximadamente em 754 a.C.), bem como na Grécia Antiga e na Índia, seus poderes se perpetuavam nas mãos de seus sucessores varões, conservando, assim, a integridade da família.³⁷

Em Roma, o interesse na transferência dos bens era muito mais de ordem religiosa do que patrimonial, porquanto o objetivo da referida transferência era dar continuidade à religião familiar, posto que o óbito de uma pessoa que não tivesse sucessor gerava a extinção do culto doméstico.³⁸

Entretanto, na medida em que a propriedade passou a ser individual, foi se operando, gradativamente, a transição da sucessão pessoal patriarcal e familiar, para a sucessão essencialmente patrimonial.³⁹

O objeto de investigação do direito sucessório consiste na substituição da titularidade do patrimônio do sujeito de uma relação jurídica em decorrência da morte do autor da herança⁴⁰.

Portanto, a morte do titular do patrimônio representa um pressuposto jurídico que condiciona todas as consequências possíveis de ocorrer nesse ramo do direito, porquanto como bem pontuam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal

³⁶ DIAS, Maria Berenice, **Manual das Sucessões**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

³⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo:Atlas, 2017, p. 02.

³⁸ DIAS, Maria Berenice, **Manual das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

³⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: Introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.03.

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v.7. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36.

“somente com o óbito haverá cessação da aptidão para titularizar relações jurídicas, ocorrendo, de pleno direito, uma mutação subjetiva nas relações jurídicas patrimoniais mantidas pelo falecido (*de cujus*), que passam a ser titularizadas por seus sucessores [...]”⁴¹.

Assim, quando um indivíduo morre tanto o seu patrimônio, quanto os seus direitos e obrigações, são transmitidos para outrem. O direito das sucessões se preocupa em regulamentar exatamente essa transferência de herança, proveniente da morte de alguém, aos seus herdeiros.

Desse modo, para que ocorra a sucessão *mortis causa* é imprescindível que se tenha o óbito de um indivíduo que seja titular de determinado patrimônio, assim como a existência de pessoas aptas a recolher esse patrimônio deixado, que recebe o nome de herança. No entanto, ocorrendo a morte de alguém, sem que este tenha deixado bens não há falar-se em herança, e, por conseguinte, essa morte não interessará ao direito sucessório⁴².

Sendo assim, pode se dizer que o direito das sucessões, como bem pontua Maria Berenice Dias, “tem sua razão de ser no direito da propriedade conjugado ao direito de família”⁴³. Ou seja, a justificativa da transmissão *mortis causa* estaria atrelada não somente a preservação do patrimônio na família, como uma forma de acúmulo de capital, mas também na proteção do próprio instituto familiar, com o intuito de uni-la e perpetuá-la.⁴⁴

2.2.1 Da abertura da sucessão

A abertura da sucessão nada mais é, redigir-se, do que o instante do falecimento de uma pessoa e o conseqüente surgimento do direito dos herdeiros ao patrimônio deixado pelo *de cujus*⁴⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro, o óbito de um indivíduo, ao cessar sua personalidade natural e abrir a sua sucessão, conduz a transmissão

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDE, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 89.

⁴² CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.28.

⁴³ DIAS, Maria Berenice, **Manual das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.

⁴⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: Introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.05-06.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice, *Op.cit.*, 2013, p. 104.

automática das suas relações jurídicas patrimoniais, conforme preceitua o art. 1.784 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Desse modo, uma vez aberta a sucessão, o patrimônio do falecido, o qual recebe a nomenclatura de herança, é transmitido aos seus herdeiros, de sorte que essa transferência é efetivada sem que se tenha um vácuo nas relações jurídicas, isto porque o nosso direito sucessório consagra o princípio de *saisine*.

Acerca de tal princípio Maria Berenice Dias afirma:

Esse princípio consagra uma ficção: a imediata transferência de pleno direito dos bens do falecido para os seus herdeiros quando da abertura da sucessão. Como os dogmas da fé, esta é uma verdade que se tem de aceitar sem discutir. Morto o titular, seu patrimônio- com o nome de herança- se transfere a todos os herdeiros necessários, legítimos, testamentários e legatários.⁴⁶

Nesse mesmo sentido Cristiano Chaves e Nelson Roselvald pontuam:

Efetivamente, com a abertura da sucessão (= morte da pessoa humana), todas as suas relações patrimoniais (ativas e passivas) são transmitidas automática e imediatamente para os seus herdeiros. É como se o próprio autor da herança, em seu último suspiro de vida, no limiar de sua morte, estivesse, com as próprias mãos, transmitindo o seu patrimônio⁴⁷.

A razão de ser do princípio de *saisine* é, justamente, evitar que o patrimônio do falecido seja considerado acéfalo, ou seja, sem titular, e, sendo assim, não é necessária manifestação do herdeiro para que assuma a titularidade do acervo hereditário.

Isto posto, com a ocorrência da morte os herdeiros do *de cujus* estabelecem entre si uma relação de condomínio e de uma composesse, já que a herança é indivisível e universal.⁴⁸

Entretanto, vale ressaltar que o *Droit de Saisine* não garante aos sucessores o direito imediato a um bem exclusivo do acervo hereditário. Estes terão, apenas, um direito abstrato, contabilizado em fração do patrimônio do falecido⁴⁹.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice, **Manual das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 108.

⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDE, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 113.

⁴⁸ *Ibidem.*, p. 115.

⁴⁹ GAGLIANO, Pabro Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v.7. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61.

A transmissão automática do acervo hereditário determina que deve ser verificado, no momento da abertura da sucessão, a legitimação para suceder dos herdeiros e legatários.

Ademais, imperioso destacar que, a transferência do acervo hereditário pode ocorrer de duas formas: ou pela sucessão testamentária ou pela sucessão legítima, as quais serão tratadas no tópico seguinte.

2.2.2 Da sucessão Testamentária

O ato de dispor dos bens por meio de testamento não é algo muito comum na cultura brasileira. Isto porque, além do fato de o evento morte não ser um assunto muito aceitável na nossa sociedade, o excesso de formalidade do testamento e o risco potencial do mesmo ser anulado, fazem com que a prática de testar não seja muito atrativa.⁵⁰

No entanto, mesmo sendo uma prática pouco usual, se faz necessária uma breve explanação dessa modalidade sucessória.

A sucessão testamentária consiste na declaração expressa de última vontade do titular da herança, na qual este elege pessoas para beneficiar, indicando a fração do patrimônio que deixará para cada uma delas.⁵¹

Pode-se afirmar que o fundamento da sucessão testamentária é a autonomia privada, de sorte que a regra geral é a plena liberdade do testamento, podendo o titular dispor livremente do seu patrimônio.

Assim, pode-se afirmar que o testamento consiste em um negócio jurídico, através do qual, de forma unilateral, o indivíduo exprime a sua vontade, observando os requisitos de existência, validade e eficácia, como o fito de dispor da totalidade, ou, de parte do seu patrimônio, assim como instituir medidas de cunho não patrimonial, para após o seu falecimento.⁵²

No entanto, inobstante o elemento volitivo seja uma característica marcante dos testamentos, não significa que a autonomia do testador deve ser

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice, **Manual das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 335.

⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 378.

⁵² GAGLIANO, Pabro Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v.7. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 262.

interpretada de forma irrestrita e absoluta. Ao contrário, ela deve ser exercida à luz da proteção à pessoa humana e os seus valores elementares.⁵³

Um exemplo de restrição à liberdade de testar ocorre na hipótese de existir herdeiro necessário, pois nesse caso somente será permitido que o autor da herança disponha da metade do patrimônio disponível.⁵⁴

O testamento é um negócio jurídico personalíssimo e unilateral, na medida em que apenas o titular do patrimônio pode determinar o destino dos seus bens após a sua morte e se constitui somente por meio da manifestação da vontade do testador.⁵⁵

Além do mais, é um negócio gratuito com eficácia *post mortem*, uma vez que não são impostas aos seus beneficiários nenhum tipo de contraprestação e seus efeitos são produzidos apenas após o óbito do testador, ou seja, é *causa mortis*.⁵⁶

Outrossim, o testamento constitui um negócio jurídico solene e revogável, de modo que a norma estabelece as formalidades necessárias para que seja considerado válida e pode ser revogado ou alterado pelo testador a qualquer tempo.⁵⁷

Superadas as características principais do testamento, é fundamental explicitar os preceitos relativos à capacidade de testar.

Tendo em vista que o testamento consiste em um negócio jurídico, para que ele seja considerado válido é necessário que o emissor da vontade tenha capacidade para a sua elaboração⁵⁸, e, o Código Civil optou por regulamentar a capacidade de forma implícita ao disciplinar as hipóteses de incapacidade testamentária ativa⁵⁹ no seu art.1.860, *ipsis verbis*:

Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.
Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2017, p. 381.

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 263.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice, **Manual das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 354.

⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Op.cit.*, 2017, p. 394.

⁵⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 343.

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 7. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 275.

⁵⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 203.

A capacidade ativa, conforme ensinamentos de Guilherme Calmon Nogueira da Gama consiste na aptidão, proveniente da personalidade, atribuída aos indivíduos que possuem a possibilidade de dispor por meio de testamento sobre questões patrimoniais e extrapatrimoniais a eles relativas.⁶⁰

Da leitura do precitado dispositivo legal constata-se que a incapacidade civil (absoluta ou relativamente, dispostos nos artigos 3º e 4º, CC)⁶¹ e a falta de pleno discernimento, configuram, notadamente, impedimentos para a realização pessoal de um ato jurídico.⁶²

A referida capacidade deve ser analisada no momento da realização do testamento, de modo que as circunstâncias fáticas anteriores e posteriores não produzem efeitos, uma vez que, conforme preceitua o art. 1.861 do CC “a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade”.⁶³

Há, ainda, a capacidade passiva, a qual consiste na aptidão para figurar como sucessor no testamento⁶⁴. Segundo o art. 1.798 do Código Civil, não estão legitimados a suceder os indivíduos que no momento da abertura da sucessão, não foram concebidos ou que faleceram antes do titular da herança⁶⁵.

Por fim, como bem observa Zeno Veloso “em determinadas circunstâncias, a sucessão pode ser, ao mesmo tempo, legítima e testamentária”⁶⁶. Sendo assim, imperioso se faz também o estudo da sucessão legítima, a qual, inclusive, será o cerne do presente trabalho.

2.2.3 Da Sucessão Legítima

⁶⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 203.

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v. 7. 3.ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 401.

⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 7. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 275.

⁶³ *Ibidem.*, p. 276.

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v. 7. 3.ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 406.

⁶⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60.

⁶⁶ VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais, formas ordinárias, codicilo, formas especiais. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.126.

A sucessão legítima consiste no deferimento da herança àqueles designados na lei⁶⁷ e tem como fundamento a liberdade do titular da herança, exercitada por omissão, e o compromisso com o núcleo familiar⁶⁸.

Nessa espécie sucessória o legislador presume que na hipótese de falecimento do autor da herança, e, tendo este se mantido silente quanto à disposição dos seus bens, o desejo do *de cuius* é que seus familiares mais próximos fossem os beneficiados.

Ademais, a sucessão legítima, a qual também é chamada de sucessão *ab intestato* e de testamento tácito⁶⁹, afigura-se como obrigatória na eventualidade de haver herdeiros necessários. Nesse caso, o titular da herança tem liberdade para dispor, através de testamento, somente metade dos seus bens, de modo que a outra metade é considerada indisponível, daí porque essa modalidade sucessória também possui um caráter limitador da autonomia de testar.⁷⁰

Nos ensinamentos de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald a sucessão legítima é subsidiária, porquanto o legislador determinou que apenas incidirá as regras da sucessão *ab intestato* na circunstância de não haver testamento, ou, havendo, nele o autor da herança não dispor da totalidade do patrimônio ou se o testamento caducar ou for julgado nulo, segundo enuncia o art.1.788, do Código Civil.

Isto posto, verifica-se que a existência de testamento não impede por si só a sucessão legítima, na medida em que esta ocorrerá, conjuntamente com a sucessão testamentária, na hipótese de, sendo o testamento eficaz e válido, haver herdeiros necessários ou na hipótese de haver bens excedentes das disposições testamentarias.⁷¹

É dizer: a legislação brasileira autoriza a coexistência dessas duas espécies sucessórias na transmissão da herança em uma única sucessão⁷², de maneira que a lei possibilita que o titular da herança disponha do seu patrimônio

⁶⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 114.

⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil: Sucessões**, v.7, 3.ed, Salvador: JusPodivm, 2017, p. 260.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice, **Manual das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 113.

⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Op.cit.*, 2017, p. 263.

⁷¹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. Atual. por FARIA, Mário Roberto Carvalho de. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 30.

⁷² RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.16.

(parte disponível) por meio de testamento, sem prejudicar, contudo, os herdeiros sucessórios necessários e facultativos, dispostos na ordem da vocação hereditária, os quais serão explicitados no tópico seguinte.

2.2.3.1 Herdeiros necessários e herdeiros facultativos

A sucessão legítima defere-se aos chamados herdeiros legítimos, os quais se encontram dispostos nos artigos 1.829 e 1.790, do Código Civil, e são eles os descendentes, ascendentes, o cônjuge, colaterais até o quarto grau e o companheiro. Estes sujeitos são os beneficiários da herança do falecido por força da lei e farão jus a uma fração ideal da integralidade dos bens transferidos.⁷³

Os herdeiros legítimos diferenciam-se em necessários, também denominados de legitimários, e facultativos.⁷⁴

Nos termos do art. 1.845 do Código Civil são herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes, estes em ordem infinita, e o cônjuge.

Essa classe de herdeiros têm assegurado o direito à legítima, ou seja, metade dos bens da herança, e, por conseguinte, não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do autor da herança⁷⁵. Eles apenas podem ser afastados da sucessão do *de cuius* por motivos de deserdação e indignidade⁷⁶.

Os herdeiros facultativos, por sua vez, são aqueles que podem ser excluídos da sucessão pela simples vontade do titular da herança, e, são eles os colaterais até quarto grau e os companheiros.⁷⁷

Desse modo, conclui-se que caso o indivíduo faleça sem deixar testamento, ou se este for declarado inválido ou caducar, ou, ainda, se o sujeito não dispuser da integralidade dos seus bens por meio da sucessão testamentária, o seu patrimônio será transferido aos seus herdeiros legítimos, os quais serão convocados a suceder de acordo com a ordem de vocação hereditária disposta no *Codex*.

⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil- Sucessões**, v.7. 3.ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 58.

⁷⁴ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.37.

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. V.7. 4.ed., São Pulo: Saraiva, 2017, p.192.

⁷⁶ VELOSO, Zeno. **Novo Código Civil comentado**. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). São Pulo: Saraiva, 2002, p. 1.665.

⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil- Sucessões**, v.7. 3.ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 58.

2.2.3.2 Ordem de Vocação Hereditária

Como dito no tópico anterior, quando alguém falece os seus bens, obrigações, direitos e encargos devem ser transmitidos para outrem e diante disso é necessário verificar qual parente do *de cujus* terá prioridade em assumir a herança deste e para tanto impõe-se a observação da ordem de vocação hereditária.

Nos ensinamentos de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

A ordem de vocação hereditária é a indicação legal, apresentando a lista das pessoas que serão convocadas a participar da sucessão por força de lei, Enfim, é o rol dos sucessíveis. Trata-se, pois, da espinha dorsal da sucessão legítima, ao indicar quem são os familiares que, distribuídos em classes diferentes, preferenciais entre si, serão chamados a suceder o falecido nas relações patrimoniais.⁷⁸

O legislador brasileiro, com base na presunção de afeto⁷⁹ que os indivíduos possuem com relação aos seus familiares, estabeleceu no art. 1.829 do Código Civil a ordem de chamamento dos herdeiros à sucessão, *in verbis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais.

Nota-se que a sucessão do companheiro sobrevivente, a qual integra a sucessão legítima, não fora disposta no art. 1.829, CC, juntamente com a dos demais herdeiros, mas sim no art. 1.790, CC, o qual, adiante-se, foi declarado inconstitucional pelo STF e será melhor tratado posteriormente.

Assim, tendo em vista os dispositivos legais acima citados (artigos 1.829 e 1.790, CC) pode-se concluir que o direito brasileiro consagrava cinco classes sucessórias. Na primeira classe, encontram-se os descendentes juntamente com o cônjuge ou o companheiro; na segunda classe, os ascendentes com o cônjuge ou o companheiro; na terceira classe, o cônjuge isoladamente; na quarta

⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil- Sucessões**, v.7. 3.ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 265.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4.ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 145.

classe, os colaterais até quarto grau concorrendo com o companheiro e na quinta classe, o companheiro sozinho.⁸⁰

Porém, vale ressaltar que a referida sistemática perdurou até o dia 10 de maio de 2017, data em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790, CC, havendo, portanto, uma modificação nesse entendimento, a qual será tratada mais adiante.

Ademais, imperioso se faz esclarecer que, apesar das várias espécies de herdeiros reconhecidas pelo Código Civil, o presente trabalho irá se deter apenas à sucessão do cônjuge e do companheiro sobrevivente, sendo esta última o foco da pesquisa, as quais serão tratadas no seguinte capítulo.

3. O DIREITO SUCESSÓRIO NAS RELAÇÕES AFETIVAS

⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 268.

A Constituição Federal de 1988 ascendeu o afeto à classe de direito constitucionalmente tutelado ao disciplinar em seu art. 226 que o núcleo familiar constitui o fundamento da sociedade e possui especial amparo do Estado⁸¹, de modo que a família deixou de ser entendida como uma unidade de produção e núcleo econômico, progredindo para uma percepção socioafetiva, ou seja, a tutela do 'ser' passou a preponderar em detrimento do 'ter'.

