



Pedro Vital Santos

**SUCCESSÃO DO COMPANHEIRO:
O longo percurso para sua regulamentação no Brasil**

IPATINGA/MG

2020

PEDRO VITAL SANTOS

**SUCCESSÃO DO COMPANHEIRO:
O longo percurso para sua regulamentação no Brasil**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Ipatinga, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Jorge Ferreira da Silva Filho

FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA

IPATINGA/MG

2020

Dedico esta monografia primeiramente a Deus, que me guia, me guarda e protege, que sempre me dá forças e me permite sonhar e conquistar tudo aquilo que almejo em minha vida, ao meu pai, pois sem ele eu nada seria, por me dar forças e meios para poder realizar este curso e me ajudar a ser alguém, a minha mãe, por ser meu pilar e me encorajar cada vez mais a buscar por um propósito, a minha saudosa avó, que apesar de ter partido, sempre me ensinou a buscar o que é certo, e mesmo sem nenhum estudo, sempre me inspirou. Não menos importante, nessas poucas linhas, dedico este trabalho ao meu orientador Jorge Ferreira, meu muito obrigado pelo seu zelo, apoio e por me ajudar de forma tão acolhida a escolher esse tema maravilhoso, bem como ter aceitado para estar realizando esse trabalho de forma. Por fim, dedico este trabalho a todas as famílias, independentemente das diferenciações, que este ente familiar que constitui e faz crescer a semente do amor e da união em nossa sociedade.

AGRADECIMENTOS

Aqui é o momento de se agradecer a todas as pessoas que participaram de alguma maneira deste trabalho e de minha vida acadêmica. E são tantas, espero de coração, não me esquecer de nenhuma. Primeiramente a Deus, a quem rendo honras e glórias, se não fosse por ele, este momento não teria chegado. Ao meu amado pai, meus agradecimentos por ter sempre me apoiado, mesmo em meio as minhas dúvidas, sempre esteve presente para me ajudar a crescer e me fazer despertar a vontade de seguir o direito. A minha mãe, por sempre acreditar em mim e me ajudar de forma tão doce a correr atrás dos meus sonhos. Sem eles, não estaria onde estou chegando, todo meu esforço e dedicação devo a eles.

Aos meus familiares, em especial a minha saudosa avó, Jovina Maria de Jesus (*in memoriam*), que me criou, mesmo não tendo estudos, me ensinou a ter princípios, e me fazer compreender o significado de família. Ao meu irmão Victor e minhas irmãs Viviane e Franciene, que apesar da distância, sempre me deram forças, e me permitirem estar em suas vidas. A minha melhor amiga e namorada, por me ajudar de forma tão linda, que ouviu todas as noites depois das aulas, de todas as provas, todas as alegrias e tristezas. Que me deu todo apoio na reta final e que, acredita no meu potencial.

Aos meus colegas de academia, juntamente de meu Mestre Júlio Olguin, pelos debates e por me incentivar sempre a estudar e a buscar alcançar meus objetivos e por me mostrar o significado de ser um verdadeiro lutador, em buscar vencer sempre, e mesmo em meio há qualquer crise, saber se reinventar. Ao meu querido amigo e irmão Deyvson Bruno, que esteve ao meu lado por quase todo esse trajeto acadêmico, por cada ajuda, cada briga, cada apoio e debate sobre os mais variados assuntos que tivemos, fechamos um ciclo, e em breve iniciaremos outro ainda maior.

Não poderia esquecer-me de meu ilustríssimo chefe, Doutor Edésio Martins, por ter me convidado para estar estagiando em seu escritório e ter me ensinado diariamente de forma tão única, um pouco mais sobre direito, e como ele é aplicado na vida de tantas pessoas, por cada experiência que agrego a minha vida pessoal e profissional, por cada debate, cada história, e cada caso que me transmitiu para estar ao seu lado, prestando um serviço tão importante, que é a advocacia, trabalho

este que em decorrência do estágio, decidi um dia seguir. E agradecer também a cada pessoa do NAJ que presta um valoroso serviço a toda comunidade, foi graças a este Núcleo, que me interessei pela advocacia, obrigado pela experiência compartilhada com cada colega, coordenador e professores nos diversos atendimentos, sendo que alguns, mesmo de forma indireta, me ajudaram na escolha do tema deste trabalho.

