



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Júlia Monori Silva

**A CONQUISTA DA IGUALDADE SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO COM O  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO N°878.694/MG**

BRASÍLIA  
2018

Júlia Monori Silva

**A CONQUISTA DA IGUALDADE SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO COM O  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO N°878.694/MG**

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão de curso de bacharelado em Direito no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

BRASÍLIA  
2018

JÚLIA MONORI SILVA

**A CONQUISTA DA IGUALDADE SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO COM O  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO N°878.694/MG**

Monografia de conclusão de curso  
apresentada ao Curso Direito do Centro  
Universitário de Brasília - UNICEUB, como  
requisito parcial à conclusão de curso.

BRASÍLIA, \_\_\_\_\_ DE \_\_\_\_\_ DE 2018.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Orientador Luciano Medeiros

---

Prof.(a) Examinador(a)

---

Prof. Examinador(a)

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo fazer uma análise dos impactos causados na sociedade pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG com o reconhecimento da igualdade sucessória entre o cônjuge e o companheiro, bem como a consequente declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002(CC/2002). Desta forma pretende-se demonstrar que a conquista dessa equiparação é fruto de uma longa trajetória de paradigmas que tiveram que ser quebrados para que o afeto seja considerado o fator predominante na formação de uma família e não mais somente os laços do matrimônio. Para tanto, o estudo trará uma síntese sobre as instituições do casamento e da união estável, bem como as razões pela qual a diferença no tratamento delas foi considerada contrária à norma constitucional. Por fim, examinam-se os efeitos trazidos pela aplicabilidade da decisão, que acabou por beneficiar somente os inventários judiciais ainda em curso e aos extrajudiciais antes da escritura, concluindo-se pela necessidade da modulação destes.

**Palavras-chave:** Direito Sucessório. Casamento. União Estável. Inconstitucionalidade. Modulação dos efeitos.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	5
<b>1 CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	<b>7</b>
1.1 O Instituto da União Estável.....	8
1.1.1 <i>Requisitos para a caracterização da união estável</i> .....	10
1.2. Do casamento.....	10
1.2.1 <i>Requisitos para o casamento</i> .....	12
1.2.2 <i>Impedimentos</i> .....	13
1.2.3 <i>Regimes de casamento</i> .....	13
1.2.4 <i>Causas suspensivas</i> .....	14
1.2.5 <i>Eficácia matrimonial</i> .....	15
<b>2 O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO .....</b>	<b>17</b>
2.1 Transmissão da herança .....	17
2.2 Espécies de sucessão .....	19
2.2.1 <i>Sucessão Legítima</i> .....	19
2.3 Sucessão do cônjuge.....	22
2.3.1 <i>Direito próprio</i> .....	23
2.3.2 <i>Concorrência</i> .....	24
2.4 Sucessão do companheiro.....	25
2.4.1 <i>As modificações trazidas pelas leis 8.971/1994 e 9.278/1996</i> .....	27
2.4.2 <i>Companheiro como herdeiro necessário</i> .....	29
<b>3 A CONQUISTA DA IGUALDADE SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO .....</b>	<b>32</b>
3.1 RE 878.694 .....	32
3.1 <i>Posição favorável</i> .....	33
3.1.2 <i>Posição contrária</i> .....	35
3.2 Aplicabilidade da decisão.....	36
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>41</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>43</b>

## INTRODUÇÃO

Com a inevitável mudança de valores morais e sociais ao longo dos anos, a sociedade se viu na obrigação de editar normas para regulamentar as novas entidades familiares que estavam sendo criadas, as advindas do afeto. Inicialmente, o único intuito dessa normatização seria não deixar o companheiro sobrevivente desamparado financeiramente somente pelo fato do mesmo não ter optado pelo regime de casamento.

Dado isso, essa nova forma de instituto familiar foi reconhecida como tal com o advento da Constituição de 1988, em seu artigo 226, §3º, onde o conceito de família foi desvinculado da relação matrimonial e as relações fora do regime de casamento, atualmente conhecidas como união estável, por sua vez, foram ganhando mais espaço no ordenamento jurídico através da criação das novas leis infra-constitucionais n. 8.971/94 e 9.278/96, com o intuito de garantir os direitos e deveres do companheiro, até então nunca regulamentados antes.

Dada esta situação de progresso na legislação no que tange ao companheiro, o Código Civil de 2002, que entrou em vigor poucos anos após essa nova era familiar, foi vista por muitos juristas como um retrocesso no direito de família, uma vez que trata os institutos de união estável e casamento de formas muito distintas.

Esse tema desde então virou alvo de muita discussão, uma vez que alguns defendem que a distinção entre o casamento e a união estável fere diversos princípios constitucionais, entre eles, o princípio da igualdade, pois qualquer forma de constituição familiar merece a mesma proteção e garantia do Estado.

Em contrapartida, há quem defenda que apesar de ambas serem espécies de entidades familiares, elas possuem gêneros diferentes e, desta forma, o tratamento distinto entre elas é lícito e não pode ferir o princípio da igualdade exatamente por serem regimes diversos. Alegam, ainda, violação ao princípio da liberdade, pois impediria as pessoas de poder optar por outra forma de relação, que não o casamento.

Diante de tal polêmica, o Supremo Tribunal Federal (STF) se viu compelido a solucionar tal conflito e decidir, de uma vez por todas, se os direitos sucessórios do companheiro merecem tratamento igualitário aos dos cônjuges e, de fato o fez, através do Recurso Extraordinário (RE) nº 878.694/MG.

Dessa forma, serão analisados todos os argumentos favoráveis e contrários utilizados para a construção da decisão ora em questão que acabou por declarar inconstitucional o artigo 1.790 do CC/2002 e equiparar os direitos sucessórios dos companheiros aos dos cônjuges.

O objetivo deste estudo é entender os motivos pelos quais somente em 2017 o regramento sucessório do companheiro, que já estava em vigor desde 2003 foi declarado inconstitucional e como ficou a situação de todos os inventários que foram concluídos com base de uma norma atualmente inválida e o que acontecerá com os que ainda estão em trâmite.

O presente trabalho ainda apresentará um estudo demonstrativo de como era feita a partilha da herança do companheiro e como ficou após a sua equiparação.

Frise-se que a antiga distinção da sucessão entre o cônjuge o companheiro acabava por trazer confusão e injustiças tanto para aqueles que optavam pelo regime de casamento quanto para os que optavam pela união estável, uma vez que dependendo do regime adotado, da quantidade de bens particulares adquiridos na constância da relação e da existência ou não de prole, cada situação em particular revelaria mais vantagens financeiras a situação do cônjuge em detrimento do companheiro e, em outras situações, aconteceria o contrário.

## 1 CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

O conceito da palavra família veio sendo vinculado ao longo dos anos com dois princípios basilares, a relação de consanguinidade e a união de duas pessoas por meio do casamento.

Dessa forma, “o matrimônio, desde os primórdios dos tempos, foi o meio hábil de se formar uma família na sociedade” (DIAS, 2007, p. 44.)

Todavia, com a evolução da sociedade, o pensamento social vai se modificando e, conseqüentemente, os nossos princípios vão se adequando a nova realidade social que vai surgindo. O direito, por sua vez, também se adapta para atender as necessidades do pensamento atual, o que o torna tão complexo e volúvel, uma vez que ele caminha junto a evolução humana.

Assim, esse conceito de família foi ultrapassado pela evolução humana e o afeto se tornou primordial para a caracterização de família, sendo reconhecido como instituto familiar, além do laço sanguíneo e do casamento, a adoção, as famílias monoparentais e as uniões estáveis, tanto no que se refere a relações heteroafetivas quanto as homoafetivas.

Cabe, portanto, transcrever ensinamento de Maria Berenice Dias a respeito do reconhecimento familiar por meio do afeto:

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. (DIAS, 2009. p. 55.)

Tal instituto foi garantido no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 226. 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.

§ 4o - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988)



Superado o breve relato sobre a família e suas diversas formas, importante se faz introduzir um pouco da origem dessa nova entidade familiar, a união estável.

### 1.1 O Instituto da União Estável

O termo união estável não surgiu de um dia para o outro, essa relação de duas pessoas não casadas não era bem aceita na sociedade e foi, inclusive, intitulada preliminarmente pela expressão concubinato, palavra derivada do latim *concupinatus*, de *cum cubere*, que significa “deitar-se com”. (SANTOS, 2003)

Desta forma, Álvaro Villaça Azevedo traz a origem da palavra concubinato da seguinte forma,

A expressão concubinato, etimologicamente, deriva do vocábulo latino *concupinatus*, o qual, ainda na antigüidade, significava mancebia, amasiamento, abarregamento. Verifica-se também uma influência direta do verbo *concupio*, de origem grega, que indica a ação de dormir com outra pessoa, copular, ter relação carnal, estar na cama. (AZEVEDO, 2001, p. 2001)

O concubinato foi dividido em dois tipos, o puro e o impuro. O primeiro deles se enquadra em toda e qualquer relação entre duas pessoas, desimpedidas de constituir qualquer tipo de relação afetiva, optam por uma junção não matrimonial, atualmente conhecida como união estável. Já o concubinato impuro, trata de uma relação “clandestina”, aquela que não atende os requisitos necessários para o reconhecimento lícito daquela relação, trata de fato que geraria impedimentos matrimoniais, as quais se encontram previstas no artigo 1.521 do Código Civil. (BARRETO, 2009)

Evidentemente o concubinato, na época, não tinha proteção do estado e nem era reconhecida como entidade familiar, tornando qualquer relacionamento desse tipo, por mais duradouro, leal e notório que fosse, juridicamente inválido.

