

**CURSO DE DIREITO**

Gisiele Andrade Botlender

**O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO ENTRE COMPANHEIROS E CÔNJUGES, A PARTIR DO ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Capão da Canoa

2018

Gisiele Andrade Botlender

**O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO ENTRE COMPANHEIROS E CÔNJUGES, A PARTIR DO ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, campus Capão da Canoa para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Karina Meneghetti Brendler

Capão da Canoa

2018

*Dedico este trabalho ao meu companheiro Lucas, que esteve sempre ao meu lado, à minha filha Maria Eduarda, e aos meus pais, que não estão mais aqui, mas continuam torcendo por mim.*

## RESUMO

No Código Civil sempre houve tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro, e esse tratamento trouxe sempre muitas dúvidas ao mundo jurídico. Essa situação se alterou após o advento da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional tal diferenciação. O presente trabalho, pois, tem o objetivo de apresentar os direitos sucessórios dos companheiros (as) e compará-los ao do cônjuge, e desta forma mostrar o retrocesso em relação ao previsto na Constituição Federal de 1988, mas também a evolução deste direito trazida pelo Supremo Tribunal Federal. A partir disso, há o estudo dos conceitos gerais e dos aspectos históricos do direito sucessório, trazendo uma compilação dos costumes antigos e seu aprimoramento, estudo das leis da união estável no Brasil, características da união estável, e suas diferenças quanto ao casamento, e características do direito sucessório, e ainda as diferenças entre união estável e casamento e falha (ou não) na equiparação dos institutos. Diante desta discussão, encontra-se inúmeros pontos a serem esclarecidos, e a base deste debate é o acórdão do Recurso Extraordinário (646.721/RS) que trata da inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuge e companheiro. Assim a presente monografia, utilizando o método indutivo e pesquisa doutrinária e jurisprudencial, analisou se existe discriminação no tratamento entre companheiros e cônjuges com relação aos direitos sucessórios e se é constitucional o tratamento dado ao companheiro pelo artigo 1.790 do Código Civil. Desta forma pode concluir que não há hierarquia entre as entidades familiares, ambas são merecedoras dos mesmos direitos, sendo considerada inconstitucional toda e qualquer norma que viole o princípio da igualdade.

**Palavras-chave:** Direito Sucessório. Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC. União Estável.

## **ABSTRACT**

In the Civil Code there was differential treatment between spouse and unmarried partner, this treatment always brought many doubts to the legal world. This situation changed after the advent of the decision of the Supreme Court that declared such differentiation unconstitutional. The present work, therefore, has the objective of presenting the succession rights of the unmarried partner and comparing them to the spouse, thus showing the regression in relation to that provided for in the Federal Constitution of 1988, but also the evolution of this right brought by the Supreme Court. From this, there is the study of general concepts and historical aspects of law of succession, bringing a compilation of the old customs and their improvement, study of the laws of stable union in Brazil, characteristics of stable union, and their differences in marriage, and characteristics of succession law, and also the differences between stable union and marriage and failure (or not) in the comparison of institutes. Faced with this discussion, there are many points to be clarified, and the basis of this debate is the judgment of the Extraordinary Appeal (646.721/RS) that deals with the unconstitutionality of the distinction of succession between spouse and unmarried partner. Therefore the present monograph, using the inductive method and doctrinal and jurisprudential research, analyzed whether there is discrimination in the treatment between unmarried partners and spouses in relation to inheritance rights and whether the treatment given to the unmarried partner by article 1,790 of the Civil Code is constitutional. In this way it can conclude that there is no hierarchy between the familiar entities, both are deserving of the same rights, being considered unconstitutional any and all norm that violates the principle of equality.

Keywords: Succession Law. Unconstitutionality of article 1.790 of the CC. Stable union.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2 O DIREITO SUCESSÓRIO – CONCEITOS GERAIS.....</b>	<b>8</b>
2.1 Aspectos Históricos da sucessão.....	12
2.2 Evolução do Direito Sucessório sob o enfoque dos Códigos Civis de 1916 e 2002.....	15
<b>3 A UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	<b>22</b>
3.1 A evolução da União Estável no Brasil – Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96.....	24
3.2 Características da União Estável.....	27
3.3 A (não) equiparação ao casamento.....	29
3.4 Diferenças entre a união estável e casamento.....	31
3.5 Principais decisões jurisprudenciais.....	33
<b>4 O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	<b>36</b>
4.1 Dispositivos legais que reconhecem e suas limitações.....	37
4.2 Herdeiro legítimo, necessário e facultativo.....	39
4.3 Concorrência com outros herdeiros.....	40
4.4 Os efeitos após a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790.....	41
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>52</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A falta de informação é um empecilho para a garantia dos direitos sucessórios dos companheiros. Os conviventes em união estável, em sua maioria, desconhecem seus direitos, seja por uma cultura que dá a entender que: “quem não é casado não tem direito algum”, ou por simples descaso, como por exemplo, não ter documentos ou testemunhas que comprovem a união. O convivente acaba, então, por desistir pela procura desta documentação, por acreditar que não terá direitos sucessórios em relação ao companheiro falecido. Aqueles que procuram seus direitos encontram vários obstáculos, principalmente na lei. Desta maneira cabe aos tribunais superiores preencher as lacunas deixadas pela legislação. As famílias não são mais as mesmas que há vinte anos, as relações mudaram, os pensamentos e os costumes. Enfim, os indivíduos vivem de acordo com o que acreditam, e se uma união estável é um desdobramento do casamento, porque não equiparar estes institutos? A presente monografia visa, pois, buscar uma resposta para as seguintes indagações: existe discriminação no tratamento entre companheiros e cônjuges com relação aos direitos sucessórios? É constitucional o tratamento dado ao companheiro pelo art. 1.790 do Código Civil?

O companheiro não sabe, afinal, quais são os seus direitos quanto ao companheiro falecido. Vislumbrar esses direitos e colocá-los ao mesmo nível dos direitos sucessórios do casamento, propiciando o entendimento acerca da desigualdade destes títulos é o que pode elucidar este estudo.

A presente monografia foi dividida em três capítulos, de forma a apresentar primeiramente os conceitos e aspectos históricos dos institutos estudados, para que o estudo da união dos conceitos seja claro e preciso.

O primeiro capítulo fará um estudo, com base na doutrina, acerca dos principais conceitos e aspectos históricos do direito sucessório, as legislações aplicadas ao instituto e sua evolução ao longo do tempo.

O segundo capítulo conduz a um estudo sobre a União Estável, seu conceito e evolução, com o advento das leis 8.971/94 e 9.278/96, sua (não) equiparação ao casamento, suas diferenças em relação ao casamento as principais decisões jurisprudenciais.

Já o terceiro capítulo versa sobre a união dos dois institutos estudados nos dois primeiros capítulos, trazendo seu conceito e seus dispositivos legais que o reconhece

e suas limitações, conceitos sobre herdeiro legítimo, necessário e facultativo, sua concorrência com outros herdeiros e por fim, sobre a situação pós declaração de inconstitucionalidade do art. 1790.

A partir do estudo da presente monografia, poderá se elucidar as questões levantadas acerca da constitucionalidade, a partir de uma leitura embasada nas últimas decisões do STF, de trato diferenciado entre companheiros e cônjuges com relação aos direitos sucessórios.

A presente monografia repousa em conceitos teóricos acerca do tema, bem como a partir de decisões de tribunais superiores. Quanto ao método de pesquisa foi utilizado o método indutivo. Quanto às técnicas de pesquisa, foram utilizadas técnicas bibliográficas, ou seja, análise de doutrinas, periódicos e artigos.



## 2 O DIREITO SUCESSÓRIO: CONCEITOS GERAIS

A atual sistemática do Direito das Sucessões é resultado de um longo processo de evolução, com progressos e retrocessos, e que continua em transformação com o reconhecimento de novos direitos, atendendo desta forma as demandas da sociedade. Demandas estas que fazem com que este direito siga prosperando e se tornando cada vez mais eficaz, exemplo disso se dá pelo nivelamento dos institutos da união estável e do matrimônio.

Neste primeiro capítulo será apresentado o Direito Sucessório, sua definição, suas características, sua história nos primórdios da sociedade e no Brasil, as diferenças Direito Sucessório nos Códigos Civis de 1916 e de 2002 e como ocorreu sua evolução para que se tornasse o que é hoje.

O Direito Sucessório, em seu conceito mais simples, significa a substituição de determinado indivíduo. Ou seja, este vai ser sucedido por outro. Em um conceito mais literal, o Direito Sucessório tem o sentido de transferência ou transmissão de patrimônio por conta do falecimento de determinado indivíduo, quer dizer, uma maneira de adquirir patrimônio. Esta transferência de direitos e obrigações que ocorreu pelo fator morte se denomina transmissão *mortis causa*, ou seja, a transmissão ocorreu por conta do fator morte. Mas este fator não se restringe apenas às questões patrimoniais, ela tem outros desdobramentos, de acordo com os ensinamentos de Gama, há várias outras situações jurídicas ligadas ao fator morte, como por exemplo:

[...] o reconhecimento dos filhos em testamento, a nomeação de tutores e testamenteiros, disposições testamentárias em favor de pessoas pobres de certa localidade, a transmissão *mortis causa* de alguns direitos morais do autor de obra científica, artística ou literária, entre outras. (2007, p.03-04).

Tal posição, de que ocorre somente a situação patrimonial está explícita no Código Civil de 1916, em que esta deixa de lado as questões extrapatrimoniais, por outro lado, já o vigente Código Civil, ainda segundo Gama (2007, p. 04): “O novo Código Civil ainda se ressentir de preocupação voltada às situações jurídicas patrimoniais, mas reconhece a importância da presença de outros fatores e valores que devem nortear a interpretação e a aplicação das normas jurídicas.”

Sobre o momento da morte, deve se observar que o “*de cuius*” não pode mais ser considerado uma pessoa que detêm direitos e obrigações:

A existência jurídica da pessoa natural termina com a morte, conforme teor da primeira parte do artigo 6º do nosso Código Civil. Assim, a constatação da morte determina a supressão da personalidade jurídica conferida ao ser humano pelo sistema legal. Por consequência, o falecido deixa de ser destinatário de normas jurídicas, não podendo mais ser considerado sujeito de direitos ou de obrigações. (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2008, p. 601).

O ponto principal da sucessão está na ideia de perseverança da família, para que esta continue a render frutos e prosperar. O patrimônio acumulado pelo falecido em vida, será a herança deste que podem ser bens móveis, bens imóveis, dívidas, créditos, obrigações, etc.; que serão transmitidas aos herdeiros ou legatários, os quais terão capacidade para tanto, se a lei ao tempo da abertura da sucessão os admitir.

Ainda sobre a ideia principal do Direito Sucessório, deve-se trazer as palavras de Pereira:

No centro dos princípios que compõem o Direito das Sucessões está a ideia de morte. Morte natural, uma vez que o nosso sistema jurídico não conhece o instituto da “morte civil”, [...] como em outros sistemas jurídicos deixou também de constituir uma *causa successionis*. Como *causa transmissionis* é o fator genético da aquisição do direito pelos herdeiros. Não existe herança de pessoa viva – *viventis nulla hereditas*. [...]. (2005, p. 17).

Com o fator morte, logo se dá por aberta a sucessão, seja pela forma de transmissão hereditária ou testamentária.