Essa modificação pela qual passou a instituição familiar acabou por repercutir, também, no direito sucessório, de sorte que, ainda que a transmissão da herança consista em um direito individual, a base do direito das sucessões é o afeto, tendo em vista que é uma característica do ser humano se preocupar em propagar os frutos do seu labor, até proporcionar iguais benefícios para as pessoas que o circundam, o auxiliam e que ele simpatiza.⁸²

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka retrata a grande carga de afeto, bem como a intensa preocupação com a família presente no direito sucessório, ao afirmar que:

[...] **o fundamento da transmissão causa mortis estaria** não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, **mais ainda e principalmente no 'fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família.'**⁸³ (g.n.).

Destarte, no presente capítulo a sucessão será abordada em duas das possíveis relações de afeto existentes, quais sejam o casamento e a união estável, oportunidade em que serão, também, demonstradas as divergências existentes no ordenamento jurídico pátrio relativas aos direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros sobreviventes.

3.1 SUCESSÃO DO CÔNJUGE

A despeito de o presente trabalho monográfico não abordar, especificamente, a sucessão do cônjuge sobrevivente, constata-se a necessidade

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 36.

⁸² *Ibidem.*, 2015, p. 30.

⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: Introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.05.

do exame de alguns aspectos sucessórios atinentes a essa classe de herdeiros, para que se afigure possível a realização de uma análise comparativa entre os direitos sucessórios destes com os dos companheiros supérstites.

Pois bem. O tratamento sucessório do cônjuge foi objeto de inúmeras alterações ao longo do tempo. No Código Civil de 1916, *verbi gratia*, o consorte não possuía o status de herdeiro necessário, nem tampouco concorria com os descendentes e ascendentes, como ocorre no vigente ordenamento jurídico.⁸⁴

Acerca da evolução do direito sucessório do cônjuge sobrevivente, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona lecionam que a notável transformação pela qual passou o direito sucessório dos consortes, após o Código Civil de 2002, resultou não da manutenção do direito real de habitação, nem tampouco da extinção do usufruto viual, mas, sim, da sua ascensão à qualidade de herdeiro necessário, e, também, da garantia concorrencial concedida diante dos descendentes e ascendentes.⁸⁵

No Código Civil de 2002, portanto, o cônjuge ocupa o terceiro lugar da ordem de vocação hereditária⁸⁶, na medida em que somente na hipótese de inexistir representantes das classes dos descendentes e dos ascendentes é que o consorte recolherá, isoladamente, o patrimônio transferido, conforme enuncia o art. 1.829, CC⁸⁷.

Outrossim, como dito acima, o cônjuge, no *Codex* de 2002 (art.1.845), foi enquadrado na categoria de herdeiro necessário, e, por consequência, não pode ser excluído da sucessão por meio de testamento, salvo se sobrevier decisão judicial que declare a sua indignidade ou sua deserdação, ou, ainda, se, havendo concorrência sucessória entre os descendentes do falecido e o cônjuge, o regime de bens impossibilitar que o ele herde.⁸⁸

Além do mais, o legislador, no art. 1.830, CC, estabeleceu requisitos para que seja reconhecida a legitimidade sucessória do cônjuge sobrevivente, quais

⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v.7.4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 227.

⁸⁵ *Ibidem.*, p. 234.

⁸⁶ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed., atual. por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 65.

⁸⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁸⁸ CARVALHO, Luiz Paulo. **Direito das Sucessões**. 3.ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 386.

sejam, a convivência e a assistência recíproca com vistas a atingir propósitos comuns do núcleo familiar.⁸⁹

Ou seja, nas certas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “falida a afetividade, não há que se reclamar direito sucessório”⁹⁰, posto que, estando os indivíduos divorciados, separados de fato ou judicialmente, na abertura da sucessão, o dever de assistência mútuo, que fundamentaria a sucessão patrimonial, é interrompido.

3.1.1 Cônjuge em concorrência com os descendentes

Tendo o autor da herança falecido deixando descendentes e cônjuge, o Código Civil estabeleceu o concurso sucessório entre estes sujeitos. Entretanto, o legislador excluiu o direito deste último à herança, caso o casamento estivesse submetido ao regime da comunhão universal de bens, ou ao regime de comunhão parcial, sem que existisse, contudo, bens particulares ou, ainda, na hipótese de separação obrigatória de bens⁹¹, sendo que nesses casos caberá aos descendentes a totalidade do patrimônio hereditário do *de cujus*⁹².

Com relação ao cálculo da cota parte do cônjuge sobrevivente em concorrência com o descendente, o art. 1.832 do Código Civil dispõe que o consorte disporá da mesmíssima cota garantida a cada descendente do falecido, ou seja, a divisão se dá em partes iguais entre todos⁹³.

Todavia, se o número de herdeiros for superior a três, e, estes forem, a um só tempo, descendentes do autor da herança e do cônjuge supérstite, este último terá uma garantia mínima quanto ao direito sucessório, porquanto a ele é reservada a quarta parte da totalidade da herança⁹⁴.

⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 307.

⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. v.7. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 234.

⁹¹ Art. 1.829, CC. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; [...]

⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 311.

⁹³ *Ibidem*, p. 327.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**.4.ed., São Paulo: Revista dos tribunais,2015, p.182.

Lado outro, se todos os descendentes forem exclusivos do *de cuius*, o cônjuge não terá resguardado o direito à cota mínima, de modo que a divisão do patrimônio será efetuada entre todos, por cabeça.⁹⁵

Cumprido salientar, que, por um equívoco, o legislador não dispôs sobre a hipótese de haver filhos tanto exclusivos do autor da herança quanto comuns deste e do seu consorte sobrevivente, ou seja, no caso da filiação híbrida, assim batizada por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁹⁶, acarretando, por conseguinte, uma insegurança jurídica.

3.1.2 Cônjuge em concorrência dos os ascendentes

Caso o titular do patrimônio tenha falecido sem deixar descendentes, ou, tendo deixado, estes renunciarem à herança ou sofrerem judicialmente pena de deserção ou de indignidade, os seus bens serão deferidos aos seus ascendentes em concorrência com o consorte⁹⁷.

Nesse cenário, o cônjuge concorrerá com os ascendentes independentemente do regime de bens adotado⁹⁸ e fará jus a um terço da herança na hipótese de estar concorrendo com ambos os genitores do falecido, e, a metade do patrimônio transmitido caso concorra com apenas um dos genitores do titular da herança ou com os avós ou bisavós do mesmo, pouco importando o número de ascendentes⁹⁹, com fulcro no art. 1.837, CC¹⁰⁰.

3.1.3 Cônjuge como herdeiro universal

⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. v.7. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 236.

⁹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência Sucessória no Brasil: O Estado da Arte na Lei, na Doutrina e nos Tribunais. In: LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coord.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 115.

⁹⁷ CARVALHO, Luiz Paulo. **Direito das Sucessões**. 3.ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 390.

⁹⁸ AMORIM, Sebastião; LIVEIRA, Euclides de. **Inventários e partilhas**. 15.ed., São Paulo: Leud, 2003, p.101.

⁹⁹ CARVALHO NETO, Inácio Bernardino de. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. 2005. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. doi:10.11606/T.2.2005.tde-14082008-080512. Acesso em: 27 abr. 2018, p. 99.

¹⁰⁰ Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Já agora na hipótese de o falecido não ter deixado descendentes ou ascendentes sucessíveis, o cônjuge sobrevivente terá direito à totalidade do patrimônio do *de cujus*, sendo indiferente o regime de bens adotado, conforme preceituam os artigos 1.829, inciso III¹⁰¹ e 1.838¹⁰², do Código Civil.¹⁰³

É dizer: Sendo o consorte herdeiro único, ele fará jus a inteireza dos bens que compõem a herança do falecido, aqui incluindo os bens comuns, que se sujeitam à meação dos cônjuges, e os bens de titularidade exclusiva do *de cujus*.

3.2 SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

3.2.1 Evolução legislativa no tocante ao direito sucessório do companheiro

No Brasil, apesar de as relações extramatrimoniais nunca terem sido tratadas como crime ou ilicitude, verifica-se que esses relacionamentos livres produziam efeitos tão somente no âmbito obrigacional, de modo que eram alijados do direito sucessório.¹⁰⁴

Amparado nessa diretiva, o Código Civil de 1916 não previu a proteção ao direito hereditário do companheiro sobrevivente. Ao revés, tendo por justificativas a conservação do modelo de família tradicional e a repulsa ao concubinato, restringia-se os direitos sucessórios dos conviventes, como se depreende da leitura dos seus artigos 1.177, caput, e 1.719, inciso III, transcritos abaixo:

Art. 1.177. A doação do cônjuge adúltero a seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.¹⁰⁵

Art. 1.719. Não podem ser nomeados herdeiros, nem legatários:
[...]
III- a concubina do testador casado.¹⁰⁶

¹⁰¹ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

[...]

III - ao cônjuge sobrevivente;

¹⁰² Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 331.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 339.

¹⁰⁵ BRASIL, **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 nov. 2017.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

Os Tribunais, igualmente, não reconheciam nenhum direito às concubinas no momento da dissolução da sociedade conjugal, sob o fundamento de que o concubinato era algo destituído de moralidade e de que de atos imorais não se afigurava possível a obtenção de vantagens protegidas pelo direito¹⁰⁷.

Entretanto, aos poucos foi se afastando a 'pecha de clandestinidade'¹⁰⁸ do concubinato. Aos 13 de dezembro de 1963, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, buscando reconhecer algum direito àqueles que viviam em um relacionamento extramatrimonial, editou a súmula n. 35¹⁰⁹, que regulou o direito da concubina à indenização por acidente de trabalho ou de transporte, nas hipóteses em que não tivesse impedimento para o matrimônio¹¹⁰.

A *posteriori*, passou a se buscar soluções para atender as pretensões das concubinas e uma delas foi a de conferir a estas o direito à percepção de salário pelos serviços domésticos prestados¹¹¹.

De forma continuada no tempo, o judiciário passou a ser cada vez mais provocado com relação aos direitos daqueles que viviam uma relação não matrimonial, e, em resposta, o STF editou as súmulas ns. 380 e 382, as quais reconheciam proteção àqueles que tinham um relacionamento, fora do matrimônio¹¹², *in verbis*:

Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Súmula 382. A vida em comum sob o mesmo teto, '*more uxorio*', não é indispensável à caracterização do concubinato.

¹⁰⁷ CARVALHO NETO, Inácio Bernardino de. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro**: da necessidade de alteração do Código Civil. 2005. Tese. Orientador: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p.127. doi:10.11606/T.2.2005.tde-14082008-080512. Acesso em: 13 abr. 2018.

¹⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil- Sucessões**, v.7, São Paulo: Atlas, p. 341.

¹⁰⁹ "Súmula 35- Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio".

¹¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 10.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.244.

¹¹¹ CARVALHO NETO, Inácio Bernardino de. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro**: da necessidade de alteração do Código Civil. 2005. Tese. Orientador: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p.120. doi:10.11606/T.2.2005.tde-14082008-080512. Acesso em: 13 abr. 2018.

¹¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil- Sucessões**, v.7, São Paulo: Atlas, p. 276.

Assim, por meio da jurisprudência passou-se a resguardar alguns direitos aos concubinos, reconhecendo os efeitos do concubinato, inobstante a legislação pátria não contemplar, à época, qualquer direito a essas pessoas. Contudo, cumpre salientar que os referidos efeitos repercutiam apenas na esfera patrimonial, sendo alheio ao direito familiar e sucessório¹¹³.

Maria Berenice Dias retrata essa evolução dos direitos daqueles que viviam em uniões extramatrimoniais até a formação do entendimento sumular pelo Supremo Tribunal Federal:

Longo e penoso foi o calvário imposto às uniões extramatrimoniais para alcançarem proteção jurídica. Como sempre, o reconhecimento começou no âmbito do Poder Judiciário. Em um primeiro momento, de maneira tímida, o concubinato foi identificado como uma relação de emprego, conferindo-se à mulher indenização por serviços domésticos prestados. Depois, rotulado de sociedade de fato, passou-se a admitir a partilha do patrimônio adquirido por esforço comum. O tema acabou sumulado pelo STF.¹¹⁴

No entanto, a despeito de os tribunais passarem a reconhecer alguns efeitos jurídicos às relações de concubinato, foi somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que a união estável, que outrora foi denominada de concubinato, recebeu justo tratamento jurídico e a proteção do direito de família.

Com esse mesmo pensar, Cristiano Chaves de Farias, defende que na Carta Magna de 1988, apoiada no princípio da dignidade da pessoa humana, o matrimônio deixou de ocupar o status de modalidade oficial de família, passando a dividir o reportado posto, sem haver nenhuma superioridade hierárquica, com outras espécies familiares como a união estável e a família monoparental, ocorrendo uma evidente escolha pelo amor, prestigiando o vínculo afetivo.¹¹⁵

Destarte, o instituto da família passou a servir como um instrumento para a efetivação ampla da pessoa humana, deixando de ser vista como como um instituto dirigido à consecução de objetivos patrimoniais.¹¹⁶

O reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Cidadã, acabou por influenciar a legislação infraconstitucional posterior.

¹¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil- Sucessões**, v.7, São Paulo: Atlas, p. 276.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: RT, 2013, p.71.

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. A Família da pós-modernidade: mais que fotografia, possibilidade de convivência. **Portal Ciclo**. 2002. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/a_familia_da_pos_modernidade.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2017. p. 1-2.

¹¹⁶ *Ibidem*, loc.cit.

A Lei 8.971/94, que foi o primeiro diploma normativo a dispor sobre o direito sucessório dos conviventes no Brasil¹¹⁷, por exemplo, garantiu ao companheiro a meação dos bens comuns para os quais tenha contribuído, ainda que em nome exclusivo do falecido, reconheceu o direito ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, caso houvesse filhos deste ou filhos comuns e, ainda, inseriu o companheiro na ordem de vocação hereditária¹¹⁸.

Os direitos sucessórios disciplinados pela precitada lei, apenas eram atribuídos a convivente de homem solteiro, divorciado, viúvo, ou ao convivente da mulher nas mesmas circunstâncias. Ademais, exigia-se que a convivência durasse por cinco anos, ou que dela tivesse advindo prole¹¹⁹.

Posteriormente, a Lei 9.278/96, por sua vez, assegurou ao convivente sobrevivente o direito real sobre o imóvel destinado à residência da família, enquanto vivesse ou enquanto não constituísse uma nova união estável ou casamento¹²⁰. Outrossim, determinou que a união estável consistia em uma entidade familiar de convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida entre um homem e uma mulher e com o intuito de constituir família, sendo estes os requisitos para a sua configuração¹²¹.

Maria Berenice Dias aborda a questão da sucessão dos companheiros após a Constituição de 1988, nos seguintes moldes:

Mesmo com o advento da norma constitucional, que reconheceu a união estável como **entidade familiar** (CF 226, §3º), a jurisprudência resistiu em conceder direito sucessório aos companheiros. Ao companheiro sobrevivente era concedida a meação dos bens comuns. Foi somente com o advento da legislação que regulou a norma constitucional que a união estável foi admitida como família, com direitos sucessórios iguais ao casamento (Lei 8.971/1994 e 9.278/1996)¹²².

¹¹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia, **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 133.

¹¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil- Direito das Sucessões**, v.7, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 82.

¹¹⁹ CARVALHO NETO, Inácio Bernardino de. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro**: da necessidade de alteração do Código Civil. 2005. Tese. Orientador: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p.130-131. doi:10.11606/T.2.2005.tde-14082008-080512. Acesso em: 13 abr. 2018.

¹²⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 10.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 246.

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil- Sucessões**, v. 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 277.

¹²² DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

Desse modo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 se fez necessário aprimorar o estudo dos direitos sucessórios daqueles que viviam em união estável, devendo estes serem analisados à luz da proteção conferida pelo Estado à entidade familiar, posto que, como bem pontuado por Arnaldo Rizzardo, a partir do momento em que a Carta Magna reconheceu as uniões extramatrimoniais como modalidade de família, esse reconhecimento acabou por repercutir no direito sucessório.¹²³

Isto posto, esperava-se que o Código Civil de 2002 trouxesse modificações no direito sucessório, com relação ao Código Civil de 1916, que igualassem o cônjuge e o companheiro, de modo a atribuir-lhes os mesmos direitos sucessórios.

Entretanto, conforme preconizam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Em vez de buscar uma equiparação que respeitasse a dinâmica constitucional- uma vez que diferença não deve haver entre a viuvez de uma esposa (ou de um marido) e a viuvez de uma companheira (ou companheiro), pois ambas mantinham com o falecido um núcleo de afeto-, o legislador, em franca violação ao princípio constitucional da vedação do retrocesso, minimizou- e sob certos aspectos aniquilou- o direito hereditário da companheira (o) viúva (o)¹²⁴.

As leis que regulamentavam a sucessão dos companheiros, anteriores a vigência do Código Civil de 2002, praticamente igualavam os direitos sucessórios dos cônjuges e dos conviventes¹²⁵, de modo que o diploma civil, mais especificamente, o seu art. 1790, representou um retrocesso no que se refere aos direitos conferidos aos companheiros, conforme será demonstrado no tópico a seguir.

3.2.2 Uma análise do art. 1.790 do código civil

O Código Civil de 2002, conforme já exposto, trouxe profundas alterações positivas no que se refere a sucessão do cônjuge. Entretanto, no que atine à sucessão dos companheiros propiciou alterações extremamente negativas,

¹²³ RIZZARDO, Arnald, **Direito das Sucessões**, 6, ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 190.

¹²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil- Direito das Sucessões**. v. 7. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 240-241.

¹²⁵ VELOSO, Zeno. Cônjuge e Companheiro Igualdade de Direitos. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.28, agos/set. 2016, p. 6. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/leitor/28>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

que representou uma verdadeira regressão nos direitos sucessórios dessa classe de herdeiros.¹²⁶

Conforme ponderavam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim “com o novo Código Civil deu-se um visível retrocesso no tratamento igualitário antes dispensado ao companheiro. Foi limitada sua participação na herança, em descompasso com o tratamento mais benéfico dispensado ao cônjuge viúvo”¹²⁷.