Desta forma, o convivente sobrevivente se via completamente desamparado financeiramente após a morte de seu parceiro por não possuir nenhum direito sucessório legal.

Por este motivo, dado essa omissão normativa, os magistrados começaram a reconhecer essa relação, até então inexistente no ordenamento jurídico, como um tipo

de prestação de serviço doméstico para fins de dissolução, tanto em vida quanto por causa morte.

Assim, em 1964, o STF editou a súmula nº 380 “Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. (BRASIL, 1964)

Os demais tribunais também passaram a entender nesse sentido. Transcrevo o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) em 1995:

CONCUBINATO. INDENIZAÇÃO. Sobrando comprovados o concubinato e os serviços domésticos prestados pela companheira, cumpre ao concubino indenizá-los, tomando-se em conta o seu benefício e o tempo de duração da relação.

(Acórdão n.80963, APC3575595, Relator: VASQUEZ CRUXÊN, Revisor: VASQUEZ CRUXÊN, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/09/1995, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 06/12/1995. Pág.: 18). (DISTRITO FEDERAL, 1995)

Tal entendimento jurisprudencial, por mais injusto e inaceitável que possa parecer ser nos dias de hoje, a decisão datada de 1995, ou seja, pouco mais de 20 anos atrás, era a única forma de trazer, mesmo que minimamente, algum direito aos companheiros. Para melhor entendimento, transcrevo as ilustres palavras do Ministro Luís Roberto Barroso:

“Com a boa intenção de não deixar desamparada a companheira, chegou-se a entender que ela teria direito a uma justa reparação por serviços prestados durante a sociedade de fato constituída com seu companheiro. Equiparava-se, assim, uma relação de amor e união a uma relação comercial, como a de uma barraca de verduras em uma feira”. (BRASIL, 2017, p. 6)

Finalmente, foi criada a primeira lei infraconstitucional a fim de amparar esse novo tipo de relação que tinha surgido, a lei n.8.971/1994, seguida pela n.9.278/1996, ambas no sentido de conceder aos companheiros direitos similares aos já conferidos aos cônjuges.

Atualmente a união estável nada mais é do que a união de fato de duas pessoas com o intuito de formar uma família que optaram por não se submeter ao regime

de casamento. Frise-se que, formar uma família não necessariamente é exigida a existência de filhos.

O nobre doutrinador Silvio de Salvo Venosa aduz que

A união estável passará a existir desde quando houver a formação de uma família, e é por isso que o legislador desejou proteger as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do casamento. (Venosa, 2003, p. 241)

Desta forma, veremos adiante os requisitos para configuração da união estável, porém cabe antecipar a informação de que a sua essência é a mesma do casamento, com direitos e deveres equivalentes, embora ambos os institutos possuam naturezas completamente distintas.

### ***1.1.1 Requisitos para a caracterização da união estável***

A união estável, como já dito anteriormente, nasce do vínculo afetivo porém, para sua existência de fato, é necessário o seu registro cartorial com assinatura de ambos os companheiros ou decisão judicial reconhecendo a união.

Evidentemente que se há a autenticação no cartório de tal relação, não há de se falar em necessidade de reconhecimento da união, exatamente pelo fato da mesma já ter sido expressamente certificada pelos companheiros, contudo, quando se trata de reconhecimento da união pelas vias jurídicas, as provas de sua existência serão circunstanciais, dependendo de testemunhas e documentos que tragam indícios de sua vigência.

Assim, para que se conceba o reconhecimento da união estável, os principais elementos de sua caracterização estão previstos no artigo 1.723 CC/2002 e são eles: a notoriedade, ou seja, a necessidade de tornar a relação pública; a continuidade, o intuito de definitividade, ou seja, não ser um relacionamento interrompido, pelo risco de causar uma insegurança jurídica e a estabilidade, que não se exige mais um período de carência para caracterização da união estável, mas sim a vontade recíproca de formar uma família. (BRASIL, 2002)

## **1.2. Do casamento**

Em simples e direto conceito, o brilhante jurista Miguel Reale aduz que “O casamento é a união por excelência”. (REALE, 2012 apud REGINA, 2015, p. 72)

Se trata da união de duas pessoas, capazes e não impedidas de constituir o matrimônio, sob a promessa recíproca de amor e fidelidade, estabelecendo uma comunhão de vida e de interesses por meio de um ato jurídico.

Sendo assim, consiste em um instituto diferente da união estável, uma vez que este possui formalidades para a sua exigência a serem observadas, sob pena de nulidade do ato. *In verbis*

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. (BRASIL, 2002)

Desta forma, há divergências acerca da natureza jurídica na doutrina, que se divide em três principais posicionamentos, um contrato; uma instituição; um ato complexo.

No primeiro deles, Carlos Roberto Gonçalves aduz que

A concepção clássica, também chamada individualista ou contratualista, acolhida pelo Código Napoleão e que floresceu no século XIX, considerava o casamento civil, indiscutivelmente, um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes. (GONÇALVES, 2014, p.41)

Os defensores dessa teoria, portanto, conceituam o casamento como um negócio jurídico que depende da livre e consciente manifestação de vontade das partes para sua realização, visando produzir efeitos na esfera patrimonial, o que o configuraria como um contrato, por atender todos os requisitos necessários.

Orlando Gomes, por outra forma, cita o casamento um “contrato de feição especial.” (GOMES, 1999, p.59/60)

No que pese a teoria do casamento como uma instituição, ela se enquadraria em tal ramo por ser regida por normas de ordem pública, onde seus efeitos jurídicos já estariam previamente definidos, impossibilitando o princípio de livre vontade das partes e, por sua vez, descaracterizando a natureza contratualista de tal união, além de não regular somente as questões patrimoniais do casal, mas

também obrigações pessoais e afetivas, como a lealdade, a mútua assistência e a guarda dos filhos.

Essa teoria é defendida por Washington Monteiro de Barros, onde afirma que o casamento constitui “uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos”. (MONTEIRO, 2009, p.13)

Há, portanto, uma terceira corrente, que caracteriza o casamento como um ato complexo ou eclética, unificando as características da teoria contratualista com a do instituto.

Silvio Rodrigues é um dos seguidores dessa teoria, defendendo a natureza jurídica do casamento como um contrato por sua formação, mas no seu curso, uma instituição. (RODRIGUES, 1998)

Ultrapassando a natureza jurídica do casamento, indispensável se faz abordar os requisitos necessários para constituí-lo.

### **1.2.1 Requisitos para o casamento**

A união matrimonial, como dito anteriormente, necessita de algumas formalidades para a sua convocação, a primeira a ser abordada está prevista no capítulo II do Direito de Família do Código Civil de 2002, a capacidade para o casamento.

Analisando o artigo 1.517 CC, temos que tanto o homem quanto a mulher, a partir dos dezesseis anos, podem casar perante autorização dos pais ou representantes legais, podendo eles, ainda, revogar tal autorização a qualquer momento até a celebração do casamento. *In verbis*:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (BRASIL, 2002)

Porém, havendo a recusa do consentimento pelos representantes legais, os menores poderão recorrer à Autoridade Judiciária, para alcançar o matrimônio, conforme disposto no “art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.” (BRASIL, 2002)

Os únicos casos de exceção da exigência de idade núbil, estão previstas no artigo 1.520 cc, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal (art. 107, VII, do CP) ou em caso de gravidez. (BRASIL, 2002) (BRASIL, 1940)

### **1.2.2 Impedimentos**

Os impedimentos matrimoniais estão previstos nos artigos 1.521, 1.522, 1.548 e 1.549 todos do CC/2002, são os casos em que a lei proíbe a união de certas pessoas por motivos de vínculo de parentesco com o pretendente (ex. incesto); por motivos de prévia existência de vínculo matrimonial (ex. bigamia) ou por motivo de impedimento de crime (ex. art. 121, VII CP). (BRASIL, 2002) (BRASIL, 1940)

Assim explica Maria Helena Diniz,

O impedimento matrimonial é a ausência de requisitos para o casamento. Impede, portanto, a realização de casamento válido. Se alguém, que careça de alguma das condições exigidas por lei, contrair matrimônio proibido, a norma fulminará de nulidade tal união. (DINIZ, 2012)

Cabe ressaltar que os impedimentos previstos pelo vínculo de parentesco se referem tanto a relação natural, quanto a civil.

As causas impeditivas podem ser apontadas até a celebração do casamento por qualquer pessoa capaz, pelo juiz ou pelo oficial de registro, que será obrigado a declará-la se tiver conhecimento da sua existência.