Agradeço a Instituição FADIPA, a cada profissional, em especial aos Professores Hélio Cimini e Maria Emília que de forma direta e indireta me proporcionaram a certeza de estar escolhendo essa matéria tão linda que é o Direito Civil, base dessa monografia, e a Professora Jô de Carvalho, pelas maravilhosas aulas, que me auxiliaram para a elaboração do mesmo.

Ao meu orientador, professor Jorge Ferreira da Silva Filho, por ter me acolhido, bem como de verdade, orientado, de braços abertos, as suas aulas foram sem a menor dúvida, a inspiração para a escolha deste tema, obrigado pela compreensão, por ter sido acessível e ter me auxiliado nos momentos mais cruciais, e ter me dado as ferramentas necessárias para elaborar os alicerces deste maravilhoso trabalho, em cada encontro, sempre gentil, solícito e cordial em cada diálogo, meu muito obrigado. Por fim, quero agradecer a todos que fizeram parte desta história de cinco anos, aos amigos que fiz e contribuíram com apoio e críticas, aos colegas, sintam-se incluídos em meus agradecimentos também.

“A família não nasce pronta, constrói-se aos poucos e é o melhor laboratório do amor. Em casa, entre pais e filhos, pode-se aprender a amar, ter respeito, fé, solidariedade, companheirismo e outros sentimentos”. (Luís Fernando Veríssimo)

RESUMO

Esta pesquisa teve por objetivo analisar a sucessão do companheiro na união estável, iniciando pelo conceito de família e a sua evolução ao passar dos anos, com seu nascedouro no matrimônio, até a constituição de novos tipos de famílias, como a união estável. O reconhecimento conferido pela Constituição Federal a união estável como instituto familiar, gerando assim uma proteção pelo Estado e a equiparação com o casamento, porém, tal proteção não se abrange aos direitos sucessórios, sendo realizada posteriormente em leis esparsas. Com o advento do Código Civil de 2002, uma nova codificação foi atribuída aos direitos sucessórios do companheiro, de modo que ao comparar com os direitos sucessórios do cônjuge, fica-se claro a disparidade da disciplina ao versar de forma omissa sobre tais direitos assegurados em seu único artigo 1.790. A codificação ao estabelecer regras sobre a sucessão do companheiro, limitando em vários aspectos, de modo que proporciona uma insegurança jurídica, gerando injustiças perante as famílias que vivem sob essa entidade familiar, além das divergências na doutrina e jurisprudência sobre a inconstitucionalidade do dispositivo. Diante os inúmeros questionamentos realizados sob a inconstitucionalidade do art.1.790, por interposição de Recurso Extraordinário nº. 878.694/MG, coube ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre, de modo que foi julgado inconstitucional, fundamentando-se que a Constituição equiparou os institutos familiares, de forma que a disciplina prevista no referido artigo vai contra os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, entre outros elencados no decorrer do trabalho. Entretanto, mesmo diante o reconhecimento de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não sanou todos os aspectos problemáticos pertinentes ao direito sucessório do companheiro, gerando ainda assim, algumas lacunas sob alguns direitos e relativo aos efeitos da declaração, de modo que parte do problema jurídico permanece. Visto que o poder Judiciário não põe fim a lide, de forma eficaz e resoluto, o poder Legislativo tenta sanear o imbróglio, por meio de uns projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados. A solução do presente problema pode ser resolvida por meio da aprovação de algum projeto de lei, de modo que a partir daí uma modificação em alguns artigos do Código Civil que tratam do tema, gerando assim, uma equidade ao direito sucessório do companheiro.