A tão polêmica sucessão dos companheiros sobreviventes encontra-se regulamentada no art. 1.790 do Código Civil, *in verbis*:

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 herança¹²⁸.

Da simples leitura do artigo supratranscrito, percebe-se que a intenção do legislador foi prestigiar o sistema sucessório do casamento, estabelecendo regras mais favoráveis ao cônjuge do que ao convivente viúvo, ignorando toda a evolução da união estável e indo de encontro a ideologia presente na Constituição Federal de proteção especial do Estado dispensada a quem vive em uma relação de união estável¹²⁹.

Nesta toada, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, defendem que, rompendo a histórica similitude de tratamento com o matrimônio, no que se refere ao direito sucessório, o código civil de 2002, em diretiva diferente daquela adotada pelas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, pôs fim ao tratamento sucessório equânime entre os consortes e os conviventes.¹³⁰

¹²⁶ CARVALHO NETO, Inácio Bernardino de. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro**: da necessidade de alteração do Código Civil. 2005. Tese. Orientador: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p.135-136. doi:10.11606/T.2.2005.tde-14082008-080512. Acesso em: 13 abr. 2018.

¹²⁷ AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventários e Partilhas**. 22.ed., São Paulo: Leud, 2009, p. 163.

¹²⁸ BRASIL. **Código Civil DE 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 out.2017.

¹²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil: Sucessões**, v. 7. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 282 *et seq.*

¹³⁰ *Ibidem*, p. 282.

Ademais, comparando as regras sucessórias dispostas no *códex* aplicáveis aos conviventes com aquelas as quais os cônjuges estão submetidos, nota-se que a união estável foi conduzida a um patamar de inferioridade, como se fosse uma modalidade familiar de segunda classe.¹³¹

Por conta disso, Flávio Tartuce anuncia que o artigo 1.790 do Código Civil consiste em um dos dispositivos legais mais comentados e criticados da codificação privada¹³². O motivo das inúmeras críticas se funda no fato de que para muitos autores civilistas o precitado diploma encontra-se em descompasso com o quanto enunciado pela Constituição Federal em seu art. 226 ao trazer um tratamento distinto sobre a condição do companheiro em face dos direitos sucessórios atribuídos aos cônjuges.

Segundo Edson Fachin a problemática do art. 1.790, CC está relacionada a própria origem do dispositivo, isto porque o próprio tramitar do projeto de lei, elaborado em 1972, do Código Civil de 2002 no Congresso Nacional se deu de forma dificultosa, uma vez que quando aprovado em 1984 pela Câmara de Deputados não previa qualquer disposição relativa à sucessão dos companheiros sobreviventes.¹³³

Foi o Senador Nelson Carneiro que propôs a edição da Emenda nº 358, a qual buscou disciplinar os direitos sucessórios dos companheiros e teve como base o Projeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes, em meados da década de 60, anterior, portanto, à promulgação da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, ao momento em que a união estável fora reconhecida como entidade familiar¹³⁴. A referida emenda acresceu um dispositivo que não constava no Projeto de 1975, com a seguinte redação:

Art. 1.802. Na vigência da união estável, a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, nas condições seguintes:
I- se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei foi atribuída ao filho;

¹³¹ DULTRA, Elder Gomes. A Sucessão do Companheiro: o Verdadeiro Calvário até a sua Declaração de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Nacional de Direito De Família e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 15, nov/dez. 2016, p.80.

¹³² TARTUCE, Flávio. Sucessão do Companheiro- O Polêmico Artigo 1.790 do CC e suas Controvérsias Principais. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister. v. 39, nov./dez. 2010, p.101.

¹³³ FACHIN, Luiz Edson. Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma. v. 48, out./dez. 2011, p. 245.

¹³⁴ BONETTI, Yelba Nayara Gouveia. Da Necessidade da Igualação da Posição d Companheiro à do Cônjuge no Momento Sucessório. *In*: LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coords.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 115.

- II- se concorrer com descendentes 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.

Após, a emenda nº 358 passar pela análise do Congresso Nacional e da Câmara dos Deputados, finalmente a sucessão dos conviventes foi disciplinada no art. 1.790 do Código Civil de 2002.

Acerca do referido trâmite do Projeto de Lei, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, afirma que:

O Anteprojeto de Código Civil elaborado em 1972 e o Projeto apresentado para discussão em 1975 e aprovado na Câmara de Deputados em 1984 não previam qualquer regra relativamente à sucessão de pessoas ligadas entre si apenas pelos laços de afeto. Foi o Senador Néelson Carneiro, em sua incessante luta pela modernização das relações familiares brasileiras, quem apresentou aquela Emenda 358, antes referida, no sentido de garantir direitos sucessórios aos conviventes. Como lembra Zeno Veloso, a emenda foi claramente inspirada no Projeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes nos idos da década de 60 do século XX, antes, portanto, da igualdade constitucionalmente garantida. Bem por isso, o artigo em que resultou, este, de número 1.790, é de cariz retrógrado referentemente à legislação anteriormente sumariada, da década de 1990 do século XX.¹³⁵

Outrossim, além do complicado procedimento de elaboração, o art. 1.790 do *Códex* sempre esteve mal posicionado, porquanto a matéria relativa a sucessão dos conviventes fora introduzida na parte da “Disposições Gerais” do Livro Sucessório, quando, na verdade, deveria ter sido disposta no âmbito da sucessão legítima¹³⁶. Nos dizeres de Flávio Tartuce, isso ocorreu pelo fato de o tratamento sucessório dos conviventes ter sido inserido no *Códex* nos últimos instantes de sua elaboração.¹³⁷

Por isso, tendo em vista a equivocada localização do dispositivo supracitado, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka defendia que ao fazer uma interpretação do Código Civil deve-se analisar o art. 1.829 juntamente com o art.

¹³⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**- Parte especial: do Direito das Sucessões (arts. 1.784 a 1.856), coord. Antônio Junqueira de Azevedo, v.20, 2.ed., rev., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55-56.

¹³⁶ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. v.6, Direito das Sucessões, 6. Ed. Revista e atual. São Paulo: Método, 2013, p.209.

¹³⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. v. 6. 10.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 248.

1.790, que trata da sucessão daqueles que vivem em união estável, uma vez que ambos os artigos, evidentemente, estabelecem ordem de vocação hereditária.¹³⁸

Ainda, acerca do equivocado posicionamento do referido diploma normativo, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona afirmam que a opção do legislador por inserir a sucessão do companheiro na parte introdutória e não na sucessão legítima, pode inferir um preconceito oculto em relação a união estável¹³⁹.

Pois bem. Além das críticas referentes a sua elaboração e a sua localização no Código Civil, o art. 1.790 também foi alvo de duras críticas, por parte da doutrina pátria, no que se refere a sua redação.

Isto porque, já no *caput* do dispositivo supracitado é conferido ao companheiro supérstite um direito sucessório limitado aos bens adquiridos de forma onerosa na constância da união estável, que são os chamados aquestos. Sendo assim, não há entre os conviventes o direito de herança quanto aos bens particulares, que são aqueles adquiridos antes da constância da união estável ou adquiridos durante a união a título gratuito.¹⁴⁰

Neste ponto, alguns autores já sustentavam a inconstitucionalidade do dispositivo, pelo fato de os direitos sucessórios dos companheiros ficarem restritos aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, estando a referida restrição em extrema dissonância com o tratamento dispensado ao cônjuge sobrevivente.¹⁴¹

Corroborando com tal entendimento Zeno Veloso leciona que:

Restringir a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo *de cuius* na vigência da união estável não tem nenhuma razão, não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas: A companheira de muitos anos de um homem muito rico, que possuía vários bens na época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro se este não adquiriu outros bens durante o tempo da convivência. Ficará essa mulher – se for pobre – literalmente desamparada, mormente quando o falecido não cuidou de beneficiá-la em testamento.¹⁴²

¹³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de Vocação Hereditária. In: HIRONAKA, Giselda (Coord.). **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 92.

¹³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**- Direito das Sucessões. v.7. 4. ed., São Paulo: Saraiva, p. 82.

¹⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil**: Sucessões, v. 7. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 284.

¹⁴¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. v. 6. 10.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 250.

¹⁴² VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

Em total consonância com esse posicionamento, Caio Mário da Silva Pereira afirma que a limitação imposta à sucessão dos companheiros aos bens constituídos, de forma onerosa, na constância da união estável seria um retrocesso, uma vez que em uma hipótese em que os conviventes não formassem patrimônio comum, pela redação do artigo 1.790, CC, eles estariam reciprocamente excluídos da sucessão. Nessas situações a lei acabaria por impedir a consecução do objetivo de amparar o convivente sobrevivente, o qual não teria direito a meação, nem tampouco seria chamado a suceder o falecido.¹⁴³

Ainda acerca da questão Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka alega:

A nova lei limitou e restringiu, assim, a incidência do direito a suceder do companheiro apenas àquela parcela de bens que houvessem sido adquiridos na constância da união estável e título oneroso. Que discriminação flagrante perpetuou o legislador, diante da idêntica hipótese, se a relação entre o falecido e o sobrevivente fosse uma relação de casamento, e não de união estável.¹⁴⁴

Destarte, constata-se que o companheiro supérstite, pela interpretação do diploma normativo citado, poderia ficar completamente desamparado em decorrência do falecimento do seu parceiro.

À vista disso, Luiz Paulo Vieira de Carvalho asseverou que a limitação da sucessão dos companheiros aos bens adquiridos onerosamente, seria inconstitucional na medida em que, diferente destes, o cônjuge herdará sua cota parte sobre todos os bens que integram o patrimônio do falecido, pouco importando se estes foram adquiridos onerosamente ou não. Assim, percebe-se flagrante violação ao princípio da igualdade, pois todas as modalidades de família devem ter a mesma proteção constitucional e possuir direitos semelhantes¹⁴⁵.

Ademais, cumpre salientar, que, além de atribuir ao convivente uma situação de inferioridade com relação ao consorte sobrevivente, o legislador acabou confundindo o instituto da meação com o da herança, uma vez que disciplina que o companheiro tanto herdará como meará no que se refere aos bens comuns, de modo que esses bens adquiridos na vigência da união são atribuídos ao

¹⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 5. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.155.

¹⁴⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder: Passado e presente da tramitação sucessória concorrente**, São Paulo: RT, 2011, p. 420.

¹⁴⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 392.

companheiro em decorrência do seu direito à meação, em razão da relação familiar, e não ao direito de herança¹⁴⁶.

Ou seja, pelo Código Civil o companheiro teria direito à meação no que se refere aos bens comuns e, também com relação a esse mesmo acervo patrimonial, teria direito à herança, após retirada a sua meação. Com relação aos bens particulares o convivente não teria nem direito à meação, nem tampouco direito à herança.

Contudo, apesar de o direito sucessório dos companheiros sobreviventes estar limitado aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, o Código Civil trouxe a determinação de que os conviventes podem concorrer com os herdeiros sucessíveis do companheiro falecido. Em razão disso, nos tópicos seguintes serão analisadas cada uma das hipóteses de concorrência estabelecidas no art. 1.790 do diploma civil.

3.2.2.1 Concorrência sucessória entre o companheiro e os descendentes do falecido

O Art.1.790 do *Códex* traz a possibilidade de concorrência entre o companheiro sobrevivente e os descendentes do autor da herança (inciso I e II).

Primeiramente, é importante esclarecer, que apesar de o referido artigo fazer menção apenas aos “filhos” do *de cuius*, deve-se fazer uma interpretação da norma de modo a considerar os demais descendentes do autor da herança, e não somente os seus filhos, porquanto esse é o entendimento acolhido pela maioria da doutrina e, inclusive, foi referenciado no Enunciado 266¹⁴⁷ do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil.¹⁴⁸

Nessa mesma linha de raciocínio, colha-se os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira:

Ao descrever a primeira hipótese, fala-se em concorrência com ‘filhos comuns’, devendo-se entender, porém, que a referência correta é a descendentes comuns. A semelhante decisão se chaga não apenas pela oposição nítida que se pretendeu estabelecer entre os dois primeiros

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 190.

¹⁴⁷ Enunciado 266, Jornada de Direito Civil: “Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.”

¹⁴⁸ MOREIRA, Lígia Carolina Costa. **Sucessão do cônjuge e companheiro**: uma abordagem comparativa.201. Dissertação. Orientador: Profa. Maria Helena Diniz. (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 104.

incisos, como também pelo fato de que, se assim não for, os descendentes comuns mais remotos (netos, bisnetos etc.) acabariam por enquadrar-se entre aqueles 'outros parentes sucessíveis'¹⁴⁹.

Feitas tais considerações, nota-se da leitura do art. 1.790, CC, que se o companheiro supérstite concorrer com os descendentes comuns, ou seja, com descendentes seus e do falecido, ele herdará de forma equivalente a estes com relação aos bens comuns, e no que tange aos bens particulares, estes serão divididos somente entre os descendentes do titular da herança.¹⁵⁰

Por outro lado, se o companheiro sobrevivente concorrer com descendentes exclusivos do falecido herdará apenas metade do que couber aos descendentes do *de cujus* com relação aos aquestos típicos, ou seja, cada descendente terá duas vezes a cota que couber ao convivente sobrevivente¹⁵¹.

Vale ressaltar, que o Código Civil foi omissivo, assim como foi na regulamentação da sucessão do cônjuge, no que se refere às hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com filhos comuns do casal e filhos exclusivos do falecido, ou seja, no caso da "filiação híbrida".

Diante de tal omissão, acabou surgindo na doutrina quatro correntes que buscavam solucionar a problemática da filiação híbrida¹⁵². A primeira delas defendia, que na hipótese de concorrência entre o companheiro sobrevivente e filhos tanto comuns quanto exclusivos do *de cujus*, dever-se-ia aplicar o método de divisão constante no inciso I, do art. 1.790, CC, tratando todos os descendentes como se comuns fossem¹⁵³. De acordo com o entendimento adotado por essa corrente a herança do falecido seria dividida em partes iguais entre os descendentes e o companheiro sobrevivente.

Entretanto, havia uma segunda corrente que defendia que a solução diante da omissão do legislador seria aplicar a hipótese da filiação híbrida a regra prevista no inciso II do artigo 1.790, CC.

¹⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. VI. 17.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 140.

¹⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**, v. 7. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 242.

¹⁵¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 407.

¹⁵² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 10.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.263.

¹⁵³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 4 Ed. São Paulo: RT, 2012, p.219.

O doutrinador Zeno Veloso, por exemplo, defendia esta segunda vertente, por entender que havendo descendentes exclusivos do falecido e descendentes comuns do falecido e da companheira sobrevivente, deveria prevalecer o inciso II do art. 1.790, uma vez que não se deve prejudicar os filhos exclusivos do autor da herança em benefício do companheiro sobrevivente.¹⁵⁴

Havia ainda uma terceira corrente que defendia que na hipótese de haver concorrência híbrida na concorrência dos descendentes com o companheiro sobrevivente, dever-se-ia aplicar a regra disposta no inciso III, do art. 1.790, CC, tendo em vista a inviabilidade de enquadramento nos incisos I e II¹⁵⁵.

Finalmente, havia uma quarta corrente que se utilizava da Fórmula de Tusa, para buscar solucionar o problema da filiação híbrida no direito sucessório, desenvolvida por Gabriele Tusa¹⁵⁶. A referida fórmula procurou buscar a média ponderada, de forma a preservar a quarta parte do patrimônio do falecido no tocante aos descendentes comuns e afastá-la com relação aos descendentes exclusivos do autor da herança, de modo que as cotas de todos os herdeiros sejam equivalentes¹⁵⁷.

Acerca da Fórmula de Tusa, Giselda Maria Hironaka, uma das defensoras dessa última corrente, leciona que:

As conclusões do Professor Gabriele Tusa permitem que se chegue a uma homogeneidade de resultados proporcionais em todos os casos de concorrência sucessória do companheiro com descendentes do falecido (mesmo no caso de descendência híbrida, isto é, a descendência formada por descendentes exclusivos do falecido e por descendentes comuns a ele e ao companheiro sobrevivente) para definir o quinhão hereditário que deve ser destinado a cada herdeiro-descendente e ao companheiro concorrente. Ele explica que isso se viabiliza pelo uso do conceito de média ponderada que permite se encontre, proporcionalmente, a maneira de se atender aos dois incisos do art. 1.790, simultaneamente, de acordo com a quantidade de filhos que se apresentam em cada modalidade.¹⁵⁸

3.2.2.2. Concorrência sucessória entre o companheiro e os demais parentes do falecido

¹⁵⁴ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 176.

¹⁵⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 10.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.264.

¹⁵⁶ *Ibidem.*, p.265.

¹⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.183.

¹⁵⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. Parte especial. Direito das Sucessões. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2007, p.66.

Se o autor da herança não tiver deixado filhos, o companheiro sobrevivente concorrerá com os outros parentes sucessíveis do falecido (ascendentes ou colaterais) e nessa hipótese, segundo preceitua o inciso III¹⁵⁹ do art. 1.790 CC, lhe caberá apenas um terço dos bens adquiridos de forma onerosa na constância da união estável.

Os bens particulares do falecido serão herdados, exclusivamente, pelos seus parentes, ficando excluído o companheiro, com relação a esses bens, a título de herança e meação¹⁶⁰.

Entretanto, para alguns doutrinadores, a exemplo de Maria Berenice Dias¹⁶¹ e Luiz Paulo Vieira de Carvalho¹⁶², como o inciso III utiliza a expressão 'da herança', nessa hipótese a sucessão do companheiro sobrevivente não estaria limitada aos bens adquiridos de forma onerosa, mas sim a totalidade do patrimônio do falecido, ou seja, o citado inciso seriam autônomo com relação ao *caput* do art. 1.790 CC, de modo que o convivente, uma vez concorrendo com os parentes sucessíveis do *de cuius*, teria direito à um terço de todo o patrimônio deixado pelo falecido.