### **1.2.3 Regimes de casamento**

A eficácia do casamento é condicionada a diversos efeitos geradores, um deles é o patrimonial que será ajustado conforme a vontade dos nubentes através da escolha do regime de bens.

Celebrado o casamento civil, portanto, os bens pertencentes a cada um dos cônjuges e também aqueles por eles adquiridos na constância da vida matrimonial, se submeterão a um regime patrimonial que tenha sido escolhido por eles, antes das núpcias, ou, no silêncio quando a esta assunção voluntária de um regime, àquele que a lei disser, ou, em alguns casos, impuser. (HIRONAKA, 20015)

Dessa forma, os nubentes poderão escolher entre o regime de comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos, separação de bens ou poderão optar pela forma de pacto nupcial, onde eles poderão definir seu próprio regime de bens.

O regime de comunhão parcial, portanto, estabelece que os bens onerosos adquiridos na constância matrimonial por cada um dos cônjuges serão considerados comuns, ou seja, pertencerá a ambos, já os bens adquiridos antes do casamento serão particulares de cada um, salvo as exceções previstas nos artigos 1.659 e 1.660 CC.

No regime de comunhão universal de bens, todo o patrimônio do casal se comunica, independentemente de ter sido adquirido antes ou depois da celebração do casamento, com a exceção dos bens expressamente excluídos na lei, estes previstos no artigo 1.668 CC. (BRASIL, 2002)

No regime de participação final dos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Já no regime de separação de bens, nenhum bem se comunica, ou seja, cada um continua com a administração exclusiva dos seus bens, podendo aliená-los e gravá-los de ônus real livremente.

Caso os nubentes não se manifestem sobre a escolha do regime de bens, a lei presume que o regime adotado será o parcial de bens.

#### **1.2.4 Causas suspensivas**

As causas suspensivas são mecanismos legais criados a fim de resguardar os interesses dos filhos e evitar a confusão matrimonial, desta forma, necessário se faz mencionar o entendimento da ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz, *in verbis*:

"Essas causas suspensivas são estabelecidas no interesse da prole; no intuito de evitar a confusão sanguínea e a confusão de patrimônios, na hipótese de segundas núpcias; ou no interesse no nubente, presumivelmente influenciado pelo outro". (DINIZ, 2012, p. 94)

À vista disso, o nosso Código Civil de 2002 arrola as causas suspensivas em seu artigo 1.523, indicando aqueles que não devem se casar, entre eles, o viúvo (a), antes do término do inventário do cônjuge falecido que tiver filho; a viúva ou mulher até dez meses após do falecimento do ex-cônjuge ou da dissolução da sociedade, se o casamento tiver sido nulo ou anulado; o divorciado, antes da homologação da partilha de bens e o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo. (BRASIL, 2002)

Ressalte-se que o parágrafo único do referido artigo autoriza o juiz a desconsiderar as causas suspensivas caso seja comprovada a inexistência de possíveis prejuízos, se tratando, portanto, de normas precautórias e não impeditivas.

Além do mais, caso os nubentes desejarem oficializar a união mesmo cientes das causas matrimoniais suspensivas, a única ressalva legal é a condição do regime de separação de bens.

“Nenhum desses impedimentos veda a celebração do matrimônio. Desatendidas as restrições legais, o casamento não é nulo nem anulável. As sequelas são exclusivamente patrimoniais. A lei impõe o regime de separação de bens.” (DIAS, 2007, p.149)

### **1.2.5 Eficácia matrimonial**

Além de todas as formalidades exigidas para validade do casamento, os nubentes se comprometem um com o outro e assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.



Tal instituto, portanto, gera efeitos sociais, pessoais e patrimoniais. O primeiro deles atinge toda a sociedade, é a formação de uma nova família matrimonial, onde os novos cônjuges se comprometem com todas as responsabilidades que lhes são conferidos a partir daquele momento.

Dessa forma, os efeitos pessoais dispõem acerca dos direitos e deveres entre as partes, sendo eles assentados no artigo 1.566 CC como, “a fidelidade recíproca; a vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos. ” (BRASIL, 2002)

Quanto aos efeitos patrimoniais, estes se referem a todo e qualquer direito e obrigação a respeito de bens e recursos do casal, tanto no que dispõe sobre o encargo da administração, quanto ao regime de bens adotado pelos cônjuges.

Por fim, neste primeiro capítulo tratamos individualmente dos dois principais institutos familiares atuais, a união estável e o casamento. Em cada um deles foram feitas análises acerca da sua natureza jurídica, das suas formalidades e de seus requisitos existenciais de forma mais introdutória, para enfim, no próximo capítulo, adentrarmos na sua questão sucessória.

## 2 O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

O termo sucessão, nas palavras de Roberto Senise Lisboa é “A substituição da pessoa física ou da pessoa jurídica por outra, que assume todos os direitos e obrigações do substituído ou sucedido, pelos modos aquisitivos existentes”. (LISBOA, 2004, p.367)

Dessa forma, compreendendo a sucessão como o ato de substituir alguém, importante se faz ressaltar que existem duas formas distintas de origem da palavra, a sucessão entre vivos (*inter vivos*), que se dá pela transferência de direitos em vida, oriundas de contratos ou doações; e a sucessão pós morte (*mortis causa*), que é o foco deste estudo, ocorrendo com a transmissão do patrimônio de alguém no lugar de outrem em razão da sua morte.

Visto isso, o direito sucessório visa resguardar um direito fundamental, o direito à herança, previsto no artigo 5º, inciso XXX da CF/88. (BRASIL, 1988)

Aqui se trata de todas as normas que regem a substituição patrimonial entre pessoas após a morte, levando em consideração inúmeros aspectos para que essa transação seja feita de forma justa e que tente ao máximo respeitar as vontades do *de cuius*.

Nesse sentido, se faz necessário a transcrição de definição feita por Silvio Rodrigues:

O direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores. (RODRIGUES, 2002, p.3)

Note-se, assim, que não assiste razão nenhum tipo de confusão feita entre a sucessão entre vivos e a causa mortis, sendo elas abordadas, inclusive, em diferentes ramos do direito civil, enquanto uma é abordada no direito das obrigações, a outra é disposta no direito sucessório.

### 2.1 Transmissão da herança

“Operada a abertura em razão da morte do autor da sucessão, ocorre o fenômeno jurídico designado de transmissão, operando-se de imediato, sem quaisquer formalidades. ” (MARIA, 2001, p. 14)

O artigo 1.784 CC dispõe que, “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (BRASIL, 2002)

Esse entendimento foi emprestado do direito Francês pelo princípio *saisine*, onde se estabelece que a transmissão do patrimônio do *de cuius* é imediata. (MARIA, 2001)

Roberto Senise Lisboa assim explica

Trata-se *do droit de saisine*, que se constitui a partir da relação jurídica estabelecida entre a pessoa que veio a falecer (*o de cuius*) e a pessoa que procede à apropriação dos bens que integravam o patrimônio do defunto (sucessor). (LISBOA, 2004)

Obviamente, a morte do autor da sucessão é pressuposto para transferência da herança aos herdeiros, esta necessariamente provada pelo registro de óbito, salvo exceção da ausência e da morte presumida, previstas nos artigos 6 e 7 CC. (BRASIL, 2002)

A substituição do patrimônio do falecido também está fadado a existência e sobrevivência de seus herdeiros, que precisam existir ou já ter sido concebidos a tempo da abertura da sucessão e da “capacidade sucessória, que diz com a aptidão do herdeiro para herdar, conforme a lei vigente à abertura da sucessão. ” (DIAS, 2009, p. 242)

Assim, existindo herdeiros, metade do patrimônio do autor será resguardado a eles, o restante, poderá ser contemplado em testamento.

Isso, contudo, é o sistema adotado no Brasil, mas nem todos os países adotam a mesma forma de transmissão, a doutrina compreende três tipos de classificações, a concentração obrigatória, a divisão necessária e a liberdade testamentária. (LEITE, 2012)

A primeira delas, era adotada antigamente, consistia na concentração da herança nas mãos de uma só pessoa, isto na época em que o filho primogênito recebia

toda a herança da família e os seus demais irmãos não possuíam direitos aquele patrimônio. Obviamente, esse sistema não é mais utilizado na atualidade.

O sistema de divisão necessária, como já dito, é o adotado no Brasil, onde autoriza o autor da sucessão a dispor 50%, enquanto a outra metade será partilhada entre seus herdeiros necessários, com o intuito de se preservar a família.

O último deles, a liberdade testamentária, é adotada em diversos países do mundo e consiste na liberdade de dispor de todo o patrimônio da maneira que quiser, sem que haja a necessidade de resguardar metade da herança para os herdeiros legítimos.

Cabe ressaltar, portanto, que existem correntes doutrinárias defendendo a adoção de um sistema misto no Brasil, com características do sistema de divisão necessária e de liberdade testamentária, isto porque na ausência de herdeiros legítimos, o autor da sucessão pode dispor de 100% de seu patrimônio.

