

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

MARIA CLARA IGLESIAS GONÇALVES

**A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO
1790 DO CÓDIGO CIVIL E SEUS DESDOBRAMENTOS: A
PROBLEMÁTICA DO NÃO RECONHECIMENTO DO
COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO**

UBERLÂNDIA – MG

2020

MARIA CLARA IGLESIAS GONÇALVES

**A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO
1790 DO CÓDIGO CIVIL E SEUS DESDOBRAMENTOS: A
PROBLEMÁTICA DO NÃO RECONHECIMENTO DO
COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Curso de Direito, da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ma. Carolina Guerra e Souza.

UBERLÂNDIA – MG

2020

MARIA CLARA IGLESIAS GONÇALVES

**A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO
1790 DO CÓDIGO CIVIL E SEUS DESDOBRAMENTOS: A
PROBLEMÁTICA DO NÃO RECONHECIMENTO DO
COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Curso de Direito, da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ma. Carolina Guerra e Souza.

Membros:

Prof.^a Ma. Carolina Guerra e Souza.

Prof.^a Ma. Tharuelssy Resende Henriques

Mestrando Luiz Felipe Borges Silva

UBERLÂNDIA – MG

2020

RESUMO

O presente trabalho objetiva a construção de uma análise crítica da posição do companheiro em âmbito sucessório na contemporaneidade, tratado à luz dos julgamentos dos Recursos Extraordinários nº 646.721/RS e 878.694/MG e do entendimento firmado de que não é admissível hierarquizar o casamento e a união estável. Não obstante a atual conjuntura representar um avanço e transpassar certa sensação de justiça, deve-se ter cautela em sua análise. É que o fim do tratamento discriminatório vivido pelo companheiro em se tratando de sucessões só se daria caso houvesse sua elevação ao grau de herdeiro necessário, tal como é para o cônjuge. Verifica-se, assim, ser manifesta a necessidade de debater o tema e ampliar os direitos conferidos aos conviventes em união de fato, em prol da justiça no ambiente do direito privado.

Palavras-chave: União estável. Sucessão do companheiro. Art. 1.790, CC. Inconstitucionalidade. RE nº 646.721/RS e 878.694/MG. Herdeiro necessário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 NOÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA: AS INSTITUIÇÕES DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL	3
1.1. Da evolução histórica da União Estável.....	4
1.2. O fenômeno da constitucionalização do direito de família como meio de consolidação dos direitos dos companheiros	6
2 DIREITO SUCESSÓRIO - DA LEGALIDADE ÀS CONTROVÉRSIAS	9
2.1. Comparação entre a sucessão do cônjuge e companheiro tal como preceituado pelo legislador de 2002	11
2.2. Cônjuges e companheiros devem ser equiparados?	17
2.3. Da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil	19
2.4. Dos embargos de declaração à decisão que julgou os Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS.....	23
3 COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO: OS IMPACTOS DE SUA NÃO INCLUSÃO NO ROL DO ARTIGO 1.845 PARA FINS SUCESSÓRIOS	27
3.1. Das divergências quanto a posição do companheiro como herdeiro necessário na sucessão.....	28
3.2. Da problemática do julgamento dos embargos declaratórios: divergência doutrinária e insegurança jurídica.....	32
3.3. A atual conjuntura do companheiro em âmbito jurídico e os caminhos futuros para que se efetive a justiça em âmbito sucessório	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

O sistema civil sucessório padece manifestas contradições. Uma legislação engessada e tradicional não mais contempla os anseios de uma sociedade em constante modificação e de inegável pluralidade. Exemplo disso é exatamente o tratamento conferido pelo legislador para disciplinar as diferentes formas de família, tema escolhido para análise no presente estudo.

Neste sentir, verifica-se que a expansão das famílias cria a necessidade de que estas sejam devidamente tuteladas. Já se apresentam como inaceitáveis a permanência de preconceitos, de modo que não há como conferir direitos sucessórios distintos às famílias conviventes em união estável ou ligadas pelo casamento civil tradicional.

É exatamente neste contexto que o presente estudo demonstrará a problemática em se prestigiar a discriminação dos companheiros em relação ao cônjuge e, ao mesmo tempo, esclarecerá que a igual hierarquia entre casamento e união estável não significa, contudo, equiparação plena entre as duas figuras.

Partindo-se de considerações gerais e abarcantes, objetivar-se-á pontuar as questões de maior relevância no sentido contraditório, definindo as limitações legais e constitucionais acerca do instituto da sucessão na união estável, bem como a posição do companheiro como herdeiro. Para tanto, utilizar-se-á, na presente monografia, do método hipotético dedutivo, ou seja, far-se-á o levantamento dos problemas e, posteriormente, a formulação de hipotéticas soluções objetivando a construção de conclusões efetivas.

Pela presente abordagem do assunto ser controversa e nova, onde não se tem uma posição fechada, utilizar-se-á como recurso a pesquisa bibliográfica de diversas fontes que abarcam o assunto. A análise de textos publicados em sites jurídicos se faz imprescindível, bem como a leitura de obras recentes que abordem a temática a fundo. Ademais, e de grande relevância, será a verificação das interpretações jurisprudenciais acerca do tema.

Demonstra-se crucial realizar uma análise da evolução histórico-legal do instituto da união estável, a fim de analisar o atual escopo legislativo a ser utilizado no enfrentamento às aporias supramencionadas.

Demarcadas as principais disposições legais, tratar-se-á do julgamento do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, bem como a tese de repercussão geral firmada. O pronunciamento da Suprema Corte é no sentido de declarar a inconstitucionalidade da diferenciação sucessória entre o companheiro e o cônjuge no que tange ao artigo 1.790 do Código Civil brasileiro, o que vem confirmar a tendência acima apontada.

Até aqui a presente monografia já se justificaria simplesmente por abordar um instituto tão utilizado e, ao mesmo tempo, tão complexo e contemporâneo. Entretanto, a temática a ser debatida é mais densa e abrange os efeitos práticos que tal decisão, por si só, não alcançará.

É que não se entende possível celebrar a não hierarquização entre o casamento e a união estável somente com declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Com o fim de estabelecer a ambos o mesmo regime e os mesmos direitos sucessórios ao companheiro sobrevivente, faz-se mister que este seja elevado ao nível de herdeiro necessário.

1 NOÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA: AS INSTITUIÇÕES DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

O Direito das Famílias, tal como é conhecido hoje, é o ramo do Direito Civil responsável por trazer ao ordenamento jurídico as normas que abrangem a organização e proteção das unidades familiares, bem como os deveres impostos aos seus membros. Ele abarca em si as relações e litígios que envolvem a comunidade familiar em suas mais diversas constituições. Nas palavras da renomada doutrinadora Maria Berenice Dias, expoente no tema:

O novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família [...]. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.¹

A Constituição Federal de 1988 salienta ser a família a base da sociedade, devendo esta ser tutelada de maneira especial pelo Estado brasileiro. É celebrado em seu artigo 226, parágrafo terceiro, 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”.

Desse modo, ainda que evidentemente protegidos ambos os institutos, faz-se mister delimitá-los. O casamento é regido pelo novo Código Civil brasileiro (Livro IV, artigos 1.511 a 1.783) e tem status de entidade familiar. Ele formaliza-se por meio de uma celebração feita por um juiz de paz ou de direito, seguida de emissão de certidão pelo registro civil. Para Flavio Tartuce, é conceituado como “a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”.²

A união estável, a seu turno, é, como define Zeno Veloso em seu artigo “É Namoro ou União Estável?:

A união estável é uma entidade familiar constitucionalmente prevista e protegida, tão digna e respeitável quanto a que decorre do casamento. Seus requisitos são apontados no art. 1.723 do Código Civil, que diz: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Por força de interpretação sistemática e construtiva, o Supremo Tribunal Federal-STF reconheceu a existência de união estável, como entidade familiar, também entre pessoas do mesmo sexo. Como se vê, essa entidade é uma situação de fato, classificada pelo notável Paulo Lôbo (Famílias, Saraiva/SP, 2008, pág. 152) como “ato-fato jurídico”,

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007 p. 41.

² TARTUCE, Flávio – *Direito Civil – Direito das Sucessões*, 10. ed, rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.6, p. 41

que não depende para a sua constituição ou dissolução de formalidades ou solenidades, como o casamento. Destacamos, no citado art. 1.723 do Código Civil, elemento objetivo e elemento subjetivo. A união estável só está configurada com a junção desses elementos.³

Em outras palavras, trata-se de uma situação de fato, também constitucionalmente reconhecida como entidade familiar e que se caracteriza pela relação de duas pessoas com objetivo de constituir família com manifesto caráter duradouro e público. Por dispensar formalidades, a ausência de documentos que a atestem não impedem a sua existência. Ela não altera o estado civil dos conviventes e não há dispositivo legal que imponha período de tempo mínimo para que a união estável se concretize.

Apesar do texto constitucional delimitar ambos os institutos, as flagrantes desigualdades ainda se manifestam na sociedade brasileira, de modo a revelar a igualdade suscitada como mera teoria que não produz efeitos práticos plenos por si só – o que legitima e justifica o presente estudo.

1.1. Da evolução histórica da União Estável

A União Estável tem sua origem no Direito Romano e traz em si manifestações oriundas de suas raízes. Naquele tempo, tal instituto era visto como uma forma de unir-se com status inferior ao casamento e destinada àqueles que dele não poderiam usufruir. A união estável era, então, a forma de relação que cabia aos patrícios e plebeus, impedidos legalmente de contraírem matrimônio entre si.⁴

Na Idade Média, o iminente fortalecimento da Igreja Católica fez formalizar o casamento e desprestigiar o que a época se entendia por concubinato. Condenados e estigmatizados, casais que não eram unidos pelos laços do sacramentado matrimônio eram mal vistos pela sociedade, que estava sob forte influência da igreja cristã.⁵

Tal influência da Igreja Católica se repetiu no Brasil desde os tempos de colônia. Tanto é que o Código Civil de 1916 só reconhecia a instituição do casamento como meio para

³ IBDFAM. É namoro ou união estável? Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/6060/%C3%89+Namoro+ou+Uni%C3%A3o+Est%C3%A1vel%3F>. Acesso em 10 de set. de 2020

⁴ ESPINOSA, Marcelo. Evolução Histórica da União Estável. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf. Acesso em 22 de fev de 2020

⁵ ESPINOSA, Marcelo. Evolução Histórica da União Estável. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf. Acesso em 22 de fev de 2020

constituir família legítima, em detrimento das relações de fato fruto de uniões estáveis. Ao negá-las, entretanto, a lei tentava ignorar as consequências concretas das famílias constituídas sem as formalidades, o que gerou a busca crescente destes companheiros pela via judicial para solução de seus conflitos.

Afirma-se, portanto, que a força jurisprudencial e de leis esparsas foi fundamental para a consolidação da união estável tal como percebemos hoje no País. Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo: “Nesse estado de coisas, foi importante o surgimento de uma legislação extravagante, em defesa do concubinato, e de uma jurisprudência, em evolução constante, nesse mesmo sentido, de caráter jurídico, mas de cunho eminentemente judicial”.⁶

O reconhecimento da União Estável como forma de constituição de família se consolida com a Constituição Federal de 1988 e seu já mencionado artigo 226, § 3º. Seu texto é o responsável por trazer este instituto ao âmbito do direito de família, acolhendo as uniões celebradas sem as formalidades matrimoniais como universalidades de direito.

Por outro lado, é importante destacar que apesar de conferir à união estável o status de entidade familiar, a Constituição Federal não regulamentou o instituto, nem determinou os seus contornos jurídicos, deixando tal tarefa para a legislação ordinária.⁷ Faz-se mister destacar, então, duas legislações de hierarquia infraconstitucional que, posteriores à Constituição cidadã, repercutem seus conceitos e também caminham na esteira do reconhecimento e representação da união estável.