3.2.2.3 Inexistência de parentes sucessíveis

Na hipótese de inexistir parentes sucessíveis (descendentes, ascendentes e colaterais até quarto grau), o inciso IV do art.1.790 do Código Civil determina que o convivente terá direito à totalidade da herança.

Importante anotar, que o referido dispositivo legal dá a entender que, no caso de não haver descendentes, ascendentes e colaterais até quarto grau, o companheiro sobrevivente fará jus à integralidade do patrimônio deixado pelo falecido, incluindo os bens particulares, excepcionando, pois, o pressuposto constante no *caput* do dispositivo¹⁶³.

¹⁵⁹ 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: [...]

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

¹⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil- Sucessões**, v.7. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 289.

¹⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 194.

¹⁶² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 407.

¹⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil- Sucessões**, v.7. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 291.

Desse modo, na hipótese de o falecido deixar como herdeiro apenas o companheiro e somente bens particulares constituírem o seu patrimônio, ainda que o Código Civil seja claro no sentido de que os direitos sucessórios dos conviventes se restringem aos bens constituídos de forma onerosa na vigência da união estável, o companheiro sobrevivente teria direito a herdar a totalidade dos bens de forma que não concorreria com a Fazenda Pública, conforme entendimento da doutrina majoritária.

Isto porque, não faria sentido a transferência dos bens particulares do *de cuius* para o Município, Distrito Federal ou União, tendo em vista que estes entes, conforme enuncia o art. 1.844, CC, somente serão sucessores na hipótese de o autor da herança falecer sem deixar qualquer herdeiro. Assim, não se afigura possível que os reportados entes tenham direito a receber parte da herança em concorrência com o companheiro sobrevivente do *de cuius*¹⁶⁴.

3.2.3 O que motivou a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790?

Após analisadas as disposições do artigo 1.790, CC, constata-se que o referido dispositivo é marcado por inúmeras contradições e injustiças, porquanto disciplina regras aplicáveis ao direito sucessório dos companheiros sobreviventes distintas daquelas aplicáveis à sucessão dos cônjuges sobreviventes, de modo a colocar os conviventes em uma posição inferior e discriminada com relação àquelas pessoas que constituíram um matrimônio.

Ademais, o precitado diploma normativo acabou por estabelecer um regramento absolutamente distinto ao que era dispensado aos conviventes nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, uma vez que enquanto estas mostraram-se preocupadas em equiparar a sucessão do companheiro à do cônjuge, aquele (art. 1.790, CC) terminou por gerar efeitos diferentes entre essas duas classes de herdeiros em situações absolutamente iguais¹⁶⁵.

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões**. v.6. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143.

¹⁶⁵ MEDEIROS, Mário Vinícios Carneiro. Casamento ou convivência? As consequências de uma escolha perante o Direito Sucessório brasileiro. *In*: LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coords.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 64.

Ocorre que, independentemente da forma que fora constituída a modalidade familiar, seja pelo matrimônio, seja pela união estável, ambas constituem modelos de família constitucionalmente reconhecidos, e, portanto, o Estado tem o dever de garantir-lhes proteção¹⁶⁶.

Ou seja, a escolha dos indivíduos por constituírem uma família nos moldes de uma união estável do que de um matrimônio, não pode estar sujeita a um tratamento distinto e discriminatório, por parte do legislador, apenas pela oficialidade da relação constituída pelo matrimônio.¹⁶⁷

Corroborando com tal entendimento, Luiz Edson Fachin defende que a multiplicidade de modelos familiares, veda a Carta Magna qualquer propósito de hierarquização, de modo que não há falar-se em prevalência de uma família constituída pelo casamento com relação a uma família formada pela união estável, devendo-se prezar pela igualdade entre todas as modalidades de família, as quais fazem jus à especial proteção por parte do Estado.¹⁶⁸

Adotando esta mesma diretiva Zeno Veloso afirma que:

As famílias constituídas pelo afeto, pela convivência, são merecedoras do mesmo respeito e tratamento dados às famílias matrimonializadas. A discriminação entre elas ofende, inclusive, fundamentos constitucionais. O companheiro e a companheira ficam em situação de extrema inferioridade, quanto à sucessão, diante do marido e da mulher. Note-se que a herança que pode caber ao companheiro sobrevivente é limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa uma restrição de calado profundo.¹⁶⁹

Pois bem. Exemplificando a referida distinção de tratamento que fora operada entre o casamento e a união estável tem-se o fato de, rediga-se, o legislador ter condicionado o direito do companheiro à herança somente sobre os bens adquiridos onerosamente, de modo que para que o convivente supérstite participe da sucessão do autor da herança, será necessário comprovar a efetiva participação na aquisição onerosa dos bens¹⁷⁰. Por outro lado, no caso do cônjuge,

¹⁶⁶ AMARANTE, Paulo Augusto Napinonga. A Problemática da Sucessão Legítima do Cônjuge e do Companheiro à Luz do Código Civil de 2002. **Revista de Direito**. Minas Gerais: DPD, v. 1, abr/2011, p. 149

¹⁶⁷ COSTALUNGA, Karime. O Direito à Igualdade da Relação Familiar: Uma Proposta de Interpretação do Art.1.790 do Código Civil. **Revista Direito GV**. v. 2, jul./dez. 2016, p. 172.

¹⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.48, out/dez. 2011, p. 248.

¹⁶⁹ VELOSO, Zeno. Do Direito das Sucessões. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1604

¹⁷⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.55.

o seu direito à herança não está restrito aos bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio.

Outrossim, outra distinção com relação ao direito sucessório do consorte é que na hipótese em que o convivente concorre com descendentes exclusivos do falecido, ele fará jus somente à metade do que couber a cada um dos descendentes do *de cuius*, enquanto que, no mesmo caso, os cônjuges terão direito à mesmíssima cota que couber aos descendentes exclusivos do autor da herança.¹⁷¹

Ainda no que atine à concorrência sucessória do companheiro com os descentes, aqui agora referindo-se aos descendentes comuns, não foi garantido ao convivente o direito à cota mínima de um quarto da herança, como assim fez o art. 1.832, CC com relação aos cônjuges¹⁷².

Já agora, com relação à circunstância de o companheiro concorrer com os '*outros parentes sucessíveis*' do falecido, percebe-se que o Código Civil, dispensou, também, um tratamento distinto quando comparado aos diplomas normativos que regulam a sucessão do cônjuge com os ascendentes.

Isto porque, como já explicitado, uma vez concorrendo com os ascendentes ou colaterais até quarto grau do *de cuius*, o convivente fará jus a um terço dos bens adquiridos de forma onerosa na constância da união estável¹⁷³. Ao consorte, por outro lado, é dado o direito a um terço da herança se concorrer com ambos os ascendentes de primeiro grau do falecido, sendo que nos demais casos lhe será garantido o direito à metade da herança.

Ademais, somente na união estável existe a regra da concorrência sucessória com os colaterais, porquanto, como já abordado em momento anterior, o cônjuge ocupa a terceira posição na ordem de vocação hereditária, concorrendo, apenas com os descendentes e ascendentes do falecido.

¹⁷¹ MEDEIROS, Mário Vinícius Carneiro. Casamento ou convivência? Consequências de uma escolha perante o Direito Sucessório brasileiro. *In*: LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coords.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 67-68.

¹⁷² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de Vocação Hereditária. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 99.

¹⁷³ FACHIN, Luiz Edson. Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.48, out/dez. 2011, p. 251.

Por isso, o inciso III do art.1.790, CC, mostrou-se extremamente injusto neste ponto, uma vez que garantiu dois terços da herança aos parentes sucessíveis e apenas um terço ao convivente sobrevivente.

É dizer: o supracitado dispositivo permitiu que um parente colateral de até quarto grau, que muitas vezes tem uma relação distante do falecido e em nada contribui para a aquisição do patrimônio deste, tenha preferência na relação sucessória em detrimento do companheiro sobrevivente, o qual, muito provavelmente, teria mais afinidade e afeto com o falecido.

Nesse ponto, Sílvio Rodrigues afirma não haver motivos para que o companheiro supérstite concorra com os colaterais do falecido, defendendo que:

[...] nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto à família fundada no casamento¹⁷⁴.

Ainda, analisando criticamente o precitado dispositivo normativo, Inácio de Carvalho Neto afirma afigurar-se o inciso III como mais uma infundada descriminalização do convivente em face do consorte e, também, como uma infundada diminuição do direito à herança do companheiro. O autor pontua, ainda, que na hipótese de o convivente concorrer apenas com o genitor ou apenas com a genitora do falecido ou com ascendentes de grau mais elevado, ele fará jus somente a um terço da herança, ao passo que, se fosse casado, faria jus a metade do patrimônio do *de cujus*.¹⁷⁵

Assim, diante de toda a problemática exposta até então, a grande maioria da doutrina sucessória defendia a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, por entender que o mesmo violava princípios como o da vedação do retrocesso, ao menosprezar a dignidade conferida àqueles que vivem em união estável, pelo art.226, §3º da Constituição Federal.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *verbi gratia*, é uma das juristas que sustentava ser o referido dispositivo inconstitucional, por desprezar

¹⁷⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: Direito das Sucessões**. Atualização Zeno Veloso. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

¹⁷⁵ CARVALHO NETO, Inácio Bernardino de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 189.

a “equalização do companheiro ao cônjuge”¹⁷⁶ constante do art. 226, § 3º, da CF/1988¹⁷⁷.

No mesmo sentido era o entendimento do jurista Zeno Veloso, ao afirmar que:

Haverá alguma pessoa neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a esse extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos laços do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?¹⁷⁸

Paulo Lôbo, também sustentava que não havia razão constitucional, lógica ou ética, para que os casais que viviam em união estável, os quais, inclusive, tiveram a liberdade de escolha assegurada pela Constituição Federal, terem seus direitos hereditários restringidos em razão de ter escolhido uma modalidade de família e não outra. Segundo o doutrinador, não há fundamento constitucional para a distinção de direitos entre dois casais pelo fato de um ter escolhido o matrimônio e o outro a união estável.¹⁷⁹

Ainda sobre o artigo que regula a sucessão dos companheiros Aldemiro Rezende enuncia que:

Pensamos que o artigo 1.790, do Código Civil, deve ser destinado à lata do lixo, sendo declarado inconstitucional e, a partir daí, simplesmente ignorado, a não ser para fins de estudo histórico da evolução do direito. Tal artigo, num futuro não muito distante, poderá ser apontado como exemplo dos estertores de uma época em que o legislador discriminava a família que se formava a partir da união estável, tratando-a como se fosse família de segunda categoria.¹⁸⁰

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona também defendiam a inconstitucionalidade do art. 1.790, CC por entenderem que o referido dispositivo desprestigiava a dignidade que fora atribuída a união estável, enquanto modalidade familiar, pela Constituição Federal no seu art. 226, §3º.¹⁸¹

¹⁷⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder**. Passado e Presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Versão da Autora, 2010, p. 447 *et seq.*

¹⁷⁷ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁷⁸ VELOSO, Zeno, **Direito Sucessório Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**, São Paulo: Saraiva, 2010, p.181.

¹⁷⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. São Pulo: Saraiva, 2013. p. 116.

¹⁸⁰ DANTAS, Aldemiro Rezende Jr., Concorrência Sucessória do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII, n.29, abr./maio, 2005, p.128-143.

¹⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v.7. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 241.

Nessa diapasão, defendiam a ineficácia do diploma normativo, entendendo que deveria ser aplicado ao companheiro supérstite o mesmo regramento aplicado ao cônjuge sobrevivente, exceto a regra que confere ao cônjuge a condição de herdeiro necessário.

Maria Berenice Dias, igualmente, asseverava a inconstitucionalidade do art. 1.790, CC, sob o fundamento de que:

As diferenças são absurdas. O tratamento diferenciado não é somente perverso, é escancaradamente inconstitucional, afrontando de forma direta os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sem falar na desequiparação preconizada entre duas células familiares: união estável e casamento. No mesmo dispositivo em que assegura especial proteção à família, a Constituição reconhece a união estável como entidade familiar, não manifestando preferência por qualquer de suas formas. O retrocesso da lei se afasta da razoabilidade.¹⁸²

Luiz Edson Fachin encampou, do mesmo modo, a diretiva da inconstitucionalidade do sobredito dispositivo, nos seguintes termos:

No caso do art. 1.790 do CCB, além de sua incompatibilidade com as regras que regulam a vocação hereditária, impinge ofensa expressa ao art. 226, *caput*, combinado também com seu §3º, da Constituição Federal, uma vez que opõe caráter prejudicial ao convivente supérstite em face do cônjuge sobrevivente, em desrespeito aos corolários principiológicos constitucionais da igualdade (ou isonomia) e da dignidade da pessoa humana [...]¹⁸³.

Também no sentido da inconstitucionalidade, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, ao instaurar o incidente de arguição de inconstitucionalidade nº 1135354 PB 2009/0160051-5 dos incisos III e IV do art. 1.790, defendeu que:

A tese da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC tem encontrado ressonância também na jurisprudência dos tribunais estaduais. De fato, aqueles que se debruçam sobre o direito de família e sucessões, causa no mínimo estranheza a opção legislativa efetivada pelo artigo 1.790 para regular a sucessão do companheiro sobrevivente.¹⁸⁴

Entretanto, havia uma parcela da doutrina, a exemplo de Rodrigo da Cunha Pereira, Mário Luiz Delgado, José Fernando Simão e Flávio Tartuce, que

¹⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 161.

¹⁸³ FACHIN, Luiz Edson. Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.48, out/dez. 2011, p. 255.

¹⁸⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Inconstitucionalidade nº 1135354 PB 2009/0160051-5. Quarta Turma. Recorrente: Maria Jaydeth Miranda. Recorrido: Onaldo Lins de Luna – espólio. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em 24 maio 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21120937/arguicao-de-inconstitucionalidade-no-recurso-especial-ai-no-resp-1135354-pb-2009-0160051-5-stj/inteiro-teor-21120938?ref=juris-tabs>> Acesso em: 04 nov. 2017.

defendia que a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do diploma civil não alcançava a integralidade do referido dispositivo, mas apenas o inciso III da norma.

No entendimento de Flávio Tartuce, somente o inciso III do art. 1.790 seria inconstitucional, porquanto prevê a união estável em grau de inferioridade ao se reconhecer a concorrência sucessória com os parentes colaterais e com os ascendentes numa proporção de apenas um terço.¹⁸⁵

O supracitado autor entendia não ser o art.1.790, CC no seu todo inconstitucional, pois, na sua percepção, a união estável não seria uma instituição idêntica ao casamento, já que institutos idênticos não se convertem um no outro.¹⁸⁶

Haviam, ainda, autores, que defendiam a diretriz adotada pelo legislador infraconstitucional, propagando a tese da compatibilidade do texto legal com a Constituição Federal, com o argumento de que o constituinte teve a intenção de priorizar a proteção ao instituto do casamento do que o da união estável. Nesse sentido, Mário Luiz Delgado defendia que:

O Código Civil disciplinou os direitos e deveres dos que convivem em união estável, assegurando aos companheiros um estatuto legal, em muitos aspectos semelhante, mas jamais idêntico, ao dos cônjuges. A união estável, aos olhos do legislador de 2002, é uma situação de fato, consagrada pela realidade social, em tudo semelhante ao casamento, mas que não obedeceu a determinadas formalidades exigidas em lei. Por isso, a intenção da lei talvez tenha sido guindar a união estável quase ao patamar do casamento civil, mas sem incorrer no equívoco da equiparação plena, sob pena de diluir por completo as diferenças existentes entre as duas entidades familiares [...] Daí não se poder falar em violação ao princípio da isonomia, simplesmente por haver uma normativa sucessória diferenciada entre casamento e união estável [...] Da mesma forma, como não há como equiparar situações quando nelas se encontram claros fatores de desigualação, como é o caso. Ambos (casamento e união estável) são entidades familiares, porém com características fundamentalmente distintas.¹⁸⁷

Carlos Roberto Gonçalves também advogava a tese da constitucionalidade da regra sucessória que determinava direitos distintos dos companheiros sobreviventes com relação aos cônjuges, pois no seu entendimento a Constituição Federal de fato não equiparou a união estável ao matrimônio, uma vez que se fossem institutos idênticos a Carta Magna não teria determinado que a lei

¹⁸⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v.6. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 306.

¹⁸⁶ *Idem*. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 10.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.244.

¹⁸⁷ DELGADO, Mário Luiz. Sucessão e União Estável Após o Julgamento do STF. **Revista IBDFAM** (Instituto Brasileiro de Direito de Família). v. 28. agos./set. 2016, p. 10.

facilitasse sua conversão em casamento. Segundo o doutrinador, o fato das regras serem injustas não as tornam inconstitucionais.¹⁸⁸

No âmbito jurisprudencial, alguns tribunais brasileiros já vinham adotando uma postura no sentido de conceder ao companheiro sobrevivente a proteção que lhe é negada pela interpretação restritiva do artigo 1.790 do Código Civil. Como exemplo desse entendimento, no sentido de consolidar a inconstitucionalidade do artigo supracitado, se faz necessário citar os julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e de Sergipe:

DIREITO SUCESSÓRIO - Bens adquiridos onerosamente durante a união estável Concorrência da companheira com filhos comuns e exclusivo do autor da herança - Omissão legislativa nessa hipótese - Irrelevância - Impossibilidade de se conferir à companheira mais do que teria se casada fosse - Proteção constitucional a amparar ambas as entidades familiares - **Inaplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil** - Reconhecido direito de meação da companheira, afastado o direito de concorrência com os descendentes - **Aplicação da regra do art. 1.829, inciso I do Código Civil** - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO¹⁸⁹. (*grifo nosso*);

CONSTITUCIONAL E CIVIL - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - UNIÃO ESTÁVEL - DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO - ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ART. 226, 3º DA CF/1988 - EQUIPARAÇÃO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE - VIOLAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. I - A QUESTÃO RELATIVA À SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL E A CONSEQUENTE DISTRIBUIÇÃO DOS BENS DEIXADOS PELO COMPANHEIRO FALECIDO, CONFORME PREVISÃO DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, RECLAMA A ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL, POIS ESTE, AO DISPOR SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA SOBREVIVENTE, IGNOROU A EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO PREVISTA NO ART. 226, 3º DA CF, CONFIGURANDO OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA DIGNIDADE HUMANA; II - INCIDENTE CONHECIDO, PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002¹⁹⁰. (*grifo nosso*).