## **2.2 Espécies de sucessão**

Como já exposto, o Direito Sucessório visa tutelar a transmissão do patrimônio do de cujus aos herdeiros. Ela pode ser feita de duas formas, quando se divide a herança entre os herdeiros legítimos (Sucessão legítima) ou quando o autor da sucessão, ainda em vida, confia seu patrimônio a uma ou mais pessoas por meio de um testamento (Sucessão testamentária). Esta última não será objeto deste estudo.

### **2.2.1 Sucessão Legítima**

A sucessão legítima é estabelecida em lei, regulando a transmissão da herança do autor da sucessão para seus herdeiros. Essa transmissão se faz de acordo com a ordem da vocação hereditária, ou seja, uma escala que atribui a determinada classe a preferência quase absoluta, excluindo as classes seguintes. (BARROS, 2003)

Os herdeiros legítimos são definidos pelo Orlado Gomes como “a pessoa indicada na lei como sucessor nos casos de sucessão legal, a quem se transmite a totalidade ou quota-parte da herança”. (GOMES, 2004, p.40)

Estes, por sua vez, estão elencados, em um rol taxativo, no artigo 1.829CC, onde se expõe a ordem de preferência da sucessão legítima. Vejamos:

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

- 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;

- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002)

O companheiro, apesar de não estar enquadrado neste rol, era considerado herdeiro legítimo pela leitura do artigo 1.790, IV CC/2002, uma vez que tinha direito a integralidade da herança ante ausência de descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais. No entanto, atualmente, por força do decidido no RE 878.694, ele se equiparou ao cônjuge para fins sucessórios, ocupando a terceira posição na ordem sucessória concorrendo, ainda, com todos que lhe preferem.

Assim, os de maior direito sob a herança deixada pelo *de cuius* sempre serão os descendentes, em concorrência com o companheiro/cônjuge casado nos regimes de separação total de bens, de participação final nos aquestos ou na comunhão parcial bens, tendo o autor da herança deixado bens particulares.

Porém, na ausência dos descendentes, os ascendentes serão os detentores sob o maior direito à herança, também em concurso com o cônjuge/companheiro, dessa vez, não importando o regime de bens do casamento/união estável.

Da mesma forma, na falta de ascendentes, a totalidade da herança será transmitida ao cônjuge ou companheiro supérstite e, por último, na falta de todas as hipóteses elencadas acima, os colaterais até o quarto grau terão direito a totalidade da herança.

Nota-se, portanto, que a vocação hereditária se dá sob a forma de exclusão, ou seja, só serão chamados os herdeiros da próxima linha sucessória, após esgotadas todas as possibilidades de herdeiros da classe anterior. Isso porque, dentro de uma mesma classe sucessória, via de regra, os parentes de “grau mais próximo, excluem os de grau mais remoto, salvo o direito de representação” (Art. 1.833) (BRASIL, 2002).

De maneira mais explicativa, em uma mesma classe sucessória existem diferentes níveis de parentesco, como por exemplo, na classe dos descendentes temos como parentes os filhos, os netos, os bisnetos e assim sucessivamente, porém o direito resguarda o maior direito à herança àqueles em que o grau de parentesco é mais próximo, neste caso seria os filhos e somente na ausência dos filhos, os netos poderiam obter direito aquela herança.

Quanto a exceção ao direito de representação, ela ocorre nos casos em que o herdeiro mais habilitado não pode receber o quinhão que lhe seria de direito por motivo de ser pré morto quando da abertura da sucessão, assim, os seus descendentes, sem limitação de grau e os parentes colaterais, alcançando somente filhos de irmão (sobrinhos) poderão representá-lo na sucessão e receber a herança em seu lugar. Os ascendentes, por sua vez, não possuem o direito de representação em hipótese alguma. (SILVA, 2015)

Compreendendo um pouco sobre a sucessão legítima, se torna crucial tratar sobre os herdeiros necessários.

Assim, Roberto Senise Lisboa os define como “São os sucessores dos quais não se pode retirar o direito à herança, senão em face da ação de indignidade ou de cláusula testamentária de deserdação”. (LISBOA, 2004, p.412)

Assim, fazendo uma breve distinção entre herdeiros necessários e legítimos, salienta-se que herdeiros legítimos são aqueles estabelecidos no artigo 1.829 CC (descendentes concorrendo com o cônjuge; ascendentes concorrendo com o cônjuge; cônjuge sobrevivente e colaterais), bem como o companheiro que passa a assumir posição igual a do cônjuge, todos respeitando a ordem de preferência. (BRASIL, 2002)

No que se refere aos herdeiros necessários, estes se restringem aos descendentes, ascendentes e cônjuge e, via de regra, não podem ser afastados destes o direito à metade dos bens da herança, que constituem a legítima.

Vale ressaltar que, em caráter extraordinário, há a possibilidade de se afastar um herdeiro necessário da sucessão, tais situações estão expressamente descritas nos artigos 1.814<sup>1</sup>, 1.962<sup>2</sup> e 1.963<sup>3</sup>, todos previstos no CC/2002.

Dessa forma, comparando os artigos que compreendem as disposições dos herdeiros legítimos com os necessários, temos que os parentes colaterais são herdeiros legítimos, porém não necessários, podendo ser excluídos da sucessão se assim for a vontade do *de cuius*. É também o que dispõe o artigo 1.850 CC. (BRASIL, 2002)

### 2.3 Sucessão do cônjuge

Entende-se como cônjuge aquele que possui laços matrimoniais, ou seja, que se casou respeitando todas as formalidades exigidas pela lei. Este, evidentemente, possui direitos após a morte de seu ex-parceiro.

Como já se disse, o cônjuge sobrevivente detém status de herdeiro necessário e não pode ser afastado da herança, salvo disposições legais, e se enquadra como o terceiro na linha sucessória a receber a totalidade dos bens do *de cuius*, concorrendo com todos os herdeiros que lhe antecedem na linha sucessória, conforme prevê artigo 1829, I e II. (BRASIL, 2002)

Ressalte-se que, para fins sucessórios, o cônjuge separado judicialmente ou extrajudicialmente não tem direito algum a herança, porém, aquele que for separado de fato a menos de dois anos ou se comprovada que a separação de fato a mais de dois anos não se deu por culpa do sobrevivente, ele terá direito.

---

<sup>1</sup> Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade. (BRASIL, 2002)

<sup>2</sup> Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. (BRASIL, 2002)

<sup>3</sup> Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade. (BRASIL, 2002)

O cônjuge ainda tem direito à meação. Esta, por sua vez, não pode ser confundida com herança, isso porque a meação é a metade do patrimônio compartilhado pelo casal, ou seja, a metade que já pertence ao sobrevivente. Salienta-se, no entanto, a observância do regime de bens adotado pelo casal, uma vez que nem todos os regimes comportam a meação.

### **2.3.1 Direito próprio**

A transmissão da herança se dá por direito próprio “quando o aquinhado é o próprio sucessor do autor da herança, recebendo o acervo sozinho ou partilhando com outros de igual preferência, e com a mesma qualidade. É também chamada sucessão direta, ou *jure proprio*. ” (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p.130)

Sendo assim, recebe por direito próprio aquele que pertence à classe sucessória de mais direito para partilhar herança.

Dessa forma, aberta a sucessão, os filhos (descendentes de grau mais próximo) são os primeiros a receber o patrimônio e herdarão por direito próprio. Na falta destes, havendo ainda descendentes, o próximo grau de parentesco é chamado, neste caso, os netos do *de cujus*, que também herdarão por direito próprio.

Não havendo herdeiros descendentes de nenhum grau, a herança será transmitida aos próximos da classe sucessória, os ascendentes que, na sua falta, passa para próxima classe e assim sucessivamente até que se encontrem herdeiros legítimos para suceder.

O cônjuge/companheiro, por sua vez, sucede por direito próprio quando concorre com descendentes, ascendentes e quando, na falta deles, detêm a integralidade do patrimônio.

Assim explica Washington de Barros Monteiro “Herda em seu nome (*jure proprio*), quando, em razão do parentesco com o *de cujus*, vem a ser o herdeiro mais próximo, sendo por isso chamado à sucessão. (MONTEIRO, 2001, p. 116)

A partilha da herança é feita em partes iguais, conhecida como sucessão por cabeça e nada mais é do que a divisão em quotas iguais para os herdeiros da mesma classe sucessória.



Como se vê, conforme a posição sucessória, a herança passa aos herdeiros da mesma classe e grau que os demais. Cada um herda por direito próprio, recebe o quinhão a que lhe pertence. A divisão é feita pelo número de herdeiros, daí dizer-se que herdam por cabeça. (DIAS, 2009, p.223)

No entanto, a lei comporta uma exceção, o direito de representação. Segundo Washington de Barros Monteiro,

Herda pelo direito de representação (*jure representations*) quando convocado a suceder em lugar de outro herdeiro, parente mais próximo do falecido, mas anteriormente pré morto, ausente, ou incapaz de suceder no instante em que se abre a sucessão. (MONTEIRO, 2001, p.116)

Admite o direito de representação na classe dos descendentes e dos colaterais, somente para sobrinhos.