Tal tarefa foi conferida à Lei nº 8.971/94 e à Lei nº 9.278/96. A primeira regula os direitos dos companheiros quanto a alimentos e sucessão. O texto legal apresentou como principal novidade o estabelecimento do prazo de convivência de cinco anos, ou a existência de prole comum, como requisitos para a concessão do direito aos alimentos⁸. Ademais, impôs a possibilidade de seu pedido em caso de necessidade e somente enquanto não fosse constituída nova união.

Posteriormente, veio à tona a segunda legislação a respeito do tema. A Lei nº 9.278/96, a seu turno, regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal e delimita mais características da união estável, levando à conclusão de que tais dispositivos legais teriam o intuito de criar uma espécie de estatuto deste instituto.

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da família de fato. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

⁷ ESPINOSA, Marcelo. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf. Acesso em 22 de fev. de 2020

⁸ ESPINOSA, Marcelo. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf. Acesso em 22 de fev. de 2020

A referida Lei define a união estável como “convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição da família”. Veja aqui que o legislador não estabeleceu um prazo certo ou mínimo para que se dê a existência de união estável, tampouco a vinculou à existência de filhos em comum.

Com o novo século, veio à tona o Código Civil de 2002, em substituição à codificação de 1916, que não mais contemplava os anseios e características da sociedade na época. Resumida a cinco artigos, do artigo 1.723 ao 1.727, a união estável é agora matéria de direito civil, contida, porém, no título de Direito Patrimonial, e não no título de Direito Pessoal, que abarca o casamento e suas particularidades, normas, direitos e obrigações. É o que se tem:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521 ; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.⁹

Com efeito, devido às profundas mudanças sociais, os institutos tradicionais do direito civil também evoluíram em direção a adequabilidade e peculiaridades dos novos paradigmas familiares. Consagraram-se as relações desprovidas de formalidades, tidas como uniões de fato como forma legítima de estabelecimento de entidade familiar.

Aos dispositivos supracitados cabe, no contexto atual, interpretação extensiva de modo a compreender as mais diversas formas de relacionamento existentes, superando dogmáticas ultrapassadas e valorizando o afeto que une os indivíduos. Essa evolução, ainda que a passos lentos, revela-se cada vez mais necessária em uma sociedade plural como a existente na contemporaneidade.

1.2. O fenômeno da constitucionalização do direito de família como meio de consolidação dos direitos dos companheiros

⁹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil

O contexto jurídico pós Constituição Federal de 1988 propiciou o surgimento de um fenômeno compreendido como “constitucionalização do direito civil”. Ele se manifesta a partir da reinterpretação com base em princípios constitucionais básicos previstos na Magna Carta de antigos institutos civilistas, materializados na codificação de 2002. Para a especialista no tema, Maria Berenice Dias¹⁰:

grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Constituição.

Em aspectos de família, rompeu-se com a ideia de sua matrimonialização como único meio de sua formação. Alterando esse conceito basilar, mas manifestamente ultrapassado, concretiza-se, conforme elucida o desembargador Lourival Serejo¹¹ a “sensibilidade que o legislador constituinte teve ao perceber os anseios da sociedade, a evolução das relações sociais e o dinamismo das relações familiares”. Mais uma vez, nas palavras da especialista no tema, Maria Berenice Dias¹²:

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura sem, no entanto, defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no ramo do Direito como no da Sociologia.

A Constituição de 1988 caminhou na linha de consagração de princípios como o da dignidade da pessoa humana e do pluralismo familiar. Esta repersonalização do direito de família prioriza o sentimento que une os indivíduos e a convivência familiar com ânimo de permanência e pertencimento. Deixam de prevalecer formalidades de cerimônias e registros, passando o afeto a ser o elemento determinante.

Nesse sentido, e acompanhando as transformações ocorridas nas famílias e na sociedade com o decorrer do tempo, é que a interpretação do Direito Civil à luz do Direito Constitucional revela-se como maneira sólida de resguardar o cumprimento de direitos de forma efetiva. A proteção estatal surge para as diversas formas de formação familiar, propiciando um ambiente favorável à consolidação da união estável.

Uma vez que sua relação está regulamentada pela codificação civil e protegida pelo texto constitucional, os companheiros passam a ter seus direitos e obrigações reconhecidos.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007 p. 36.

¹¹ SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.31.

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11ª edição. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016. P 54

Coincide com isso o aumento, também, de conflitos solucionados pelo judiciário e de jurisprudências formadas delimitando os limites deste instituto. Decisões oriundas de demandas repetitivas mostram-se, em muitos casos, polêmicas e fomentam estudos sobre esta temática tão atual e cada vez mais explorada.

2 DIREITO SUCESSÓRIO - DA LEGALIDADE ÀS CONTROVÉRSIAS

Por definição, tem-se que sucessão é o ato ou efeito de suceder, significando substituir, passar para alguém algo. Em aspectos jurídicos designa a transferência de direitos e obrigações de uma pessoa para outra, de modo que tais direitos e obrigações agora atribuídos ao novo sujeito são considerados os mesmos daquele sujeito anterior e tratados como se assim fossem. Entende-se, então, que a relação jurídica existente perdura, ainda que a despeito da transferência de titularidade.

O Direito Sucessório, na definição e ensinamentos do ilustre doutrinador Flávio Tartuce, pode ser entendido “como o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido”.¹³

A sistematização e organização deste ramo do Direito revela-se mister, em primeiro plano, pelos preceitos que regem a sociedade brasileira. É assegurado, pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXX, o direito à herança. Coligado com esta garantia está o direito à propriedade, também tutelado pelo artigo 5º do texto constitucional, agora em seu inciso XXII.

A seu turno, o Código Civil de 2002 regula o direito sucessório em quatro títulos que versam a respeito da sucessão em geral, da sucessão legítima, da sucessão testamentária e do inventário e partilha. São delimitados conceitos, as espécies de sucessão e as consequências que dela decorrem.

A morte é a causa do fenômeno sucessório, já que a codificação civil veda a cessão de direitos hereditários antes da morte. O seu efeito jurídico é a abertura da sucessão. Embora coincidam em uma questão cronológica, ambas não se confundem, vez que isto ocorre devido à uma ficção jurídica. Uma vez aberta a sucessão, a herança transmite-se desde então aos herdeiros legítimos e testamentários.

Nos ensinamentos de Flávio Tartuce¹⁴ “Trata-se da consagração da máxima *droit de saisine*, uma das regras fundamentais do Direito das Sucessões, tida por muitos juristas como

¹³ TARTUCE, Flávio – Direito Civil – Direito das Sucessões, 10. ed, rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.6, p.16

¹⁴ TARTUCE, Flávio – Direito Civil – Direito das Sucessões, 10. ed, rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.6, p.20

verdadeiro princípio jurídico sucessório”. A professora Maria Helena Diniz¹⁵ complementa o acima citado, entendendo que:

com o óbito do hereditando, seus herdeiros recebem por efeito direto da lei (son saisis de plein droit), as suas obrigações, a sua propriedade de coisas móveis e imóveis e os seus direitos. Adotado está o princípio da saisine, o direito de saisina, ou da investidura legal na herança, que erradia efeitos jurídicos a partir do óbito do de cujus.

No que tange ao local em que se dará a abertura da sucessão, denota-se que este corresponderá ao último domicílio do falecido, tal como preceitua o artigo 1.785 do Código Civil. Isso ocorre mesmo que o óbito tenha se verificado em local diverso e os seus bens se encontrem em outra localidade. Há que se destacar as exceções trazidas pelo novo Código de Processo Civil em seu artigo 48 para os casos em que o autor da herança não tinha domicílio certo, onde serão competentes os seguintes foros: o de situação dos bens imóveis; havendo imóveis em foros diferentes, qualquer um destes e não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio.

O artigo 1.786 da codificação civil dispõe que “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. A primeira modalidade sucessória é a testamentária, que se dá pela última vontade do de cujus formalizado por ato solene previsto em lei. O testamento é o instrumento pelo qual o autor da herança dispõe de seus bens para depois de sua morte. Leciona Flávio Tartuce¹⁶ que:

(...) pode-se definir o testamento como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência.

A partir dessa construção, deve ficar claro que o testamento pode ter conteúdo não patrimonial, conforme se retira do art. 1.857, § 2.º, do CC/2002 (“São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”).

Em se tratando deste ramo do direito no Brasil, é possível inferir que a sucessão testamentaria não é muito adotada. Ressalta-se, também, que ela comporta diferentes espécies de testamento e que cada uma delas possui uma formalidade a ser seguida. Se descumpridos os moldes legais, o testamento será nulo e ocorrerá a chamada sucessão legítima. Ressalta-se que essa discussão não será aqui aprofundada já que o tema estudado aborda a questão da sucessão legítima, a seguir explicitada.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1264

¹⁶ TARTUCE, Flávio – *Direito Civil – Direito das Sucessões*, 10. ed, rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.6, p.212

A outra forma de sucessão e a mais presente na sociedade brasileira é a sucessão legítima, em razão da força que o ente familiar tem sobre os indivíduos e sobre o Direito sucessório como um todo. Explica o ilustre doutrinador do Direito Civil Carlos Gonçalves¹⁷, em sua obra sobre o Direito das Sucessões:

A sucessão legítima sempre foi a mais difundida no Brasil. A escassez de testamentos entre nós é devida a razões de ordem cultural ou costumeira, bem como ao fato de o legislador brasileiro ter disciplinado muito bem a sucessão ab intestato, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que de cujus elencaria se, na ausência de regras, tivesse de elaborar testamento.

É aquela que decorre da determinação legal e ocorrerá quando inexistir testamento deixado pelo de cujus ou quando, ainda que existente, este for nulo, anulável ou restar operada a caducidade. Se ficar configurada alguma dessas situações, a sucessão seguirá a ordem da vocação hereditária, quer seja por direito próprio ou por representação.

É esta forma de sucessão – a legítima – que será o enfoque do presente estudo, justamente pela problemática da diferenciação de direitos hereditários do companheiro e do cônjuge trazida pela legislação e jurisprudência. Isso porque nessa modalidade de sucessão dos bens a partilha ocorre em razão do vínculo familiar e/ou afetivo e é aí que se manifestam as discriminações entre o tratamento do casamento e da união estável.

Destaca-se, contudo, o regime de bens no caso da união estável, exceto disposto em contrário, é o da comunhão parcial de bens, de modo que a sucessão deveria se dar de forma análoga aos casos em que, no casamento, é adotado esse regime.

2.1. Comparação entre a sucessão do cônjuge e companheiro tal como preceituado pelo legislador de 2002

Antes de adentrar na comparação entre os regimes de casamento e da união estável em âmbito sucessório, faz-se mister destacar que tal situação de fato só se tornou possível em razão da mudança do ideal de família. Foi por meio da compreensão a respeito da necessidade de se tutelar as mais diversas formas de união entre os indivíduos é que a união estável conquistou seu espaço. Nas palavras de Gustavo Tepedino¹⁸:

durante muito tempo o estigma do adultério e a proteção ao casamento como única forma de constituição da família fez com que se considerasse o concubinato estranho ao direito, insuscetível de produzir efeitos jurídicos” .22 Tais relações afetivas, no entanto, produziam consequências fáticas e as inúmeras pessoas que viviam em concubinato passavam a reclamar (ou melhor, passavam a precisar de) proteção

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p.30

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.327.

jurídica e, assim, buscaram o reconhecimento de seus direitos junto ao Poder Judiciário, exigindo, dessa maneira, manifestação jurisprudencial. Provocadas as Cortes, o Supremo Tribunal Federal (que, naquela época, antes da Constituição Federal de 1988, detinha competência para tanto), então, cumprindo um papel visivelmente construtivo, editou duas súmulas reconhecendo algum tipo de proteção às pessoas que viviam concubinariamente, fora do matrimônio. A Súmula 380 dispõe: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” .²³ A outro giro, a Súmula 382, por seu turno, reza: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”

Daí porque a Constituição Federal de 1988 caminhou no sentido de assegurar os direitos daqueles que elegeram a União Estável como sua maneira de formação de família. Para Francisco Eduardo Orciole Pires e Albuquerque Pizzolante, ela se revela como “meio legítimo de constituição de entidade familiar, havida, nos termos estudados, por aqueles que não tenham impedimentos referentes à sua união, com efeito de constituição de família”.¹⁹

A legislação civil, a seu modo, delimita as regras para a sucessão nestes dois meios de constituição de família: o casamento e a união estável. No matrimônio, o quinhão sucessório do cônjuge varia de acordo com o regime que era estabelecido entre as partes. O comparativo nesta monografia será entre o a comunhão parcial de bens, regime legal supletivo no ordenamento jurídico brasileiro, e a união estável.