Haviam ainda julgados na diretiva de que a inconstitucionalidade do art. 1.790, CC repousava apenas no seu inciso III:

AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. PRETENSÃO SUCESSÓRIA DOS COLATERAIS. TOTALIDADE DA HERANÇA QUE DEVE SER DEFERIDA

¹⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.v.7.p 194.

¹⁸⁹ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0061243-67.2008, Sétima Câmara Cível de Direito Privado. Relator. Élcio Trujillo. Julgado em 07 abr. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

¹⁹⁰ SERGIPE, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Incidente de Inconstitucionalidade n. 2010114780. Tribunal Pleno. Relatora: Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Julgado em 30 mar. 2011. Disponível em: <<https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18724465/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-2010114780-se-tjse>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

AO COMPANHEIRO. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, III, DA LEI 8971/94. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ENTENDIMENTO QUE DEVE SER APLICADO TAMBÉM QUANDO A ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRER NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO ART. 1790, III, DO CÓDIGO CIVIL. DISPOSIÇÃO LEGAL QUE, REDUZINDO A PROTEÇÃO CONFERIDA PELO ORDENAMENTO À UNIÃO ESTÁVEL, VIOLA O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CONSUBSTANCIADA NO DESPRESTÍGIO DA UNIÃO ESTÁVEL ENQUANTO ENTIDADE FAMILIAR DESTINATÁRIA, POR FORÇA DA CONSTITUIÇÃO, DE PROTEÇÃO EFETIVA PELO ESTADO (CF, ART. 226, CAPUT). 1. [...] 2. A regra do art. 1790, inciso III, do Código Civil, por sua vez, ao reduzir a proteção conferida ao companheiro na linha sucessória, viola o princípio da isonomia, cujo vício de inconstitucionalidade material foi reconhecido pelo egrégio Órgão Especial no julgamento da representação nº 0019097-98.2011.8.19.0000. [...] 6. Uma coisa é a lei prever efeitos jurídicos diferenciados ao casamento, levando em conta que, por ser um ato formal e solene, seus efeitos seriam oponíveis erga omnes como ocorreu no julgamento da controvérsia acerca da aplicação da Súmula 332 do STJ (REsp 1299866-DF). **Outra coisa muito diferente, e aí repousa a inconstitucionalidade do art. 1790, III, do Código Civil, é a lei prever efeitos jurídicos diferenciados para o casamento e a união estável, sem que essa distinção de tratamento esteja lastreada por suas diferenças.** 7. Se a diferença entre o casamento e a união estável relaciona-se à sua formalidade e solenidade, não pode a lei diferenciar essas entidades familiares naquilo que elas não são diferentes, sob pena de se conceber um modelo de entidade familiar estigmatizado, violando-se o princípio da isonomia. 8. Recurso desprovido. Decisão mantida¹⁹¹. (*grifo nosso*);

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. **COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02.** INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade arguido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria¹⁹². (*grifo nosso*).

¹⁹¹ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Nº 00361660920128190001. Décima segunda Câmara Cível. Relator: Mário Guimarães Neto. Julgado em 11 nov. 2014. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152472055/apelacao-apl-361660920128190001-rj-0036166-0920128190001>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

¹⁹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento n.70017169335, Oitava Câmara Cível, Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em 08 mar. 2007, Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22+AGRAVO+DE+INSTRUMENTO.+INVENT%3%81RI+O.+COMPANHEIRO+SOBREVIVENTE.+DIREITO+%3%80+TOTALIDADE+DA+HERAN%3%87A.+PARENTES+COLATERAIS.+EXCLUS%3%83O+DOS+IRM%3%83OS+DA+SUCCESS%3%83O%22&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 05 mar. 2018, pág. 38.

Ainda era possível encontrar decisões no sentido da inexistência de inconstitucionalidade do art. 1.790, CC, sob o argumento de que a Constituição Federal não equiparou o instituto da união estável ao casamento, mas apenas reconheceu aquela como entidade familiar.

Como exemplo desse posicionamento, vale mencionar o julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. PARTICIPAÇÃO DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO APENAS EM RELAÇÃO AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. EXCLUSÃO DOS BENS PARTICULARES. **APLICAÇÃO DO ART. 1790 DO CC. CONSTITUCIONALIDADE.**

1. Ao estabelecer no art. 1790 do CC que a companheira ostenta a condição de herdeira, em concorrência com descendentes do falecido, apenas em relação aos bens particulares, ao invés da propalada violação ao princípio da igualdade, quis o legislador prestigiar a igualdade material, tratando de forma diferente situações reconhecidamente desiguais.

2. Embora sejam ambas entidades familiares, casamento e união estável são figuras jurídicas distintas, distinção essa feita pela própria Constituição ao proclamar que *para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento* (art. 226, § 3º). Ora, não haveria de estabelecer facilidade para conversão de um instituto em outro, se o Constituinte não os considerasse figuras jurídicas diferentes.

3. A constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil foi proclamada pelo Órgão Especial deste Tribunal, quando do julgamento da incidente de inconstitucionalidade nº 70029390374, decisão que, nos termos do art. 211 do Regimento Interno desta Corte, desfrutava de força vinculante interna no âmbito deste Tribunal¹⁹³. (*grifo nosso*);

Destarte, diante dos inúmeros entendimentos divergentes constantes nas decisões supracitadas, é possível notar, como bem pontuou Flávio Tartuce, “o sistema caótico existente no Brasil quanto à sucessão do companheiro. A constatação é que a Torre de Babel não é apenas doutrinária, mas também jurisprudencial”¹⁹⁴.

Diante disso, afigurava-se necessário solucionar a grande instabilidade jurídica sucessória dos companheiros sobreviventes verificada no Brasil desde a vigência do Código Civil de 2002, e, o Supremo Tribunal Federal assim o fez, ou, pelo menos tentou fazer, por meio do julgamento do Recurso

¹⁹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70040781395. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 24 fev. 2011. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22930264/agravo-de-instrumento-ag-70040781395-rs-tjrs/inteiro-teor-111181432?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 10 nov. 2017.

¹⁹⁴ TARTUCE, Flávio. Sucessão do Companheiro- O Polêmico Artigo 1.790 do CC e suas Controvérsias Principais. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister. v. 39, nov./dez. 2010, p. 110.

Extraordinário 878.694/ MG, o qual será analisado de forma pormenorizada no capítulo seguinte.

4. DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694

O fato de o art. 1.790 do Código Civil ter sido alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina pátria, bem como de interpretações controvertidas, gerou uma significativa judicialização acerca das regras por ele dispostas, havendo nos tribunais, conforme bem explicitado no capítulo anterior, inúmeras decisões em sentidos divergentes.

Diante de tal circunstância, buscando estabelecer um entendimento acerca da inconstitucionalidade, ou não, do referido dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal em abril de 2015, por unanimidade, no julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG, reconheceu o caráter constitucional da matéria, bem assim a existência de repercussão geral da questão, nos termos da ementa doravante transcrita:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida.¹⁹⁵

No processo de primeiro grau, o qual deu ensejo ao reportado Recurso Extraordinário, a parte autora em ‘Ação Declaratória de Reconhecimento de União Estável pós Morte c/c Petição de Herança e Direito Real de Habitação’, pleiteou, por meio de uma interpretação sistemática do artigo 1.829, CC, o reconhecimento do seu direito à totalidade da herança deixada pelo seu companheiro falecido.

¹⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 18 maio 2018.

A requerente afirmou ter convivido com o autor da herança pelo período de aproximadamente nove anos, sob o regime da comunhão parcial de bens, tendo este falecido sem deixar testamento nem descendentes ou ascendentes, deixando somente três irmãos na linha colateral.

A sentença de piso julgou parcialmente procedente os pleitos da companheira sobrevivente, atribuindo a esta a totalidade da herança do patrimônio do seu companheiro falecido, com a, consecutiva, exclusão dos irmãos do *de cujus* da sucessão, e, reconhecendo o direito real de habitação da autora.

Um dos irmãos do titular da herança interpôs recurso de apelação contra a referida sentença no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ocasião na qual a 8ª Câmara Cível deste tribunal, suscitou o incidente de inconstitucionalidade, por entender ser ilegítima a diferenciação instituída pelo art. 1.790, CC.

Entretanto, o referido incidente não fora conhecido, devido a constatação da pré-existência de um outro incidente com o mesmíssimo objeto no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual havia sido julgado improcedente. Assim, o processo retornou para a 8ª Câmara, para que esta realizasse o julgamento do mérito do recurso, e, na oportunidade, operou-se a reforma da sentença proferida no primeiro grau, partindo da compreensão da constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, restringindo o direito sucessório da convivente a “um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável”¹⁹⁶.

Em face do *decisum* supracitado, a companheira interpôs Recurso Extraordinário, suscitando, ao arrimo de sua pretensão, serem as regras sucessórias dispostas no art. 1.790, CC incompatíveis com a incumbência do Estado de proteger à família, prevista no art. 226, §3º, CF e com o princípio da igualdade (art.5º, CF) entre os diversos modelos de conjugalidade.

No R.E 878.694 o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, emitiu pronunciamento opinando pelo improvimento do recurso, ao fundamento da constitucionalidade do art. 1.790, CC, porquanto a despeito de a Constituição Federal não ter feito distinção hierárquica entre as famílias formadas

¹⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 19 maio 2018, p.301.

pelo matrimônio ou pela união estável, a Carta Magna não equiparou essas duas espécies de núcleos familiares¹⁹⁷.

Em reforço à tese da constitucionalidade do diploma normativo, o *Parquet* asseverou que a união estável assim como o casamento são regidos pelo princípio da autonomia privada, de sorte que na hipótese de não haver impedimento para constituir matrimônio e, ainda assim, os companheiros optarem pela união estável certamente é porque considera este modelo de família o mais adequado às suas necessidades e preferem não se submeterem às severas regras oriundas do casamento¹⁹⁸.

Afirmou, ademais, ser legítima a diversidade de regimes sucessórios, posto que a própria Constituição Federal distingue o matrimônio da união estável na medida em que determina à legislação facilitar a conversão desta última em casamento¹⁹⁹.

O Instituto Brasileiro de Família (IBFAM) e a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), ingressaram no feito na condição de *amicus curiae*.

O Relator do recurso, o Ministro Roberto Barroso, votou no sentido da inconstitucionalidade do art. 1.790, CC, tendo sido acompanhado pelos votos dos Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Já os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, negaram provimento ao recurso, votando pela constitucionalidade do art. 1.790, CC.

O voto do Relator inicia-se com a delimitação da controvérsia, por meio da exposição da evolução do conceito de família, desde o matrimônio indissolúvel até o reconhecimento da união estável como modalidade familiar.

¹⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 19 maio 2018, **Manifestação da Procuradoria- Geral da República**, p. 15-16.

¹⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 19 maio 2018, **Manifestação da Procuradoria- Geral da República**, p. 18.

¹⁹⁹ *Ibidem.*, p. 22.

Na sequência, fora realizada a apreciação da compatibilidade do art.1.790, CC com a Constituição Federal, momento em que o Ministro Roberto Barroso fez uma análise comparativa entre as regras disciplinadas aos companheiros pelas Leis 8.871/94 e 9.278/96 e aquelas dispostas no Código Civil de 2002, concluindo que a evolução proporcionadas pelas referidas leis aos direitos sucessórios dos conviventes fora prejudicada pelo *Códex*.

O relator ainda expôs as principais distinções entre o regime sucessório dos cônjuges e dos companheiros no Código Civil de 2002, tecendo severas críticas com relação a esse aspecto. Defendeu que, efetivamente, o casamento e a união estável são núcleos familiares distintos, caso contrário a Constituição Federal não estipularia à necessidade de facilitação da conversão da união estável em casamento, e, sendo assim, pode o legislador estabelecer regimes distintos, desde que essa diferenciação não resulte na hierarquização de uma espécie familiar sobre a outra²⁰⁰.

Na concepção do Ministro Relator, o art. 1.790, CC seria inconstitucional pelo fato de violar o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os princípios da proporcionalidade, como proibição de proteção deficiente e da vedação do retrocesso²⁰¹.

No que atine à dignidade da pessoa humana, o Ministro afirmou que a estipulação de regimes sucessórios distintos aos consortes e conviventes viola “tanto à dignidade na vertente do valor intrínseco, quanto à dignidade na vertente da autonomia, sem que haja qualquer valor social ou interesse estatal legítimo nessas limitações”²⁰².

No que toca à violação da proporcionalidade, para o eminente Ministro, esta estaria configurada diante da proibição à proteção insatisfatória, por

²⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 19 maio 2018, **Voto Ministro Roberto Barroso**, p.19.

²⁰¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 10.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.256.

²⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 19 maio 2018, **Voto Ministro Roberto Barroso**, p.24.

parte do Estado, de bens jurídicos relevantes e princípios constitucionalmente previstos²⁰³.

Já no que concerne ao princípio da vedação do retrocesso, o julgador afirmou que:

[...] não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo Novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis. Antes do CC/2002, o regime jurídico sucessório da união estável estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 era substancialmente igual àquele previsto para o casamento no CC/1916, então vigente. Cônjuges e companheiros ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária [...], possuíam idêntico direito à meação, e ostentavam tanto o direito de usufruto, quanto o direito real de habitação²⁰⁴.

Ao final, o Ministro Roberto Barroso afirmou que o dispositivo normativo impugnado não dialoga com a Constituição, na medida em que se afigura como uma norma discriminatória, que objetiva estabelecer categorias entre as modalidades familiares transgredindo à igualdade entre as famílias, e, por isso deve ser declarado inconstitucional, devendo passar a ser aplicado tanto aos cônjuges quanto aos conviventes as regras disciplinadas no art. 1.829, CC²⁰⁵.

O Ministro Edson Fachin, o qual acompanhou o voto do Relator, argumentou, como fundamento da tese de inconstitucionalidade do art.1.790, CC, que não seria possível estabelecer diferenciações entre indivíduos, garantindo-lhes mais ou menos direitos, em razão, apenas, do modelo familiar por ele eleito, de sorte que atribuir aos casados direitos sucessórios diferentes daqueles atribuídos aos conviventes, significa tratar de maneira diferente pessoas que se encontram em situações idênticas²⁰⁶.

Quanto ao fato de o art. 226, §3º, CF determinar a facilitação da união estável em casamento, o Ministro concluiu que a norma não está a

²⁰³ *Ibidem.*, p.26.

²⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 19 maio 2018, **Voto Ministro Roberto Barroso**, p.28 *et seq.*

²⁰⁵ *Ibidem*, p.31 *et seq.*

²⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 19 maio 2018, **Voto Ministro Edson Fachin**, p. 1 *et seq.*

proporcionar tratamento mais benéfico ao matrimônio, mas sim está disponibilizando “instrumentos para que, no exercício da liberdade individual, os companheiros possam migrar de um modelo de conjugalidade de fato-união estável- para um modelo formal- casamento”²⁰⁷.

Já o eminente Ministro Dias Toffoli, após pedido de vista dos autos, proferiu voto no sentido da constitucionalidade do art.1.790, CC, ao fundamento de que para ele, diferentemente do posicionamento dos Ministros precitados, o art.226, §3º, CF demonstra claramente que o matrimônio e a união estável são modelos de família que não se confundem, e, sendo espécies distintas, seria possível a previsão de regimes jurídicos também distintos²⁰⁸.

O julgador afirmou, ademais, ser necessário garantir a liberdade dos indivíduos na escolha no modelo de conjugalidade, bem como garantir o acatamento à autonomia da vontade, de modo a assegurar que os efeitos jurídicos da preferência de cada um sejam, de fato, cumpridos²⁰⁹.

Ao final, asseverou que o art. 1.790, CC, indicado como inconstitucional, não estabeleceu uma hierarquia entre o matrimônio e a união estável, mas sim enfatizou serem eles modalidades distintas de família, e, por isso, não considera desarrazoado ou desproporcional a escolha do legislador ao estabelecer as regras sucessórias, aplicáveis aos companheiros, no art. 1.790, CC²¹⁰.

O Ministro Marco Aurélio, adotando tese semelhante a do Ministro Dias Toffoli, defendeu que passar a considerar o matrimônio e a união estável como institutos idênticos, consistiria em evidente violação à autonomia dos indivíduos na escolha do modelo que melhor atenderia as suas necessidades, e, ao Estado não competiria suprimir a exteriorização de vontade do sujeito ao propiciar a equiparação dos dois institutos²¹¹.

²⁰⁷ *Ibidem.*, p. 3 *et seq.*

²⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 19 maio 2018, **Voto Ministro Dias Toffoli**, p.3.

²⁰⁹ *Ibidem.*, p. 4.

²¹⁰ *Ibidem.*, p. 11.

²¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em:

Encerradas as discussões, finalmente, aos 10 de maio de 2017 o STF, encerrou o julgamento do RE 878.694, dando provimento ao recurso, e, firmando entendimento no sentido da inconstitucionalidade do tratamento sucessório divergente dispensado aos conviventes pelo art. 1.790, CC com relação ao dispensado aos consortes, modulando, contudo, os efeitos da decisão para alcançar apenas as “partilhas judiciais e extrajudiciais já realizadas”²¹², em acórdão assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

[...] reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança do seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.²¹³

Desse modo, após o julgamento do R.E. 878.694/MG o STF, conforme consta no Informativo n. 864²¹⁴, declarou que a Carta Magna considera diversas modalidades de família, além daquela constituída pelo matrimônio, de modo que não se afigura legítimo o estabelecimento de regras sucessórias

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.o.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 19 maio 2018, **Voto Ministro Marco Aurélio**, p.8.