Já nos casos em que não houver herdeiros conhecidos, ou que a herança ainda não foi aceita pelas pessoas com direito a sucessão, está se tornar já jacente, sendo esta uma fase provisória e temporária, de expectativa de surgimento de interessados na herança, ou seja, é uma herança cujos sucessores ainda não são conhecidos, ou que não foi aceita pelas pessoas com direito a sucessão. O Código Civil não define a herança jacente, mas apenas esclarece quando ela ocorre, seja ela na sucessão legítima ou testamentária. Está prevista no artigo 1.819 do Código Civil:

Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância. (BRASIL, 2002).

Há dois pressupostos básicos para o reconhecimento da herança jacente: a inexistência de cônjuge, herdeiros legais ou instituídos e legatários; ou a renúncia da herança ou do legado.

Na situação de herdeiro não nascido (nascituro) ou herdeiro desconhecido que se habilite em investigação de paternidade, pode a herança se tornar jacente por determinado período.

No caso de haver herdeiros, mas todos renunciarem a herança, o Código Civil prevê em seu artigo 1.823 que esta seja desde logo declarada vacante, dispensando-se, pois, as providências pertinentes ao processo de herança jacente: “Quando todos os chamados a suceder renunciarem à herança, será esta desde logo declarada vacante.” (Brasil, 2002)

Depois de esgotadas as diligências e cumpridas as formalidades legais, sem a habilitação de sucessores, a herança jacente se tornará vacante, passando ao domínio do Município, do Distrito Federal ou da União, conforme a localização dos bens, está prevista no artigo 1.820:

Praticadas as diligências de arrecadação e ultimado o inventário, serão expedidos editais na forma da lei processual, e, decorrido um ano de sua primeira publicação, sem que haja herdeiro habilitado, ou penda habilitação, será a herança declarada vacante. (BRASIL, 2002).

Essas fases de reconhecimento e procura dos herdeiros até a fase de vacância, para que alguém tome posse da herança, ocorre visto que a sucessão está em aberto, um patrimônio não pode ser considerado *res nullius*, que significa “coisa de ninguém” ou “coisa sem dono”. Pode-se concluir então que os herdeiros, testamentários e legatários herdarão, e na falta destes a herança se tornará jacente e depois vacante.

Compreende-se herdeiro como sendo quem recebe a herança. Neste caso têm-se os herdeiros legítimos, que possuem o direito de herança conforme a legislação. Dentre eles estão os herdeiros necessários que compreendem os descendentes, ascendentes e o cônjuge, que o “*de cujus*” não pode excluir da sucessão. Conforme artigo 1.845 do Código Civil: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.” (Brasil, 2002)

Há ainda os herdeiros facultativos, que são os colaterais até 4º grau, sendo que estes serão chamados somente se não houver cônjuge sobrevivente, de acordo com o artigo 1.839 do Código Civil: “Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições

estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau” (Brasil, 2002). Sendo ainda herdeiro facultativo o companheiro (a). Tem-se, também os herdeiros testamentários ou instituídos, que são designados pelo testador por ato de última vontade, com uma parte do acervo, sem individualização dos bens, estes herdarão até a metade do patrimônio do “de cuius”, pois este poderá testar apenas a parte disponível, sendo parte indisponível a outra metade, parte esta que cabe aos herdeiros necessários, segundo regra disposta no artigo 1.789 do Código Civil: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança” (Brasil, 2002).

A sucessão testamentária é aquela derivada de disposição de última vontade do defunto, expressa em testamento, elaborado de acordo com as condições estabelecidas por lei, no qual o próprio autor da herança elege os seus sucessores. Ocorrerá sempre que o falecido houver contemplado todo o seu patrimônio em testamento e não possua herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes ou cônjuge. (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2008, p. 603).

Se o autor da herança não dispor em testamento da parte disponível em sua totalidade, o restante ficará reservada aos herdeiros necessários, segundo o que dispõe o artigo 1.788 do Código Civil:

Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo. (BRASIL, 2002).

Por fim, pode-se dispor sobre o herdeiro legatário, que é contemplado em testamento com coisa certa e individualizada e o herdeiro universal é aquele recolhe a totalidade da herança, em virtude de lei, renúncia ou testamento.

O princípio de “*Droit de Saisine*”, que significa “apropriar-se”, “tomar para si”, “se imitar na posse”, encontra resguardo no artigo 1.784, caput, do Código Civil de 2002: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (Brasil, 2002). Este princípio protege o direito de herança, da propriedade dos bens. Segundo Dias (2013, p. 108), tal princípio surgiu na França, para driblar a tributação, sendo uma ficção de que a transmissão do patrimônio aos herdeiros ocorre de forma automática.

Estudando mais a fundo tal princípio, deve-se dispor os ensinamentos de Pereira, este consagra em suas palavras exatamente como o princípio surgiu, se

tornando assim de suma importância para o perfeito entendimento sobre este princípio:

Na Idade Média, institui-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento, para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisi le vif, son hoir de plus proche*. (PEREIRA, 2005, p. 19.)

Por volta do século XIII, diferentemente do sistema romano, os doutrinadores iniciaram a aplicação do princípio *Droit de Saisine*, que como já dito anteriormente, é a transmissão da propriedade e posse dos bens do “*de cujus*” aos seus herdeiros.

A posse e a propriedade serão transmitidas nas condições que se encontram antes do falecimento do “*de cujus*”, ou seja, os bens serão transmitidos no mesmo estado em que se encontravam na posse do “*de cujus*”, sendo que todos os herdeiros se tornarão condôminos do todo, ou seja, caberá a cada um dos herdeiros, a parte que lhe couber do patrimônio do falecido.

O Brasil há muito tempo também aplica este princípio, ainda segundo Pereira:

Em nosso antigo direito, prevalecia a sistemática romana, que foi, todavia, alterada pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, segundo o qual passa aos herdeiros, desde o momento da abertura da sucessão, a posse civil do *de cujus*, com todos os efeitos de posse natural. Mais tarde, foi aquele alvará confirmado pelo Assento de 16 de fevereiro de 1776, instituindo a transmissão imediata aos herdeiros até décimo grau, contanto que tivessem direito certo e indubitável à sucessão. (2005, p. 20)

Muitas foram as mudanças desde então, o direito sucessório evoluiu, mas o princípio em sua essência permaneceu irreduzível ao tempo.

## **2.1 Aspectos históricos da sucessão**

O Direito Sucessório sofreu modificações ao longo dos anos, nos primórdios da civilização o sucessor não só substituíva o “titular da herança”, este tomava para si, todas obrigações que cabiam àquele, perante a sociedade, à igreja e principalmente diante à família, tomando todas as decisões.

A doutrina traz um compilado de como o direito sucessório se fazia presente, desde muito antes do Direito Moderno. De acordo com Venosa (2013, p. 02), o testamento e a adoção tiveram grande importância em Roma e outros povos antigos. Se determinada pessoa morresse, e não tivesse alguém para sucedê-lo, haveria a destruição do lar e desgraça aos mortos. Isso era no que os povos antigos acreditavam.

Ainda de acordo com Venosa:

Cada religião familiar era própria e específica de cada família, independia do culto geral da sociedade. [...] a sucessão só se operava na linha masculina, porque a filha não continuaria o culto, já que com seu casamento renunciaria à religião de sua família para assumir a do marido. Isso ocorria na generalidade das civilizações antigas, apresentado resquícios em certas legislações modernas, que dão maiores vantagens ao filho varão, mantendo a tradição arraigada no espírito dos povos latinos atuais de valorizar mais o nascimento do filho homem. (2013, p. 03)

No direito oriental antigo, não se tem nada claro que se possa dizer o contrário, o formato de sucessão não se dava por testamento, sendo assim o pai distribuía o patrimônio ainda em vida aos herdeiros.

Entre os romanos e os gregos eram admitidas duas formas de sucessão: com ou sem testamento. Mas o direito grego só aceitava a sucessão por testamento se não houvesse descendentes.

No direito romano, a sucessão testamentária era a regra, daí a grande importância do testamento na época. Isso era consequência da necessidade de o romano ter sempre, após sua morte, quem continuasse o culto familiar. Pelas mesmas razões tinha importância o instituto da adoção. A propriedade e o culto familiar caminhavam juntos. A propriedade continuava após a morte, em razão da continuidade do culto. [...] o testamento passa a ser conhecido em Roma só na época clássica, sendo desconhecido, ao que tudo indica, nos primórdios da história romana. [...] A noção de sucessão universal já era bem clara no Direito Romano: o herdeiro recebia o patrimônio inteiro do falecido, assumindo a posição de proprietário, podendo propor ações na defesa dos bens e ser demandado pelos credores. Ao contrário do que ocorre modernamente, a sucessão por testamento não podia conviver com a sucessão por força da lei. Ou era nomeado um herdeiro pelo ato de última vontade do autor da herança, ou era, na falta de testamento, a lei quem indicava o herdeiro. [...]. (VENOSA, 2013, p. 03-04.)

Sobre o Direito Sucessório primitivo deve-se trazer outras características importantes, como por exemplo de que o antigo direito francês previa regimes diferentes para a transmissão hereditária de nobres e plebeus. Cada região mantinha seu direito hereditário, sendo uniformizada somente com o Código Napoleônico. (MONTEIRO, 2008, p. 03.)

Os povos antigos exaltavam os mortos durante seus cultos, estes eram como deuses, cada família mantinha sua religião, cada religião mantinha um culto e cada culto respeitava os mortos, que eram os entes já falecidos da família. (COULANGES, 1998, p. 44.)

Esta religião doméstica regia também as regras dentro do círculo familiar, sendo uma delas a ideia de perpetuidade da vida, ou seja, a pessoa mesmo morta continuaria no elo familiar através da sucessão do culto familiar.

Os mortos tinham a necessidade de que sua descendência nunca se extinguisse. No túmulo, onde continuavam a vida, os mortos não tinham outro motivo para sua inquietação que o receio de vir a romper-se a sua cadeia de descendência. O seu pensamento único como seu único interesse estavam em terem sempre um homem de seu sangue para lhes levar as oferendas ao túmulo. (COULANGES, 1998, p. 44.)

Sobre o Direito Sucessório na Inglaterra, pode-se vislumbrar os ensinamentos de Monteiro:

Na Inglaterra, por seu turno, antes de 1925, deparavam-se igualmente mais de cem ordens diversas de sucessão, distinguindo-se duas modalidades sucessórias, a real e a pessoal. Além disso imbuído do propósito de fortalecer a autoridade paterna, contemplava o antigo direito sucessório numerosas causas de deserdação, algumas despidas de qualquer relevância. (2008, p. 03.)

Que o Direito Sucessório se aprimorou, de uma forma ampla, é notório, mas sua maior evolução é que a mulher agora faz parte dele, como autora da herança. Antes do direito moderno, a mulher não podia ser autora da herança, somente o homem tinha esse direito. Depois do direito moderno a mulher começou a receber o que lhe cabe na sucessão, tomando decisões acerca de seus bens em igual proporção ao homem.

Do que existia no Direito Sucessório clássico, só restou mesmo o conceito de testamento e adoção, ainda estes títulos são de suma importância para o Direito Sucessório. O herdeiro não recebia apenas o patrimônio, mas as obrigações e dívidas do autor da herança.