Em se tratando da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não herda, mas é meeiro. Isso significa que, ressalvados os bens particulares, ele tem direito 50% (cinquenta por cento) da propriedade comum do casal, por meação, tal como preceituam os artigos 1.658 e seguintes do CC/2002. Há que se destacar que os artigos que versam sobre a forma e os direitos da sucessão do cônjuge estão acertadamente colocados no capítulo referente à vocação hereditária.

Já no que tange à união estável, o Código Civil de 2002 reconhece este instituto, mas traz, em sua redação original, a sucessão do companheiro supérstite em seu artigo 1.790, que está inserido nas disposições gerais do título de direito sucessório. Veja-se o artigo 1.790, do Código Civil de 2002:

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;

¹⁹ Pizzolante, Francisco Eduardo Orciole Pires e Albuquerque. União Estável no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Atlas, 1999. p.150.

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

Veja-se que, nesse caso, o artigo definiu uma forma diversa da sucessão em caso de ocorrência da união estável, na qual a situação do companheiro depende daquele com quem concorre em relação aos bens. Assim, nos termos do seu inc. I, se o companheiro concorrer com filhos comuns (de ambos), terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Por outra via, se concorrer com descendentes só do autor da herança (descendentes exclusivos), tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; e, por fim, apenas quando não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O fato de a sucessão do companheiro se restringir a um singelo artigo já demonstra o tradicionalismo e conservadorismo dos quais se valeu o legislador quando da elaboração da norma. Alocá-lo em separado daqueles concernentes ao cônjuge também é manifestação deste receio em consolidar os avanços sociais. Argumenta Giselda Hironaka²⁰, diretora nacional do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família):

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

Para se ter uma ideia, a interpretação literal do dispositivo fazia com que em um caso hipotético de sucessão em que o *de cujus* tivesse vivido em união estável, mas deixasse como herdeiro um primo, este teria mais direitos à herança que o companheiro sobrevivente. Deixasse de lado a participação do companheiro e sua relação de extrema proximidade em prol de laços de sangue por vezes distantes. Era assim que se manifestavam os tribunais:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. DIFERENÇA DE TRATO LEGISLATIVO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRECEITOS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1. Comporta decisão monocrática o recurso que versa sobre matéria já pacificada no Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 557 do CPC. 2. O art. 226 da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento civil, apenas admitiu-lhe a dignidade de constituir entidade familiar, para o fim de merecer especial proteção do Estado, mas com a expressa recomendação de que seja facilitada a sua conversão em casamento. 3. Tratando-se

²⁰ TARTUCE, Flávio. STF entende que art. 1.790 do CC é inconstitucional. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/380114976/stf-entende-que-art-1790-do-cc-e-inconstitucional>. Acesso em 19 de fev de 2020.

de institutos jurídicos distintos, é juridicamente cabível que a união estável tenha disciplina sucessória distinta do casamento e, aliás, é isso o que ocorre, também, com o próprio casamento, considerando-se que as diversas possibilidades de escolha do regime matrimonial de bens também ensejam seqüelas jurídicas distintas. 4. O legislador civil tratou de acatar a liberdade de escolha das pessoas, cada qual podendo escolher o rumo da sua própria vida, isto é, podendo ficar solteira ou constituir família, e, pretendendo constituir uma família, a pessoa pode manter uma união estável ou casar, e, casando ou mantendo união estável, a pessoa pode escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. Mas cada escolha evidentemente gera suas próprias seqüelas jurídicas, produzindo efeitos, também, no plano sucessório, pois pode se submeter à sucessão legal ou optar por fazer uma deixa testamentária. 5. A companheira concorre com os colaterais à herança, na ausência de ascendentes e descendentes. Recurso desprovido. (Agravo, Nº 70062383807, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 26-11-2014)[0]²¹

A legislação perpetuava a discriminação em âmbito sucessório, restringindo o alcance de participação do companheiro na herança e colocando-o em patamar inferior ao de outros membros da família do falecido. Mais uma vez ensina Carlos Roberto Gonçalves²²:

O art. 1.790 do Código Civil, inexplicavelmente alocado nas disposições gerais do título referente ao direito das sucessões, e não no capítulo da vocação hereditária, preceitua que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, sem receber, no entanto, o mesmo tratamento do cônjuge sobrevivente, que tem maior participação na herança e foi incluído no rol dos herdeiros necessários, ao lado dos descendentes e ascendentes.

Isso se dá pelo fato de que o companheiro não faz parte do rol de herdeiros exposto pelo artigo 1829 do CC que trata da sucessão legítima. Em que pese tal tratamento seja dificilmente justificáveis nos parâmetros atuais, sua redação parece decorrer do fato de que o Código Civil, ainda tenha sua vigência a partir de 2003, tem sua redação datada ainda dos anos 70 – aliás, período pré-Constituição Federal de 1988. Naquele tempo, não se via nem reconhecia os costumes e a pluralidade de famílias da contemporaneidade. É a redação do supramencionado artigo:

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.

²¹ TJRS. Agravo, Nº 70062383807. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 26-11-2014. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 20 de fev de 2020

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p.30

Como acima exposto, pelo CC/2002, o companheiro não faz parte da ordem de vocação hereditária, ou seja, ele não será chamado a suceder o de cujus, recebendo o patrimônio por este deixado. Quer dizer que não há como se falar em tratamento igualitário entre o casamento e a união estável, uma vez que o cônjuge sobrevivente está inserido no inciso I da ordem de recebimento da herança e o convivente nem se encontra em tal lista.

Quando se fala em sucessão do cônjuge, ou seja, o recebimento de patrimônio pela pessoa casada com aquele que veio a falecer, a realidade traçada pela legislação é bem distinta. Além da prioridade na ordem de vocação hereditária já suscitada, o cônjuge supérstite faz parte do chamado “rol de herdeiros legítimos necessários” – tema este que será de relevante importância na orientação do presente estudo. Tal denominação abarca o cônjuge, os descendentes e os ascendentes.

Na prática do procedimento do inventário, é delimitado que estas três classes de herdeiros têm direito ao mínimo de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio deixado. Tal quinhão se justifica pelo fato de o legislador os entender como mais próximos do falecido em âmbito familiar. É o que traz a lei:

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

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

Aos herdeiros necessários é conferida proteção especial, não podendo ser afastados da sucessão. Esta é a regra constante do artigo 1846 CC/02, excetuada apenas para os casos de indignidade e deserção, regulados pelos artigos 1814 e seguintes e 1961 e seguintes, todos também do Código Civil de 2002.

Aos herdeiros que porventura não se encaixem nesta classificação, cabe a inclusão no chamado “rol de herdeiros legítimos facultativos”. São aqueles chamados a herdar quando se atesta a ausência dos herdeiros necessários e fazem parte deste grupo os parentes colaterais até o quarto grau, quais sejam os irmãos, primos, sobrinhos, tios, tios-avós e sobrinhos-netos. Percebe-se que o companheiro também não faz parte desta lista, pressupondo que, para a codificação civil, não é um herdeiro dos bens deixados pelo seu convivente.

Em linhas gerais, o art. 1790 CC/02, estabelece que resta ao companheiro supérstite somente um terço da herança quando concorre com colaterais. Na contramão, o cônjuge, porém, prefere aos parentes colaterais e é herdeiro necessário. O supramencionado artigo ainda servia de fundamento para restringir o direito do companheiro aos bens adquiridos

onerosamente da constância na união, nada tendo direito aos bens particulares²³. É um exemplo em âmbito jurisprudencial:

Não há omissão no julgado que restringe o direito sucessório do companheiro aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável. O silêncio do art. 1.790 do Código Civil a respeito dos bens adquiridos a título gratuito e aos bens adquiridos a título oneroso antes da união significa que o legislador excluiu o companheiro do direito à sucessão quanto a eles, não havendo, portanto, omissão no acórdão ao não mencioná-los. 2. A companheira, quando concorrendo com filhos exclusivos do falecido, tem direito à metade do que lhes foi atribuído quanto aos bens adquiridos a título oneroso durante a convivência. Essa é a disposição expressa do art. 1.790, *caput* e inciso I, do Código Civil, norma especial, não sendo aplicável a regra do art. 1.832 do mesmo diploma, previsto para os cônjuges. 3. Sendo a fixação dos honorários questão de ordem pública, pode ser apreciada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. 4. O fato de o sucumbente ser beneficiário da justiça gratuita não impede sua condenação em honorários, ficando essa obrigação suspensa enquanto perdurar a situação de pobreza” (TJPB, Embargos de Declaração 0798174-68.2007.815.0000, 2.^a Câmara Especializada Cível, Rel. Juiz Conv. João Batista Barbosa, *DJPB* 09.10.2013, p. 15).

É a concretização do tratamento desigual daqueles unidos pelo casamento e pela união estável. Ainda que o constituinte não estabelecesse tal hierarquização e mesmo frente aos avanços trazidos pela codificação civil de 2002 se comparada ao mesmo dispositivo de 1916, a diferenciação entre os institutos tornou-se insustentável.

Apesar de dispensar das formalidades conferidas ao tradicional casamento, a forma de estabelecimento familiar pela união estável não pode ter sua delimitação negligenciada. Incurrir-se-ia, então, em grave erro de perspectiva, ao percebê-la não como entidade familiar diversa, mas como inferior ao casamento. É o que analisa Maria Berenice Dias²⁴:

Diante do atual conceito de família — “vínculo de afeto que gera responsabilidades” —, os direitos e os deveres são os mesmos. Quer o par resolva casar ou viver em união estável. Quem decide constituir uma família assume os mesmos e iguais encargos. É indiferente se forem ao registro civil ou ao tabelionato, ou simplesmente tenham o propósito de viverem juntos. A pessoa é livre para permanecer sozinha ou ter alguém para chamar de seu. Ao optar por uma vida a dois, as consequências de ordem patrimonial e sucessória precisam ser iguais. Se toda a forma de amor vale a pena, deve gerar as mesmas e iguais consequências.

Ao compreender o Direito de Família e o Direito das Sucessões no Brasil sob a ótica das regras da Constituição Federal de 1988, percebe-se que existe uma linha de tratamento

²³ DE ANDRADE, Raissa Nacer Oliveira. Efeitos sucessórios decorrentes da união estável, após o julgamento do RE 878.694 no STF. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66477/efeitos-sucessorios-decorrentes-da-uniao-estavel-apos-o-julgamento-do-re-878-694-no-stf/2>. Acesso em 16 de fev de 2020

²⁴ DIAS, Maria Berenice. Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento. Acesso em 15/02/2020

igualitário para o casamento e a união estável, devendo-se combater e modificar dispositivos que promovam o tratamento do companheiro de modo desfavorecido se comparado com o conferido ao cônjuge. Mais uma vez esclarece Maria Berenice Dias²⁵:

A Constituição Federal concede a mesma e igual proteção à família, independentemente da sua formação: se por meio do casamento ou da união estável. A simples recomendação — aliás, para lá de inútil — de ser facilitada a conversão da união estável em casamento não hierarquiza os dois institutos. Não coloca o casamento como modelo. Ainda assim, de modo para lá de desarrazoado, a lei insiste em deferir-lhes tratamento distinto. Principalmente em sede de direito sucessório.