²¹² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 10.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.257.

²¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.o.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 19 maio 2018.

²¹⁴ **Informativo n. 864**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

distintas para a família formada pela união estável e a formada pelo casamento com o intuito de desequiparar essas entidades familiares.

Segundo o Supremo Tribunal Federal²¹⁵ a hierarquização entre as espécies de família encontra-se em desacordo com quanto disciplinado pela Constituição Federal. Ademais, para o referido tribunal o art. 1.790, CC, ao revogar as Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 e discriminar a (o) convivente, atribuindo-lhe direitos sucessórios menos significantes quando comparados aqueles atribuídos ao (a) consorte, violou os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e ao princípio da vedação ao retrocesso.

4.1. DO R.E 646.721/RS

Durante o julgamento do Recurso Extraordinário n. 878/694/MG, Tema 809, o Ministro Marco Aurélio, após pedido de vistas, colocou em pauta também o R.E. n. 646.721/RS, Tema 498, do qual ele era Relator, por tratarem os recursos da mesma temática, qual seja, a sucessão dos companheiros, apresentando os recursos como singularidade apenas o fato de que, neste último, tratou-se de hipótese de união estável homoafetiva²¹⁶.

Inicialmente, antes de tecer alguns comentários acerca do R.E. 646.721/RS, vale ressaltar que não será objeto do presente trabalho a avaliação da possibilidade, ou não, de reconhecimento das uniões homoafetivas, até porque o STF já equiparou juridicamente estas às uniões estáveis heteroafetivas, na ADPF 132/RJ²¹⁷.

Pois bem. No Recurso Extraordinário nº 646.721/RS, que também teve reconhecida a Repercussão Geral, o STF, tal como ocorreu no do R.E.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 19 maio 2018, **Voto Vista Ministro Marco Aurélio**, p. 1.

²¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Arguidos: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça dos Estados. Brasília, DJ 05 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 23 maio 2018.

878,694/MG, reconheceu a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre o casamento e a união estável, prevista no art. 1.790, CC, conforme ementa, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002²¹⁸”.

No R.E. 646.721/RS discutiu-se a partilha dos bens do autor da herança entre a sua mãe e o seu companheiro com quem conviveu por mais de quarenta anos de forma pública e contínua. Nele, o convivente sobrevivente afirmou ser inconstitucional o art.1.790, CC, por limitar a sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, e, violar, por conseguinte, o art.226, §3º da Constituição Federal.

Na apreciação do Tema 498, na mesma data em que se encerrou o R.E. 878694/MG, o STF deu provimento ao recurso extraordinário, por maioria dos votos, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade do art.1.790, CC

²¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721/RS. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Recorridos: Geni Quintana. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4100069>>. Acesso em: 23 maio 2018.

e determinando à aplicação das regras previstas no art. 1.829 também aos companheiros. Votaram nesse sentido os Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Alexandre d Moraes, Edson Fachin e as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia.

O Ministro Relator Marco Aurélio, em seu voto, o qual, inclusive, foi o mesmo proferido no R.E. 878.694/MG, negou provimento ao recurso sob o fundamento de que, muito embora, todas as modalidades de família gozem de proteção, isso não quer dizer que elas devam ser tratadas de forma idêntica, e, em nome da autonomia da vontade sendo possível, portanto, conceder ao companheiro mais ou menos benefícios, de sorte que afigura-se “constitucional o regime jurídico previsto no artigo 1.790 do CC, a reger união estável, independentemente da orientação sexual dos companheiros”²¹⁹.

O voto vencido do Relator, fora acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que também votou no sentido de constitucionalidade do art. 1.790, CC, adotando o argumento do *in dubio pro legislator*²²⁰, e, ausente o Ministro Dias Toffoli.

Neste Recurso Extraordinário, foi fixada a mesma tese daquela, também, fixada no R.E 878.694/MG, qual seja: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

Nota-se, portanto, que o reportado recurso, tal como o de nº 878.694/MG, o qual será, efetivamente, objeto de análise da presente pesquisa, declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, determinando, expressamente, o preenchimento da lacuna, proveniente do reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo, por meio da aplicação apenas do art. 1829, CC.

²¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721/RS. Recorrente: São Martim Souza da Silva. Recorridos: Geni Quintana. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 10 maio 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4100069>>. Acesso em: 23 maio 2018, **Voto Ministro Marco Aurélio**, p. 13-14.

²²⁰ TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>. Acesso em: 23 maio 2018.

4.2 DAS OMISSÕES

A tese final firmada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário n. 878.694/MG, para os devidos fins de repercussão geral, foi a seguinte: "no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil"²²¹.

Verifica-se da leitura da tese que o Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790, CC, estabeleceu dever ser a sucessão dos companheiros sobreviventes disciplinada pelo art. 1.829, CC, que é aquele que estabelece a ordem de vocação hereditária, fazendo, pois, referência unicamente a este dispositivo legal.

Ocorre que, como bem sinalizado por Felipe Quintela:

[...] nem toda a disciplina da sucessão do cônjuge se encontra no art. 1.829, que apenas estabelece a ordem de vocação hereditária, cuidando, pois, de todos os herdeiros legítimos. É o art. 1.830, por exemplo, que trata do direito sucessório do cônjuge; o art. 1.831, por sua vez, cuida do direito real de habitação; o 1.832, do quinhão mínimo do cônjuge, quando concorre com descendentes seus; já o art. 1.837 estabelece o modo de partilhar a herança entre o cônjuge e os ascendentes; o 1.845, a seu turno, considera o cônjuge herdeiro necessário²²².

Desse modo, a despeito de ter havido a declaração de inconstitucionalidade do diploma normativo que disciplinava à sucessão dos conviventes, ainda há inúmeras questões a serem apontadas e esclarecidas, tendo, inclusive, o Instituto Brasileiro de Direito de Famílias- IBDFAM, que atuou no julgamento do recurso na condição de *amicus curiae*, interposto Embargos de Declaração, o qual até a elaboração do presente trabalho encontrava-se pendente de julgamento, questionando justamente as omissões presentes na decisão do STF, as quais serão analisadas, uma a uma, nos tópicos seguintes do presente capítulo.

²²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 18 maio 2018

²²² QUINTELA, Felipe. **Repensando o Direito Civil brasileiro**: A equiparação da disciplina da sucessão do cônjuge e do companheiro. Genjurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/05/19/repensando-o-direito-civil-brasileiro-18-equiparac%CC%A7a%CC%83o-da-disciplina-da-sucessa%CC%83o-co%CC%82njuge-e-companheiro/>>. Acesso em: 23 maio 2018.

4.2.1 Da (in) aplicabilidade do art. 1.831 do Código Civil que regula o direito real de habitação para o cônjuge

O direito real de habitação foi reconhecido expressamente no Código Civil, em seu art. 1.831, apenas para os cônjuges sobreviventes. Verifique-se:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar²²³.

O referido direito consiste na garantia conferida aos consortes de permanecerem residindo no imóvel destinado à residência da família mesmo após o falecimento do seu cônjuge, independentemente do regime de bens adotado e pouco importando se este possui ou não direito à meação ou à herança sobre o bem²²⁴.

O legislador, na elaboração do Código Civil de 2002, entretanto, “em evidente retrocesso social”²²⁵, acabou por não conferir o mesmo benefício ao companheiro em situação idêntica, ignorando, portanto, o fato de que a Lei 9.278/96, ao disciplinar alguns aspectos da união estável, já havia atribuído ao convivente o direito real de habitação²²⁶, conforme art. 7º, parágrafo único, da lei, *in verbis*:

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família²²⁷.

Diante da omissão legislativa apontada, surgiu na doutrina duas correntes concernentes ao assunto.

²²³ BRASIL, **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2017.

²²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed., rev. ampl. e atual., Salvador: JusPodivm, 2017, p.333.

²²⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, p. 442.

²²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v.7. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 231.

²²⁷ BRASIL. **Lei 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o §3º do Art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF, 10 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 11 maio 2018.

Para uma primeira vertente doutrinária, a exemplo de Flávio Augusto Monteiro de Barros, Francisco José Cahali, Inácio de Carvalho Neto e Mário Roberto Carvalho de Faria²²⁸, o convivente não dispunha do direito real de habitação, porquanto o Código Civil de 2002, ao restar silente sobre o tema, acabou considerando como revogado o parágrafo único do art.7º da Lei 9.278/96²²⁹.

Já uma segunda vertente, a qual, inclusive, é adotada pela grande maioria da doutrina, a exemplo de Chistiano Cassettari, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Diaz, Maria Helena Diniz, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira, Silvio de Salvo Venosa e Zeno Veloso²³⁰, defende possuir o companheiro sobrevivente o sobredito direito, uma vez que o dispositivo supracitado da Lei 9.278/96 não fora revogado pelo Código Civil, até porque este, nas suas disposições transitórias, enunciou ter sido revogado, apenas, o Códex de 1916, sem fazer qualquer referência à reportada lei²³¹.

Corroborando com o entendimento precitado, é de se trazer à baila o Enunciado 117, da I Jornada de Direito Civil (CJF- STJ), *ipsis litteris*:

Enunciado 117. 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/88²³².

Ante o fato de ser a questão relativa ao direito real de habitação dos companheiros sobre o imóvel do casal uma matéria alvo de entendimentos divergentes por parte da doutrina, afigurava-se imprescindível “a inclusão expressa no texto legal do referido benefício a favor do companheiro sobrevivente”²³³, para que as incertezas acerca do tema se findassem.

²²⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 10.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.273.

²²⁹ MEDEIROS, Mário Vinícius Carneiro. Casamento ou convivência? As consequências de uma escolha perante o Direito Sucessório brasileiro. *In*: LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coords.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL,2015, p. 70.

²³⁰ TARTUCE, Flávio. *Op.cit.*, 2017, p.275.

²³¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 444.

²³² Enunciado n. 117. Conselho da Justiça Federal, I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/758>>. Acesso em: 11 de maio 2018.

²³³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Op.cit.*, 2017, p.445.

Entretanto, mesmo diante de tal necessidade, a omissão sobre a extensão ou não aos conviventes do direito real de habitação perdurou mesmo após o julgamento do recurso, porquanto, inobstante o Supremo Tribunal Federal ter declarado ser inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre os cônjuges e companheiros, o Tribunal não fez menção alguma, na tese firmada, à aplicação também aos companheiros do art. 1.831, CC.

Há somente menção ao direito real de habitação no voto do Ministro Roberto Barroso, no qual se verifica que, ao tratar a omissão do código civil de 2002 com relação a aplicação deste benefício as companheiros como uma involução na proteção dos direitos fundamentais, o Ministro demonstra não haver justificativa para a negativa de tal direito ao convivente²³⁴.

Não obstante a omissão do STF no julgamento do RE. 878.694/MG, no que concerne à garantia do direito real de habitação aos companheiros, a existência de tal direito configura-se patente na esteira do que já vinha entendendo a doutrina e a jurisprudência²³⁵.

Inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, anteriores ao julgamento do R.E. 878.694, já concluíam pela manutenção do direito real de habitação a favor do companheiro, conforme demonstra as ementas abaixo transcritas:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

1.O novo Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, abrogando as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- LINDB. 2. **É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1.831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico.** 3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal

²³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 18 maio 2018, p.35.

²³⁵ TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>. Acesso em: 11 maio 2018.

consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. 4. No caso concreto, o fato de haver outros bens residenciais no espólio, um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de Medeiros, Porto Alegre-RS, que lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido. 5. O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do de cujus, como é o caso. 6. Recurso especial não provido²³⁶. (*grifo nosso*).

DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N. 9.278/96. RECURSO IMPROVIDO. 1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012. 2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. art. 1º, III, da CRFB). 3. **A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade.** A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade. 4. Recurso improvido.²³⁷ (*grifo nosso*).

Contudo, apesar de ser manifesto possuir o convivente o direito de continuar a habitar o imóvel, o qual consistia na residência do casal, a omissão presente no julgamento do Recurso Extraordinário faz surgir questionamentos acerca do referido direito, como bem pontua Flávio Tartuce:

Mas qual a extensão desse direito real de habitação ao companheiro? Terá o direito porque subsiste no sistema o art. 7º, parágrafo único, da lei 9.278/1996, na linha do último julgado? Ou lhe será reconhecido esse direito real de forma equiparada ao cônjuge, por força do art. 1.831 do Código Civil? Como é notório, os dois dispositivos têm conteúdos distintos. O Supremo Tribunal Federal não enunciou expressamente essa

²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1329993. Quarta Turma. Recorrente: J A L P – ESPÓLIO. Recorrido: M R S N. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 18 mar. 2014. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@n um=%271329993%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271329993%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@n um=%271329993%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271329993%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 11 maio 2018.

²³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.156.744/MG. Recorrente: J.P Espólio. Recorrido: M.A.A. Relator: Min. Março Buzzi, Brasília, DJ 09 out. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22614153/recurso-especial-resp-1156744-mg-2009-0175897-8-stj/inteiro-teor-22614154#>>. Acesso em: 23 maio 2018.

questão, apesar de tender à última resposta, cabendo à doutrina e à própria jurisprudência ainda resolvê-la²³⁸.

Assim, o Supremo Tribunal no RE. 878.694/MG deveria ter reconhecido expressamente tal direito e delimitado os contornos da sua incidência, posto que ao restar silente quanto a questão terminou por deixar em aberto, e, passíveis de dubiedades, alguns aspectos atinentes ao tema.

4.2.2 Da (in) aplicabilidade dos artigos 1.832 e 1.837, CC que tratam da partilha entre o cônjuge e os descendentes e os ascendentes

Outra omissão constante no julgamento do Recurso Extraordinário 878.674/MG refere-se a aplicabilidade, ou não, dos artigos 1.832 e 1.837 do Código Civil, que regulam, respectivamente, a concorrência sucessória dos cônjuges sobreviventes com os descendentes e ascendentes do *de cuius*.

Como já demonstrado no capítulo anterior, ao companheiro não fora garantida a cota mínima de um quarto do monte partível, na hipótese de concorrência com descendentes comuns dele e do falecido, tal como foi reconhecido ao cônjuge pelo art. 1.832, CC.

Ademais, na hipótese de concorrência entre os descendentes exclusivos do falecido e o companheiro supérstite, este herdaria tão somente, nos termos do declarado inconstitucional art. 1.790, CC, a metade da cota que caberia a cada um dos descendentes. Lado outro, o cônjuge, em hipótese idêntica de concorrência, detém o direito de perceber a mesmíssima cota garantida aos descendentes, com fulcro no art. 1.832, CC.

Assim, ante as citadas distinções dispensadas as regras sucessórias do cônjuge e do companheiro em concorrência com os descendentes, e, em sendo essa alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina, caberia ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 878.694/MG, se posicionar sobre o tema.

²³⁸ TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>. Acesso em: 11 maio 2018.

Entretanto, a Corte Superior restou silente acerca de tal matéria, de sorte que a referida omissão acarretará incertezas relativamente a disciplina da sucessão do convivente em concorrência com os descendentes, mais especificamente, se o companheiro também seria contemplado pelas disposições do artigo 1.832 do CC.

O Ministro Edson Fachin, no corpo do seu voto, afirma ser referida distinção inconstitucional, ao afirmar que:

[...] quando se avança para o exame dos incisos do artigo 1790 do Código Civil, a distinção inconstitucional se mostra ainda mais flagrante [...]. É que os quinhões do companheiro sobrevivente sobre o acervo passível de concorrência sucessória são sempre inferiores àqueles atribuídos aos casados.

Assim, em concorrência com os descendentes comuns, o cônjuge sobrevivente tem direito a quinhão igual aos que sucederem por cabeça, sendo garantida a quota mínima de $\frac{1}{4}$ da herança, ainda que tenha mais de três filhos- art. 1832. O companheiro, na concorrência também com seus próprios descendentes não tem garantida a quota mínima de $\frac{1}{4}$ (um quarto), sucedendo sempre por cabeça.

Na concorrência com descendentes só do autor da herança (enteados do viúvo), o viúvo, no casamento tem direito a quinhão igual ao dos descendentes que concorrem por cabeça (1832). O companheiro, a seu turno, também na concorrência com seus próprios enteados, recebe apenas metade do quinhão que caberia a cada um deles.²³⁹

O eminente julgador, foi o único dos oito ministros que votaram pela inconstitucionalidade do art. 1.790, CC, que defendeu explicitamente a aplicação aos companheiros das regras sucessórias, não só previstas no art. 1.829, CC, mas também dos artigos seguintes²⁴⁰.

Contudo, a despeito de o supracitado Ministro ter demonstrado ser favorável a aplicação de todo o regramento sucessório do cônjuge aos conviventes, ao dar provimento ao recurso extraordinário ele não fez nenhuma ressalva a tese então fixada pelo Relator Roberto Barros, a qual, determina aplicação tanto aos consortes quanto aos conviventes do art. 1,829, apenas. Pelo contrário, o Ministro Edson Fachin afirmou estar a tese proposta “de acordo com o seu voto”²⁴¹.

²³⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 18 maio 2018. **Voto Ministro Edson Fachin**, p. 6.

²⁴⁰*Ibidem.*, p. 7.

²⁴¹*Ibidem*, *loc.cit.*

De igual modo, o STF não se manifestou sobre a incidência, ou não, do art.1.837, CC ao regime sucessório dos companheiros. O referido diploma normativo concede ao cônjuge o direito a um terço da herança caso concorra com ascendente de primeiro grau do *de cuius*, e a metade da herança se o consorte concorre com somente um ascendente ou com ascendentes de grau mais elevado.