Daí se extrai dois entendimentos, o primeiro se dá com a percepção que não existe direito de representação entre os ascendentes e o segundo é que o direito de representação dos colaterais é concedido somente aos sobrinhos. É também o que dispõe os artigos 1.852 e 1.853, ambos do Código Civil. (BRASIL, 2002)

Nesse sentido, o artigo 1.851 CC aduz “Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse. ” (BRASIL,2002)

Nesta situação, a partilha não será feita por cabeça e sim por estirpe. Isso porque os representantes do herdeiro pré -morto só podem herdar a quota parte que caberia ao representado, se vivo fosse.

“A finalidade do instituto é preservar a igualdade entre herdeiros descendentes. A lei coroa a igualdade de filiação ao estipular que os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes. ” (DIAS, 2007, p. 224)

### **2.3.2 Concorrência**

O cônjuge, como já enfatizado, é o terceiro de maior direito na ordem sucessória sobre a integralidade da herança deixada pelo falecido ficando atrás somente dos descendentes e ascendentes. No entanto, o atual Código Civil de 2002, atribuiu um benefício ao cônjuge, o direito à concorrência com aqueles que estão antes dele na linha sucessória, o que não ocorria no Código Civil de 1916.

Dessa forma, em concorrência com os descendentes, além do direito real de habitação, a herança é dividida em quotas iguais àqueles que receberem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior a quarta parte da herança se o sobrevivente for ascendente dos herdeiros que estiver concorrendo.

Entretanto, caso o regime de bens escolhido pelo casal tiver sido o de comunhão universal de bens, separação obrigatória de bens ou no regime de comunhão parcial sem bens particulares, o cônjuge não concorrerá com os descendentes.

Isso porque no primeiro caso o cônjuge já terá o direito a meação e não ficará desamparado com a morte de seu parceiro. “Nos casos de separação obrigatória de bens o legislador teve a intenção de eliminar as consequências patrimoniais do casamento de quem tem mais de 70 anos.” (DIAS, 2007, p. 178)

A exclusão da concorrência no regime de comunhão parcial sem bens particulares tem por objetivo resguardar aos descendentes o patrimônio particular do falecido, visto que os bens comuns, adquiridos na constância do casamento, já serão alvo de meação ao cônjuge supérstite.

## **2.4 Sucessão do companheiro**

Compreende-se como companheiros aqueles que não possuem laços matrimoniais, mas conservam uma relação de afeto, atingindo todos os requisitos necessários para a caracterização da união estável.

Seus direitos sucessórios foram equiparados aos dos cônjuges e agora são regidos pelo artigo 1.829 do Código Civil, porém, antes de tal equiparação, o regimento sucessório do convivente era um pouco mais limitado e estava previsto no artigo 1.790 do Código Civil (agora inconstitucional), vejamos:

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)

É de se notar, portanto, que o companheiro só possuía direitos sucessórios quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ou seja, os bens particulares do de cujus não estavam sujeitos a sucessão nesta relação, a não ser que não existissem outros parentes sucessíveis a receber a herança. Este, portanto, era o único caso em que os bens particulares podem ser herdados pelo companheiro sobrevivente.

Dessa forma, os companheiros concorriam com os descendentes na mesma proporção se eles fossem filhos em comum do casal, porém, concorrendo com descendentes híbridos (filhos somente do autor da sucessão), o companheiro só teria direito a receber metade do que coubesse a cada um dos filhos do autor da sucessão.

Por fim, ainda havia concorrência com os ascendentes e com os colaterais até quarto grau, onde era resguardado ao companheiro o direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Ressalte-se que o companheiro era considerado herdeiro legítimo, conforme aduz artigo 1790, IV CC, compondo o quinto lugar na linha sucessória, concorrendo com todos os que lhe antecederiam na linha sucessória e recebendo a totalidade da herança na falta de todos eles, porém, não era considerado herdeiro necessário, podendo facilmente ser afastado da herança.

A respeito disso, Santos expõe o seguinte:

Ao contrário do que sucede com cônjuge, que com o novo Código passa a desfrutar da condição de herdeiro necessário (artigo 1845), tendo, por isso, assegurada a sua legítima (artigo 1.846), ao companheiro não foi reconhecido igual status. Logo, não havendo outros herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), o autor da herança poderá testar a integralidade de seu patrimônio, deixando o companheiro ao desamparo, ressalvada, é claro, a possível meação, quando for o caso. (SANTOS,2003)

Maria Berenice, de igual modo, explica:

O cônjuge agora é herdeiro necessário (CC 1.845) e figura em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária (CC 1.829, III). O companheiro está em último lugar e tem direito à totalidade da herança somente se não existirem herdeiros colaterais (CC 1.790, IV). Assim, o direito à herança do cônjuge não pode ser excluído da sucessão, mas o direito do companheiro pode ser afastado. (DIAS, 2010)

A questão do companheiro como herdeiro necessário ou facultativo sempre foi objeto de longa discussão entre os doutrinadores, isto porque, de fato, na letra da lei, o companheiro não está no rol de herdeiros necessários. Tal assunto será abordado mais a frente, em tópico próprio.

#### **2.4.1 As modificações trazidas pelas leis 8.971/1994 e 9.278/1996**

O reconhecimento constitucional da união estável como instituto familiar, garantido pelo artigo 226, § 3º CF/88, foi consolidado pelas leis complementares nº 8.971/1994 e 9.278/1996.

A primeira delas, com apenas cinco artigos, se direcionou às questões do direito dos companheiros a respeito de alimentos e da sucessão, onde dispôs que só teria direito a pedir alimentos os conviventes que provassem o seu estado de necessidade e que preenchessem os requisitos de serem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, com um prazo de convívio mínimo de cinco anos ou possuindo filhos em comum, enquanto não constituírem nova união. (Art. 1º Lei. 8.971/94). (BRASIL, 1994)

A partir deste momento a lei também passou a reconhecer a meação dos bens adquiridos com comunhão de colaboração (Art. 3º), além da totalidade da herança reservada ao companheiro na falta de descendentes ou ascendentes (Art. 2º, III). (BRASIL, 1994)

No que tange a concorrência com filhos comuns, a lei estabeleceu, em seu art. 2º, I e II, o direito de usufruto de um quarto dos bens deixados pelo falecido companheiro e, na falta deles, porém na existência de ascendentes, o direito ao usufruto da metade dos bens. (BRASIL, 1994)

Direitos de concorrência estes, exatamente iguais aos concedidos aos cônjuges pelo artigo 1.611, §1º no Código Civil de 1916. (BRASIL, 1916)

Ressalte-se que, em uma época onde uma relação afetiva fora do casamento não só ia em confronto com os paradigmas impostos pela sociedade, mas também era considerado inexistente na esfera jurídica, a criação desta lei veio como um grande avanço no direito do companheiro.

Assim explica o M. Ministro Luiz Roberto Barroso

A primeira delas (Lei nº 8.971/1994) praticamente reproduziu o regime sucessório estabelecido para os cônjuges no CC/1916, vigente à época. Desse modo, (i) estabeleceu que o companheiro seria o terceiro na ordem sucessória (atrás dos descendentes e dos ascendentes); (ii) concedeu-lhe direito de usufruto idêntico ao do cônjuge sobrevivente, e (iii) previu o direito do companheiro à meação quanto aos bens da herança adquiridos com sua colaboração. Embora esta Lei não tenha tornado o companheiro um herdeiro necessário (era apenas herdeiro legítimo), tal regramento em nada diferia daquele previsto para o cônjuge, que também não era herdeiro necessário no CC/1916. A diferença entre os dois regimes sucessórios era basicamente a ausência de direito real de habitação para o companheiro. Tal direito era concedido somente aos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal, apenas enquanto permanecessem viúvos, e, ainda assim, só incidia sobre o imóvel residencial da família que fosse o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2017)

A lei 9.278/1996, por sua vez, reconheceu a união estável como uma entidade familiar de uma convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, características tais que perduram até os dias de hoje. (BRASIL, 1996)

Nota-se, logo de início, que tanto o prazo de cinco anos estabelecido em 1994 para configuração da união estável quanto a dispensabilidade da obrigação dos companheiros serem separados judicialmente, foram revogados.

A referida lei aproxima ainda mais o instituto da união estável com o do casamento quando menciona, em seu artigo 2º, a necessidade de assistência e respeito mútuo, bem como provimento do sustento e guarda e educação dos filhos entre os conviventes. (BRASIL, 1996)

Além disso, em relação a meação, enquanto a legislação de 1994 a autorizava em todo e qualquer caso em que houvesse colaboração na atividade do companheiro, a nova legislação, em seu artigo 5º previu a meação somente nos casos de bens auferidos a título oneroso. (BRASIL, 1996)

Finalmente foi concedido o direito real de habitação aos companheiros após a morte de seu parceiro, com a ressalva somente de se tratar de bem destinado a residência da família e que o sobrevivente não contraia nova união ou casamento. (BRASIL, 1996)

Nesse sentido, cito ensinamento do Ministro Luiz Roberto Barroso

A Lei nº 9.278/1996, ao reforçar a proteção às uniões estáveis, concedeu direito real de habitação aos companheiros. E o fez sem exigir o regime de comunhão universal de bens, nem que o imóvel residencial fosse o único de tal natureza. Ou seja, a legislação existente até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 previa um regime jurídico sucessório até mesmo mais favorável ao companheiro do que ao cônjuge. (BRASIL, 2017)

Ressalte-se que a lei de 1996 não revogou por inteiro a anterior, apenas deixou em desuso alguns artigos e serviu para complementar o que havia sido omissos em 1994 e assim, para todos os efeitos legais, as leis passaram a coexistir.