Palavras chave: Sucessão. Inconstitucionalidade. Artigo 1.790. União Estável. Casamento.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA	12
3 SUCESSÃO DO COMPANHEIRO E SEU TRATAMENTO NA LEI	16
3.1 Os princípios constitucionais aplicáveis a família	17
3.1.1 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	17
3.1.2 <i>Princípio da igualdade</i>	18
3.1.3 <i>Princípio da solidariedade familiar</i>	19
3.1.4 <i>Princípio do pluralismo familiar</i>	19
3.1.5 <i>Princípio da afetividade</i>	20
3.2 Os pontos controversos da sucessão do companheiro	20
3.3 A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil	22
3.3.1 <i>O inciso I do artigo 1.790 do Código Civil</i>	23
3.3.2 <i>O inciso II do artigo 1.790 do Código Civil</i>	24
3.3.3 <i>O inciso III do artigo 1.790 do Código Civil</i>	25
3.3.4 <i>O inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil</i>	26
3.4 A filiação híbrida	27
3.5 A concorrência do companheiro com o cônjuge	31
4 TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL	33
4.1 As propostas para alteração do Código Civil de 2002	34
4.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal	37
4.3 Reflexões sobre o artigo 1.790 declarado inconstitucional	39
5 CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

Falar sobre a sucessão do companheiro não é tarefa simples, tendo em vista que o tema sempre foi muito ofuscado e controvertido, além das barreiras que lhe são impostas pela sociedade e pela complexidade que as relações humanas revelam sobre a matéria. Por se tratar de união estável, que tem como requisitos a convivência entre um homem e uma mulher, e seus filhos, e que tal convivência seja duradoura, pública, contínua e com o objetivo de constituição de uma família, de tal modo que, questiona-se o seguinte: Uma união estável, que não se diferencia tanto de um casamento, é ou não é um instituto familiar? De igual modo, questiona-se: Se em ambos os casos, são exemplos claros de instituto familiar, há necessidade de serem diferentes nas questões sucessórias? Neste diapasão, pode-se pensar que há uma união estável socialmente aceita, e uma união estável inaceitável, inerente às pessoas que adotam essa forma de instituto familiar e que não possuem direitos iguais.

A motivação para a realização da pesquisa se origina por diversos motivos baseados na realidade jurídica e sociológica do instituto familiar citado anteriormente. A ideia que será desenvolvida neste trabalho se baseará nas lacunas do texto do Código Civil de 2002, sabendo-se que o Direito precisa de racionalidade, como lidar com a questão tendo como parâmetro o desenvolvimento social do indivíduo.

É necessária às mudanças nas leis que correspondam ao tempo atual e que respondam na velocidade apropriada aos anseios dessa entidade familiar, que sofreram e em muitos casos tem sofrido com a falta de regulamentação da sucessão do companheiro¹ em concorrência com os descendentes, assim como também, os chamados filhos híbridos.

Esta pesquisa tem por objetivo analisar o conceito de família, sua evolução social, analisando a história da entidade familiar no Brasil, realizando uma comparação entre a União Estável e o Casamento. Explicar as distinções estabelecidas no Código Civil, no que se refere ao regramento dos direitos sucessórios do companheiro quando comparado aos do cônjuge, no que tanto em concorrência com os descendentes, e a inconstitucionalidade do dispositivo

¹ Companheiro: Ao longo do trabalho será utilizada a expressão “companheiro” de forma genérica, aplicando-se tanto aos indivíduos do sexo feminino ao sexo masculino.

normativo referente à sucessão do companheiro, e investigar, por que demorou tanto uma decisão para torna-la inconstitucional.

O que se pretende aqui é provar que os legisladores pátrios não cumpriram com o seu dever legal, devido à grande demora para estar enfim trazendo alguma solução, o que causou diversos prejuízos a essa entidade familiar, que diariamente, inúmeros casos ocorreram, devido à falta de um dispositivo que se ampare de forma coerente, nos casos de sucessão do companheiro.

A pesquisa a ser realizada será jurídico-teórica já que a solução do problema será buscada a partir da análise dos dogmas jurídicos no tempo e no espaço, e também com o método de pesquisa empírica, ou seja, será mesclada em doses homeopáticas os dados recebidos. Quanto ao tipo de pesquisa será bibliográfica, visto que procurar-se-á explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em livros, artigos de autoria de profissionais do direito, leis e revistas.