## **2.2 Evolução do Direito Sucessório, sob o enfoque dos Códigos Civis de 1916 e de 2002**

No Código Civil de 1916, os filhos gerados fora do casamento não possuíam direito algum quanto à herança, da mesma forma a “concubina”, eram assim chamadas as mulheres que conviviam com os homens, sem estarem casada com estes.

Aos casais, mesmo que solteiros fossem ou separados, não se reconhecia a união, pois somente através do matrimônio poderia existir a real família. De acordo com Dias, mesmo que os conviventes fossem solteiros e tivessem filhos o concubinato não era reconhecido como entidade familiar. O parceiro sobrevivente não possuía direitos sucessórios. De forma lenta a jurisprudência começou a permitir indenização à mulher por serviços domésticos, como se versasse sobre relações de trabalho. (2013, p.30).

Mais tarde, no máximo se passou a reconhecer a união entre os casais como uma sociedade de fato. E a dar oportunidade à divisão do patrimônio constituído na constância da vida em comum, mas mediante comprovação da participação de cada um na composição do patrimônio da sociedade.

Vale exaltar os ensinamentos de Lôbo ao criticar esse impedimento histórico na tentativa de minar efeitos jurídicos às relações extramatrimoniais, este esclarece que com essa discriminação a mulher companheira era a que mais sofria. No sistema patriarcal ela era impedida de acessar o mercado de trabalho e dependia do homem enquanto por ela perdurasse seu afeto. E quando houvesse a dissolução desse relacionamento, a mulher com nada ficava pouco importando sua contribuição patrimonial ou pessoal, causando assim um enriquecimento sem causa do homem. (2011, p. 169.)

A preocupação dos tribunais com tal enriquecimento, levou a elaboração das seguintes súmulas do Supremo Tribunal Federal: 380: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (Brasil, 1964, <<http://www.stf.jus.br>>) e ainda a súmula 382: “A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato” (Brasil, 1964, <<http://www.stf.jus.br>>).

De acordo com Lôbo o tribunal não encontrando respaldo no Direito de Família, teve que se apoiar no Direito das Obrigações:



Vê se que, especialmente na Súmula 380, diante dos impedimentos constitucionais e legais anteriores à configuração do concubinato como entidade familiar, a solução não poderia ser encontrada no Direito de Família. Destarte, socorreu-se do Direito das Obrigações, a partir da figura da sociedade de fato, cuja dissolução levava à partilha do patrimônio, que se presumia adquirido com o esforço comum. (2011, p. 169.)

Nos casos em que era difícil a comprovação do esforço comum, nas ocasiões em que o tribunal não aceitava a simples suposição pelo fato de haver convivência familiar, se compôs uma alternativa, que era a indenização pelos serviços prestados pela concubina.

Esta discriminação teve duração de 78 anos, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou a união estável como sendo uma entidade familiar assim como o casamento ou a entidade monoparental, novas leis foram surgindo no sentido de ser regulado esse novo instituto.

Contudo, somente seis anos após é que o direito sucessório do companheiro (a) foi de forma expressa assegurado, com a criação da lei 8.971 de 1994, que regula o direito dos (das) companheiro (as) a alimentos e à sucessão:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:

I – O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II – O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - Na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo (a) autor (a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens. (BRASIL, 1994.)

Esta lei determinava que para que a união estável fosse configurada, deveriam estes conviver a mais de cinco anos ou filhos comuns, que fossem solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados, ficando desta maneira afastados os separados de fato. Esta lei atribuiu ao companheiro (a) o direito a meação dos bens adquiridos pelo esforço comum, atribuiu ainda a qualidade de herdeiro único na falta de descendentes e ascendentes, e direito a usufruto de um quarto da herança se existisse descendentes, sendo que aumentaria para metade se concorre com ascendentes. (CARVALHO, 2016, p. 223.)

O princípio da isonomia, presente na filiação, encontra respaldo no artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “Os filhos, havidos ou não da relação

do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (Brasil, 1988). Este dispositivo surgiu para igualar os filhos “legítimos” dos “ilegítimos”, não podendo haver diferença entre filhos. Desta forma, pode-se dispor os ensinamentos de Rizzardo:

Os direitos decorrem do simples fato da filiação, e não da circunstância de se nascer em determinado momento, antes ou depois da união matrimonial, ou paralelamente a esta, mas em união com pessoa estranha. A distinção outrora existente não mais perdura, uma vez que a Constituição veda qualquer designação que leve à desigualdade. Todo filho é simplesmente filho, seja qual for a natureza do relacionamento de seus pais. (2008, p. 411).

Ainda sobre o princípio da isonomia da filiação, presente no artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, importante trazer as palavras de Lôbo:

A norma retrata verdadeira mudança de paradigmas, envolvente da concepção de família. A desigualdade entre filhos, particularmente entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, era a outra e dura face da família patriarcal que perdurou no direito brasileiro até praticamente os umbrais da Constituição de 1988, estruturada no casamento, na hierarquia, no chefe de família, na redução do papel da mulher, nos filhos legítimos, nas funções de procriação e de unidade econômica e religiosa. A repulsa aos filhos ilegítimos e a condição subalterna dos filhos adotivos decorriam naturalmente dessa concepção. (2011, p. 218).

De cunho histórico, pode-se ainda vislumbrar:

Diz se ilegítima a filiação quando provém de pessoas não vinculadas por matrimônio válido, ou putativo, ou anulável. É ilegítima, portanto a filiação: I: quando originada de casamento inexistente, ou de pessoas não-casadas uma com a outra; II: se proveio de casamento nulo, desde que haja sentença passada em julgado. São ilegítimos os filhos de pessoas unidas, a princípio, por casamento nulo por incompetência da autoridade, se a nulidade foi alegada dentro de dois anos da celebração[...]. (PONTES DE MIRANDA apud RIZZARDO, 2008, p.415)

Este se referiu ao Código de 1916, que classificava o filho nascido de relação extramatrimonial como ilegítimo. Eram classificados como adúlteros e incestuosos. Adúlteros se vinham de relação em que ocorria impedimento para o casamento e incestuoso se este impedimento provinha de relação de parentesco. (RIZZARDO, 2008, p. 415). Com relação aos filhos adotivos, pode-se dizer que o legislador do Código Civil de 1916, ao mesmo tempo deu um tratamento discriminatório aos filhos adotivos e ao mesmo tempo não havendo outros herdeiros, estes seriam equiparados aos filhos legítimos. Observa-se o que dispõe os artigos: 377 e 1.605 do Código Civil

de 1916: “Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”. (BRASIL, 1916). Ou seja, o filho adotivo não teria direito a sucessão. Dispõe-se o artigo 1.605: “Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.” (BRASIL, 1916). Desta forma, os filhos adotivos teriam direito a sucessão.

O conjunto do patrimônio e direitos que será transmitida aos herdeiros recebe o nome de espólio, que contém tanto o patrimônio ativo do “*de cuius*”, quanto suas dívidas, sendo que estas serão deduzidas do montante.

O direito sucessório de certa forma evoluiu, garantindo aos herdeiros e legatários uma segurança jurídica quanto aos seus direitos. Mas ainda há muito o que prosperar. Ainda há muitas limitações em relação à união estável, não só no direito sucessório, mas em seu reconhecimento como entidade familiar. Apesar de já reconhecida na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988), a legislação infraconstitucional não seguiu os mesmos passos, fazendo com que os tribunais tenham que realizar tal reconhecimento.

No Código Civil de 1916, em seu artigo 1.603, estava prevista a ordem dos herdeiros legítimos, trazendo o cônjuge em terceiro lugar:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - Aos descendentes;
- II - Aos ascendentes;
- III - Ao cônjuge sobrevivente;
- IV - Aos colaterais;
- V - Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União.
- VI - Aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União. (BRASIL, 1916)

Somente se não houvesse deixado o “*de cuius*” herdeiros descendentes e ascendentes é que o cônjuge sobrevivente seria herdeiro.

O regime de bens era o da comunhão universal, essa era uma proteção para o cônjuge, pois este não era herdeiro necessário. No entanto, podia o “*de cuius*” ordenar em testamento, que o cônjuge fosse excluído da sucessão, bastando não o contemplar, disposto no artigo 1.725 do Código Civil de 1916: “Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar.” (BRASIL, 1916)

Existe um princípio que rege a sucessão dos colaterais, o qual descreve Pereira:

O princípio cardeal afirma-se neste terreno em toda a sua ênfase: os parentes mais próximos excluem os mais remotos, sem distinção de sexo nem idade. Chamados a suceder os irmãos (parentes de 2º grau), ficam excluídos os tios e sobrinhos (do 3º grau). Os de 3º grau excluem os do 4º. (2005, p. 173).

Tal princípio se faz de suma importância, pois na falta de herdeiros necessários, legatários e de companheiros (as), estes herdarão, e na falta destes a herança se tornará jacente.

Quanto ao usufruto, era garantido à viúva o direito ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo “*de cuius*”, se houvessem filhos do falecido ou do casal e não fossem casados em comunhão universal, enquanto durasse a viuvez. Na hipótese de não haverem filhos, a viúva teria direito à metade dos bens, mesmo que houvesse ascendentes do “*de cuius*”, conforme o disposto no artigo 1.611, § 1º do Código Civil de 1916:

À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

§ 1º: O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*. [...]. (BRASIL, 1916).

No Código Civil de 1916, o (a) companheiro (a) não tinha qualquer direito sucessório, se mantinha a ideia de proteção da instituição do casamento. O único direito quanto à companheira era a possibilidade de reconhecimento de filhos concebidos ao tempo em que o casal mantinha o concubinato, segundo o que dizia o artigo 363 do Código Civil de 1916:

Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I - Se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai [...]. (BRASIL, 1916).

No que diz respeito ao Código Civil de 2002, quanto à sucessão do cônjuge, primeiramente pode-se dispor a inclusão do cônjuge na concorrência com as classes dos descendentes e ascendentes:

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

- I - Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - Aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - Ao cônjuge sobrevivente;
- IV - Aos colaterais. (BRASIL, 2002.)

A mais importante alteração foi a inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários, prevista no artigo 1.845: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. (BRASIL, 2002.)

Quanto a este avanço trazido pelo Código Civil de 2002, pode-se dispor as palavras de Pereira:

O novo Código Civil representa o ponto de chegada de uma lenta evolução: além de afirmar textualmente sua qualidade de herdeiro necessário, assegurando-lhe com isso, a legítima (artigo 1.846), pôs o cônjuge em situação destacada, no que diz respeito à ordem da vocação hereditária, permitindo-lhe ser chamado a receber propriedade (e não mero usufruto), em concorrência com descendentes e com ascendentes [...]. (2005, p. 143).

Na sucessão do companheiro também houve importantes mudanças, um exemplo é o reconhecimento dos direitos sucessórios do companheiro, contudo vale lembrar que o companheiro não foi tratado da mesma maneira que o cônjuge, visto que este não é herdeiro legítimo. No 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;
- IV - Não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 2002)

O referido artigo representa um retrocesso quanto aos direitos dos (as) companheiros (as), visto que é contrário ao que dispõe a Constituição Federal. As doutrinas mais recentes reconhecem e descrevem esta incoerência:

O que causa estranheza no campo doutrinário e jurisprudencial, é a forma com que o legislador, através do Código Civil de 2002, optou em regulamentar a sucessão da união estável, estabelecendo normas consideravelmente desfavoráveis, quando comparada com a sucessão do

cônjuge sobrevivente, o que é vedado pela ordem constitucional, sob pena de violação ao princípio da igualdade, tendo em vista que tanto o casamento, quanto a união estável são entidades familiares. (SILVEIRA; SANTOS, 2017. p. 89).