A diferenciação apontada era expressa, mas ao mesmo tempo velada. O Código Civil de 2002 avança ao reconhecer a união estável como maneira legítima de formação de família, em consonância com o trazido pelo texto constitucional, mas evidentemente negligenciou a tutela deste instituto em comparação ao casamento civil.

De um lado, a codificação oferece amparo jurídico aos companheiros, porém, no diametralmente oposto, tira destes qualquer aspiração em ter sua forma de convivência tão protegida quanto a mais tradicional. Dentro dos anseios em não perceber um registro como mais importante que toda uma situação de fato, é que a inconstitucionalidade do artigo 1.790 foi suscitada.

2.2. Cônjuges e companheiros devem ser equiparados?

Ainda que manifestamente distintas as características definidoras do casamento e da união estável, o objetivo de ambos os institutos é o mesmo: constituição de um núcleo familiar. As regras presentes nas legislações a respeito do tema invocam regimes sucessórios com diferenças substanciais, fazendo com que os companheiros, representantes de uma nova ordem de família em ascensão, viessem a questionar tal disparidade.

O aumento das demandas judiciais, aliado aos estudos aprofundados sobre princípios e conceitos basilares do Direito de Família e Sucessões, trouxe à tona duas vertentes a respeito deste tema tão polêmico. De lados verdadeiramente opostos, ambas têm o mesmo intuito, qual seja responder a pergunta: afinal, cônjuge e companheiro devem ser equiparados em âmbito sucessório?

²⁵ DIAS, Maria Berenice. Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento. Acesso em 15 de fev de 2020

De um lado, estão aqueles que não veem razão para a equiparação de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro, já que manifestamente distintos os institutos que os legitimam. Se os legisladores civil e constitucional optaram por delimitar de modo diverso os direitos a eles conferidos, igualá-los seria o mesmo que negar as características que os constituem.

A não hierarquização do casamento e da união estável resultaria em uma conversão forçada do segundo no primeiro, o que evidentemente não é o intuito do Direito Civil brasileiro. Caso fosse, a Constituição Federal não facilitaria a conversão da união estável em casamento. Desse modo, inadmissível a intervenção estatal de modo tão intensivo na liberdade dos indivíduos em eleger a forma de constituição de família que mais se adequa à realidade do casal.

É bastante salutar e importante notar – como será visto mais à frente – que os defensores da diferenciação entre os institutos geralmente baseiam-se no fato de que deve ser assegurada a liberdade de as pessoas escolherem a forma de como querem viver e, por isso, o ordenamento jurídico brasileiro permitiria tal liberdade – ao conceder tratamento diferenciado aos institutos. Assim, aponta Xavier²⁶:

Exerce-se uma opção de vida dentre aquelas que são possíveis no âmbito de nosso ordenamento jurídico. Ninguém é obrigado a viver em união estável ou a casar. Ao realizar a escolha, está o casal vinculado às suas conseqüências. Por exemplo, se deseja um estatuto sucessório mais favorável em determinada situação de fato, deverá sopesar qual a forma de organização familiar que melhor atende às suas necessidades: a união estável ou o casamento²³¹. Optando por viver em união estável, deverá estar ciente de que alguns direitos não lhe serão atribuídos, como o direito real de habitação sobre a residência do casal ou o de herdar os bens particulares do falecido, caso haja descendentes.

A autora defende em seu trabalho a natureza contratual do casamento, sendo que o principal requisito para a sua formação é a manifestação expressa do consentimento, sem o qual não se pode nem ao menos falar em matrimônio. Por outro lado, entende que no caso da união estável, não haveria um momento específico em que se verifique a existência de declaração de vontade que possa certificar o início da convivência *more uxorio*. Assim, inexistindo uma declaração de vontade expressa e qualificada, a união estável não poderia ser tratada como um casamento. Conclui, destarte que em função dessa diferença nas características estruturais dos institutos não seria aceitável pretender aplicar às uniões estáveis

²⁶ XAVIER, Fernanda Dias. União estável e casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília : TJDFT, 2015. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/uniao-estavel-e-casamento. Acesso em 21 jul.2020.

o mesmo regime jurídico do casamento, eis que os envolvidos não externaram consentimento para tanto.

É uma abordagem interessante, fundada em preceitos liberais. Porém, conforme afirma Maria Berenice Dias²⁷:

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

Ademais, os defensores da equiparação, fundam-se, basilarmente, no texto constitucional, mais especificamente em seu artigo 226, § 3º, já mencionado no presente trabalho. Se a Carta Magna do Direito Brasileiro reconhece a união estável como forma de constituição de família a ser tutelada pelo Estado, inconstitucional será a lei a ela hierarquicamente inferior – como o Código Civil – que dispuser de maneira contrária, inferiorizando tal instituto.

Veja bem, a sucessão fundamenta-se nos laços que unem os indivíduos para que deem continuidade ao seu patrimônio e/ou na vontade do de cujus em testar os bens que adquiriu em vida para determinadas pessoas. Percebe-se que suceder decorre de laços de afeto, que aproximam, fazendo com que a lei entenda que aqueles emocionalmente ligados ao falecido, membros de sua família em vida, tenham direito a perceber a herança deixada.

Isso demonstra que o cônjuge supérstite não herda porque sua união com o de cujus foi formalizada em cartório e revestida de todas as formalidades que o casamento impõe. Seu direito sucessório funda-se no afeto e constituição de família, características também percebidas na união estável. Daí porque não parece razoável que o companheiro seja colocado em patamar inferior, usufruindo de menos direitos simplesmente pelo fato de que sua família se pauta na informalidade e dispensa de registros burocráticos.

2.3. Da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

Com a legislação de 2002 em vigência, ficou manifesta a diferenciação entre o tratamento conferido às famílias unidas pelo casamento e pela união estável, respectivamente no artigo 1.829 e 1.790. Os dispositivos estão alocados em títulos diversos, o que já implica

²⁷ DIAS, Maria Berenice. Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento>. Acesso em 21 jul.2020.

por si só na concepção de ambos como formas hierarquizadas de constituição do núcleo familiar.

Esta conjuntura na qual companheiros têm direitos sucessórios inferiores aos conferidos aos cônjuges faz surgir uma hierarquização das entidades familiares que afronta o texto constitucional no que tange à união estável pelo artigo 226, §3º, bem como princípios gerais da igualdade e dignidade da pessoa humana, liberdade e não discriminação, todos expressos em seu artigo 5º.

A medida que a sociedade se desenvolve para ser cada vez mais acolhedora das pluralidades e que as mais variadas formas de família foram se consolidando no cenário atual, multiplicaram demandas no judiciário brasileiro questionando o tratamento tão díspar entre a união de fato e aquela materializada por uma certidão de cartório.

Observando tal movimento e com base nos princípios que regem o bom direito, muitos doutrinadores também publicaram estudos expondo seu apoio à equiparação da união estável ao casamento e para fins sucessórios. Flavio Tartuce, Maria Berenice Dias, Zeno Veloso, Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias são exemplos de expoentes do ramo do Direito Civil que fazem parte deste grupo.

É nesta esteira que, em 31 de agosto de 2016, o Supremo Tribunal Federal começou a julgar, em sede de repercussão geral, a controvérsia da constitucionalidade ou não do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Desde o princípio, a inconstitucionalidade suscitada e a necessidade de equiparação da união estável ao casamento para os fins sucessórios já contava com sete votos (Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, e o próprio ministro relator Luís Roberto Barroso).

O Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos, não encerrando o julgamento. O ministro Marco Aurélio também pediu novas vistas, unindo a apreciação do recurso extraordinário 646.721/RS. O referido julgado trazia matéria idêntica, mas versava sobre a sucessão de um companheiro homoafetivo. Pois bem, frente à já existente decisão do próprio STF, em sede da ADPF 132/RJ, que reconheceu a união homoafetiva e conferiu tratamento igualitário em relação a União Estável, não haveria óbice para que o julgamento atual ampliasse seu alcance e também abarcasse os casais homoafetivos.

Ambos os supramencionados, somados a Ricardo Lewandowski, votaram pela constitucionalidade do dispositivo do Código Civil sob o argumento de que o artigo 226, §3º não equiparou a união estável ao casamento, já que traz que facilitar-se-á a conversão do primeiro no segundo.

O Supremo Tribunal Federal (STF), então, com relatoria conferida ao Ministro Luís Roberto Barroso (Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG), lançou a seguinte tese de repercussão geral: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.”²⁸

Esta é a ementa do julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS, publicada em novembro de 2017:

Ementa: 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 n°s 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”. (grifos nossos)

Ressalta-se que, em prol da segurança jurídica, firmou-se ainda que o entendimento sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil não possui efeitos retroativos, de modo que “deve ser aplicado apenas aos inventários judiciais em que a sentença de partilha não tenha transitado em julgado e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública”.²⁹

²⁸ STF. Notícias STF. Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>. Acesso em 15 de fev de 2020.

²⁹ DE ANDRADE, Raissa Nacer Oliveira. Efeitos sucessórios decorrentes da união estável, após o julgamento do RE 878.694 no STF. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66477/efeitos-sucessorios-decorrentes-da-uniao-estavel-apos-o-julgamento-do-re-878-694-no-stf/2>. Acesso em 16 de fev de 2020.

A título ilustrativo, as palavras da Ministra Rosa Weber³⁰ sintetizam o intuito, bem como o fundamento da tese proferida pela Suprema Corte:

No caso da proteção às famílias, a Constituição Federal adotou tratamento protetivo igualitário, albergando todas as modalidades mencionadas sob o manto protetor do reconhecimento formal e substancial. Não se admite, portanto, diferenciação discriminatória, se a própria Lei Fundamental não abraça tipologias de famílias preferenciais ou de primeira e/ou segunda ordem, consagrando isto sim verdadeiro direito fundamental de tratamento familiar igualitário.

A decisão também impactou os institutos que defendem e analisam o direito de família no Brasil, como o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Essa associação civil com atuações no Judiciário, Executivo, Legislativo e imprensa visa fomentar estudos e debates sobre as relações de família e sucessões. Na opinião de Ana Luiza Maia Nevares, vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Família do IBDFAM:

Ao meu ver, a decisão do Supremo está correta. É inconstitucional tratar cônjuge e companheiro de forma desigual na sucessão hereditária. Isso não significa dizer que se tratam de institutos idênticos, pois união estável e casamento não são institutos iguais. Mas nos aspectos que se relacionam na solidariedade familiar, ou seja, nas esferas que tem como fundamento a família, não pode haver distinção entre cônjuge e companheiro.³¹

Da tese firmada em sede de repercussão geral se extrai que para as mais diversas sucessões em andamento em varas de família e sucessões ou em cartórios de notas em que o de cujus vivesse em união estável aplicar-se-ão as regras previstas no art. 1.829 do CC, em similitude com os cônjuges. Há de se destacar que, em decorrência da junção do julgamento do recurso extraordinário 646.721/RS a nova ordem jurídica é válida para as uniões homoafetivas.

Da interpretação literal do artigo 1.829 da codificação civil, a ordem de vocação hereditária para a sucessão legítima contemplará, em primeiro os descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro, na nova modalidade imposta pelo STF. Caso essa situação fática não se concretize, tem-se, em segundo lugar, aos ascendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro.

³⁰ STF RE 878.694/MG. Plenário. RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO. p. 67. Publicado em 10 de maio de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>. Acesso em 18 de fev de 2020.

³¹ Assessoria de Comunicação do IBDFAM. IBDFAM protocolou no STF embargos de declaração sobre concorrência sucessória cônjuge-companheiro. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6540/IBDFAM+protocolou+no+STF+embargos+de+declara%C3%A7%C3%A3o+sobre+concorr%C3%Aancia+sucess%C3%B3ria+c%C3%B4njuge-companheiro>. Acesso em 17 de fev de 2020.

Na ausência de ascendentes e descendentes, será chamado à sucessão, em caráter de exclusividade, o cônjuge ou companheiro. Por fim, de modo residual, não tendo o falecido deixado nenhum destes herdeiros elencados nos incisos anteriores do artigo 1.829 CC/02, a sucessão legítima se dará aos colaterais.