Quanto à técnica a ser utilizada será considerada documentação direta e indireta, visto que serão utilizadas fontes secundárias conforme obras listadas nas referências, cujos autores abordam aspectos relevantes relacionados à pesquisa. Também dados da internet em sites de publicações e discussões contidas nas páginas.

Obedecendo ao exposto, este trabalho se organizará tal como apresentado a seguir.

Para delimitar a origem e a evolução da família, um estudo bibliográfico será realizado, focalizando desde a família formada de forma patriarcal, até a instituição do casamento, demonstrando o papel da igreja católica em relação a sua influência nos regramentos que versam sobre o tema, até a constituição das novas entidades familiares. Essa síntese histórica estará presente no primeiro capítulo do trabalho.

O segundo capítulo apresentará breves considerações acerca da sucessão do companheiro e seu tratamento na Lei. Fará uma análise de princípios constitucionais que dão uma proteção as entidades familiares. Além disso falará sobre os pontos controversos da sucessão do companheiro, comparados com o do cônjuge. Fará também uma análise do art.1.790, e tratará dos outros tipos de concorrência que o companheiro poderá estar concorrendo.

No terceiro capítulo, se apresentará as tentativas de regulamentação/normatização da sucessão do companheiro. Far-se-á uma análise das propostas legislativas para a alteração do Código Civil de 2002, demonstrando

as mudanças sucessórias propostas nos Projetos de Lei. Apresentar-se-á também a decisão do Supremo Tribunal Federal em tornar inconstitucional o referido art. 1.790, e as reflexões sobre o artigo, enfim declarado inconstitucional.

Por fim, na conclusão serão apresentados os resultados decorrentes das análises realizadas em todo conteúdo do trabalho.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A palavra família provém do latim “*famulus*” que significa (“escravo doméstico”), termo este que teve seu surgimento na Roma antiga, para descrever certos grupos que eram submetidos à escravidão agrícola (BARRETO. 2013. p. 206). A origem da família surgiu aproximadamente há 4.600 anos, e vem a ser um agrupamento de pessoas aparentadas. Na antiguidade a família firmou sua organização no patriarcado e na conservação de bens, sendo o homem quem assumia a direção da entidade familiar e dos bens, sendo ele dominador e limitador, a prática mais comum era de um ofício, não havendo um traço de afeto entre o responsável e os demais membros.

No decorrer dos séculos ocorreram inúmeras transformações na sua constituição, sendo o cristianismo uma grande influência, e a partir dele, o direito canônico, através das cerimônias religiosas da Igreja Católica moldou novos alicerces para a organização da família, criando o sacramento o casamento, que não poderia ser desfeito pelas partes e somente a morte poderia desfazê-lo.

Tais valores e princípios que foram regidos pela Igreja Católica, se manifestam presentes até os dias de hoje, visto que muitas leis regidas com o passar tempo, se embasaram nos regramentos constituídos pela Igreja.

Após esse período surgiu um novo conceito de família, que tinha por base não somente o sacramento imposto pela igreja, mas também pelo elo de afeto entre o casal, tais valores passaram a ganhar força no convívio familiar e se remonta até hoje na sociedade.

A família contemporânea passou por inúmeras mudanças, partindo das revoluções modernas que proporcionaram uma renovação de pensamentos que ao longo do tempo foram se expandindo e norteados esse conceito de família, que é caracterizado pela diversidade e pelos laços de afeição entre seus familiares.

A instituição familiar no Brasil foi formada seguindo o modelo dos colonizadores, que eram influenciados pelo modelo de família moderno, já disseminado na Europa, no qual baseava-se na condição masculina, levando-se em conta o seu poder aquisitivo e a sua vontade. Neste sentido, os valores patriarcais e patrimonialistas que nortearam a instituição familiar brasileira no colonialismo foi implementado e que se perdurou até épocas recentes, tendo influenciado a sociedade, até mesmo na feitura do Código Civil de 1.916, que tornou o casamento

o único ente familiar legítimo, trazendo certas imposições nas relações estáveis existente, de modo que acabava restringindo e tornando ilegítimo todo e qualquer outra forma de ente familiar, privando-os de qualquer direito sobre os direitos sucessórios.