De igual forma, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, apesar de não revogar expressamente as leis 8.971/94 e 9.278/96, toda a matéria contida nelas foram abordadas por esta última, dando a entender que houve uma revogação tácita das leis infraconstitucionais. (CORDOIL, 2011)

No entanto, se o direito sucessório do companheiro estava caminhando para adquirir os mesmos benefícios concedidos aos cônjuges, a nova lei veio para mudar esse direcionamento ao tratar de formas bem distintas os institutos do casamento e da união estável.

#### **2.4.2 Companheiro como herdeiro necessário**

“Aquele a quem é reconhecida a reserva se denomina herdeiro necessário.” (MÁRIO, 2009, p. 71)

A reserva equivale a 50% do patrimônio do autor da sucessão que deverá, necessariamente, ser transmitida aos seus herdeiros necessários, estes, por sua vez, compreendidos pelos descendentes, ascendentes e cônjuge, conforme prevê artigo 1.845 CC. (BRASIL, 2002)

Percebe-se, portanto, que o companheiro não foi protegido como tal no Código Civil de 2002, assim, ele poderia facilmente ser afastado da herança.

Entretanto, ao julgar o RE n. 878.694/MG, o Supremo Tribunal Federal equiparou os direitos sucessórios do companheiro ao do cônjuge com o entendimento de que o casamento e a união estável são institutos familiares iguais e merecem igual proteção.

Apesar disso, tal julgamento se limitou a declarar a inconstitucionalidade do artigo que normatizava a sucessão do companheiro, mas não se manifestou sobre as demais normas que regem o direito sucessório do cônjuge.

Conseqüentemente, apesar da omissão do supremo nesse aspecto, a maior parte jurisprudência atual tem entendido que sendo o cônjuge herdeiro necessário, o companheiro não pode deixar de ser. *In verbis*:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. PRESENÇA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES. BEM IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DO INÍCIO DA UNIÃO ESTÁVEL. EXCLUSÃO DA PARTILHA. PARCELAS DO FINANCIAMENTO ADIMPLIDAS NO CURSO DA RELAÇÃO. ACERVO COMUM PARTILHÁVEL. SENTENÇA MANTIDA PARCIALMENTE.

1. Nos termos dos artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil, a união estável, como entidade familiar, requer publicidade, continuidade, durabilidade, objetivo de constituir família e ausência de impedimento ao casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial, e observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência mútua. O STF reconheceu a possibilidade de pessoas do mesmo sexo constituírem entidade familiar, devendo lhes ser dispensada a mesma proteção estatal conferida às famílias heteroafetivas (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132).

2. Comprovado, no caso concreto, a existência de convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família entre as partes, deve ser reconhecida a união estável.

3. O bem imóvel adquirido por um dos conviventes em momento anterior ao início da união estável pertence exclusivamente a ele, sendo descabida a meação. Devem ser objeto de meação, no entanto, as parcelas do financiamento imobiliário adimplidas durante a convivência.

**4. Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, passa a reger a união estável o art. 1.829 do mesmo diploma legal, tornando-se o companheiro herdeiro necessário.**

5. Reconhecida a união estável havida entre os companheiros, deve ser partilhado o imóvel deixado pelo companheiro sobrevivente, quitado com o seguro habitacional.

6. O direito real de habitação visa proteger o cônjuge sobrevivente e hipossuficiente de uma situação de total desamparo. Demonstrado, nos autos, que o companheiro é pessoa jovem, tem curso superior e está inserido no mercado de trabalho, não se justifica a sua manutenção no bem objeto da partilha, em detrimento do genitor, pessoa idosa, que necessita do seu quinhão hereditário.

7. Apelação do Autor conhecida e parcialmente provida. Apelação dos Réus conhecida, mas não provida. Unânime. (Acórdão n.1063882, 20140710155354APC, Relator: FÁTIMA RAFAEL 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 29/11/2017, Publicado no DJE: 05/12/2017. Pág.: 299/303) **(grifo nosso)** (DISTRITO FEDERAL, 2017)

No entanto, também há quem defenda a tese de que o convivente não deve ser considerado herdeiro necessário.

Para sanar essa omissão, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que atua como amigo da corte no referido Recurso Extraordinário, interpôs embargos de declaração no dia 15 de fevereiro de 2018 alegando omissão nos demais artigos que norteiam a sucessão do cônjuge, principalmente quanto a questão do artigo 1.845CC, por fim, postulou pela inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários.

Por outro lado, a Associação de Direito de Família e de Sucessões (ADFAS), que também auxilia no processo, apresentou no dia 05 de março de 2018, uma manifestação contra os embargos da IBDFAM pleiteando pela inaplicabilidade do artigo 1.845CC às uniões estáveis.

Nesse sentido, o Supremo deve se manifestar logo mais quanto a alegada omissão e firmar seu entendimento quanto ao companheiro como herdeiro necessário e aos demais dispositivos que regulam o direito sucessório do cônjuge.

Dito isso, consigna-se pela defesa de também se resguardar a legítima aos conviventes, vez que não há razão equiparar somente parcialmente os direitos sucessórios destes.



### 3 A CONQUISTA DA IGUALDADE SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO

Como tem sido tratado nos capítulos anteriores, o Código Civil de 2002 adotou normas sucessórias diversas aos casais que optavam por se unir pelos laços do matrimônio e aos que elegiam a união estável.

Essa desigualdade foi declarada inconstitucional pelos ministros do Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário de n. 878.694/MG.

Dessa forma comentaremos adiante sobre as razões pela qual um artigo, que já estava há tantos anos em vigor, foi considerado incompatível com a nossa lei maior e quais as consequências dessa decisão.

#### 3.1 RE 878.694

O Recurso Extraordinário julgado em sede de repercussão geral no dia 10 de maio de 2017 firmou o entendimento de que

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. (BRASIL, 2017)

O processo se originou em Minas Gerais com o pedido de reconhecimento de união estável concominado com petição de herança de Maria de Fátima Ventura após morte de seu companheiro, Nilo Coimbra Pereira, com quem alegou ter convivido por nove anos.

O falecido não possuía descendentes e nem ascendentes, mas possuía três irmãos vivos.

Dada situação enquadraria esta companheira no artigo 1790, III CC/2002, onde ela concorreria com os colaterais do falecido e receberia somente 1/3 dos bens do ex-companheiro adquiridos na constância do relacionamento.

No entanto, em caso idêntico, se ela fosse casada com o autor da sucessão, ela herdaria todo o patrimônio, se enquadrando, desta vez, no artigo 1.829, III do CC/2002 e não concorreria com os irmãos do falecido.

Como já dito anteriormente, a desigualdade no tratamento sucessório do companheiro em relação ao do cônjuge já era algo de muita discussão doutrinária e, com este caso, a matéria foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal que, por 8 votos a 3, “promoveram” os companheiros e concederam a eles os mesmos direitos sucessórios dos cônjuges.

Nesse sentido votaram os ministros Luís Roberto Barroso (relator), Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Carmem Lúcia, Alexandre de Moraes e Teori Zavascki, enquanto os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli entenderam que a distinção no tratamento sucessório do companheiro e do cônjuge não é inconstitucional.

Os argumentos utilizados pelos eminentes ministros por ambos os lados (pela equiparação ou distinção no tratamento sucessório) são de suma importância para o presente estudo e serão analisados em tópico a seguir.

### ***3.1 Posição favorável***

Para os favoráveis à equiparação do direito sucessório do companheiro ao do cônjuge, os principais argumentos utilizados foram a violação diversos princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana (art 1º, III CF), o da igualdade (art. 5º CF), o da autonomia, o da proporcionalidade e o princípio do retrocesso. (BRASIL, 1988)

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. (SCARLET, 2002, p.22)

O Ministro Luiz Roberto Barroso em seu voto ensina,

A dignidade como valor intrínseco postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Isso implica a proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou idade, e também devido à forma de constituição de família adotada. (BRASIL, 2017)

De igual forma, este princípio está relacionado com a violação da igualdade, que garante direitos iguais a todos e impede qualquer distinção.

Nesse sentido, entendeu-se que não poderia privilegiar o cônjuge ou o companheiro por meio da aplicação de regras sucessórias diversas, uma vez que se trataria de modo diferente pessoas em igual situação. Isso violaria tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto da igualdade.