Apesar da grande conquista que a decisão do Supremo Tribunal Federal significou na luta pela garantia dos direitos daqueles unidos de fato, mas não em cartório, ela por si só não se basta, tampouco é esclarecedora quanto aos efeitos práticos que produzirá. Pois bem, a decisão é contrária à hierarquização do casamento e união estável. A sucessão para os cônjuges não se restringe ao artigo 1.829 do CC/02, mas a tese em repercussão geral sim, gerando dúvidas a respeito de sua abrangência.

2.4. Dos embargos de declaração à decisão que julgou os Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS

Diante da existência de pontos que geraram polêmica na decisão do STF quando do julgamento dos REs é que tanto o IBDFAM quanto a ADFAS (Associação de Direito das Famílias e Sucessões), opuseram embargos declaratórios visando esclarecimentos. Um dos pontos controvertidos é se o companheiro é herdeiro necessário na sucessão hereditária, conforme prevê o artigo 1.845 do CC/2002.³²

O que se requereu em sede de embargos de declaração foi a elucidação a respeito do alcance pretendido pela Suprema Corte ao firmar a tese de repercussão geral. O intuito era que se delimitasse quais artigos referentes ao regime sucessório do cônjuge ligado pelo matrimônio devem ser aplicados ao companheiro que estabeleceu união estável, conseguindo, então, identificar ao certo a abrangência da referida decisão.

Por óbvio, devido ao maior impacto social e pessoal que tal modulação de efeitos traria, é que o enfoque recursal gira em torno do artigo 1.845 do Código Civil. Esta é a atual redação do dispositivo, sem interpretações extensivas: são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Os herdeiros necessários são aqueles com direito à parte legítima da herança. Isso significa que 50% (cinquenta por cento) da totalidade dos bens do de cujus a serem testados são reservados a essa classificação de herdeiros. O cálculo da parte legítima é realizado no

³² Assessoria de Comunicação do IBDFAM. IBDFAM protocolou no STF embargos de declaração sobre concorrência sucessória cônjuge-companheiro. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6540/IBDFAM+protocolou+no+STF+embargos+de+declara%C3%A7%C3%A3o+sobre+concorr%C3%Aancia+sucess%C3%B3ria+c%C3%B4njuge-companheiro>. Acesso em 17 de fev de 2020.

momento de abertura da sucessão. Este percentual é calculado sobre a herança líquida, ou seja, após a quitação das dívidas e as despesas com o funeral.³³

Importante destacar também que, para fins de sucessão testamentária, o herdeiro necessário beneficiado pelo de cujus testador com o recebimento da parte disponível da herança, ou até mesmo de algum legado em particular, não perde o direito à legítima. Em outras palavras, o Código Civil de 2002 legitima que uma pessoa seja herdeira testamentária e legítima ao mesmo tempo, com fulcro na coexistência dos regimes sucessórios legitimada pelo artigo 1.849 do CC/2002.

O companheiro, como herdeiro necessário, teria este, entre outros direitos. É o regime sucessório atual do cônjuge e, frente ao reconhecimento da inconstitucionalidade da diferenciação entre casamento e união estável, latente a necessidade de insurgir tal questionamento, bem como fez o IBDFAM. Elucida sua vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Família, Ana Luiza Maia Nevares³⁴:

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

Ocorre que, contrariando as expectativas de muitos estudiosos do ramo do Direito das Sucessões, o Tribunal rejeitou os embargos de declaração. A decisão se deu por unanimidade, nos termos do voto do ministro relator Luís Roberto Barroso, que entendeu que “a repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos”.³⁵

A decisão em sede de julgamento de embargos declaratórios divide opiniões inclusive dentro do próprio IBDFAM, levando os estudiosos do direito sucessório a interpretar as consequências desta de modo distinto. A supracitada Ana Luiza Maia Nevares, vice-presidente

³³ NORMAS LEGAIS. HERDEIROS NECESSÁRIOS. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/guia/clientes/herdeiros-necessarios.htm>. Acesso em 18 de fev de 2020.

³⁴ Assessoria de Comunicação do IBDFAM. IBDFAM protocolou no STF embargos de declaração sobre concorrência sucessória cônjuge-companheiro. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6540/IBDFAM+protocolou+no+STF+embargos+de+declara%C3%A7%C3%A3o+sobre+concorr%C3%Aancia+sucess%C3%B3ria+c%C3%B4njuge-companheiro>. Acesso em 18 de fev de 2020.

³⁵ TARTUCE, Flávio. Julgado do STF nos embargos de declaração sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/648398909/julgado-do-stf-nos-embargos-de-declaracao-sobre-a-inconstitucionalidade-do-art-1790-do-codigo-civil>. Acesso em 18 de fev. de 2020.

da Comissão de Estudos Constitucionais da Família enxerga que, ainda que o *decisium* tenha indeferido os embargos declaratórios opostos, o companheiro é sim um herdeiro necessário.

Para mim, a *ratio decidendi*, a razão de decidir do Supremo, foi muito clara: na sucessão hereditária, ambos são tratados de forma igual, se o cônjuge é herdeiro necessário o companheiro também deve ser. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou no sentido de que a repercussão geral estabelecida pelo STF leva, necessariamente, a posição do companheiro como herdeiro necessário. Mas é verdade que essa manifestação ainda não se deu em sede de uma decisão vinculante, pode ser que o STJ mude a sua posição. Eu penso que a razão de decidir da repercussão geral foi a igualdade plena de direitos sucessórios entre cônjuge e companheiro, eu já tenho uma posição da corte superior a respeito da legislação infraconstitucional, já tenho uma posição do STJ no sentido de que o companheiro é herdeiro necessário, então, apesar da decisão do STF nos embargos, a posição que prevalece é a de que o companheiro é herdeiro necessário. Evidentemente, o debate está na mesa e seria muito importante que a gente tivesse uma decisão que resolvesse de uma vez essa questão.³⁶

Também contrário à hierarquização entre o casamento e a união estável se posiciona Flávio Tartuce, renomado doutrinador civil brasileiro. O diretor nacional do IBDFAM, acompanha esta tese, mas tem uma visão um pouco mais contida a respeito do cenário atual de decisões do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Na minha visão, predomina a resposta positiva na doutrina. Ademais, existem julgados do STJ na mesma linha. Porém, para que haja uma pacificação do tema e nos termos do art. 927 do CPC/2015, a questão precisa ser solucionada pela Segunda Seção do STJ ou pelo próprio STF em outro julgamento.³⁷

Apesar de dominante, esta não é a única posição a respeito do tema. Atual e controversa, a equiparação do companheiro ao cônjuge para fins sucessórios é cada vez mais alvo de debates. É exemplo disto o posicionamento do advogado Mário Luiz Delgado, presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, que é contrário à equiparação entre união estável e casamento:

Mesmo após a decisão do STF, não cabe a aplicação do art. 1.845, com elevação do companheiro sobrevivente ao status de herdeiro necessário. Primeiro porque ser herdeiro necessário decorre do preenchimento das formalidades próprias do casamento, dispondo a lei, de forma explícita, que somente quem possua o estado civil de ‘casado’ portará o título de sucessor legítimo, ostentando a qualificadora restritiva da liberdade testamentária. Segundo porque o art. 1.845 é nítida norma restritiva de direitos, pois institui restrição ao livre exercício da autonomia privada e, conforme as regras ancestrais de hermenêutica, não se pode dar interpretação ampliativa à norma restritiva. O rol do art. 1.845, portanto, é taxativo. Da mesma forma que só a lei pode

³⁶ TARTUCE, Flávio. STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora? Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047>. Acesso em 19 de fev de 2020.

³⁷ TARTUCE, Flávio. STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora? Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047>. Acesso em 19 de fev de 2020.

retirar qualquer herdeiro daquele elenco, somente a lei pode ampliar o seu conteúdo, não sendo permitido ao intérprete fazê-lo.³⁸

Ora, observa-se que os itens supracitados demonstram a polêmica a respeito do tema e fomentam o debate e a reflexão sobre a posição do companheiro e as mudanças trazidas para a realidade fática, social, patrimonial e jurídica. Destarte, a atual conjuntura alhures exposta será explorada à fundo no capítulo seguinte deste trabalho, alinhando as teses às problemáticas e incertezas decorrentes da decisão do STF.

³⁸ Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate. IBDFAM, 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6813>. Acesso em 20 de maio de 2019.

3 COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO: OS IMPACTOS DE SUA NÃO INCLUSÃO NO ROL DO ARTIGO 1.845 PARA FINS SUCESSÓRIOS

Em linhas gerais da decisão jurisprudencial, com efeito vinculante, foi definido que a ordem constitucional e social vigente é incompatível com a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros. Isso significa que o julgamento do Supremo Tribunal Federal delimitou ser inconstitucional diferenciar as famílias constituídas por conviventes em união estável daquelas legalmente unidas pelo matrimônio.

Entendeu-se que hierarquizar o casamento em detrimento da união de fato seria o mesmo que sobrepujar as formalidades da celebração de um em detrimento do sentimento de pertencimento e formação de família que é comum a ambos. Além disso, tal forma de distinção contrariaria os preceitos legais e principiológicos que regem o Direito Civil, em especial o direito sucessório. Em seu voto, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso sintetiza a ilegitimidade da desequiparação dos meios de formação de família:

Percebe-se assim que, nesse aspecto, o Código Civil de 2002 foi anacrônico e representou um retrocesso vedado pela Constituição na proteção legal das famílias constituídas por união estável. O regime sucessório da união estável traçado pelo CC/2002 ignorou as grandes transformações promovidas pela CF/1988, que funcionalizou a família em favor do indivíduo, e, assim, jogou por terra a evolução legislativa infraconstitucional, que, seguindo a nova orientação constitucional, havia cuidado de aproximar os direitos de cônjuges e companheiros, tendo como norte a ideia de que ambos merecem igual proteção.

Neste diapasão, como se verá adiante, verificar-se-á que a não hierarquização dos institutos supramencionados só se concretiza com a extensão para o companheiro da aplicação dos artigos do Código Civil referentes à sucessão do cônjuge em sua máxima amplitude. Tal tratamento igualitário a eles conferidos materializar-se-ia na elevação do companheiro ao grau de herdeiro necessário.

A experiência atual demonstra que a prática tem destoado profundamente do regramento legal que deveria ser estabelecido ao casamento e à união estável. A igualdade levantada não é plena, tampouco eficaz. Não se pretende aqui menosprezar o avanço que a decisão do STF significou aos milhares de companheiros constituídos no país. O objetivo do presente estudo é demonstrar que o julgado poderia produzir efeitos muito mais amplos embasando-se nos mesmos princípios que legitimaram a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC/02.

Hodiernamente, a sucessão do companheiro só se defere nos mesmos moldes da do cônjuge no que tange ao artigo 1.829, que traz a ordem de vocação hereditária. Se diversos

estudiosos do tema já apontavam como inadmissível o tratamento conferido à união estável e ao casamento em âmbito sucessório com a codificação civil de 2002, a manutenção de um tratamento desigual mesmo com a decisão da suprema corte mostra-se contraditória.

O companheiro não é, para fins sucessórios, herdeiro necessário como é o cônjuge. Isso significa que, em dois casos hipotéticos idênticos de sucessão, diferenciados tão somente pela forma de constituição de família, menos garantias terá o convivente supérstite que vivia em união estável se comparado com aquele que era casado.

Ao pleitear os mesmos direitos aos companheiros e cônjuges não se almeja descaracterizar ambos os institutos, fazendo com que se tornem iguais. Reduzir tal defesa de direitos da dignidade da pessoa humana à essa premissa não é posição coerente. O que se pretende é que uma família formada com ou sem formalidades tenha o mesmo tratamento e amparo no momento de falecimento de um dos conviventes.