A criação de uma lei civil reproduziu várias regras advindas do direito canônico, de modo que várias instituições eclesiásticas, com o tempo se tornaram instituições de grande reconhecimento, em especial aos países que adotaram o catolicismo como religião. Essa situação causada pela influência religiosa trouxe vários reflexos, como exemplo, o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, no qual adota-se o desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal (GOMES. 1992. p. 09).

A posição da família que era a indissolubilidade do casamento, assim como a capacitação relativa da mulher, um exemplo claro é que o fim da sociedade conjugal pelo desquite não permitia a pessoa se casar novamente, além disso, a dissolução pelo divórcio só se tornou concreta no ano de 1977, apesar da forma ser burocratizada. Tal situação contribuiu para a constituição de uniões livres, em que essas pessoas desquitadas, apesar de não serem mais casadas, não possuíam mais o direito de casar-se novamente, o que lhes fez buscarem uma alternativa, a união informal com novos parceiros ou parceiras, o que gerou o concubinato, termo este utilizado para identificar as uniões realizadas de forma distintiva ao casamento.

Em decorrência da evolução dos valores agregados com o passar do tempo, visto que essas novas uniões formadas, traziam em seu seio, a junção de dois indivíduos que constituíam família, atrelados ao fato de dessa união terem filhos, o que antes só era aceitável para o casamento, gerou no contexto social uma aceitação.

Com a evolução deste novo modelo de família, pouco a pouco a constituição de família foi passando a ser mais voltada no sentimento de afeto, afastando o pensamento de poder aquisitivo, visto que com a união recém-formada, os filhos de relações passadas ingressaram também, neste novo seio familiar, o que originou diversos modelos familiares, como as famílias constituídas por união estável.

Fica claro que a união estável, por meio dela constituída tem o mesmo valor de uma família constituída no casamento, devendo sempre ser resguardada dos mesmos direitos e garantias asseguradas, porém, a grande diferença entre o casamento e a união estável está no campo probatório.

O casamento por ser ato solene, que requer de uma formalidade em sua constituição, exige-se um procedimento de habilitação, prévio registro em cartório, o que resulta na produção de prova pré-constituída da união do casal, por meio da certidão de casamento, enquanto a prova existencial da união estável pode ser tanto pré-constituída como pós-constituída.

Sendo pré-constituída quando os companheiros, desde começo da relação de convivência de fato, lavrarem escritura pública de edificação de união estável, e pós-constituída quando os companheiros não tiverem produzido, podendo ser comprovado por outros meios no decorrer da união.

Devido a tais mudanças, a concepção de família, pouco a pouco, foi sendo desconstruída, seja por meio das leis que foram editadas pelos legisladores, reconhecendo assim, alguns direitos antes não existiam, ou pela resposta dada pelos tribunais, diante de circunstâncias que demandavam a necessidade de solucionar a lide, visto que as famílias que viviam uma relação estável reclamavam o reconhecimento desses direitos.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, ao adotar a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, deixando de ser alcunhado de concubinato e merecedora da proteção do Estado. O constituinte considerou sensato substituir a palavra concubinato, devido ao preconceito já existente sobre o termo, pela expressão união estável, como comenta Veloso (2002, p. 205) sobre a Constituição Federal:

Espancando velhos preconceitos, superando a discriminações dolorosas e sepultando injustiças gritantes, coroando uma luta de muitas décadas, a Constituição de 5 de outubro de 1988 conferiu a mesma proteção e reconheceu que são merecedoras de idêntico respeito e acatamento as famílias fundadas no casamento e as famílias formadas pela convivência pública, contínua e prolongada entre o homem e a mulher.

Porém, quanto o que concerne a questão sucessória, não foi feita nenhuma menção explícita, e comparativamente, o que só foi suprido com a edição da Lei nº 8.971 de 1994, ao estabelecer uma determinação legal no que tange a união estável, e a Lei nº 9.278 de 1996, ao tratar sobre a participação patrimonial ou do regime de bens na união estável, e algumas previsões sobre o direito real de habitação do companheiro, anteriormente não citados, na Constituição.