Quanto ao princípio da autonomia, de acordo com o relator

Consiste na capacidade de o indivíduo fazer escolhas pessoais ao longo da vida sem influências externas indevidas. Quanto maior a conexão dessas escolhas com o desenvolvimento da personalidade e a autorrealização individual, maior deve ser a proteção conferida à autonomia. Nesse sentido, não há dúvida de que a opção de constituir uma família, bem como de adotar uma determinada forma de constituição familiar é uma das mais relevantes decisões existenciais. (BRASIL, 2017)

Assim, distinguir as regras sucessórias entre os institutos do casamento e da união estável limita a autonomia do casal optar por um regime ou outro. Isso porque, em quase todos os casos, o cônjuge era mais beneficiado e isso poderia compelir os casais a adotar o modelo do casamento para garantir mais direitos aos seus parceiros.

Outro princípio violado seria o da proporcionalidade. Nas palavras de Pedro Lenza,

O princípio da proporcionalidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, ponderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins. (LENZA, 2008, p. 75)

Isto porque as normas que regem os direitos sucessórios dos companheiros são inferiores às atribuídas aos cônjuges e tal preferência vai contra a constituição, que prevê a não hierarquia entre as famílias.

Logo, não seria proporcional e nem ao menos justo garantir maior proteção estatal ao casamento se a própria Constituição os reconhece como institutos iguais.

Quanto ao princípio da vedação ao retrocesso, este foi arduamente defendido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família e seus argumentos foram acatados pelos ministros que julgaram pela inconstitucionalidade do artigo 1.790.

Isto porque as leis 9.278/96 e 8.971/94, que normatizaram os primeiros direitos dos companheiros, conferiram a eles direitos praticamente idênticos ao da época concedidos aos cônjuges e, logo em seguida, o Código Civil de 2002 trouxe uma involução nesse aspecto, visto que não abarcou diversos direitos que já haviam sido compreendidos aos conviventes.

Nesse sentido, explica o ministro barroso

{...} não há dúvida de que o regime sucessório dos companheiros estabelecido pelo novo Código Civil representou uma involução desproporcional na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que vivem em uniões estáveis. Antes do CC/2002, o regime jurídico sucessório da união estável estabelecido pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 era substancialmente igual àquele previsto para o casamento no CC/1916, então vigente. Cônjuges e companheiros ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária (ambos ficavam atrás dos descendentes e dos ascendentes), possuíam idêntico direito à meação, e ostentavam tanto o direito de usufruto, quanto o direito real de habitação. Tais leis, portanto, concretizaram o imperativo constitucional de proteção às famílias (independentemente de seu modo de constituição), previsto no art. 226 da Carta de 1988. (BRASIL, 2017)

A violação a todos esses princípios foram utilizados como argumento para que se entenda pela inconstitucionalidade dos regimes sucessórios do casamento e da união estável.

### **3.1.2 Posição contrária**

Por outro lado, nem todos os ministros entenderam pela igualdade no tratamento sucessório das entidades familiares. Estes, por sua vez, restaram vencidos.

A posição contrária a equiparação do direito sucessório do companheiro defende a constitucionalidade do artigo 1.790 do CC, justificando que apesar da Constituição reconhecer a união estável como entidade familiar, ela não a equipara com o casamento e, por esta maneira, não há de se falar em violação ao princípio da igualdade, vez que não se trata de institutos iguais.

A Procuradoria-Geral da República também se mostrou a favor da constitucionalidade do artigo e emitiu um parecer nos autos utilizando-se do argumento de que

Tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestação da autonomia privada dos contraentes, pois, se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável, é porque a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios, ou, ainda, por preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento”. (BRASIL, 2017)

Nesse sentido, o direito à liberdade estaria sendo ameaçado, isto porque não haveria mais a opção do casal em adotar um regime mais informal. O Ministro Dias Toffoli, em seu voto, explica

Há que se garantir, portanto, os direitos fundamentais à liberdade dos integrantes da entidade de formar sua família por meio do casamento ou da livre convivência, bem como o respeito à autonomia da vontade para que os efeitos jurídicos de sua escolha sejam efetivamente cumpridos. (BRASIL, 2017)

De igual forma, essa posição ainda é fundamentada pela parte final do § 3º do art. 226 CF quando estipula que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Assim, apesar de não reconhecer qualquer diferença entre as entidades familiares para fins de proteção estatal, a letra da lei as reconhece como entidades diferentes. (BRASIL, 1988)

A Associação de Direito de Família e de Sucessões (ADFAS) também se posicionou no sentido de que

“Não há violação ao princípio da igualdade no estabelecimento de efeitos sucessórios diversos entre o casamento e a união estável. Chega-se a tocar, aqui, numa questão de lógica formal: o fato de serem admitidos diversos modelos de família pela Constituição Federal já significa, por si só, que casamento e união estável não têm e não podem ter regimes jurídicos totalmente idênticos. Do contrário, não haveria a necessidade da existência dos dois institutos, bastando apenas um.” (BRASIL, 2017)

Aqui se defende o casamento e a união estável como institutos diferentes apesar de ambos serem considerados pela Constituição como entidades familiares. Assim, o tratamento sucessório distinto entre eles só daria mais liberdade aos casais para optarem pelo regime que lhe convém.

De igual forma, o fato do regime do casamento garantir, na maioria das vezes, direitos maiores aos relativos à união estável, não significa uma maior hierarquia deste em relação àquele, mas sim que existe uma diferença entre elas.

### **3.2 Aplicabilidade da decisão**

O julgamento uniformizou a participação dos supérstites na sucessão do *de cuius*, entendendo pela igualdade entre o casamento e a união estável e garantindo a ambos o regramento sucessório do casamento por ser, na maioria das vezes, mais benéfico.

Como consequência, a norma sucessória do companheiro, regradada pelo artigo 1.970 CC/2002 foi declarada inconstitucional.

De acordo com Ronaldo Paulinho Filho

Quando ocorre o confronto de uma norma infraconstitucional com a própria Constituição, a regra é de efeitos "ex tunc", ou seja, retroativo. Se a lei inconstitucional é nula, diz que já surgiu como inconstitucional, tem vício de origem, ou seja, o tribunal declara apenas o que já existia." (FILHO, 2018)

Sendo assim, todos os atos firmados com a norma inválida, estão eivados de vício e são nulos por sua natureza.

No entanto, a lei 9.869/99, em seu artigo 27 possibilita uma possível modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei quando entender que a nulidade da norma pode trazer danos a segurança jurídica. *In verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999)

A modulação deve ser realizada apenas em **hipóteses extremas**, nas quais o risco à segurança jurídica seja efetivamente elevado, sob pena de enfraquecer a Constituição e de se fomentar a convalidação de inconstitucionalidades. (grifo do autor) (FONSECA, 2003)

Essa norma, ao permitir que o Supremo Tribunal Federal estabeleça limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, permite também que o Supremo, ao examinar a regularidade da lei em face da Constituição, não se atenha apenas, cegamente, aos aspectos jurídicos da questão, mas que ele possa cumprir, efetivamente, no desempenho de sua missão de guardião da Constituição, e seu intérprete máximo, a sua função mais importante, exatamente a de tornar a Constituição um instrumento vivo, adaptando-a às novas condições sociais. (LIMA, 2001)

Sendo assim, com a possibilidade de se modular os efeitos de uma decisão em momento posterior ao da criação da lei e, se atendo a preservação da segurança jurídica e o interesse social de cada caso em concreto, o Supremo Tribunal Federal concluiu

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. (BRASIL, 2017)

A produção de efeitos “*ex nunc*”, ou até mesmo em momento futuro da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, responde, exatamente, à ânsia de que seja integralmente cumprido o quanto determinado no artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “art 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (CARMEM, 2009)

Nesse sentido, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC, os eminentes ministros não vislumbraram a possibilidade da aplicação da regra, ou seja, a atribuição de eficácia “*ex tunc*” aos efeitos da decisão para que ela retroagisse à data que a norma declarada inconstitucional entrou em vigor e sim a exceção, que é exatamente a aplicação “*ex nunc*”.

De fato, anular todos os atos viciados pela norma inconstitucional seria a forma mais justa de resolver a situação, porém a mais inviável. Em quinze anos de vigor do artigo 1.790 CC, inúmeros processos de inventário foram partilhados pelas suas regras e, tentar anular todas essas partilhas para reformar as decisões com base na nova legislação seria praticamente impossível, até porque o número de processos nos tribunais iria aumentar drasticamente, causando um caos jurídico, sem contar, ainda que muitos desses patrimônios já teriam se desfeito.

Assim, entendeu-se que seria necessária a modulação dos efeitos da decisão somente para os inventários em curso, mas talvez essa também não tenha sido a melhor saída escolhida pelos julgadores, isto porque ele pode ter aplicado regra diversa para pessoas em igual situação.

A injustiça é visível quando analisamos um caso prático. Dessa forma, suponha um caso em que existem dois casais que se uniram pela união estável e no dia X, um deles vem a óbito.

No primeiro caso, o inventário é aberto no prazo de 60 dias, respeitando o disposto no artigo 611 CPC<sup>4</sup>, a partilha é feita nos moldes do artigo 1.790 CC e a decisão é transitada em julgado, dando fim ao processo. (BRASIL, 2015)

No segundo caso, a família não abre o inventário no prazo determinado em lei e, à data em que o supremo equipara o cônjuge ao companheiro para fins sucessórios, o processo ainda está em trâmite. Dessa forma, a partilha é feita nos moldes do artigo 1.829 CC, favorecendo ao companheiro.