Não foi somente o princípio da igualdade foi contrariado, mas o da dignidade da pessoa humana, pois este encontra respaldo justamente no princípio da igualdade, sendo que esta dispõe que todos os cidadãos são iguais perante a lei, ou seja, o “tratamento desigual, de situações desiguais, na medida dessa desigualdade é a exigência tradicional do próprio conceito de justiça”, é o que ensina Martha. (2017, p. 395).

Conclui-se que somente os bens adquiridos na constância da união são os que compõem a sucessão do companheiro. Fazem parte da sucessão os bens adquiridos onerosamente, o que exclui os bens recebidos por doação ou por herança do companheiro falecido. O inciso I deste artigo, dispõe que o companheiro concorre com os filhos comuns, que ocorre da mesma forma como a do cônjuge, já a concorrência do companheiro com os descendentes do autor da herança é regulada pelo inciso II do mesmo artigo.

Nos incisos III e IV deste mesmo artigo há uma redução do direito sucessório dos companheiros, visto que somente não havendo herdeiro algum, é que o companheiro herdará a totalidade da herança. O que significa um retrocesso no que diz respeito aos direitos adquiridos pelos companheiros.

Já no artigo 1.725 é possível aos conviventes regular sua relação patrimonial em contrato: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. (BRASIL, 2002). Ainda no mesmo artigo, a referida lei dispõe que o regime legal é o regime parcial de bens, salvo se os conviventes se mantiverem silentes quanto ao regime.

Críticas quanto ao Código Civil de 2002 não faltam, seja pela falta de sensibilidade do legislador ao não equiparar os institutos da união estável e do casamento, ou por sua organização:

[...] Apesar da tentativa de sistematização, de modo frequente flagram-se dispositivos, títulos e capítulos completamente embaralhados. Basta lembrar que a sucessão na união estável se encontra entre as disposições gerais. O capítulo dos excluídos da sucessão antecede os títulos que regem o direito dos herdeiros. A deserdação encontra-se entre as normas que regulam o testamento. Todos estes equívocos só servem para evidenciar o pouco caso com que o legislador tratou o tema do direito sucessório. (DIAS, 2013, p. 32)

Diante disso, cabe aos tribunais superiores fechar as lacunas, geradas por um Código Civil arcaico, que impede a sociedade e os indivíduos que nela vivem de progredir em suas relações.

Realizado o estudo da sua definição, características, princípio e evolução do Direito Sucessório e suas principais diferenças presentes nos Códigos Civis de 1916 e 2002, torna-se clara a evolução deste direito. Evolução esta que se tornará mais nítida com o estudo dos capítulos que seguem, primeiramente com a análise do instituto da União Estável.

### **3 A UNIÃO ESTÁVEL**

No capítulo anterior foi apresentado o instituto do Direito Sucessório, seu conceito, aspectos históricos e sua evolução ao longo do tempo. Seguindo a mesma linha de estudo, será apresentado no capítulo a seguir o instituto da União Estável, onde será possível alcançar um claro entendimento sobre o instituto e seu conceito, sua evolução, características e diferenças em relação ao casamento. E no último capítulo será apresentada a união dos temas já apresentados.

Segundo os ensinamentos de Madaleno (2013, p. 1.065), no Direito Romano o matrimônio não era autorizado entre patrícios e plebeus, sendo a união entre um cidadão e uma escrava visto como inferior ao casamento.

Ainda com as palavras de Madaleno, no final do século XV tem início o movimento renascentista onde surgem:

Medidas destinadas a preservar e fortalecer o poder da igreja, destacando-se por sua importância o Concílio de Trento, celebrado em 1563, proibindo o casamento *presumido* e estabelecendo a obrigatoriedade da celebração do matrimônio perante o pároco, em cerimônia pública e perante testemunhas, sendo criados os registros paroquiais para assento dos casamentos controlados pelas autoridades eclesiásticas. (2013, p. 1.065). Grifo do autor.

Analisando os aspectos históricos do instituto, torna-se nítida a tentativa da igreja em inibir qualquer tentativa de manter uma união estável.

A união estável pode ser definida como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família, pois de acordo com a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2013, <<http://www.cnj.jus.br>>): “É vedada às

autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

O conceito pode ser analisado de uma forma mais literal, segundo as palavras de Rizzardo (2008, p. 899):

Teve grande importância, nas últimas décadas, a união entre si do homem e da mulher para a convivência em um mesmo local, no recesso de uma moradia, passando a partilhar das responsabilidades da vida em comum e dos momentos de encontros, um devotando-se ao outro, entregando os corpos para o mútuo prazer ou satisfação. É uma união sem maiores solenidades ou oficialização do Estado, não se submetendo a um compromisso ritual e nem se registrando em órgão próprio.

O instituto da União Estável está previsto no artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002): “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”.

Importante trazer ao presente estudo que podem ambos os conviventes não dividirem a mesma residência. Basta que possuam os requisitos da convivência duradoura, pública e contínua, segundo o que dispõe a súmula 382 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1964, <<http://www.stf.jus.br>>): “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”, sendo que nesta época, concubinato ainda era sinônimo de união estável, mas o que já foi superado ao longo dos anos, é o que se estudará a seguir.

No Brasil, antes da promulgação da Constituição de Federal de 1988 não se falava em uniões estáveis. Estas eram chamadas de concubinato e empregadas como sinônimo de relações extraconjugais. Essas relações muitas vezes, aconteciam porque mesmo desquitadas ou separadas de seus cônjuges, tais casais não tinham como divorciar-se de imediato. Mesmo assim constituíam família com outra pessoa, o que se caracteriza como uma união estável.

Esta situação é apresenta nos ensinamentos de Simão e Tartuce (2012, p. 263):

Não se deve esquecer que antes da existência da possibilidade de divórcio no Brasil, muitos conviviam em união estável, apesar de casados no papel, mas separados de fato. Nessa situação desconfortável, a união estável não era, muitas vezes, adotada por opção, mas sim por *falta de opção*. Grifo do autor.

E assim os conviventes em união estável permaneceram durante longos e árduos anos, sendo que a primeira norma a versar sobre o tema foi o Decreto-Lei



7.036/44, onde foi reconhecido o direito à indenização da companheira ao benefício da indenização em caso de acidente de trabalho do companheiro, sendo esta lei ainda aplicada na prática (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 263).

De acordo com Rodrigues (2004, p. 256), a Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 226, §3º veio para remediar a omissão do legislador do Código Civil de 1916, ainda quanto ao reconhecimento da união estável, tal artigo determina que para “efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Assim, a família nascida fora do casamento, com origem na união estável entre homem e a mulher, ganhou novo *status* dentro do nosso direito. [...] o legislador ordinário não cogitou desde logo de regularizá-la, só vindo a fazê-lo bem mais tarde, por meio das Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996 [...]. (RODRIGUES, 2002, p. 284).

O reconhecimento da união estável na Constituição Federal de 1988 causou frenesi na jurisprudência, e com certeza isso indicou que novos preceitos se abririam, trazendo assim ainda mais trabalho para o legislador.

### **3.1 A evolução da União Estável no Brasil – Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96**

A Lei 8.971/1994, no seu artigo 1º, foi a norma pioneira a fornecer elementos para caracterizar a união de fato, é o que ensina Rizzardo (2008, p. 899).

A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478/68, enquanto não constituir nova união e desde que prove sua necessidade. (BRASIL, 1994)

A lei citada neste dispositivo dispõe sobre o direito à alimentos, sendo assim, a companheira (o), poderá se valer de tal dispositivo.

A lei 8.971/94 versa também sobre os direitos dos companheiros quanto à alimentos e sucessão, dispõe que o companheiro sobrevivente concorre com os filhos e com os ascendentes em usufruto, em seu artigo 2º, inciso II dispõe: “o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes”. (BRASIL, 1994).

E na falta de descendentes e ascendentes, recebe a totalidade da herança, excluindo os colaterais, disposto em seu inciso III, do mesmo artigo: “Na falta de descendentes e ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”. (BRASIL, 1994).

O convivente em união estável, de acordo com esta norma, tem direito aos bens adquiridos por esforço comum: “Quando os bens deixados pelo (a) autor (a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro (a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens”, segundo o que traz o artigo 3º do mesmo diploma. (BRASIL, 1994).

Com isso o companheiro conquistou o direito à meação quanto aos bens comuns para o qual tenha contribuído para a aquisição, direta ou indiretamente, ainda que em nome exclusivo do falecido. Mas na Lei 9.278/1996 em seu artigo 5º foi previsto:

Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. (BRASIL, 1996).

Este artigo revogou o artigo 3º da Lei 8.971/1994, sendo assim, de acordo com a nova legislação, pouco importa quem adquiriu os bens, contando que fossem adquiridos onerosamente na constância da união.

A norma em questão, foi muito aguardada, pois se esperava uma lei infraconstitucional que encaminhasse a confirmação dos direitos conquistados na Constituição Federal de 1988, mas mesmo com tantos percalços o primeiro passo foi dado. Coube aos tribunais fechar as lacunas, diante das palavras de Madaleno (2013, p. 1.071), pode-se ter uma visão mais clara:

Prevaleceu nesta fase unicamente a pioneira e audaciosa jurisprudência, tratando os tribunais e não o legislador de acertar os passos da livre e estável convivência, sendo aplicada a fórmula da presunção da comunhão dos aquestos, a partir do pressuposto de que a mulher, mesmo não colaborando diretamente com seu trabalho para a formação do patrimônio do seu companheiro, contribui com seu trabalho doméstico na administração do lar e na educação e formação dos filhos e desse modo propicia a estabilidade e a tranquilidade necessárias para a aquisição dos bens.

Em caso de dissolução da união, cabia aos tribunais decidirem sobre, pois, a norma em questão não trouxe uma solução sobre este tema, trazendo apenas em seu

texto a regulamentação aos alimentos e à sucessão *causa mortis*. (MADALENO, p. 1.070).

Na Lei 9.278/1996, que regula o §3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre o direito real de habitação, em seu artigo 7º, parágrafo único:

Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. (BRASIL, 1996).

O legislador conferiu ao (à) companheiro (a) o direito real de habitação, mas ao cônjuge sobrevivente dependia ainda do regime de bens adotado no casamento, o direito real de habitação era concedido se o regime fosse o da comunhão universal de bens, de acordo com o Código Civil de 1916, em seu artigo 1.611, §2º:

Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 1916)

Somente em 2002, com a redação do atual Código Civil, é que o cônjuge independentemente do regime adotado, pôde exercer o seu direito real de habitação:

Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2002).

Com esse novo texto, onde foi abandonada uma posição restritiva, o instituto da união estável e do casamento ficaram equiparados quanto ao direito real de habitação.

A lei 9.278/96 não resolveu todos os problemas dos conviventes em união estável, já que a lei anterior assim também não o fez, mas trouxe grandes avanços. Segundo os ensinamentos de Madaleno (2013, p. 1.071):

[...], mas reconheceu a existência da união estável, no caso de haver precedente separação de fato de convivente casado, diante da evidência do desaparecimento do impedimento do casamento pela separação de fato, como por fim foi consagrado pelo artigo 1.723, §1º, do Código Civil.