Com relação aos companheiros sobreviventes, o inconstitucional art. 1.790 trazia um regramento distinto daquele aplicado aos consortes, atribuindo aos conviventes quinhões inferiores sobre o acervo passível de concorrência sucessória. O referido diploma normativo enunciava que uma vez concorrendo os conviventes com outros parentes sucessíveis do *de cuius*, incluindo aqui os ascendentes, eles fariam jus somente a um terço dos bens adquiridos de forma onerosa na constância da convivência²⁴².

Por fim, no que atine à aplicação das regras sucessórias dispostas nos artigos 1.832 e 1.837 do Código Civil aos companheiros sobreviventes, mesmo diante da omissão do STF, devem tais regras serem aplicadas também aos conviventes, posto que elas estão intimamente conectadas àquelas regras dispostas no art. 1.829, na medida em que complementam a incidência e o alcance deste.

4.2.3 Da (im) possibilidade de considerar o companheiro herdeiro necessário

Outra omissão constante no julgamento do R.E. 878.694/MG diz respeito ao enquadramento, ou não, dos companheiros no rol de herdeiros necessários disposto no art. 1.845, CC.

Como já demonstrado, os Ministros que deram provimento ao recurso, apesar de afirmarem não afigurar legítimo o estabelecimento de regimes sucessórios distintos entre os consortes e os conviventes, concluíram que o preenchimento da lacuna proveniente da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil deve-se dar por meio da aplicação aos companheiros do art. 1.829, CC, fazendo referência somente a este dispositivo, e, conseqüentemente, propiciando entendimentos divergentes na doutrina e jurisprudência.

Com relação ao rol de herdeiros necessários, mesmo antes da decisão que culminou na inconstitucionalidade do art. 1.790, CC, já haviam autores

²⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed., rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 354.

que defendiam ser o convivente um herdeiro necessário, apesar de o art. 1.845 não fazer referência a ele. Haviam, ainda, aqueles que discordavam da extensão de tal condição aos companheiros.

Dentre a parcela minoritária da doutrina que sustentava a tese de inclusão do convivente no art. 1.845, CC, pode-se citar Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Para esta autora como o art. 1.850, CC anuncia a possibilidade de exclusão, através de testamento, apenas dos parentes colaterais, sem fazer nenhuma referência ao companheiro²⁴³, este último seria herdeiro necessário.

Compartilhando a mesma concepção Paulo Luiz Netto Lôbo, que já considerava o art. 1.790, CC inconstitucional, asseverava que se igualavam os direitos sucessórios dos consortes e dos conviventes, até mesmo com relação à ordem de vocação hereditária e a denominação como herdeiro necessário²⁴⁴.

Lado outro, a doutrina majoritária, a exemplo de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Guilherme Calmon de Passos e Orlando Gomes²⁴⁵, não considerava o convivente sobrevivente herdeiro necessário, de sorte que o testador poderia, por mera liberalidade, excluí-lo da sucessão.

Assim, o STF, ao invés de encerrar essa relevante controvérsia existente no campo sucessório, permaneceu inerte quanto a questão, na medida em que não fez nenhuma menção à aplicação, ou não, do art. 1.845, CC aos companheiros na tese firmada.

Diante de tal omissão, alguns doutrinadores, fazendo uma interpretação extensiva do julgado, passaram a defender ter sido o companheiro elevado à condição de herdeiro necessário.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, por exemplo, ao defenderem que não cabe ao legislador infraconstitucional diferenciar o que não foi diferenciado pela Constituição Federal, afirmam que todas as garantias atribuídas aos consortes, sem exceção, devem ser, também, aplicadas aos conviventes²⁴⁶,

²⁴³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Sucessório e Constituição: controvérsias e tendências*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Direito de Família e das Sucessões: Temas atuais**. São Paulo: Método, 2009, p. 460.

²⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 152.

²⁴⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p.427-428.

²⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 365.

passando este último, na opinião dos autores, inclusive, a ser considerado herdeiro necessário²⁴⁷.

Adotando essa mesma linha de raciocínio, Maria Berenice Dias, também entende que, com o julgamento do R.E. 878.694/ MG, o STF passou a reconhecer o companheiro como herdeiro necessário, porquanto, para a autora, seria desarrazoado restringir à decisão do Tribunal à matéria da concorrência sucessória, até porque, tendo sido a ofensa ao princípio da igualdade a justificativa da declaração de inconstitucionalidade, a decisão alcançaria toda distinção entre os cônjuges e companheiros, tanto no ramo do direito sucessório como no do direito de família²⁴⁸.

A corroborar com tal entendimento, imperioso mencionar Luiz Paulo Vieira de Carvalho, para quem não resta dúvida de que o julgamento do R.E. 878.694/MG tornou o companheiro herdeiro necessário, de modo que para o doutrinador deve-se, ao proceder a leitura do art. 1.845 do Código Civil, acrescentar a expressão 'companheiro'²⁴⁹.

Nessa mesma trilha, menciona-se, ainda, o discurso de Felipe Quintella, que afirma que, o fato de o STF determinar a aplicação apenas do art. 1.829 do Código Civil à sucessão dos conviventes, poderia promover uma falsa sensação, por meio de uma leitura mais literal e menos atenta, de que somente se aplicaria aos companheiros o referido diploma normativo, quando, em verdade, deve ser aplicada a este toda a matéria relativa à sucessão dos consortes²⁵⁰.

Ao revés, para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, devem ser aplicadas aos conviventes sobreviventes, todas as regras sucessórias dispostas para os cônjuges viúvos, com ressalva, entretanto, da regra que atribui ao consorte o status de herdeiro necessário, isso porque, ao consistir esta em norma

²⁴⁷ *Ibidem.*, p, 366.

²⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento.** Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-união-estavel-casamento>>. Acesso em: 17 maio 2018.

²⁴⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões.** 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p.433.

²⁵⁰ QUINTELLA, Felipe. **Repensando o Direito Civil brasileiro: A equiparação da disciplina da sucessão do cônjuge e do companheiro.** GenJurídico. Disponível em:<<http://genjuridico.com.br/2017/05/19/repensando-o-direito-civil-brasileiro-18-equiparac%CC%A7a%CC%83o-da-disciplina-da-sucessa%CC%83o-co%CC%82njuge-e-companheiro/>>. Acesso em: 17 maio 2018.

restritiva da liberdade testamentária do *de cuius*, não seria possível interpretá-la extensivamente²⁵¹.

Segundo Flávio Tartuce, não obstante o STF não ter admitido expressamente a inclusão do companheiro na categoria de herdeiro necessário, da leitura dos votos dos Ministros, sobretudo o do Relator, depreende-se ter havido a referida inclusão²⁵².

Contudo, contradizendo a afirmação do autor, verifica-se, da leitura do voto do eminente Ministro Edson Fachin, que este demonstra claramente não ter o companheiro viúvo, por meio da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790, passado a ser considerado herdeiro necessário, na medida em que o Ministro afirmou que:

Se a informalidade da constituição na relação, a qual, repise-se, exige comunhão de vida para ser família, pudesse justificar direitos diferentes ou em menor extensão, também restaria afastada a incidência de regime de comunhão de bens, quanto aos efeitos *inter vivos*. **Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, a priori, menos direitos ou direitos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios.** (*Grifo nosso*).

Adiante-se que, diante da omissão da decisão do STF com relação à referida temática, os companheiros não passaram a ser considerados herdeiros necessários, tendo em vista não ser possível a realização de uma interpretação extensiva do julgado para elevar os conviventes ao status de herdeiro necessário, na medida em que a atribuição de tal característica a essa classe de herdeiros importará na limitação da liberdade de testar do autor da herança, bem como da liberdade dos indivíduos em optar pelo modelo de conjugalidade que melhor satisfaz as suas necessidades.

Vale ressaltar que os motivos pelos quais não se afigura possível a inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessário serão explicitados de forma mais detalhada nos tópicos seguintes.

²⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 7. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 244.

²⁵² TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>. Acesso em: 17 maio 2018.

4.2.3.1 Consequências na sucessão testamentária

Apesar de o STF não ter deixado claro se o companheiro passou ou não a ser considerado herdeiro necessário, a inclusão destes no rol do art. 1.855 (rol de herdeiros necessários) acarretará modificação substancial das regras do direito sucessório, sobretudo na sucessão testamentária, na medida em que o companheiro passará a ter direito à legítima, e, conseqüentemente, ocorrerá uma limitação do poder do titular do patrimônio de dispor por meio de testamento dos seus bens.

Como bem lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o fato de haver herdeiros necessários implica na imposição de obstáculos à liberdade de elaboração e disposição do testamento por parte do autor da herança²⁵³. Isto porque, o art. 1.846, CC determina que a metade do patrimônio que compõe a herança compete aos herdeiros necessários e os artigos 1.789²⁵⁴ e 1.857, § 1º²⁵⁵, ambos do Código Civil, enunciam que os bens que compõem a legítima não podem ser dispostos por meio de testamento.

Ou seja, passando o convivente a ser considerado herdeiro necessário o seu companheiro, autor da herança, estará impedido de dispor, por meio de testamento, parcela superior a 50% do valor dos seus bens, de sorte que, ao testar, terá que respeitar a legítima do seu companheiro, e, aquilo que ultrapassar o limite da legítima será considerado inválido²⁵⁶.

Outrossim, tornando-se o convivente herdeiro necessário, o autor da herança não mais poderá inscrever sobre os seus bens cláusulas limitadoras, como a inalienabilidade, incomunicabilidade, e impenhorabilidade, salvo se declarar justa causa no testamento, conforme preconiza o art. 1848, CC²⁵⁷.

Ademais, a inclusão do convivente no rol do art. 1.845 do Código Civil, gerará para ele o dever jurídico de levar o bens, que porventura tiver recebido a título de doação do seu companheiro falecido, a colação, para que haja a correspondente compensação, com o fito de equiparar as cotas partes que

²⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 62.

²⁵⁴ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

²⁵⁵ Art. 1.857. [...]

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

²⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 63 .

²⁵⁷ *Ibidem.*, p. 467.

compõem a legítima dos herdeiros necessários²⁵⁸, nos termos dos artigos 544 e 2.002 do Código Civil.

Entretanto, vale ressaltar que se o donatário não era herdeiro necessário na época em que a doação fora realizada, ele não estará obrigado a levar a colação o bem que recebeu por meio desse negócio jurídico, porquanto a doação realizado em prol de quem não integra o rol do art. 1.845, CC atinge a parte disponível do patrimônio²⁵⁹.

Desse modo, se o companheiro passar a ser considerado herdeiro necessário após a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790, CC, e, se a doação foi feita, pelo seu companheiro em seu favor, antes do julgamento do R.E 878.694/MG, o convivente não precisará trazer à colação o bem, desde que este não exceda a parte disponível.

Por fim, outra modificação que a inclusão dos companheiros no rol de herdeiros necessários irá acarretar na sucessão testamentária, diz respeito à hipótese de rompimento, prevista no art. 1.974, CC, do testamento elaborado na ignorância de haver herdeiro necessário, uma vez que se presume que caso o testador tivesse conhecimento da sua existência não teria testado²⁶⁰.

Logo, como bem sinalizado por Karin Rick Rosa, passando os conviventes a serem considerados herdeiros necessários o rompimento do testamento confeccionado sem o conhecimento destes afigura-se como consequência inevitável²⁶¹.

Assim, considerando que os efeitos do julgamento do RE.878.694 somente atingirá os “processos judiciais que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública”²⁶², no caso das situações que não se

²⁵⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 944.

²⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 282.

²⁶⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 847.

²⁶¹ ROSA, Karin Rick. **Reflexões sobre a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade da distinção sucessória do cônjuge e do companheiro**. Colégio Notarial do Brasil. Disponível em: <://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTQ5NDE=>. Acesso em: 21 maio 2018.

²⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2018. Disponível em:

enquadram nessas hipóteses, ocorrerá o rompimento do testamento, caso, efetivamente, o convivente venha a ser considerado herdeiro necessário.

4.2.3.2 Limitação da liberdade testamentária do autor da herança e da liberdade de escolha do modelo de família

Como bem observou Karl Larenz, apesar de os magistrados terem ciência de que as máximas, por eles utilizadas para solucionar a demanda, devam ansiar a ter validade para os demais casos semelhantes, nem sempre, contudo, essa máxima utilizada no fundamento da decisão encontra-se evidente, e, nem se torna claro o seu sentido e abrangência para a solução, de sorte que afigura-se imprescindível um exame mais rigoroso da fundamentação²⁶³.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 878.694/MG ocorreu exatamente o fenômeno precitado, porquanto o reportado julgamento, conforme mencionado anteriormente, não delineou com precisão os limites da solução encontrada pelo Tribunal, vez que, repise-se, marcado por inúmeras contradições uma delas, inclusive, se o companheiro sobrevivente passou ou não a ser considerado herdeiro necessário.

Ocorre que diante das omissões, parte da doutrina, fazendo uma interpretação extensiva do julgado, passou a defender que o convivente se tornou herdeiro necessário. Entretanto, “há-de pressupor-se, quase sempre tacitamente, que o tribunal, mesmo quando a sua fundamentação é deficiente, quis expressar, no entanto, algo de justo”²⁶⁴, e, como será demonstrado essa conclusão não é a mais acertada e nem tampouco se configura como justa.

Isto porque, por tudo que fora exposto no subtópico anterior restou evidente que caso o companheiro venha a ser considerado herdeiro necessário, após a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790, CC, haverá uma restrição à liberdade testamentária do autor da herança, na medida em que, rediga-se, a disposição dos seus bens estará sempre limitada à legítima.

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 18 maio 2018.

²⁶³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**.3.ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 327.

²⁶⁴ *Ibidem.*, p. 328.

Outrossim, vale ressaltar que a regra do sistema jurídico brasileiro é a ampla liberdade na confecção do testamento, liberdade esta que, inclusive, compõe o conteúdo da dignidade da pessoa humana e consiste na razão axiológica da autonomia privada²⁶⁵. Sendo assim, a proteção da legítima consiste em uma exceção que somente se configurará na hipótese de existirem herdeiros necessários.

Desse modo, diante da omissão presente no julgamento e tendo em vista que a inclusão do companheiro no art. 1.845, CC²⁶⁶ implicará na limitação do direito de autodeterminação do titular do patrimônio, parece que o entendimento mais acertado é aquele no sentido de não ter o convivente passado a ser considerado herdeiro necessário entendimento este, inclusive, conforme já explicitado, defendido por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁶⁷.

E isto porque, as disposições que restrinjam direitos e garantias fundamentais devem ser interpretadas estritamente²⁶⁸, ou seja, no exato limite da decisão, não inferindo nem a mais nem a menos²⁶⁹, porquanto a exegese extensiva, que é aquela que retira do texto mais do que ele aparenta demonstrar, não deve ser utilizada quando se está diante de normas que restringem a liberdade, ou o direito de propriedade, e, de comandos imperativos ou proibitivos e leis de ordem pública²⁷⁰.

A corroborar com tal assertiva, a Lei de Introdução do Código Civil de 1916, estampava na redação do seu art. 6º a regra da vedação da interpretação extensiva de normas restritivas de direito, ao determinar que “A lei que abre exceção às regras gerais ou restringe direitos, só abrange os casos a que especifica”, e, acerca de tal dispositivo Luiz Paulo de Carvalho afirma que mesmo com o advento do Decreto-lei 4.657/42, essa regra, goza, ainda, de aplicabilidade²⁷¹.

Nesta mesma toada, Carlos Maximiliano leciona que:

²⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 62.

²⁶⁶ Artigo que traz o rol dos herdeiros necessários.

²⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 7. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 244.

²⁶⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 291).

²⁶⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 183.

²⁷⁰ *Ibidem.*, p. 203.

²⁷¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 429.

A regra exarada no art. 6º da Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1916 não foi reproduzida em a nova Lei de Introdução (Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942). Tal proceder, porém, não importa em eliminarem virtualmente o brocado vetusto; apenas assinala preferência pela corrente que exclui da legislação os ditames da Hermenêutica; deixa-os sobreviver no campo vasto e iluminado da doutrina. A ideia concretizada pelo art. 6º, de 1916, continua de pé, universal, firme em sua essência²⁷².

Desse modo, não se poderia interpretar extensivamente o julgamento do Recurso Extraordinário 878.694, para passar a considerar o companheiro herdeiro necessário, medida esta que, como dito, acarretaria em restrições na liberdade de testar do autor da herança, porquanto “toda vez que seja duvidosa a interpretação de texto concernente à liberdade, no sentido da liberdade se resolva”²⁷³.

Ademais, além das limitações na liberdade de testar do autor da herança, a equiparação *in totum* entre o casamento e a união estável, com a inclusão dos companheiros no rol de herdeiros necessários, irá aniquilar qualquer possibilidade de o indivíduo, que optou por conviver na ausência das formalidades do casamento, impedir a transferência do seu patrimônio para o seu companheiro²⁷⁴, na medida em que, como bem assinalado por Rodrigo da Cunha Pereira a união estável irá se tornar um “casamento forçado”²⁷⁵.

Os casais não mais terão liberdade para escolher o modelo de conjugalidade que mais atenda às suas necessidades e os seus anseios, de sorte que este fato poderá gerar um certo receio por parte dos indivíduos de viverem em união estável, por temerem os efeitos sucessórios da sua escolha, podendo, pois, a decisão do STF ocasionar afrouxamento das relações²⁷⁶.

4.3. DA VINCULATIVIDADE DA DECISÃO?

²⁷² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 216.

²⁷³ WURZEL, Karl George *apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 210

²⁷⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>>. Acesso em: 22 maio 2018.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **O afeto será prejudicado pelo STF**. Estadão. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-afeto-sera-prejudicado-pelo-stf/>>. Acesso em: 22 maio 2018.