Nas duas situações, a sucessão (morte do autor da herança) foi aberta na mesma data, porém, aquele que descumpriu a lei e atrasou na abertura do inventário foi favorecido e teve mais direitos do que aquele que não foi diligente.

Há também de se levar em consideração que a aplicabilidade da decisão não se atentou ao disposto no artigo 1.787CC, onde prevê que a sucessão é regulada pela lei vigente à sua abertura. (BRASIL, 2002)

Assim, a lei em vigor na data do óbito do autor da herança é a que deverá regulamentar a sucessão e não o fato do inventário estar em tramite ou não à data em que se declarou a inconstitucionalidade de uma norma.

Além disso, o princípio *saisine* ensina que a transmissão dos bens do de cujus é feita no momento da morte, este se encontra, ainda, amparado pelo artigo 1.784 CC “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (BRASIL, 2002)

Sendo assim, a melhor adequação dos efeitos da decisão seria emprestar eficácia *ex nunc* ao caso e determinar que os efeitos da decisão passem a valer a partir da decisão que declarou a norma inconstitucional. Isso porque respeitaria o que dispõe no princípio *saisine* e no artigo 1.784CC.

---

<sup>4</sup> “O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte.” (BRASIL, 2015)



Ainda se levaria em consideração a presunção de vontade do autor da sucessão, que não poderia prever que uma alteração na norma após sua morte alteraria o direcionamento do seu patrimônio.

Nesse sentido, transcreve-se entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto no RE de n. 646.721/RS

Em adendo, se porventura avançarmos para a modulação, eu sugeriria que a nossa decisão valesse para sucessões abertas a partir do julgamento, ou seja, a partir da morte do autor da herança, porque os que já estão mortos, evidentemente, não têm mais como interferir e reagir relativamente à decisão do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2017)

Evidente que este posicionamento também traria prejuízos e até injustiças para aqueles que questionaram a diferença no tratamento entre as duas entidades familiares e ficaram tantos anos aguardando o seu tratamento igualitário, tão somente para ver o direito garantido a outros, mas não seriam beneficiados pela decisão.

Nesse sentido, a modulação dos efeitos desta decisão é de suma importância porque afetará a vida e o patrimônio de várias famílias. Analisando cada opção, não se pode trazer uma solução que beneficiária a todos, mas infere que o entendimento seja aplicado tão somente nas sucessões abertas após a declaração de inconstitucionalidade da norma, de maneira a respeitar a presunção de vontade do autor da sucessão e por estar de acordo com o que dispõe o artigo 1.784 CC e o princípio *saisine*.

## CONCLUSÃO

O casamento e a união estável nunca foram institutos familiares iguais, na verdade, durante muitos anos a união de fato não era nem sequer considerada uma espécie familiar.

Somente com a Constituição de 1988 a união estável veio a ser reconhecida como uma modalidade familiar, ganhando especial proteção estatal e a facilitação em sua conversão para o casamento.

As garantias sucessórias para o companheiro, por sua vez, só vieram a ser regulamentadas pela lei 8.971 em 1994 e logo em seguida pela 9.278 em 1996 que veio para complementar a anterior, ambas com o intuito de aproximar os direitos do companheiro ao do direito do cônjuge da época, regulamentado pelo Código Civil de 1916.

Antes disso, via de regra, os casais “não casados” não possuíam direitos legais ao patrimônio do falecido, mas, com vistas a não deixá-los completamente desamparados, a jurisprudência concedia uma espécie de indenização por serviços prestados pelo tempo da convivência.

Logo após, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o legislador tratou de formas bem distintas o cônjuge do companheiro, o que foi considerado um grande retrocesso e, ainda, uma possível injustiça ao conceder mais direitos aos conjugês na maioria dos casos e, em outros, garantir mais direitos aos companheiros.

Inclusive, esse retrocesso trazido pelo CC/2002 foi um dos fortes argumentos utilizados para que se equiparasse, para fins sucessórios, os institutos da união estável e do casamento e reconhecesse a inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC.

Por outro lado, a corrente contrária à equiparação acredita que o legislador trouxe as diferenças entre os institutos visando dar uma maior liberdade aos casais para que pudessem optar por uma relação mais séria e formal ou uma relação mais informal e caberia a cada um analisar suas preferências.

A controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal através do RE 878.694/MG que foi julgada em sede de repercussão geral, caso em que uma

companheira supérstite pleiteava a totalidade da herança do de cujus, nos moldes do artigo 1.829 CC, uma vez que o falecido possuía três irmãos vivos e, caso a sucessão fosse feita nos termos do artigo 1.970 CC, ela só teria direito a um terço da herança do ex-companheiro.

O julgamento foi conduzido pelo Ministro Relator Luiz Roberto Barroso que votou pelo provimento do recurso a fim de que fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC para que a companheira participasse da herança em conformidade com o artigo 1.829 CC.

Fundamentou, em seu voto, que a desigualdade no tratamento sucessório do companheiro viola o princípio da igualdade entre as famílias, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da vedação do retrocesso e da proteção deficiente.

Os demais ministros acompanharam o voto do relator, exceto os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que entenderam pela constitucionalidade do artigo 1.790 CC com base na diferença entre os institutos da união estável, além do princípio da liberdade e da autonomia privada. Estes, restaram vencidos.

Por fim, decidiram pela aplicação dos efeitos da decisão somente aos inventários judiciais ainda em curso e aos extrajudiciais ainda não escriturados.

Conclui-se, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade da norma que regulava a sucessão do companheiro, apesar de tardia, foi mais do que justa e bem aceita nos dias de hoje, onde a maioria dos casais tem preferido constituir uma família pela união estável, possivelmente pela ausência de formalidades ou burocracia.

O matrimônio também ainda está muito ligado a questões religiosas e, apesar da possibilidade da realização do casamento somente no registro civil, aqueles que não são devotos acabam preferindo se unir por um instituto mais informal.

Entretanto, quanto a modulação dos efeitos da decisão, reputa-se que a solução mais adequada seria atribuir eficácia *ex nunc* de maneira a se atentar a presunção de vontade do autor da sucessão e, ainda, porque vai em conformidade ao que dispõe o princípio *saisine*.

## BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2.ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

BARRETO, Fabiana Fuchs Miranda. *O tratamento jurídico do concubinato*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9775-9774-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Curso Preparatório para Concursos, 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 878.694/MG. Tribunal Pleno. Recorrente: Maria Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 08 mar 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 646.721/RS. Tribunal Pleno. Recorrente: São Martin Souza da Silva. Recorrido: Geni Quintana. Relator: Luiz Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>>. Acesso em: 08 mar 2018.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.971 de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm)>. Acesso em: 15 ago 2017.

BRASIL. Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm)>. Acesso em: 15 ago 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 29 mar 2018.

BRASIL. Lei nº 2.848 de 07 de setembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 19 jul 2017.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm)>. Acesso em: 03 mar 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. Disponível em:<[http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su- mula\\_301\\_400](http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su- mula_301_400)>. Acesso em: 02 nov. 2018.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARMEM, Lúcia. *O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade* (2009). Disponível em:<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/06/O-principio-da-coisa-julgada-e-o-vicio-de-inconstitucionalidade.pdf>. Acesso em: 18 mar 2018.

CORDOIL, Veronica Ribeiro da Silva. *Pontos Críticos da Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil Frente às Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996* (2011). Disponível em:[http://www.revistajuridica.com.br/doutrina\\_integra.asp?id=1173](http://www.revistajuridica.com.br/doutrina_integra.asp?id=1173). Acesso em: 15 fev 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Casar ou não casar: dúvidas sobre questões sucessórias* (2010). Disponível em:< [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_779\)casar\\_ou\\_nao\\_casar\\_si1.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_779)casar_ou_nao_casar_si1.pdf)> Acesso em: 06 fev 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito Civil Brasileiro: Direito da Família*. 27ª ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. APC 20140710155354. Terceira Turma Cível. Relatora: Fátima Rafael. Brasília 29 de novembro de 2017. Disponível em:<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcor- daos-web/sistj>>. Acesso em: 10 mar 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. APC 3575595. Terceira Turma. Apelante: D.R.DA.C. Apelado: J.F.DE.O. Relator: Vasquez Cruxen. Brasília, 06 de dezembro de 1995. Disponível em:< <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 02 nov 2018.

FILHO, Ronaldo Paulinho. *Teoria do Controle de Constitucionalidade – Tópicos Teóricos e Práticos* (2018). Disponível em:< <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teoria-do-controle-de-constitucionalidade-topicos-teoricos-e-praticos,590452.html>>. Acesso em: 02 mar 2018.

FONSECA, Edson Pires da. *O que é modulação temporal dos efeitos da decisão?* (2003). Disponível em:< <http://www.jurisciencia.com/concursos/o-que-e-modulacao-temporal-dos-efeitos-da-decisao/2133/>>. Acesso em: 20 mar 2018.

GOMES, Orlando. *Direito de Família* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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