Outro ponto positivo desta norma, foi que esta não estabeleceu um período mínimo de convivência, como a lei anterior assim fez. Basta a relação ser de

convivência duradoura, pública e contínua, para ser caracterizada como entidade familiar, e assim remete-se ao §3º do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), onde tal dispositivo reconhece a união estável como entidade familiar:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Neste dispositivo nota-se que se faz necessária a conversão da união estável em casamento, diante deste impasse, o legislador não equiparou os institutos, pois se há a necessidade de conversão, não há equiparação, sendo uma falha grave do legislador a edição final do dispositivo.

### 3.2 Características da União Estável

A união estável não tem um rito específico como o casamento, se diferenciando deste pela ausência de formalidades; é o produto da soma de alguns requisitos, formando assim um instituto com características próprias.

Segundo Rizzardo (2011, p. 820-822), a união estável tem elementos impostos pelo Código Civil, previstos no artigo 1.723, que são: “a convivência pública, contínua e duradoura de um homem e uma mulher; e a finalidade de constituição de família”. Esses elementos/requisitos, se desdobram em outras condições/características, quais sejam: a.) *Affectio societatis* familiar, ou *Affectio maritalis*: é o desejo de constituição de família; b.) A posse do estado de casado: postura dos conviventes, como se casados fossem; c.) A notoriedade do relacionamento e honorabilidade da conduta: atitude de respeito mútuo e público; d.) Conduta apropriada dos conviventes: não se trata de moral pública, mas sim da relação íntima dos conviventes, em que deve haver compreensão e entendimento; e.) Dever de fidelidade: não se configura como condição obrigatória, pois não impede a constituição de patrimônio comum; f.) Habitação comum: residência e moradia comum. Diante do que dispõe a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1964, <<http://www.stf.jus.br>>): “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”, resta claro que não se faz necessária a habitação comum, visto que ambos podem colaborar, na constância da união com a constituição do patrimônio; g.) Convivência *more uxorio*: demonstração da convivência, exteriorização do tratamento

íntimo, onde se demonstra o interesse na constituição da família; h.) Comunidade de leito: consiste na relação sexual, envolvendo a convivência; i.) Continuidade da união: a união deve ser contínua, sem interrupções, esse período deve consolidar a união, não podendo ser confundida com uma relação casual ou passageira que não gera efeito algum; j.) Dependência efetiva de um companheiro ou convivente em relação ao outro: ajuda recíproca na formação do patrimônio; k.) Continuidade e período de duração: dependendo do caso concreto, o período da união pode variar, não tendo lapso temporal mínimo ou máximo, mas é imposta certa durabilidade.

Além dessas características, deve-se citar o regime de bens legal da união estável, que é o regime da comunhão parcial de bens, previsto no artigo 1.725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. (BRASIL, 2002).

Em relação a este artigo, importante as palavras de Tartuce e Simão (2012, p. 288):

No que concerne aos direitos patrimoniais decorrentes da união estável, o artigo 1.725 do mesmo Código prevê que, salvo *contrato escrito entre os companheiros*, aplica-se à união estável, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. O contrato mencionado nesse artigo é o *contrato de convivência* [...] esse contrato serve apenas para prever qual será o regime da união estável, afastando a comunhão parcial, não tendo o condão de interferir nas normas de cunho pessoal ou de ordem pública, como é o caso da própria caracterização da união estável. Grifo do autor.

Também é importante dispor sobre a diversidade de sexos, prevista na Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2013, <<http://www.cnj.jus.br>>): “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.”, sendo que os conviventes não precisam ser de sexos opostos.

Superado esses obstáculos, a união estável foi elevada ao nível do matrimônio, de acordo com os ensinamentos de Madaleno (2013, p. 1.077), depois de um longo período de preconceito:

Durante longo tempo a sociedade e, no seu encaço, a lei mantiveram o concubinato, agora elevado à condição de entidade familiar, constituído pela união estável, numa faixa de inescandível preconceito, objetando a família natural até a superação desse preconceito com o artigo 226, §3º, da Constituição Federal de 1988. A união estável se forma à imagem do

casamento, sendo impossível ignorar a contingência social de casais vivendo sob o regime da união estável, cujo esboço pressupõe alguns requisitos previstos em lei [...].

A união estável se configura como um espelho do matrimônio, mas como será estudado a seguir, sua equiparação à entidade familiar não pode ser questionada, mas sua equiparação ao matrimônio ainda está pendente, o que pode gerar muitos questionamentos sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

Quanto aos efeitos da união estável, pode-se dispor as palavras de Lôbo (2011, p. 170-171) em relação ao estado civil:

“Companheiro em união estável” é estado civil autônomo; quem ingressa em união estável deixa de ser solteiro, separado, divorciado, viúvo. Essa qualificação autônoma resulta: a) da tutela constitucional e do Código Civil à união estável como relação diferenciada do estado de casado e do estado de solteiro; b) do vínculo inevitável dos companheiros com a entidade familiar, especialmente dos deveres comuns; c) da relação de parentesco por afinidade com os parentes do outro companheiro que gera impedimentos para outra união com estes; d) da proteção dos interesses de terceiros que celebram atos com um dos companheiros, em razão do regime de bens de comunhão parcial desde o início da união.

Nas palavras de Lôbo, foi utilizado o termo companheiro em união estável, o que de certa forma não está incorreto, mas o termo utilizado com mais frequência é convivente em união estável, ou em outras situações apenas “companheiro (a)”.

### **3.3 A (não) equiparação ao casamento**

De acordo com Dias (2010, p.169), a Constituição Federal ao assegurar a proteção especial à família, em seu artigo 226 (BRASIL, 1988): “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, não desnivelou as entidades familiares, ao falar primeiramente no casamento, seguida pela união estável e por último sobre a família monoparental, não mostrando qualquer tipo de prioridade: “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; §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (BRASIL, 1988).

Ainda em seus ensinamentos, Dias (2010, p.169, grifo do autor) assevera que:

Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a **equiparação** das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção. A Constituição acabou por reconhecer juridicidade ao **afeto** ao elevar as uniões constituídas pelo vínculo de afetividade à categoria de entidade familiar.

No sentido de equiparação como entidade familiar, a união estável enfim encontrava seu reconhecimento, mas a lei ordinária não caminhou no mesmo sentido que a Constituição Federal de 1988. Exemplo do nivelamento dos institutos é o que dispôs o artigo 7º da lei 9.278/96, que prevê a assistência material a título de alimentos ao companheiro (a) que necessitar, em caso de dissolução da união por rescisão: “Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”. (BRASIL, 1996).

Quanto ao cônjuge está previsto alimentos no Código Civil em seu artigo 1.694: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.” (BRASIL, 2002).

Neste artigo, e equiparação dos institutos do casamento e da união estável restou clara, o legislador não só os colocou em mesmo nível, garantindo o mesmo direito, este solidificou sua igualdade.

Como bem trazido nas palavras de Veloso (2001, <<http://www.ibdfam.org.br>>), houve a tentativa do legislador de equiparação dos institutos com a promulgação de leis infraconstitucionais, mas estas não abrangeram todas as carências do instituto:

Vimos que as Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96 regularam o direito sucessório entre companheiros imitando as soluções já existentes para os cônjuges. Mas as referidas leis não apresentaram para os conviventes alguns requisitos e limitações que, para as mesmas hipóteses, vigoravam para as pessoas casadas, previstos não só no artigo 1.611 do Código Civil de 1916, como indicados na jurisprudência que se formou em torno da matéria, inclusive dos Tribunais superiores. Muitos autores afirmaram que tal discrepância era desarrazoada, não havendo base para que o companheiro sobrevivente fique numa situação mais benéfica e vantajosa do que a do cônjuge supérstite. A doutrina propugnava por uma alteração legislativa que estabelecesse o equilíbrio, a paridade das situações. O conserto dependia de uma moderada intervenção; o ajuste carecia de pequena modificação. Contrariando estas expectativas, o C.C. promove um recuo notável. O panorama foi alterado, radicalmente. Deu-se um grande salto para trás. Colocou-se o companheiro em posição infinitamente inferior com relação à que ostenta o cônjuge.

Com a criação das leis infraconstitucionais algumas lacunas foram fechadas, mas o Código Civil de 2002 trouxe um retrocesso quanto ao direito sucessório do companheiro (a).

De acordo com a lei 8.971 de 1994, em seu artigo 1º:

A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, [...] enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Era previsto o período mínimo de cinco de convivência, para que a união estável pudesse ser reconhecida.

Atualmente este lapso temporal não é mais exigido. Agora basta um período mínimo, em que ficar comprovada a união de forma sólida.

A união estável tem como característica a informalidade, ou seja, não é necessário seu registro para sua efetivação, contudo pode os conviventes formalizá-la com um contrato, podendo ser particular ou por escritura pública.

### **3.4 Diferenças entre união estável e casamento**

Ao mesmo tempo que o legislador nivelou os direitos do (da) companheiro (a) com os do cônjuge, os direitos sucessórios não tiveram o mesmo tratamento, e ao longo dos anos coube aos tribunais superiores este encargo.

De acordo com o artigo 1.790 do Código Civil “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável [...]”. Isto é, o companheiro terá parte na herança dos bens comuns adquiridos durante a união, mas não dos bens particulares, adquiridos pelo companheiro antes do casamento. O Código Civil tratou de maneira diferente o cônjuge e o companheiro no que se refere à herança.

Assim não seria justo se em uma dada situação hipotética, um convivente em união estável adquire um grande patrimônio antes da união, e a partir dessa não adquire, mas nenhum patrimônio, somente recebendo os frutos desta, vindo a falecer, o companheiro sobrevivente, não teria direito algum quanto à herança, e muito menos a meação, de acordo com os preceitos legais existentes atualmente.

Observando esta situação, pode-se visualizar com mais clareza a situação em que se encontram os conviventes em união estável e o cônjuge.



Como já estudado no 1º capítulo deste trabalho, nos primórdios da civilização a sociedade tinha como pilar central a igreja, onde esta determinava que qualquer relação em que os indivíduos não eram unidos pelo matrimônio, era uma união imprópria, impura. Matrimônio este onde o homem era o chefe da família, onde todas as decisões eram tomadas por este, sendo tal poder transmitido ao filho varão.

Esta imposição perdeu força ao longo dos tempos, pois essa união imprópria ganhou adeptos, onde a sociedade clamou por sua legalidade. O ponto em questão é a diferença do surgimento dos institutos, a união estável surgiu do simples fato de duas pessoas sentirem a necessidade de conviverem juntas, enquanto o matrimônio foi imposto pela igreja.

Ao passo que a família até então patriarcal, baseada no poder do homem, submissão da mulher e filhos a este, bem como de caráter produtivo e reprodutivo, que primava por interesses sociais, políticos e patrimoniais, deu lugar a uma entidade familiar galgada no afeto, o ordenamento jurídico foi obrigado a adaptar-se a uma nova realidade, a fim de possuir condições de suprir lacunas jurídicas até então existentes, na realidade de muitas famílias. (SILVEIRA; SANTOS, 2017, p. 84)

Nos dias de hoje, ambos os conviventes detêm o poder familiar, a situação da submissão da mulher já foi superada, as relações atuais seguem o progresso da sociedade.