Outra questão controvertida acerca da declaração de inconstitucionalidade do art.1.790, CC pelo Supremo Tribunal Federal, diz respeito à vinculatividade, ou não, da decisão, ou seja, se a solução adotada pelo tribunal superior produzirá efeitos apenas *inter partes* ou se terá eficácia *erga omnes*.

O Recurso Extraordinário 878.694/MG reconheceu a inconstitucionalidade do diploma normativo supracitado em sede de controle incidental, tendo em vista que a reportada inconstitucionalidade fora suscitada incidentalmente, como prejudicial da questão meritória deduzida em juízo²⁷⁷.

Em se tratando, pois, de uma decisão preferida por meio de controle incidental de constitucionalidade, em tese, os seus efeitos estariam limitados às partes do processo²⁷⁸, de modo que competiria ao Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso X, CF “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”²⁷⁹.

Contudo, após a vigência do sistema da repercussão geral, o qual afigura-se como requisito de admissibilidade para interposição do recurso extraordinário²⁸⁰, segundo Roger Stiefelmann Leal, as decisões de mérito, prolatadas em sede de recurso extraordinário, passaram a ser dotadas de vinculatividade²⁸¹, ou seja, o *decisum* desde logo teria efeito vinculante, não sendo necessária a suspensão da execução, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo STF.

Corroborando com tal entendimento Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha lecionam que o reconhecimento da repercussão geral de uma determinada matéria vincularia os órgãos do tribunal, prescindindo, até mesmo, de reexame por parte do Plenário em recurso extraordinário que diga respeito a mesma matéria que já tenha passado pela análise da amplitude da repercussão geral²⁸².

²⁷⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 275.

²⁷⁸ *Ibidem.*, p. 282.

²⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

²⁸⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Processo Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 14.ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p.417.

²⁸¹ LEAL, Roger Stiefelmann. A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art.5,2, X, da constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 261, set./dez. 2012, p. 189.

²⁸² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op.cit.*, 2017, p.417.

Dirley da Cunha Jr., igualmente, defende a desnecessidade de atuação do Senado Federal para atribuir efeito *erga omnes* e vinculativo às decisões proferidas pelo STF, sob o argumento de que:

[...] se o Supremo Tribunal Federal pode, em sede de controle concentrado-principal, suspender liminarmente e em caráter geral, a eficácia de uma lei e até mesmo de uma emenda constitucional, qual a razão hoje de limitar a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pela Corte no controle incidental às partes do processo e condicionar a sua eficácia geral à intervenção do Senado?²⁸³

Acerca dessa problemática já houve, inclusive, proposta de alteração jurisprudencial no que se refere à interpretação do art. 52, inciso X, CF, por meio da Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC²⁸⁴, ajuizada ante o STF pela Defensoria Pública do Estado do Acre em face de decisão proferida pelo Magistrado da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pleito de progressão de regime em prol de réus que cumpriam a pena em regime integralmente fechado, pela prática de crime hediondo. A reclamação fora ajuizada ao argumento de que o reportado *decisum* desrespeitou julgamento do STF (HC 82.959), na qual o tribunal entendeu não haver vedação de progressão de regime em favor dos réus sentenciados pela prática de crime hediondo, considerando inconstitucional o art.2º, §1º da Lei n. 8.072/90²⁸⁵.

Na ocasião, o Ministro Relator Gilmar Mendes propôs em seu voto a reinterpretção do dispositivo normativo que atribui ao Senado Federal a competência para suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo, pois, a essas decisões de inconstitucionalidade em sede de controle incidental eficácia *erga omnes*, sem a necessidade de intervenção do Senado²⁸⁶. Ao final do julgamento o STF julgou procedente à reclamação nos termos do voto do Relator²⁸⁷.

²⁸³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 287.

²⁸⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art.5,2, X, da constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 261, set./dez. 2012, p. 190.

²⁸⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 288.

²⁸⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art.5,2, X, da constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 261, set./dez. 2012, p. 191.

²⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca

No âmbito da doutrina sucessionista brasileira, a vinculatividade, ou não, da decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG, afigura-se como uma questão controvertida.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, por exemplo, por ter sido a decisão proferida em sede de controle incidental, ela não goza de eficácia vinculante, e, também, não produzirá efeitos *erga omnes*. Para os autores, o *decisum* funcionará apenas como uma orientação para os juízes e tribunais²⁸⁸.

Já Maria Berenice Dias defende que o “julgamento dispõe de repercussão geral e tem efeito vinculante”²⁸⁹.

Nessa mesma linha de raciocínio, Luiz Paulo Vieira de Carvalho afirma apresentar a decisão que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil caráter vinculante²⁹⁰.

Por tudo que fora exposto, constata-se que a solução adotada pelo STF no julgamento do R.E. 878.694/MG, efetivamente, terá, desde logo, efeitos vinculantes, não configurando mera orientação jurisprudencial, até porque, como bem pontua Dirley da Cunha Júnior, com o Novo Código de Processo Civil, que no seu art. 489, §1º, impôs o dever de lealdade aos Magistrados e Tribunais aos precedentes jurisprudenciais, e, tendo em mente que a decisão do STF que declara inconstitucionalidade incidentalmente de lei ou ato normativo gera um precedente²⁹¹, essa decisão “vinculará todos os órgãos do Poder Judiciário, que não podem deixar de seguir o precedente invocado pela parte”²⁹².

de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 23 maio 2018.

²⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. v.7. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 366.

²⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento>>. Acesso em: 23 maio 2018.

²⁹⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 425.

²⁹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 292.

²⁹² *Ibidem, loc.cit.*

5- CONCLUSÃO

A união estável somente adquiriu *status* de família e especial proteção do Estado em 1988 quando a Constituição Federal, promulgada neste ano, em seu art. 226, §3º estabeleceu que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

A partir desse momento, a análise das normas sucessórias dos companheiros deveria ser feita à luz da Constituição, de modo que uma norma infraconstitucional não poderia disciplinar regras sucessórias que propiciassem um tratamento discriminatório dos conviventes com relação aos cônjuges, nem tampouco que gerasse uma hierarquização entre esses modelos de família.

Entretanto, o Código Civil de 2002, indo de encontro à proteção que fora atribuída à união estável pelo Texto Magno, disciplinou a sucessão do companheiro sobrevivente no seu art. 1.790, estabelecendo para essa classe de herdeiros regras sucessórias extremamente distintas daquelas aplicadas aos cônjuges.

Diante de tal fato, havia na seara do direito sucessório diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de ser o precitado dispositivo, senão na sua totalidade, alguns dos seus incisos, inconstitucional, e, a

celeuma existente em torno da constitucionalidade ou não do art. 1.790 do Código Civil perdurou até o dia 10 de maio de 2017, data em que o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 878.694/ MG declarou a inconstitucionalidade da norma.

Ocorre que o reportado julgamento, ao determinar a aplicação aos companheiros do art. 1.829 do Código Civil para preencher a lacuna normativa ocasionada pela declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790, CC, fez referência unicamente a este dispositivo, sendo que há inúmeros outros artigos que também regulam a sucessão dos cônjuges e o STF não afirmou expressamente se eles passariam, ou não, a ser aplicados na sucessão dos companheiros, gerando com isso uma insegurança jurídica no âmbito do direito sucessório dos conviventes.

Dentre os diplomas normativos que disciplinam a sucessão dos consortes, foi feita uma análise do art. 1.831, CC, que trata do direito real de habitação, dos artigos 1.832 e 1.837, CC, que regulam a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes e ascendentes, respectivamente, e do art. 1.845, CC, que traz o rol de herdeiros necessários.

Com base na pesquisa realizada para o desenvolvimento deste trabalho, pôde-se chegar à conclusão de que, no que concerne ao direito real de habitação e as regras disciplinadoras da concorrência sucessória entre os cônjuges e os descendentes e ascendentes, na esteira do que já, inclusive, vinha decidindo os tribunais pátrios e entendendo a doutrina, mesmo com a omissão da decisão tais direitos devem também ser estendidos aos companheiros sobreviventes.

Por outro lado, no que toca à inclusão dos companheiros no rol do art. 1.845, CC constatou-se que essa não se afigura como a melhor conclusão a ser tirada do julgamento do R.E. 878.694/MG, porquanto passar a considerar o convivente herdeiro necessário importará na limitação da liberdade de testar do autor da herança, na medida em que a essa classe de herdeiro passará a ser garantida a proteção à legítima.

Assim, o companheiro deve permanecer a ser considerado herdeiro facultativo, podendo, pois, ser afastado da herança por meio de testamento, uma vez que, no julgamento do Recurso Extraordinário, o STF não determinou que a aplicação do art. 1845, CC deve ser entendida aos conviventes, e, diante da omissão do tribunal superior, não é possível realizar uma interpretação de modo a passar a considerar os conviventes herdeiros necessários, posto que as disposições

que restringem direitos e garantias fundamentais, tal como ocorre na hipótese, devem ser interpretadas estritamente e não extensivamente.

Outrossim, passar a considerar o convivente herdeiro necessário, equiparando, portanto, por completo o regime sucessório do casamento ao da união estável, tornará sem sentido a escolha entre este ou aquele regime, na medida em que a união estável passará a ser, em termos, um casamento forçado.

Desse modo, aquele que, no exercício da autonomia da vontade, optar por viver em união estável e pretender que a sua herança, por algum motivo, não seja atribuída a sua companheira, ou seja, queria, por exemplo, deixar todo o seu patrimônio para os seus descendentes, não mais terá essa opção, pois, ainda que o regime adotado pelos conviventes seja o da separação de bens, o companheiro ou a companheira sobrevivente terá garantida a sua parte da herança, já que nem por meio de testamento poderá ser afastado (a).

Por fim, vale ressaltar que a decisão do STF que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, mesmo omissa com relação a vários aspectos dos direitos sucessórios dos companheiros, apresenta eficácia vinculante, porquanto teve a sua repercussão geral reconhecida, sendo, pois, desnecessária a atuação do Senado Federal para que haja a suspensão da executividade do dispositivo declarado inconstitucional.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo Augusto Napinonga. A Problemática da Sucessão Legítima do Cônjuge e do Companheiro à Luz do Código Civil de 2002. **Revista de Direito**. Minas Gerais: DPD, v. 1, abr. 2011.

AMORIM, Sebastião; LIVEIRA, Euclides de. **Inventários e partilhas**. 15.ed., São Paulo: Leud, 2003.

_____. _____. 22.ed., São Paulo: Leud, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. V.1- Introdução: As Pessoas. Os Bens. 2.ed. Portugal: Coimbra Editora, 2000.

BONETTI, Yelba Nayara Gouveia. Da Necessidade da Igualação da Posição do Companheiro à do Cônjuge no Momento Sucessório. *In*: LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coords.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. **Lei 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o §3º do Art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF, 10 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 11 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Inconstitucionalidade nº 1135354 PB 2009/0160051-5. Quarta Turma. Recorrente: Maria Jaydeth Miranda. Recorrido: Onaldo Lins de Luna – espólio. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em 24 maio 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21120937/arguicao-de-inconstitucionalidade-no-recurso-especial-ai-no-resp-1135354-pb-2009-0160051-5-stj/inteiro-teor-21120938?ref=juris-tabs>> Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.156.744/MG. Recorrente: J.P Espólio. Recorrido: M.A.A. Relator: Min. Março Buzzi, Brasília, DJ 09 out. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22614153/recurso-especial-resp-1156744-mg-2009-0175897-8-stj/inteiro-teor-22614154#>>. Acesso em: 23 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1329993. Quarta Turma. Recorrente: J A L P – ESPÓLIO. Recorrido: M R S N. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 18 mar. 2014. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271329993%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271329993%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271329993%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271329993%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 11 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>. Acesso em: 19 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Arguidos: Governador do Estado do Rio de Janeiro, Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça dos Estados. Brasília, DJ 05 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 23 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646.721/RS. Recorrente: São Martim Souza da Silva. Recorridos: Geni Quintana. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 10 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4100069>>. Acesso em: 23 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 20 mar. 2014. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>.
Acesso em: 23 maio 2018.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO NETO, Inácio Bernardino de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

_____. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro**: da necessidade de alteração do Código Civil. 2005. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. doi:10.11606/T.2.2005.tde-14082008-080512. Acesso em: 27 abr. 2018.

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTALUNGA, Karime. O Direito à Igualdade da Relação Familiar: Uma Proposta de Interpretação do Art.1.790 do Código Civil. **Revista Direito GV**. v. 2, jul./dez. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

DANTAS, Aldemiro Rezende Jr., Concorrência Sucessória do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII, n.29, abr./maio, 2005.

DELGADO, Mário Luiz. Sucessão e União Estável Após o Julgamento do STF. **Revista IBDFAM** (Instituto Brasileiro de Direito de Família). v. 28. agos./set. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. _____. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. _____. 4.ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 12.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

_____. Era Uma Vez. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento**. *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento>>. Acess em: 23 maio 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Processo Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 14.ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. v.6. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

DULTRA, Elder Gomes. A Sucessão do Companheiro: o Verdadeiro Calvário até a sua Declaração de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Nacional de Direito De Família e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 15, nov/dez. 2016.

Enunciado n. 117. Conselho da Justiça Federal, I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/758>>. Acesso em: 11 de maio 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma. v. 48, out./dez. 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. A Família da pós-modernidade: mais que fotografia, possibilidade de convivência. **Portal Ciclo**. 2002. Disponível em:<http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/a_familia_da_pos_modernidade.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDE, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**.v.6. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. _____. v.6. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. **Curso de Direito Civil: Sucessões**, v. 7. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

_____. _____. v.7. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. _____. v.6. 5.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v.7. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. _____. v.7, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed., atual. por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. _____. 12.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. v.7. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

_____. Direito das Sucessões: Introdução. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Concorrência Sucessória no Brasil: O Estado da Arte na Lei, na Doutrina e nos Tribunais. *In*: LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coords.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015.

_____. Ordem de Vocação Hereditária. *In*: HIRONAKA, Giselda (Coord.). **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Direito Sucessório e Constituição: controvérsias e tendências. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Direito de Família e das Sucessões: Temas atuais**. São Paulo: Método, 2009.

_____. **Comentários ao Código Civil**- Parte especial: do Direito das Sucessões (arts. 1.784 a 1.856), coord. Antônio Junqueira de Azevedo, v.20, 2.ed., rev., São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; OLIVEIRA, Euclides de. **Do Direito de Família**. Disponível em: < https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Euclides/Direitofamilia.pdf> . Acesso em: 17 mar. 2018.

Informativo n. 864. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**.3.ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art.5,2, X, da constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 261, set./dez. 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 116.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**.21.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEDEIROS, Mário Vinícius Carneiro. Casamento ou convivência? As consequências de uma escolha perante o Direito Sucessório brasileiro. *In*: LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coords.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL,2015.

MOREIRA, Lígia Carolina Costa. **Sucessão do cônjuge e companheiro: uma abordagem comparativa**.201. Dissertação. Orientador: Profa. Maria Helena Diniz. (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

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

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento n. 536589-9. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Costa Barros. Julgado em 30 mar. 2011. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11085754/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-536589-9>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 17.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito de Família e o Novo Código Civil** (coord. Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias), Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2002.

_____. **STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>>. Acesso em: 22 maio 2018.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

QUINTELA, Felipe. **Repensando o Direito Civil brasileiro: A equiparação da disciplina da sucessão do cônjuge e do companheiro**. Genjurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/05/19/repensando-o-direito-civil-brasileiro-18-equiparac%CC%A7a%CC%83o-da-disciplina-da-sucessa%CC%83o-co%CC%82njuge-e-companheiro/>>. Acesso em: 23 maio 2018.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Nº 00361660920128190001. Décima segunda Câmara Cível. Relator: Mário Guimarães Neto. Julgado em 11 nov. 2014. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152472055/apelacao-apl-361660920128190001-rj-0036166-0920128190001>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento n.70017169335, Oitava Câmara Cível, Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em 08 mar. 2007, Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22+AGRAVO+DE+INSTRUMENTO.+INVENT%3%81RIO.+COMPANHEIRO+SOBREVIVENTE.+DIREITO+%C3%80+TOTALIDADE+DA+HERAN%C3%87A.+PARENTES+COLATERAIS.+EXCLUS%3%83O+DOS+IRM%C3%83OS+DA+SUCCESS%C3%83O%22&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70040781395. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 24 fev. 2011. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22930264/agravo-de-instrumento-ag-70040781395-rs-tjrs/inteiro-teor-111181432?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito das Sucessões**, 6, ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: Direito das Sucessões**. v.7. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. _____. v. 7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Karin Rick. **Reflexões sobre a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade da distinção sucessória do cônjuge e do companheiro**. Colégio Notarial do Brasil. Disponível em: <<http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTQ5NDE=>>>. Acesso em: 21 maio 2018.

SANTOS, Victor Macedo dos (Coords.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0061243-67.2008, Sétima Câmara Cível de Direito Privado. Relator. Élcio Trujillo. Julgado em 07 abr. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

SERGIPE, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Incidente de Inconstitucionalidade n. 2010114780. Tribunal Pleno. Relatora: Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Julgado em 30 mar. 2011. Disponível em: <<https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18724465/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-2010114780-se-tjse>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **O afeto será prejudicado pelo STF**. Estadão. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-afeto-sera-prejudicado-pelo-stf/>>. Acesso em: 22 maio 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. _____. v. 6. 10.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Sucessão do Companheiro: O Polêmico Artigo 1.790 do CC e suas Controvérsias Principais. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister. v. 39, nov./dez. 2010.

_____. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>. Acesso em: 11 maio 2018.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. v.6, Direito das Sucessões, 6. Ed. Revista e atual. São Paulo: Método, 2013.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Novo Código Civil comentado**. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Do Direito das Sucessões. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Testamentos: noções gerais, formas ordinárias, codicilo, formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 5. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Cônjuge e Companheiro Igualdade de Direitos. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.28, agos/set. 2016, p. 6. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/leitor/28>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

WURZEL, Karl George *apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.