Assim, no presente capítulo buscar-se-á demonstrar que as disposições legais atuais e a forma de interpretá-las constituem um modelo incompatível com o sistema brasileiro, ou melhor, incompatível com o Direito Civil, mais especificamente com os ramos de famílias e sucessões. As diferenças ainda mantidas abrem espaço para insustentáveis e retrógradas discriminações que refletem a hierarquização estrutural a que as formas de família estão submetidas.

3.1. Das divergências quanto a posição do companheiro como herdeiro necessário na sucessão

É cediço que a codificação civil de 2002 impôs ao companheiro sobrevivente um rito sucessório incompatível com sua posição em âmbito familiar. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes entendem que “houve um reprovável retrocesso, privando os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço da sociedade”³⁹.

Com efeito, a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS caminhou na contramão da hierarquização dos institutos, celebrando o tratamento igualitário entre famílias unidas pelo casamento ou união estável. Nesse sentido, bem aponta Daniele Chaves Teixeira: “Com o fim do julgamento do STF a principal vantagem é a de resolver a grande instabilidade jurídica sucessória verificada no Brasil desde a vigência do Código Civil de 2002, colocando fim a

³⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*, v. 6: Direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 228.

debates sobre a inconstitucionalidade ou não do art. 1.790 do Código Civil.⁴⁰ Elucida David Gonçalves de Andrade Silva:⁴¹

Essa decisão rompe mais um paradigma importante e reflete, diretamente, nas questões patrimoniais decorrentes da sucessão, ao considerar inconstitucional o art. 1790 do CC, que estabelecia condições menos favoráveis ao companheiro e a companheira, na sucessão de um ou de outro, equiparando-os, todos, às condições de sucessão aplicáveis aos cônjuges em geral (art. 1.829 do CC).

A sucessão do companheiro alterou-se muito desde então. A superação da redação original do preconceituoso e retrógrado artigo 1.790 do CC/02 trouxe um novo regime sucessório, muito bem sintetizado por Flávio Tartuce⁴²:

De início, tendo prevalecido essa forma de julgar, além da retirada do sistema do art. 1.790 do Código Civil, o companheiro passa a figurar ao lado do cônjuge na ordem de sucessão legítima (art. 1.829). Desse modo, concorre com os descendentes o que depende do regime de bens adotado. Concorre também com os ascendentes o que independe do regime. Na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro recebe a herança sozinho, como ocorre com o cônjuge, excluindo os colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos).

A decisão, entretanto, não esgotou o tema tampouco encerrou a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito deste. Em verdade, o que se teve foram inegáveis avanços que não legitimam, todavia, que resquícios discriminatórios permaneçam vigentes. Os argumentos que tornaram possível a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02 são os mesmos que permitiriam a interpretação extensiva como um todo.

Pois bem, se o sistema constitucional vigente é incompatível com a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, razão não subsiste para que um seja herdeiro necessário e outro não. Na prática, permanecer com tal diferenciação é o mesmo que impor a estes regimes sucessórios diversos, o que contraria expressamente a tese veiculada pelo STF.

⁴⁰ TEIXEIRA, Daniele Chaves. A RELEVANCIA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 CC NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/Direito%20Civil%20-%20Estudos%20-%20Hironaka.pdf>. P. 462. Acesso em 25 de fev de 2020.

⁴¹ SILVA, David Gonçalves de Andrade. A decisão do STF e a sucessão na união estável. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/260572/a-decisao-do-stf-e-a-sucessao-na-uniao-estavel>. Acesso em 28 de fev de 2020.

⁴² TARTUCE, Flávio. STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora? Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047>. Acesso em 25 de fev de 2020.

Ana Luiza Nevares, estudiosa dedicada ao tema, afirma assim que “tecnicamente, eu não consigo enxergar a matéria de outro jeito. Se é inconstitucional tratar eles (cônjuge e companheiro) de forma diversa, então ambos têm que ter os mesmos direitos sucessórios”⁴³. É que não há como não suscitar a latente inconstitucionalidade de um dispositivo – o artigo 1.845 CC/02 – que faz o mesmo que outro – o artigo 1.790 CC/02 – já assim declarado.

Quem se opõe à elevação do companheiro ao status de herdeiro necessário, em sua maioria, enxerga que tal tratamento igualitário violaria à liberdade dos indivíduos de constituir livremente sua forma de família. Estes doutrinadores e estudiosos enxergam que haveria aqui uma conversão da união estável em um casamento forçado.

Esta posição ainda é sustentada devido a redação do artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, que reconhece a união estável como forma de constituição de família, mas facilita sua conversão em casamento. Defensor da não inclusão do companheiro como herdeiro necessário, o advogado e professor Mario Luiz Delgado entende que “a pretensão de se estender a designação legitimária do artigo 1.845 ao companheiro sobrevivente toma como base um ‘isonomismo’ jamais imaginado quer pelo constituinte de 1988, quer pelo próprio STF.”⁴⁴

Para esta vertente, a posição do Estado deve ser o mínimo interventiva para consagrar a vida privada e intimidade asseguradas constitucionalmente, justificando a permanência de diferenciações entre os institutos em favor da liberdade. Acredita-se, então que a união estável deixaria de existir se o companheiro se tornasse um herdeiro necessário, já que totalmente igual ao regime do casamento civil. Nas palavras do presidente do IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira, “Se considerarmos o (a) companheiro (a) como herdeiro necessário estaremos acabando com a liberdade de escolha entre uma e outra forma de constituir família, já que a última barreira que diferenciava a união estável do casamento já não existiria mais.”⁴⁵

Com todo o respeito a esta corrente, não parece ser razoável nem compatível com a realidade social atual enxergar a situação por estes olhos. Um primeiro contraponto é a defesa

⁴³ TARTUCE, Flávio. Julgado do STF nos embargos de declaração sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/648398909/julgado-do-stf-nos-embargos-de-declaracao-sobre-a-inconstitucionalidade-do-art-1790-do-codigo-civil>. Acesso em 18 de fev de 2020.

⁴⁴ DELGADO, Mário Luiz. Razões pelas quais companheiro não se tornou herdeiro necessário. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-29/processo-familiar-razoas-pelas-quais-companheiro-nao-tornou-herdeiro-necessario>. Acesso em 28 de fev de 2020.

⁴⁵ ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6813>. Acesso em 28 de fev de 2020.

do princípio constitucional da liberdade dos indivíduos – na questão aqui debatida, quanto a escolha da forma de família a ser constituída – que estaria sendo violada. Na verdade, esta liberdade suscitada permanece inalterada, já que não se criou nenhum óbice para a escolha da união estável ou do casamento.

Ambos os institutos permanecem os mesmos quanto às suas características de constituição, requisitos e objeções, formalidades ou a dispensa destas últimas. Elevar o companheiro à condição de herdeiro necessário em nada afetaria esta discricionariedade.

Com a recente conquista obtida com a tese veiculada pelo STF no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, a ordem de vocação hereditária a ser aplicada para cônjuges e companheiros é a mesma: o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. Razão não há, então, para que quando dos procedimentos de inventário ou leitura de testamento, um tenha vantagens e proteções não conferidas ao outro. Não perceber o companheiro como herdeiro necessário é o mesmo que negar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, conforme já demonstrado, fazer do companheiro também um herdeiro necessário não mesclará por completo as duas formas de constituição de família. Conferir a diferentes os mesmos direitos não os diminui em suas desigualdades. Por ser medida de justiça, ao ampliar o rol de abrangidos por alguma disposição legal não se pretende fazer de todos eles os mesmos, mas celebrar a eles a idêntica tutela, já que a legítimos titulares desta.

Levando este raciocínio para outras searas do direito, percebe-se que a luta por igualdade não significa confusão entre os que a pleiteiam. Isso não ocorreu quando do reconhecimento da união homoafetiva e não mais só da legitimação de casais heteroafetivos. Tampouco quanto as mulheres pleitearam o fim das discriminações no mercado de trabalho se comparadas aos homens.

As barreiras que os delimitam permanecem, cada um com a sua característica, o que não se admite mais é o favorecimento de um e a exclusão do outro. Assim sendo, evidente que a união estável não se tornará casamento, muito menos o companheiro, cônjuge. Estabelecer-se-á, por outro lado, uma interpretação legislativa e jurisprudencial “em prol da socialidade e da efetividade do Direito Civil.”⁴⁶

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>. Acesso em 28 de fev de 2020.

Ante o exposto, é possível perceber que a elevação do companheiro ao grau de herdeiro necessário não ameaçaria o já consolidado casamento, tampouco frearia o aumento do número de uniões estáveis formadas. É bem verdade que no momento de constituição de família ter seus direitos amparados pelo ordenamento jurídico vigente dará forças aos conviventes que pretendem dispensar as formalidades da união de fato. Na mesma esteira, o indivíduo que optar pela união estável não sentirá que está se casando somente pela sua condição de herdeiro necessário, sendo que o caminho inverso também é válido.

3.2. Da problemática do julgamento dos embargos declaratórios: divergência doutrinária e insegurança jurídica

Após o lançamento da tese que definiu a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, dúvidas ainda persistiram quanto à sua abrangência e alcance, bem como quanto aos seus efeitos futuros. Em atenção a isto é que o IBDFAM opôs embargos declaratórios, a fim de que as omissões constantes da decisão fossem esclarecidas, principalmente no que tange à condição do companheiro como herdeiro necessário.

Ocorre que o Tribunal, por unanimidade, rejeitou os embargos opostos, nos termos do voto do relator. Eis a ementa proferida pelo Ministro Luis Roberto Barroso:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL . APLICABILIDADE DO ART. 1.845 E OUTROS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL ÀS UNIÕES ESTÁVEIS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO . 1. Embargos de declaração em que se questiona a aplicabilidade, às uniões estáveis, do art. 1.845 e de outros dispositivos do Código Civil que conformam o regime sucessório dos cônjuges. 2. A repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos. 3. Embargos de declaração rejeitados.

Diante de tal acórdão publicado, as interpretações se diversificaram ainda mais. Há quem entenda que a decisão põe fim à polêmica, de modo que o companheiro não é um herdeiro necessário. É o que expõe Mário Delgado⁴⁷:

A decisão vai ao encontro das minhas manifestações anteriores, na linha de que o companheiro não se tornou herdeiro necessário, pois o STF não se manifestou, em momento algum, sobre a aplicação do art. 1.845 à sucessão da união estável. As leis gozam de presunção de constitucionalidade e se o STF nada disse sobre o art.

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. Julgado do STF nos embargos de declaração sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/648398909/julgado-do-stf-nos-embargos-de-declaracao-sobre-a-inconstitucionalidade-do-art-1790-do-codigo-civil>. Acesso em 28 de fev de 2020.

1.845, que exclui o companheiro sobrevivente, presume-se a sua constitucionalidade. Logo não se pode em absoluto supor ou pressupor a sua inconstitucionalidade. Até que o STF volte a se manifestar sobre o tema, especificamente no que tange ao art. 1.845, herdeiros necessários no nosso ordenamento jurídico permanecem sendo apenas descendentes, ascendentes e cônjuge. O companheiro, por ora, está fora desse rol. E isso não significa qualquer incompatibilidade no ordenamento, em razão das diferenças entre as duas entidades, como eu já pontuei.

Em contrapartida, há doutrinadores que percebem a decisão em sede de RE como um todo para legitimar o companheiro como herdeiro necessário. É que mesmo que não conste expressamente no texto veiculado, autores que foram citados nos votos dos ministros do Supremo fundamentam seu raciocínio no fato de que os princípios e argumentos que atestam a tese têm em sua essência a mesma lógica de igualdade entre a sucessão no casamento e na união estável. Elucida Flávio Tartuce⁴⁸, importante doutrinador cujas teorias foram usadas como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002:

Com grande honra, a minha posição é citada em vários trechos do voto do Ministro Relator, notadamente em quatro aspectos, de interpretação a respeito da decisão do STF: *a)* necessidade de se colocar o companheiro sempre ao lado do cônjuge, no tratamento constante do art. 1.829 do Código Civil; *b)* reconhecimento do convivente como herdeiro necessário, incluído no art. 1.845 do Código Civil; *c)* obrigatoriedade de o companheiro declarar os bens recebidos em antecipação, sob pena de serem considerados sonegados (arts. 1.992 a 1.996), caso isso igualmente seja reconhecido ao cônjuge; *d)* confirmação do direito real de habitação do companheiro, havendo uma tendência de uma unificação de tratamento.