Porém, com o advento do novo Código Civil de 2002, muitos dos direitos elencados nas Leis supracitadas, foram suprimidas, o que deixava o companheiro

em situação de desamparo, apesar da proteção legal do Estado, a questão sucessória permaneceu intocada, retroagindo assim, os direitos antes conquistados.

Por fim, tratados os pontos iniciais do tema, trataremos agora com mais enriquecimento de detalhes, sobre o direito sucessório.

3 SUCESSÃO DO COMPANHEIRO E SEU TRATAMENTO NA LEI

No que tange ao direito sucessório tem amparo constitucional, sendo previsto na Carta Magna de 1988, previsto no Título II, em seu artigo 5, inciso XXX, a garantia do direito à herança, além das previsões legais previstos na Constituição, é regulamentado também no Código Civil de 2002, previsto no Livro V, nos artigos 1.784 a 2.027, bem como em leis esparsas, tais como a Lei nº 6.858/80 e a Lei nº 8.213/91, que tratam sobre os dependentes habilitados juntamente a previdência social, segundo o art. 201, inciso V, da Constituição Federal.

Versando sobre o direito sucessório, tem-se por base a transmissão de bens, sejam eles imóveis ou móveis, que se dá em decorrência da morte de alguém. A partir daí, há uma regulamentação de normas que regem a formalidade necessária para a transmissão dos bens, embasando-se dos direitos e as obrigações da pessoa que faleceu aos seus sucessores.

No Código Civil de 1916, ainda carregado com os valores patriarcais, o legislador, com a intenção de proteger a família legítima, não concedeu direito sucessório ao concubino, de modo que trazia em sua regulamentação proibições, caso o testador quisesse nomear como herdeira ou beneficiária a sua concubina, tal exclusão também recaiu sobre os descendentes. Só havendo modificações com o advento da Constituição Federal de 1988 de forma geral e em algumas leis esparsas, tendo maior amplitude somente no Código Civil de 2002.

Nos casos previstos em que ocorrem a sucessão do companheiro no Código Civil de 2002, anseia-se que o legislador realize as adaptações necessárias, pegando-se por base os direitos já alcançados com as Leis nº 8.971 de 1994, e 9.278 de 1996, porém, ao tratar sobre a matéria, gerou bastante controvérsias, devido ao posicionamento da lei que gerou uma previsão diferenciada, com relação ao tratamento para os companheiros com relação ao cônjuge, de modo que, muitos juristas o apontam como inconstitucional.

Inicialmente, torna-se claro as controvérsias, começando pelo fato da matéria ter sido disciplinada no capítulo que trata das Disposições Gerais, Título I, “Da Sucessão em Geral”, porém, fica evidente que a sua colocação está no mínimo, incorreta, visto que o correto, deveria ter sido inserida no Título II, Capítulo I, que trata sobre a Sucessão Legítima e a Ordem de Vocação Hereditária, o que daria um tratamento mais conveniente.

O artigo não evidencia uma disposição geral, e ao fazer-se uma simples análise do conteúdo, é apresentado uma matéria específica e regada de detalhismo excessivo, como transcorre nos incisos LEITE (2003, p. 53).

Pensa-se, portanto, ser necessário buscar a melhor interpretação dos princípios constitucionais aplicáveis ao caso, o que será feito a mais adiante.

3.1 Os princípios constitucionais aplicáveis a família

Com a promulgação da Constituição Federal de 1.988, a lei maior, a união estável ganhou uma proteção do estado, e o reconhecimento de instituto familiar, mesmo não sendo citado nada referente de cunho sucessório.

Esse tratamento dado pelo Estado, alguns princípios basilares da constituição se aplicaram ao instituto familiar, de modo que, por serem esses princípios que regem diversos textos legais, devido a sua força normativa.

Além disso, é indispensável um entendimento sobre os princípios constitucionais, visto que são fundamentais, devido a sua abrangência no ordenamento jurídico, e as suas inúmeras implicações nos ramos do direito, em que se destaca ao direito de família. Diante da mudança trazida pela Constituição Federal, os princípios constitucionais passaram a instruir todo o sistema legal, partindo de interesses pessoais, de forma que viabiliza o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da afetividade, entre outros elencados abaixo, nas relações sociais e jurídicas DIAS (2015. p. 40).