De suma importância se faz a discussão acerca do artigo 1.790 do Código Civil, há debates quanto a constitucionalidade deste artigo, pois este diferencia os institutos da união estável e do casamento, isto porque a Constituição Federal de 1988 traz um entendimento diferente, em seu artigo 226, §3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. ” (BRASIL, 1988).

Tais dispositivos levantam várias interpretações, Veloso (2001, <<http://www.ibdfam.org.br>>) traz um entendimento sobre o artigo 226, §3º da Constituição Federal:

Convém esclarecer que a Constituição, ao sinalizar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, não está estabelecendo hierarquia, precedência ou preferência entre essas duas formas de constituição de família. Uma conclusão neste sentido não tem base histórica ou sociológica e se choca com os fundamentos, o todo orgânico, o próprio ideário, liberal, igualitário, solidário e democrático da Carta Magna. O que ela quer, simplesmente, é que, se os conviventes resolverem casar, que este objetivo seja facilitado, dispensando-se os que já vivem juntos, em união

estável, como entidade familiar, de algumas exigências que são prescritas para os que não exibem esta condição.

Analisando-se tal interpretação, o artigo 1.790 do Código Civil se configura como inconstitucional, pois tais institutos como bem exposto nas palavras de Zeno Veloso, de que não houve preferência, hierarquia ou precedência na criação do artigo 226, §3º da Constituição Federal.

Todavia, uma possibilidade que deve ser levantada, sobre a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil é de que o legislador, no artigo 226, §3º, da Constituição Federal de 1988, quando fala na facilitação da conversão da união estável em casamento, está bem na verdade, diferenciando os institutos. Dessa forma o artigo 1.790 do Código Civil não seria inconstitucional.

### 3.5 Principais decisões jurisprudenciais

Cabe aos tribunais superiores preencher as lacunas deixadas pelo legislador quanto aos direitos dos conviventes em união estável.

O Supremo Tribunal Federal vem trazendo entendimento de que os direitos sucessórios do (da) companheiro (a) devem ser resguardados, assim como o julgado trazido, de uma ação de reconhecimento de união estável e dissolução *post mortem* (BRASIL, 2016, <<http://www.stf.jus.br>>, grifo nosso):

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL E DISSOLUÇÃO POST MORTEM. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO QUE RECONHECEU A UNIÃO ESTÁVEL PORQUE PRESENTES SEUS PRESSUPOSTOS (1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL). ANÁLISE DE MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. INOBSERVÂNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal de Justiça de São Paulo manteve decisão proferida em primeira instância a qual **reconheceu união estável por entender presentes os preceitos dos artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil 2. Inviável o processamento do recurso extraordinário quando, para seu deslinde, seja necessária a análise de legislação infraconstitucional a fim de se deconstituir decisão a respeito da presença, ou não, dos pressupostos do reconhecimento da união estável** (artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil). 3. Agravo regimental, interposto em 02.09.2016, a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, CPC.

Na união estável, quando presente seus pressupostos, se faz necessário seu reconhecimento, seja em vida ou reconhecimento *post mortem*. A referida decisão do

STF em reconhecer a união, traz um reforço ao entendimento de que as relações não matrimoniais merecem reconhecimento dos seus direitos.

O Supremo Tribunal Federal também traz entendimento sobre o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2012, <http://www.stf.jus.br>, grifo nosso):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 05/05/2011, consolidou o entendimento segundo o qual a **união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva.** 2. **Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.** Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. 3. O direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro restou decidida. No julgamento do RE nº 477.554/AgR, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe de 26/08/2011, a Segunda Turma desta Corte, enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas”. Agravo regimental a que se nega provimento.

Esta decisão do Supremo Tribunal Federal foi um passo importante para o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, a partir desta decisão os tribunais inferiores formarão decisões significativas quanto ao tema, trazendo enfim, reconhecimento à essas famílias quanto aos seus direitos.

De acordo com os ensinamentos de Tartuce e Simão ((TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 317), esta decisão do STF ocorrida em 2011, julgou o tema decidindo que as mesmas regras aplicadas na união estável heteroafetiva devem ser aplicadas na união homoafetiva, desta forma a corrente majoritária de consolidou com tal decisão,

tendo eficácia *erga omnes*, como consequência são esperadas novas legislações disciplinando essas relações de forma definitiva.

Como bem disciplinado, é aguardada uma lei que consolide tal decisão, o que ainda não ocorreu, desde 2011. Se passaram longos seis anos, e a única fundamentação para equiparação da união estável homoafetiva para a união estável heteroafetiva ainda é esta decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em relação à inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, o Supremo Tribunal Federal realizou um julgamento em 10 de maio de 2017, onde decidiu pela inconstitucionalidade (BRASIL, 2017, <<http://www.stf.jus.br>>):

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 498 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, que redigirá o acórdão, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a **inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002**, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Ricardo Lewandowski. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia.

É nítido que o Supremo Tribunal Federal vem fundamentando suas decisões na modernização das relações, pois estas estão evoluindo com o passar dos anos, e já que os legisladores não trazem este avanço às leis, compete aos tribunais superiores a atualização das normas jurídicas.

Realizado o estudo da sua definição, características, aspectos históricos e evolução do instituto da União estável, sua não equiparação e diferenças em relação ao casamento, análise das principais decisões jurisprudenciais, torna-se clara a evolução deste direito. Evolução esta que se tornará mais nítida com o estudo do capítulo que segue, com a análise do instituto do Direito Sucessório na União Estável.

#### 4 O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

Antes do reconhecimento da união estável como entidade familiar, não era concedido o direito de herança aos companheiros, que até aquele momento eram chamados de concubinos.

A união estável não fazia parte da ordem de vocação hereditária, de acordo com art. 1.603 do Código Civil de 1916:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:  
 I- Aos descendentes;  
 II- Aos ascendentes;  
 III- Ao cônjuge sobrevivente;  
 IV- Aos colaterais;  
 V- Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União,  
 VI- Aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União. (BRASIL, 1916)

Observando este artigo, o cônjuge sobrevivente permaneceu em terceiro lugar, antes foram trazidos à vocação hereditária os descendentes e os ascendentes, seguido dos cônjuges eram chamados à sucessão os colaterais, deste modo, não havia lugar na sucessão para o chamamento de companheiro sobrevivente.

O direito de herança aos companheiros só era possível através de testamento, sendo que era vedada a outorga por homem casado à sua concubina, de acordo com os artigos 1.177<sup>1</sup> e 1.719, inciso III<sup>2</sup> do Código Civil de 1916.

De acordo com o entendimento consolidado na Súmula 380 do STF, do ano de 1964, a jurisprudência concedia aos concubinos apenas o direito de partilha dos bens adquiridos por esforço comum, em comprovada sociedade de fato: 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. (Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF)).

Os direitos sucessórios dos companheiros (as) só foram reconhecidos com a promulgação da Lei 8.971/94 em seu artigo 3<sup>o</sup>. Com a referida lei, a sucessão do

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 3.071 de 1916. Código Civil Brasileiro. Art. 1.177: A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 3.071 de 1916. Código Civil Brasileiro. Art. 1.719: Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: III - a concubina do testador casado.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei 8.971 de 1994. Lei da União Estável. Art. 3º: Quando os bens deixados pelo (a) autor (a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro (a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

companheiro (a) foi enfim admitida, de forma análoga ao direito consagrado ao cônjuge sobrevivente pelo Código Civil de 1916, e com essa admissão ocorreu a alteração da ordem de vocação hereditária, sendo que existindo companheiro com direito à herança, o chamamento dos colaterais era afastado<sup>4</sup>.

#### 4.1 Dispositivos legais que reconhecem, e suas limitações

A Lei nº 8.971/1994, em seu artigo 2º, dispõe sobre os direitos do companheiro (a) sobrevivente quanto a: a) o direito de meação dos bens adquiridos por esforço comum; b) usufruto sobre 1/4 (um quarto) dos bens, no caso de haver descendentes (quando houvesse filhos do de cujus ou comuns); c) usufruto sobre 1/2 (metade dos bens), se houver ascendentes e não houvesse filhos em comum; d) a totalidade da herança, desde que o falecido não tenha deixado descendentes, ascendentes nem cônjuge. (Brasil. Lei 8.971 de 1994).

Desse modo ficou claro que vindo o (a) companheiro (a) a falecer, o sobrevivente teria direito a totalidade da herança caso não existissem descendentes nem ascendentes, sendo ainda concedido o direito de usufruir de um quarto ou de metade dos bens deixados pelo “*de cujus*”, enquanto não constituída nova união por meio de convivência estável ou casamento.

Mais tarde, com a edição da Lei 9.278/96, se estabeleceu no artigo 7º, parágrafo único, que: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não construir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”. (Brasil. Lei 9.278 de 1996.).

Com os direitos já assegurados pela Lei nº 8.971/94, como o de meação na sucessão, é criada a Lei 9.278/96 para garantir o direito real de habitação, assim completando-se o ordenamento em termos de direitos sucessórios dos companheiros (as), o qual sofreu grandes mudanças com a promulgação da Lei nº 10.406 de 2002, o Código Civil Brasileiro, praticamente repetindo o conceito de união estável já previsto na Lei nº 9.278/96.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Lei 8.971 de 1994. Lei da União Estável, art. 2º: As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições: III - na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Se faz necessária a diferenciação de sucessão de meação de bens: enquanto esta se refere ao regime de bens, correspondendo à participação na metade dos bens que tem em comum com o companheiro, aquela independe do regime de bens, constituindo-se a parte que pertencia ao “*de cujus*”, deferida ao companheiro por força de seu *status*.

Se ressalta que o artigo 1.725 do Código Civil permite sejam reguladas por contrato, na união estável, as relações patrimoniais, aplicando-se, na ausência deste, as regras do regime da comunhão parcial de bens. (Brasil, 2002).

O direito sucessório na união estável é previsto no artigo 1.790 do Código Civil:

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

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

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

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

IV– Não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 2002)

Este artigo tem como objetivo trazer a possibilidade de o companheiro (a) receber aquilo que lhe caberia por força da meação, além de concorrer na sucessão com descendentes do autor da herança, de acordo com o disposto no inciso II.

Diante ao disposto no inciso I, não se questiona o direito de a companheira receber sua meação e concorrer com filhos comuns, fundamentalmente porquanto preservada restará a unidade familiar mantida com o falecido, compreendida esta como aquela em que os companheiros viviam, na companhia ou não de filhos havidos em comum, a bem do interesse destes.

A constitucionalidade deste artigo ainda é alvo de várias discussões, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal de tornar inconstitucional tal artigo, deve impactar as decisões das instâncias inferiores.

## 4.2 Herdeiro legítimo, necessário e facultativo

Os herdeiros ou sucessores, são os sujeitos passivos da transmissão hereditária. Ostentam esta condição os que participam da sucessão por integrarem o rol legal chamados de herdeiros legítimos, de acordo com o disposto no artigo 1.829 do Código Civil:

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. (BRASIL, 2002).

Estes são eleitos pela legislação através de ordens de vocação hereditária indicada pela lei.

Os herdeiros necessários estão elencados no art. 1.845 do Código Civil: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.” (Brasil, 2002)

Na falta de herdeiros necessários, os herdeiros facultativos assumem a vocação hereditária, estão elencados no art. 1.829, IV do Código Civil, onde estão os colaterais até quarto grau.