O convivente foi alçado à condição de herdeiro necessário, mesmo não estando expressamente prevista no rol do art. 1.845 a própria codificação material.⁴⁹ Tal premissa é consequência do julgamento do STF em sede de RE: se não se pode diferenciar o regime sucessório do companheiro e do cônjuge, isto se estende em todo o âmbito dos demais artigos a respeito do tema, para além do artigo 1.790 CC/02.

Para legitimar tal posição, vale-se da jurisprudência de tribunais superiores. O STJ, em julgamento de um Recurso Especial consagrou que a companheira que movia aquele feito era sim uma herdeira necessária. Decisão inovadora, que rompe com as distinções ainda existentes, possuiu a seguinte ementa:

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>. Acesso em 29 de fev de 2020.

⁴⁹ TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>. Acesso em 29 de fev de 2020.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. UNIÃO ESTÁVEL. ART. 1.790 DO CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.829 DO CC/2002. APLICABILIDADE. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. PARTILHA. COMPANHEIRO. EXCLUSIVIDADE. COLATERAIS. AFASTAMENTO. ARTS. 1.838 E 1.839 DO CC/2002. INCIDÊNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n°s 2 e 3/STJ). 2. No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime do artigo 1.829 do CC/2002, conforme tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento sob o rito da repercussão geral (Recursos Extraordinários n°s 646.721 e 878.694). 3. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, ressalvada disposição de última vontade. 4. Os parentes colaterais, tais como irmãos, tios e sobrinhos, são herdeiros de quarta e última classe na ordem de vocação hereditária, herdando apenas na ausência de descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro, em virtude da ordem legal de vocação hereditária. 5. Recurso especial não provido.⁵⁰

Percebe-se que a decisão proferida em março de 2018, ou seja, depois da tese firmada pelo STF nos Recursos Extraordinários n°s 646.721 e 878.694, é em consonância com esta. Isso significa que foi estendido à união estável o regime do artigo 1.829 do Código Civil. Mas o Superior Tribunal de Justiça fez mais do que isso: trouxe expressamente o companheiro como um herdeiro necessário.

Prolatado pela 3ª Turma e tendo como Relator o Ministro Villas Bôas Cueva, a companheira foi realmente tratada como se cônjuge fosse. O voto é categórico. É o trecho: “Portanto, a companheira, ora recorrida, é de fato a herdeira necessária do seu ex-companheiro, devendo receber unilateralmente a herança do falecido, incluindo-se os bens particulares, ainda que adquiridos anteriormente ao início da união estável.”⁵¹

Em pesquisa jurisprudencial, também, nota-se a forte tendência por deferir as sucessões, inventários e partilhas nos moldes delimitados pelo companheiro. Assim como sugere Flávio Tartuce, a tese vem sendo interpretada pelos juízes de modo a contemplar que a essência da proibição da distinção entre o cônjuge e companheiro presume que este último seja tido como herdeiro necessário. A seguir, duas ementas de decisões proferidas, respectivamente, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que servem como bom ilustrativo para ressaltar a visão da jurisprudência que tem se consolidado no período pós julgamento dos Recursos Extraordinários n°s 646.721 e 878.694.

⁵⁰ STJ, RESP N° 1.357.117/MG RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Julgamento em 13 de março de 2018. Disponível em: http://adfas.org.br/wp-content/uploads/2018/04/REsp-1357117_Inteiro-teor-do-acordao.pdf. Acesso em 01 de mar de 2020.

⁵¹ STJ, RESP N° 1.357.117/MG RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Julgamento em 13 de março de 2018. Disponível em: http://adfas.org.br/wp-content/uploads/2018/04/REsp-1357117_Inteiro-teor-do-acordao.pdf. Acesso em 01 de mar de 2020.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO SUCESSÓRIO - PRELIMINAR - NULIDADE DA DECISÃO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - RETIFICAÇÃO PLANO DE PARTILHA - POSSIBILIDADE - INVENTÁRIO - COMPANHEIRA - DECISÃO STF - DISTINÇÃO REGIMES SUCESSÓRIOS ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 CC - APLICAÇÃO DO ART. 1.829, I, CC - COMPANHEIRA MEEIRA E HERDEIRA - PRESENÇA DE BENS PARTICULARES - RECURSO NÃO PROVIDO. Se o juízo de origem apresentou as razões, ainda que de forma concisa, para justificar a suspensão determinada, não há falar em nulidade da decisão. Consoante dispõem os arts. 647 e 651 do CPC, havendo divergência entre os termos apresentados pelo Inventariante no plano de partilha quanto à divisão dos bens objetos do inventário, competirá ao Julgador deliberar sobre a discordância, remetendo os autos, posteriormente, ao partidor, para que organize o esboço de acordo com a decisão. **É inconstitucional a distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Repercussão Geral RE 646.721/RS e RE 878.694/MG. Quantos aos bens particulares do de cujus, não restam dúvidas que ao cônjuge/companheiro sobrevivente, que manteve relação matrimonial sob o regime de comunhão parcial de bens, por ostentar a qualidade de herdeiro necessário, caberá concorrer com os descendentes ao quinhão igual ao dos que sucederam por cabeça, nos termos do art. 1.832 do Código Civil.** (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0473.10.003013-8/001, Relator(a): Des.(a) Leite Praça, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/07/2019, publicação da súmula em 12/07/2019)⁵²

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. DECISÃO AGRAVADA QUE RECONHECEU A COMPANHEIRA DO FALECIDO COMO HERDEIRA NECESSÁRIA, MEEIRA E LEGATÁRIA. INSURGÊNCIA DE DOIS LEGATÁRIOS. PRETENSÃO DE AFASTAR A CONDIÇÃO DE HERDEIRA NECESSÁRIA DA AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE. FALECIDO QUE NÃO DEIXOU FILHOS OU ASCENDENTES. COMPANHEIRA QUE FIGURA COMO ÚNICA HERDEIRA LEGÍTIMA. SUCESSÃO REGIDA PELA LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO. CÓDIGO CIVIL DE 2002 INTERPRETADO À LUZ DO ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE EQUIPARA O COMPANHEIRO A FIGURA DO CÔNJUGE PARA FINS SUCESSÓRIOS, INCLUSIVE COMO HERDEIRA NECESSÁRIA. PLEITO DE EXCLUSÃO DO DIREITO À MEAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVADA QUE JÁ CONTAVA COM MAIS DE 50 ANOS À ÉPOCA DO INÍCIO DA CONVIVÊNCIA. REGIME DE BENS ESTABELECIDO PELO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (ART. 256, PARÁGRAFO ÚNICO, II). INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. CONDIÇÃO DE MEEIRA AFASTADA. TESTAMENTO PÚBLICO. LEGADOS QUE NÃO PODEM SER REDUZIDOS ENQUANTO NÃO HOUVER A CERTEZA SOBRE A PROPORÇÃO DA RESERVA LEGAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS NO INVENTÁRIO. NECESSIDADE DE RESTABELECER AS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS ATÉ QUE SE APURE O TOTAL DA LEGÍTIMA. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA EM PARTE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4018361-27.2018.8.24.0000, de Barra Velha, rel. Des. Osmar Nunes Júnior, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 10-10-2019⁵³).

⁵² TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0473.10.003013-8/001, Relator(a): Des.(a) Leite Praça, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/07/2019, publicação da súmula em 12/07/2019

⁵³ TJSC, Agravo de Instrumento n. 4018361-27.2018.8.24.0000, de Barra Velha, rel. Des. Osmar Nunes Júnior, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 10-10-2019

Ocorre que a tese veiculada pelo STF que embasou o presente estudo, citada nos julgados acima colacionados e que ensejou a mudança de entendimento, ainda que parcial, de que o companheiro é herdeiro necessário, não delimitou claramente seus limites. A consequência prática e jurídica de tal indeterminação fez com que fosse aberta margem para a discricionariedade em um cenário onde esta não seria cabível.

Talvez sejam duas as problemáticas da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02 tal como foi feita: 1) o STF não ter reconhecido, quando da elaboração da tese, que a eliminação do tratamento discriminatório entre o casamento e a união estável só seria efetivo com a extensão do regime sucessório do cônjuge para o companheiro como um todo ou; 2) quando expressamente trazido pelo IBDFAM, em sede de embargos declaratórios, o STF ter se manifestado no sentido de que a repercussão geral da decisão de inconstitucionalidade se limita à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis.

Acredita-se que os embargos de declaração foram rejeitados por uma questão meramente processual. Se os votos dos ministros em sede de julgamento dos REs tenderam a extinguir as diferenças na época existentes entre os regimes sucessórios, razão não haveria para que permanecesse a desigualdade quanto ao artigo 1.845 da codificação civil.

Ocorre, entretanto, que o objeto dos embargos, bem como suas hipóteses de cabimento são extremamente restritas, limitando as possibilidades do recorrente de arguir, bem como a dos ministros de julgarem. Daí o porquê da negativa recursal. Far-se-ia necessário, porém, que o julgador tivesse refletido acerca das consequências jurídicas que tal rejeição traria: a incerteza quanto aos efeitos que dela decorreriam.

De um lado, tem-se a doutrina majoritária e uma forte tendência jurisprudencial defendendo que, mesmo que a tese firmada pelo STF tenha se omitido em relação a tal ponto, o companheiro é indiscutivelmente um herdeiro necessário. Essa é a consequência que se impõe ao se analisar a fundo os votos dos ministros que entenderam favoravelmente pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02. Recentemente, o Conselho da Justiça Federal celebrou a VIII Jornada de Direito Civil, tendo nela sido aprovado o seguinte enunciado:

ENUNCIADO 641 – Art. 1.790: A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.⁵⁴

⁵⁴CJF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1180>. Acesso em 03 de mar de 2020.

Para esta corrente garante-se a proteção e respaldo jurídico ao convivente em União Estável, já que não se pode conferir menos direitos a membros de uma família só porque diversa da forma matrimonial, a mais tradicional. Ao mesmo tempo, não se olvida das características específicas de cada instituto, respeitando suas peculiaridades, de modo a celebrar a liberdade de escolha da forma de constituição de família.

Do lado diametralmente oposto, estão os que se opõem à equiparação do companheiro e do cônjuge, em prol da mínima intervenção estatal no direito privado, mais especificamente nos núcleos familiares. Apesar de minoritário, tal posicionamento conta com autores renomados do Direito Civil, sendo predominantemente os mais tradicionais.

Respaldados pela ausência de determinação expressa para que os efeitos da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal atinja o artigo 1.845 do CC/02, estes sustentam que não há fundamento e/ou embasamento para que o convivente em união estável seja elevado ao grau de herdeiro necessário. Em complemento, levanta-se que este artigo é uma norma restritiva de direitos, o que faria de seu rol, taxativo. Explica Mario Delgado⁵⁵:

A norma institui restrição ao livre exercício da autonomia privada, restringe, sem dúvida, a sua liberdade de disposição, constituindo, por isso, exceção no ordenamento jurídico e, conforme as regras ancestrais de hermenêutica, não se pode dar interpretação ampliativa à norma restritiva. Normas restritivas de direitos devem ser interpretadas sempre de forma também restrita. O rol do artigo 1.845, portanto, é taxativo! Da mesma forma que só a lei pode retirar qualquer herdeiro daquele elenco, somente a lei pode ampliar o seu conteúdo, não sendo permitido ao intérprete fazê-lo.