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. (BRASIL, 2002)

O companheiro na ordem da vocação hereditária, encontra-se no mesmo patamar dos colaterais, sendo assim denominados facultativos.

Há que se falar também sobre a proteção da legítima, visto que o falecido não pode dispor de mais que 50% (Cinquenta por cento) de seus bens, pois estes correspondem ao que cabe aos seus herdeiros necessários.

De acordo com as palavras de Rolf Madaleno, quem tem herdeiros necessários sofre limitações sobre seus bens, não podendo dispor em testamento, por doação em



vida ou qualquer fração que ultrapasse a porção disponível, podendo desta maneira ser confrontado pelos seus herdeiros necessários. (Madaleno, 1999, p. 117)

### 4.3 Concorrência com outros herdeiros

De acordo com o artigo 1790, I, do Código Civil: “se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho.” (Brasil, 2002).

Por filhos comuns se entende como aqueles que são filhos tanto do autor da herança quanto do companheiro (a) sobrevivente, sendo assim, a companheira é mãe dos herdeiros com quem concorre. Nesta hipótese, a lei determina que o (a) companheiro (a) herdeiro receba quota equivalente àquela dos filhos, herdando deste modo em iguais proporções aos filhos advindos da união.

Se o companheiro concorrer apenas com descendentes do autor da herança, determina o artigo 1.790 do Código Civil<sup>5</sup> que tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles, com isso o (a) companheiro (a) dividirá a herança com aqueles que não são seus filhos.

No caso de concorrência com herdeiros híbridos, ou seja, de filhos comuns e de filhos somente do autor da herança, de acordo com os ensinamentos de Nader, se aplica as regras previstas no inciso II do artigo 1.790, aplicada aos herdeiros somente do “*de cujus*”, se priorizando desta maneira os filhos, em vez dos (das) companheiros (as). (NADER, 2013, p. 160).

Assim como na ordem da vocação hereditária prevista no artigo 1.829, III, do Código Civil<sup>6</sup>, onde o cônjuge se encontra em terceiro lugar, antecedido pelos ascendentes e descendentes.

Caso o autor da herança tenha outros herdeiros como ascendentes ou colaterais, o (a) companheiro (a) terá direito a um terço do patrimônio<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei 10.406 de 2002. Código Civil Brasileiro. Art. 1.790, II: Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles.

<sup>6</sup> A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: ao cônjuge sobrevivente.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei 10.406 de 2002. Código Civil Brasileiro. Art. 1.790, III: A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.

Concorrer com os ascendentes, que são herdeiros necessários, é de pensar ser justo, mas com os colaterais, sendo estes facultativos, não se pode vislumbrar uma sucessão legítima para o (a) companheiro (a).

Sobre a concorrência com o cônjuge sobrevivente, de acordo com Gonçalves (2012, p.199-200) o legislador procurou dar prioridade ao direito sucessório do (da) companheiro (a). Aduz ainda que para a caracterização da união estável se presume que o autor da herança estivesse já separado de fato ou judicialmente, visto que o artigo 1.830 do Código Civil<sup>8</sup> elimina o direito sucessório do cônjuge se ao tempo da morte do autor da herança, este estava separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos.

O Código Civil, contudo, não fixou prazo mínimo para a caracterização da união estável. Desse modo, pode suceder que uma pessoa, separada de fato há menos de dois anos, já estivesse vivendo em união estável por ocasião de sua morte. Nesse caso, o direito sucessório do cônjuge ainda não estaria afastado. (GONÇALVES, 2012, p.199)

A concorrência com cônjuge sobrevivente se dá até os limites dos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Os bens adquiridos pelo cônjuge com o “*de cujus*”, serão somente deste, não entrando em comunhão com os bens adquiridos na constância da união estável pelo companheiro (a) com o autor da herança.

#### **4.4 Os efeitos após a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790**

No caput do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), se tem estabelecido um tratamento desigual ao prever que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Diferente da hipótese em que a pessoa seja casada, a legislação infraconstitucional estabelece que o companheiro sobrevivente participará da sucessão do falecido apenas quanto aos bens adquiridos a título oneroso, na constância da união estável. Nota-se que o Código Civil de 2002 não contemplou o

---

<sup>8</sup> BRASIL. Lei 10.406 de 2002. Código Civil Brasileiro. Art. 1.830: Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

companheiro com os bens particulares deixados pelo companheiro falecido na abertura da sucessão.

Se essa mesma pessoa fosse casada com o falecido em regime de comunhão parcial, o mesmo aplicado na união estável, quando não há o um pacto de convivência nos termos do artigo 1.725 do Código Civil (BRASIL, 2002)<sup>9</sup>, o cônjuge sobrevivente concorreria na sucessão com os descendentes, se o “*de cujus*” deixasse bens particulares, havendo ou não aquestos<sup>10</sup>.

Resta claro que há mais direitos para o cônjuge do que para o companheiro. Sendo assim, este dispositivo é inconstitucional, por violar o princípio da igualdade ou isonomia, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>11</sup>.

Existe entendimento doutrinário, defendido entre outros no sentido de que a Constituição não teria equiparado a união estável ao casamento, ao argumento de que uma união informal e outra marcada por um ato solene não podem ser a mesma coisa e outros argumentam sobre a conversão prevista na Constituição Federal de 1988, é o que está disposto nas palavras de Medina e Araújo (2018, p. 284, grifo do autor):

A união estável não se confunde com o casamento. Os dois institutos são diversos e a maior prova disso é que o legislador constituinte incentiva a *conversão da união estável em casamento*. Todavia, no Brasil, o grande número de uniões de fato entre pessoas desimpedidas ou que ainda não regularizam o seu divórcio decorre de *fatores econômicos e culturais*.

Sustenta-se que se fossem iguais, não faria sentido a parte final do §3º do artigo 226, que estabelece que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento, concluindo, afinal, que ainda há uma preferência pelo casamento, o que outorgaria ao legislador infraconstitucional a permissão para poder estabelecer validamente um tratamento diverso.

Entretanto, pode-se derrubar tais argumentos argumentando que aquilo pretendido pelo Constituinte originário com a determinação da facilitação da conversão da união estável em casamento foi conferir àquela maior proteção, maior

---

<sup>9</sup>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.

<sup>10</sup>São todos os bens do casal adquiridos na vigência do casamento.

<sup>11</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

segurança jurídica, pois inegavelmente com a celebração do ato jurídico solene do casamento, não há dúvidas perante a sociedade e perante o Direito da existência daquele convívio afetivo como entidade familiar.

A Constituição inovou elevando à categoria de família, a união estável, já que tem como fundamento o afeto, e como tal, deve ter tratamento igualitário ao casamento.

O princípio da igualdade ou isonomia, previsto no artigo 5º, caput, que não pode ser objeto de reforma, pois constitui cláusula pétrea, conforme artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)<sup>12</sup>, significa a produção, a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma jurídica deve ser no sentido de dar tratamento isonômico, de modo a evitar diferenciações que levem a discriminações ou a privilégios.

Tem sua aplicação tanto nas relações de direito público, em razão da eficácia vertical dos direitos fundamentais, quanto nas relações de direito privado, seja de forma imediata ou mediata, por conta da chamada eficácia horizontal, que se irradia para todos os ramos do Direito. Assim, deve ser aplicado nesta questão envolvendo a entidade familiar e o direito sucessório.

Se é família, seja constituída sem maiores formalidades, mas ambas baseadas no afeto, merecem ter a mesma proteção estatal, e conseqüentemente os mesmos direitos e obrigações.

Qualquer dispositivo legal que estabeleça desequiparações entre o cônjuge e o companheiro, criando mais direitos para um do que para o outro, deve ser tido como contrário ao princípio da isonomia, e por via de consequência, deve ser tido como alcançado pelo vício da inconstitucionalidade.

Outra diferença ainda mais gravosa é a prevista no inciso II do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), comparada com a disposição trazida no artigo 1.829, inciso I (BRASIL, 2002), do mesmo diploma legal.

Considerando uma herança composta apenas de aquestos, ou seja, bens comuns adquiridos na constância da união, e havendo descendentes só do autor da herança, tem-se uma situação econômica mais vantajosa para o companheiro.

---

<sup>12</sup>Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV-os direitos e garantias individuais.

Sendo o sobrevivente casado com o de cujus, e só há aquestos, havendo descendentes, o cônjuge sobrevivente não concorrerá com a herança, de acordo com o artigo 1829, I, do Código Civil (BRASIL, 2002)<sup>13</sup>.

Já para o companheiro sobrevivente, havendo bens comuns e descendentes só do autor da herança, além do direito à sua meação, concorrerá à herança com os demais descendentes do falecido, nos termos do artigo 1.790, inciso II do Código Civil (BRASIL, 2002)<sup>14</sup>.

Assim, o dispositivo legal confere para o regime da comunhão parcial de bens mais direitos ao companheiro do que se concede ao cônjuge na sucessão. Ainda que se defenda que a Constituição não estabeleceu a obrigatoriedade de tratamento igual entre o casamento e a união estável, certamente também não permite que nesta se tenha mais direitos do que naquele.

Tem-se no casamento a criação mais antiga e aceita de formação da família. Nele, há expressamente uma intenção clara de constituir uma família. O casamento é um ato solene. Não há nenhuma dúvida de sua constituição, dado o vínculo formal que une os cônjuges. Não se pode privilegiar uma relação informal, apesar de baseada também no afeto e elevada ao *status* de entidade familiar, em prejuízo de uma formal, cumpridos diversos requisitos de existência e de validade para a sua configuração legal.

Se adotado o regime da comunhão parcial, para o casamento, o mesmo raciocínio deve-se ter no caso de morte de um deles, ou seja, deve o sobrevivente concorrer na herança dos bens comuns, privilegiando, assim, a manifestação de vontade das partes em vida, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A interpretação a ser dada ao inciso I do artigo 1829 do Código Civil (BRASIL, 2002)<sup>15</sup> é no sentido de beneficiar o cônjuge supérstite com o direito à meação, além

---

<sup>13</sup>Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares [...].

<sup>14</sup>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: [...] II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; [...].

<sup>15</sup>Art. 1.829: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares [...].

da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, da mesma forma que ocorre na união estável.

Desse modo, elimina-se a diferença do montante partilhável na hipótese de haver bens comuns, pois seja na constância do casamento ou da união estável, o sobrevivente irá concorrer na herança dos bens comuns com os descendentes.

Tal conclusão, por um lado é benéfica, por acabar privilegiando o princípio da igualdade, que deve ser adotado como viés interpretativo no tratamento da entidade familiar, em qualquer de suas formas de constituição, dada a norma aberta veiculada no artigo 226, caput, e §3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

No entanto, esse posicionamento muito recente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça deve, em breve, ser alvo de inúmeras críticas, a princípio, porque é contrário ao entendimento majoritário da doutrina, que inclusive editaram o enunciado 270 na III Jornada de Direito Civil<sup>16</sup>, segundo o qual o cônjuge não concorre com os descendentes quando os bens são comuns.

Em segundo lugar, também pode ser criticado por ser contra legem, porque o artigo 1.829, I, do Novo Código é claro ao excluir o cônjuge de concorrer com os descendentes na herança dos bens comuns.

A questão foi remetida para o Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário, para análise do controle difuso de constitucionalidade, para resolver em definitivo a controvérsia.

Em 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento de dois recursos e declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que dispõe sobre o direito sucessório dos companheiros, tal decisão se deu no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694, sendo os dois com repercussão geral.

No presente trabalho será estudado o processo que deu origem ao RE 646.721, do Estado do Rio Grande do Sul que aborda a aplicação do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) à sucessão em união estável homoafetiva.

O recurso extraordinário foi interposto contra acórdão da Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que desproveu agravo de

---

<sup>16</sup>O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

instrumento interposto pelo recorrente, diante de decisão de partilha de bens em ação de inventário.

Nesta decisão, o Tribunal decidiu que herdam os companheiros apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, quando presentes requisitos, remetendo assim ao artigo 1.790 do Código Civil de 2002<sup>17</sup>. Dizendo assim ser imprópria a equiparação da figura do companheiro à do cônjuge, afastando a aplicação do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, incisos I e II<sup>18</sup>.

Alegou não ter a Constituição Federal igualado, para todos os fins, os institutos do casamento e da união estável, se referindo ao artigo 226, § 3º<sup>19</sup>.

Segue ementa da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2012, <http://www.stf.jus.br>, grifo nosso):

Emenda: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. **Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros.** 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hétero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é **inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser**

---

<sup>17</sup>Art. 1.790: A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável [...]

<sup>18</sup> Art. 1.829: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge [...]

<sup>19</sup>Art. 226, §3º: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...]: §3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento [...].

**aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.**

A decisão, nos termos do voto do Min. Relator, é mais ampla do que o pedido inicial formulado pelo autor, pois a decisão resultou na declaração da inconstitucionalidade de todo o art. 1.790 do Código Civil, com a determinação de aplicação do art. 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002)<sup>20</sup> para a sucessão quando houver união estável.

Assim sendo, não apenas deixa de existir a concorrência do companheiro com os colaterais, como passa o companheiro a concorrer com os descendentes e com os ascendentes nas mesmas condições que o cônjuge (incisos I e II, do art. 1.829, do CC). Com isso, no caso de o falecido deixar ascendentes, por exemplo, haverá concorrência independente do regime de bens adotado na união estável.

Uma questão que não ficou clara no voto é se o companheiro passou à condição de herdeiro necessário, condição prevista no art. 1.845 do Código Civil (BRASIL, 2002) para o cônjuge. Desde a vigência do Código Civil de 2002 o cônjuge passou a integrar o rol de herdeiros necessários, juntamente com os descendentes e os ascendentes, o que lhe garante o direito à legítima e limita o poder de disposição por testamento pelo companheiro.

Essa questão remete à outra, relacionada à atividade notarial, que é a dos testamentos já lavrados por pessoas que vivem em união estável. É necessário considerar que alguém que vive em união estável pode ter disposto em testamento sua vontade, levando em consideração justamente as diferenças previstas no Código Civil para a sucessão do cônjuge e do companheiro.

Nesse sentido, por exemplo, pode o testador ter disposto sobre a totalidade de seu patrimônio para beneficiar terceiro, justamente porque o companheiro não era herdeiro necessário e, portanto, não tinha direito à legítima. Ou então, poderia o testador com herdeiros necessários ter feito um testamento para beneficiar o companheiro com a sua metade disponível, garantindo-lhe o recebimento de alguma

---

<sup>20</sup>Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.



parte do patrimônio que por lei não teria direito, o que aconteceria, por exemplo, caso não houvesse aquisição de bens a título oneroso durante a união estável.

A dúvida que surge neste caso de existência de um testamento é se a declaração de inconstitucionalidade implica rompimento do testamento ou não. O artigo 1.974 do Código Civil (BRASIL, 2002)<sup>21</sup> diz que se rompe o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários. Logo, considerando-se o companheiro herdeiro necessário, o rompimento do testamento é consequência inevitável. Nesse caso é recomendado que os tabeliões de notas que lavraram testamentos de pessoas em união estável, entrem em contato com os testadores para prestar esclarecimentos sobre a decisão e seus efeitos, e para verificar se há interesse por parte do testador em rever as suas disposições para que sejam feitas as adaptações ou simplesmente a revogação do testamento.

Outra questão que pode ser levantada é quando se trata de inventário com união estável, é o art. 18 da Resolução nº 35 do Conselho Nacional e Justiça<sup>22</sup> (BRASIL, 2007, <<http://www.cnj.jus.br>>) que determina que, para lavratura de escritura pública de inventário quando o falecido mantinha união estável, é necessária a presença de outros herdeiros ou sucessores, além do consenso, sendo este último pressuposto lógico para lavratura de toda e qualquer escritura pública. O objetivo do art. 18 é que outros sucessores do falecido reconheçam e confirmem a existência de uma união estável entre o companheiro sobrevivente e o falecido. Não havendo consenso ou na falta de outros sucessores, a via extrajudicial resta prejudicada, devendo o companheiro buscar o Poder Judiciário para realização do inventário. Desde a publicação da Resolução 35, em abril de 2007, discute-se a aplicação do referido artigo em casos nos quais há outras provas da união estável, como por exemplo, uma escritura pública declaratória de união estável firmada por ambos os companheiros.

O fato é que os colaterais, que pela decisão do Supremo Tribunal Federal têm o direito sucessório afastado quando houver união estável, ainda poderão herdar, caso a união estável não seja reconhecida e se não houver testamento beneficiando outras pessoas. Desse modo, duas situações poderão ocorrer: a) os colaterais comparecem no tabelionato confirmando a existência da união estável para lavratura da escritura

---

<sup>21</sup>Art. 1.974: Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.

<sup>22</sup>Art. 18. O(A) companheiro(a) que tenha direito à sucessão é parte, observada a necessidade de ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável.

pública de inventário que beneficie o companheiro; b) os colaterais se recusam a comparecer no tabelionato, para discutir a própria existência da união estável em juízo. O fato é que a existência de outros herdeiros ou sucessores do falecido poderá gerar empecilhos à lavratura da escritura pública de inventário que favoreça exclusivamente o companheiro sobrevivente.

Como se vê, muitas são as questões que envolvem a decisão proferida pelo STF e seu impacto não só no âmbito notarial, mas nas relações entre as pessoas, onde essas agora terão mais segurança jurídica. Mas não deixam de surgir dúvidas sobre os efeitos dessa decisão, e a principal delas é se o convivente em união estável é herdeiro necessário.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo discutir o tratamento legislativo em relação ao direito sucessório de cônjuges e companheiros sob o enfoque de princípios como o da igualdade e da afetividade, e se tratamento dado ao companheiro no art. 1.790 é constitucional.

Foram apresentados os conceitos gerais do direito sucessório, sua definição, suas características, sua história nos primórdios da sociedade e no Brasil, as diferenças Direito Sucessório nos Códigos Civis de 1916 e de 2002 e como ocorreu sua evolução para que se tornasse o que é hoje. É notória a evolução do direito sucessório, principalmente no que tange os direitos da mulher, pois antes do Direito moderno esta não tinha direito algum de herança, somente os homens herdavam, outro ponto a ser destacado é o direito à indenização por serviços domésticos que a jurisprudência de forma lenta concedeu, como se versasse sobre relações de trabalho, mas este foi o primeiro passo para o reconhecimento do concubinato como entidade familiar.

Em seguida discorreu-se sobre a evolução da união estável, onde foi possível alcançar um claro entendimento sobre o instituto e seu conceito, sua evolução, a sua (não) equiparação ao casamento, características e diferenças em relação ao casamento, apresentadas e discutidas brevemente as principais decisões jurisprudenciais sobre o tema. Ainda pode-se vislumbrar na sociedade preconceito em relação a união estável, o próprio convivente acredita não ter sua união equiparada ao casamento, pois ainda tem a visão de que são necessárias as formalidades para sua concretização. Assim como o concubinato deixou de ser sinônimo de relação extraconjugal, a união estável deixará de ser sinônimo de concubinato. Importante trazer a discussão sobre as relações homoafetivas, onde em 2011 o STF consolidou o entendimento acerca da equiparação das uniões homoafetivas e heteroafetivas, um notório avanço para o Direito de Família Brasileiro, trazendo igualdade entre os indivíduos e suas relações.

Depois de estudados os conceitos dos institutos do direito sucessório e da união estável, foi apresentado o estudo sobre o direito sucessório na união estável, os dispositivos legais que reconhecem e suas limitações, breve análise dos conceitos de herdeiros legítimos, necessários e facultativos, a concordância com outros herdeiros e por fim, discutiu-se acerca da situação pós declaração de inconstitucionalidade do

art. 1.790 do Código Civil, um estudo focado nos efeitos da decisão RE 646.721, do Estado do Rio Grande do Sul que aborda a aplicação do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) à sucessão em união estável homoafetiva, onde foi decidido pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código, tendo repercussão geral segundo Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se buscando ter contribuído para o debate da igualdade nas relações sucessórias entre cônjuges e companheiros. A adequação da posição sucessória desses entes deve levar em consideração a concepção contemporânea de família, bem como os princípios constitucionais e demais embasamentos teóricos e práticos.

Esse reconhecimento é indispensável para a conscientização acerca das alterações legislativas e para a promoção de maior justiça no Direito Sucessório. O tema abordado ainda é considerado polêmico na doutrina e jurisprudência, dado o tratamento confuso trazido pelo legislador infraconstitucional nas regras de direito sucessório em matéria de união estável, e a controvérsia do alcance do artigo 226, §3º, da Constituição da República.

Tendo elevado a união estável expressamente como entidade familiar, merece a mesma proteção estatal, no sentido de ter igualdade de direitos em relação à aquela formada pelo balizamento matrimonial.

Claramente as regras do Código Civil refletem uma diferenciação entre a união estável e o casamento, ora privilegiando aquela, ora privilegiando esta, contrariando, duplamente, o princípio constitucional da igualdade.

Deve ser repudiado qualquer tratamento diferenciado entre a união estável e o casamento, pois ambos são considerados pelo Direito como família, ambas desempenham a mesma função na sociedade, sem superioridade de uma em detrimento da outra.

Conclui-se que se não há hierarquia entre as entidades familiares, ambas são merecedoras dos mesmos direitos, sendo considerada inconstitucional toda e qualquer norma que viole o princípio da igualdade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 01 de mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406 de 2002. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 01 de mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 3.071 de 1916. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 01 de mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 8.971 de 1994. *Lei da União Estável*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 de mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 9.278 de 1996. *Lei da União Estável*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). ARE 962728 AgR, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 09/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-268. DIVULG 16-12-2016 PUBLIC 19-12-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 687432 AgR, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 64 6721, presidiu o julgamento a Ministra Carmen Lúcia. Plenário, 10.5.2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões: Inventário e Partilha*. 4 ed. Lavras: Unilavras, 2016.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Manual das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil Sucessões*. 2 ed. v.7. São Paulo: Atlas, 2007.

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

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MARTHA, Camila Victorazzi. *Novos Rumos do Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2017.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil Comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 36 ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 5 ed. v.6. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15 ed. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Direito de Família*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28 ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SILVEIRA, Diego Oliveira da; SANTOS, Daniella Maria Feliciano dos. *Temas do dia a dia no Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2017.
- TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de Família*. 7 ed. São Paulo: Método, 2012.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 1 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- VELOSO, Zeno. *Direito Sucessório dos Companheiros*. IBDFAM. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Ouro Preto/MG, outubro de 2001.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito das Sucessões*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.