Daí a presente divergência se coloca tão manifesta, justamente por ser tão atual e complexa. A norma é nitidamente restritiva de direitos e a decisão do STF caminhou em sentido contrário aos seus moldes. Parece que a tendência de equiparação ainda não se deu de modo oficial e concreto, fazendo com que o debate ainda permaneça, bem como a insegurança jurídica a respeito do tema.

3.3. A atual conjuntura do companheiro em âmbito jurídico e os caminhos futuros para que se efetive a justiça em âmbito sucessório

⁵⁵ DELGADO, Mário Luiz. Razões pelas quais companheiro não se tornou herdeiro necessário. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-29/processo-familiar-raoes-pelas-quais-companheiro-nao-tornou-herdeiro-necessario>. Acesso em 04 de mar de 2020.

O cenário hodierno é de incerteza quanto a posição do companheiro e isto decorre do julgamento dos Recursos Extraordinários n^{os} 646.721 e 878.694. O STF, naquela oportunidade, avançou na garantia de direitos dos conviventes em união estável, mas não pôs fim a questão. Veja bem, a conjuntura pregressa à declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02 era de total desamparo ao companheiro. Conforme já explanado, este era excluído da ordem de vocação hereditária e, inexplicavelmente, percebia quinhão inferior da herança do de cujus caso concorresse com colaterais.

Com o julgamento dos Recursos Extraordinários e estabelecimento da tese de repercussão geral, passou a ser inconstitucional diferenciar os regimes sucessórios das famílias em razão de sua forma de constituição, de modo que, para ambos, aplicar-se-á o disposto no artigo 1.829 da codificação civil. O companheiro agora está inserido, ao lado do cônjuge, na ordem de vocação hereditária.

Manifesto avanço, porém limitado e conservador. Com o devido respeito, os ministros do Supremo Tribunal Federal desperdiçaram a oportunidade de colocar fim à polêmica e à discriminação a que o companheiro está submetido desde os tempos mais remotos. Ao proferir a tese de modo restrito e, em sede de embargos de declaração, negar o esclarecimento quanto a posição como herdeiro necessário, a Suprema Corte vai em desencontro com os fundamentos de sua própria decisão. Tanto é que majoritária a jurisprudência em equiparar, inclusive em âmbito de artigo 1.845 do CC/02, o cônjuge e o companheiro após interpretar a tese veiculada em sede de RE.

Desconhece-se as razões das decisões do julgamento da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02 e dos embargos declaratórios da mesma serem em certo ponto contraditórias. Fato é que elas dividiram os doutrinadores e estudiosos do tema, gerando espaço para dúvida onde deveria permanecer o esclarecimento. O que se defende aqui é que o fim do tratamento discriminatório conferido por anos à união estável só se concretizará quando se estabelecer a igualdade, ou seja, definir o companheiro como herdeiro necessário, nos mesmos moldes em que se defere a sucessão no matrimônio convencional. A justiça neste ramo do direito só se estabelecerá assim.

Se os ministros do STF defenderam majoritariamente a inconstitucionalidade da distinção imposta pelo artigo 1.790 do CC/02, razão não há para que se esqueça (ou pior ainda, legitime-se) a diferenciação trazida pelo artigo 1.845 do mesmo dispositivo legal. Discriminar o convivente em união estável pela ordem de vocação hereditária ou pela colocação como herdeiro em âmbito sucessório pouco importa; ambas têm o mesmo condão e não há razão para a correção de uma e não da outra.

A temática é complexa pois envolve mais do que a matéria do direito, e sim sua forma. Esbarra-se em questões de hermenêutica e limitações recursais que impedem que a situação se encerre da maneira mais justa e coesa possível. Enquanto isto não se dá, o debate permanece e a insegurança com ele coexiste.

Aparentemente, nos moldes atuais, a situação não parece estar com um desfecho próximo. O STF não esgotou o tema quando apreciou os embargos de declaração do IBDFAM, tampouco há alguma outra manifestação legislativa para pôr fim ao debate. O que se tem, felizmente, é um posicionamento jurisprudencial favorável à elevação do companheiro ao nível de herdeiro necessário.

Esta supramencionada tendência do judiciário caminha contra os prestígios às formalidades e a favor das características de fato da união entre os indivíduos. Como exposto ao longo do presente, o cônjuge não herda por ter o seu casamento celebrado perante as formalidades legais e registro cartorial. O que funda o seu direito sucessório é a relação de afeto e proximidade com a qual o sobrevivente se pautou com o agora de cujus; relação esta que em nada se distancia da união de fato.

Os companheiros também celebram entre si o amor e a união. A diferença é que estes não se identificaram com o regime matrimonial. Daí, porém, não subsiste razão para que a sucessão seja desprivilegiada se comparada à do cônjuge. Os que elegem a união estável tem sim direito a um tratamento igualitário, a fim de que se concretize a justiça em âmbito do Direito das Sucessões.

Diante das questões acima suscitadas, do posicionamento doutrinário e jurisprudencial, evidente que o entendimento de que o companheiro é um herdeiro necessário deve prevalecer. Como o STF em sede de julgamento dos Recursos Extraordinários n^{os} 646.721 e 878.694 não pacificou esta equiparação neste sentido, almeja-se que, se novamente provocado, ele o faça.

Ademais, espera-se que a jurisprudência impulsione a criação de uma consciência legislativa, para que o legislador civil perceba a falha na redação vigente, superando o atual texto do artigo 1.845 do CC/02. Somente assim se estabelecerá um ambiente seguro para a efetivação de direitos em se tratando de sucessões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Almejou-se no presente trabalho, inicialmente, a caracterização pormenorizada do direito sucessório e de famílias, bem como o cenário destes ramos do direito privado no período pós constitucional. Para tanto, foram examinadas as principais garantias que os consagram, a fim de delimitar suas características, evolução histórica e avanços sociais e entraves ainda persistentes na codificação vigente.

O referido escopo inicial serviu de base à análise específica perquirida por esta monografia. A união estável, conforme se viu, é um instituto legalizado pelo Código Civil e tutelado pela Constituição Federal como forma legítima de constituição do núcleo familiar. Apreciou-se a evolução história e legislativa especificando as principais leis e suas determinações acerca do instituto e, por fim, restou demonstrado que mesmo que amparado legalmente, a união estável ainda permanecia em patamar inferior de direitos quando comparada com o casamento civil.

Não obstante, este contexto de diferenciação entre os companheiros e cônjuge teve significativo avanço em se tratando da conquista de direitos quando o STF, em julgamento aos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, lançou a seguinte tese de repercussão geral: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.”

A situação, entretanto, não restou resolvida. Ao mesmo tempo em que se caminhou para o estabelecimento de um regime sucessório justo e paritário, freou-se o avanço quando limitou-se a decisão. É que, em sede de embargos declaratórios, foi apontada a omissão do julgado em condenar a discriminação somente para o declarado inconstitucional artigo 1.790 do CC/02, esquecendo-se da trazida pelo artigo 1.845 da mesma codificação.

O STF, entretanto, rejeitou os embargos opostos e manteve a decisão, em sua integralidade. A problemática ali se instaurou, já que não se definiu o companheiro como herdeiro necessário. Sendo assim, na prática, se o companheiro (a) vivencia uma situação de sucessão idêntica à do cônjuge, ele (ela) não terá tantos direitos sucessórios (ou participação na herança) quanto aquele.

Como a temática é extremamente recente e controversa, doutrinadores se dividem na tentativa de teorizar o sentido da decisão da Suprema Corte. Formam-se, então, duas correntes. A primeira e minoritária defende que o STF nunca pretendeu verdadeiramente equiparar os

institutos do casamento e da união estável e que fazê-lo seria o mesmo que anular as diferenças que os distinguem, convertendo um em outro.

Por outro lado, a doutrina majoritária, acompanhada pela jurisprudência, tem entendimento de que o companheiro é um herdeiro necessário, vez que a inconstitucionalidade de uma distinção deve ser entendida como um todo, com base em seus fundamentos. Para esta corrente, que é a defendida na presente monografia, é necessário garantir respaldo jurídico ao companheiro, já que não se pode conferir menos direitos a membros de uma família só porque diversa da forma matrimonial, a mais tradicional.

A temática complexa permanece sem solução imediata. Assim, conforme ora esposado, espera-se que a jurisprudência e a legislação caminhem no sentido de consagrar o companheiro como herdeiro necessário. Foi escolhida uma questão fortemente debatida e, ainda que o tema não tenha se esgotado, inquestionável a conclusão de que mecanismos devem ser criados com o objetivo de celebrar o fim da discriminação entre as diferentes formas de família existentes em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6813>. Acesso em 28 de fev. de 2020.

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **IBDFAM protocolou no STF embargos de declaração sobre concorrência sucessória cônjuge-companheiro.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6540/IBDFAM+protocolou+no+STF+embargos+de+declara%C3%A7%C3%A3o+sobre+concorr%C3%Aancia+sucess%C3%B3ria+c%C3%B4njuge-companheiro>. Acesso em 18 de fev de 2020.

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

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil.** v. 6: Direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 228.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil.** Família e Sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

DE ANDRADE, Raissa Nacer Oliveira. **Efeitos sucessórios decorrentes da união estável, após o julgamento do RE 878.694 no STF.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66477/efeitos-sucessorios-decorrentes-da-uniao-estavel-apos-o-julgamento-do-re-878-694-no-stf/2>. Acesso em 16 de fev de 2020.

DELGADO, Mário Luiz. **A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário.** Migalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291015,21048-A+sucessao+na+uniao+estavel+apos+o+julgamento+dos+embargos+de>. Acesso em 14 de fev. de 2020.

DELGADO, Mário Luiz. **Razões pelas quais companheiro não se tornou herdeiro necessário.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-29/processo-familiar-razoes-pelas-quais-companheiro-nao-tornou-herdeiro-necessario>. Acesso em 04 de mar de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento**. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento. Acesso em 15/02/2020.

ESPINOSA, Marcelo. **Evolução Histórica da União Estável**. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf. Acesso em 22 de fev de 2020.

GAIOTTO, Washington Luiz Filho. **A União Estável no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://washingtongaiotto.jusbrasil.com.br/artigos/111589809/a-uniao-estavel-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 24 de fev de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto - Direito civil esquematizado v. 3 / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – São Paulo: Saraiva, 2014. – (Coleção esquematizado).

IBDFAM. **Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão ainda gera polêmica e promove o debate**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6813>. Acesso em 20 de fev de 2020.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Supremo pode modular efeitos de decisão em embargos de declaração**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-15/ravi-peixoto-stf-modular-efeitos-embargos-declaracao>. Acesso em: 05 de mar de 2020.

RIBEIRO, Fulgêncio. **Sucessão Legítima**. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://ribeirooliveiraadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/114684196/sucessao-legitima>. Acesso em 28 de fev de 2020.

SCHREIBER, Anderson. **União Estável e Casamento: uma equiparação? Genjurídico**, 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/23/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/>. Acesso em: 20 de jan de 2020.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.31.

SIMÃO, José Fernando. **E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 2)**. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>. Acesso em 15 de fev de 2020.

STF. **Notícias STF. Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório.** 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>. Acesso em 22 de fev de 2020.

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

TARTUCE, Flávio. **O companheiro como herdeiro necessário.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>. Acesso em 29 de fev. de 2020.

TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047>. Acesso em 22 de fev de 2020.

TARTUCE, Flávio. **STF entende que art. 1.790 do CC é inconstitucional.** Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/380114976/stf-entende-que-art-1790-do-cc-e-inconstitucional>. Acesso em 19 de fev. de 2020.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. **A relevância da decisão do supremo tribunal federal sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 CC no planejamento sucessório.** Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/Direito%20Civil%20-%20Estudos%20-%20Hironaka.pdf. P. 462. Acesso em 25 de fev. de 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JR., Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** v. I. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

XAVIER, Fernanda Dias. **União estável e casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade.** Brasília: TJDFT, 2015. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/uniao-estavel-e-casamento. Acesso em 21 jul.2020.