Portanto, faz-se necessário um estudo desses princípios, antes de abordar sobre a inconstitucionalidade de alguma matéria de forma específica.

3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, conteúdo base que rege esse princípio, é fundamento de um Estado Democrático de Direito, especificando-se no art. 1º, inciso III da Constituição Federal (VILA-BOAS. 2010. p. 84):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana destaca-se de forma hierárquica dos demais princípios, por ser a base de toda a sociedade. O legislador ao enquadrá-lo como fundamento constitucional, tendo um status de cláusula pétrea, de forma que consagra os valores mais elevados, e busca consolidar a ideia de uma sociedade mais justa e livre, reduzindo assim as desigualdades sociais e a erradicação da pobreza.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o epicentro da discussão do Direito de Família, sempre presente para resolver questões práticas envolvendo relações familiares. Portanto, pode-se dizer que este princípio é o ponto inicial do direito de família. (TARTUCE. 2010. p. 05).

Diante do princípio supracitado, no tocante ao direito sucessório conferido ao companheiro, fica-se subentendido as sutis, porém existentes, diferenciações trazidas no Código Civil, comparando-o com os direitos do cônjuge.

3.1.2 Princípio da igualdade

O texto constitucional elenca vários pontos sobre a igualdade, não importando a situação, de modo que no caput do artigo 5º e seu inciso I, estabelecem de forma perfeita, os direitos fundamentais ligados a igualdade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinções 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 seguintes termos:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

O legislador buscou abarcar todos num patamar igualitário, de forma que seja aplicada a justiça, tratando assim todos da mesma forma, independente de credo, raça, gênero sexual, ou qualquer outro tipo de discriminação. E nos casos em que há desigualdade, diante dessa situação, que a pessoa tenha um tratamento diferenciado, que busque tratá-la de forma mais equânime.

A partir das mudanças implementadas pela Constituição Federal, ligadas ao princípio da igualdade, houveram mudanças no tocante ao direito de família, excluindo assim, os antigos padrões de caráter autoritário, no qual existia a submissão feminina, assim como dos demais membros familiares, de modo que o instituto familiar passou a se sustentar de forma mais equitativa.

Diante desse princípio, torna-se insustentável a ideia de que a união estável tenha um regramento diferenciado ao do casamento, visto que ambos os institutos familiares gozam da proteção do estado, portando, possuidores de direitos idênticos.

3.1.3 Princípio da solidariedade familiar

“Deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar de outra pessoa” (TARTUCE.2017. p. 22). O princípio da solidariedade tem como objetivo da República o art. 3º, inciso I da Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Tal princípio baseia-se em conceitos de reciprocidade e fraternidade, de modo que fortalece as relações que constituem o núcleo familiar, como versa o art. 226, ao proteger a família, independente da forma que foi constituída, seja por meio do casamento ou da união estável.

3.1.4 Princípio do pluralismo familiar

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o reconhecimento só era possível por meio do casamento, de modo que todas as demais formações sócio afetivas, não possuíam reconhecimento, exemplo claro já citado anteriormente, são os casos de concubinato. Com o nascedouro da carta magna, aplicou-se ao instituto familiar além do casamento, a união estável e à família monoparental, como delimita o art. 226 da Constituição Federal.

A Constituição Federal ao tratar sobre o tema, deu uma maior abrangência a família matrimonial e as demais entidades familiares, como a união estável e a família monoparental, porém, o Código Civil de 2002, ao tratar da questão dos demais institutos familiares, se limitou a outorgar alguns efeitos jurídicos a união estável (DINIZ. 2010. p. 23).

3.1.5 Princípio da afetividade

Mesmo que a palavra afeto não esteja expressa na Constituição, a afetividade encontra-se enlaçada no âmbito de sua proteção, (DINIZ. 2010. p. 23).

O afeto é um sentimento que é o nascedouro das relações familiares, visto que a partir dessas relações, independente de como é constituída posteriormente, seja pelo matrimônio ou pela união estável, de modo que não se torna tangível como iniciou, mas se gera a importância pelo fato de por meio desse princípio, gera o vínculo de união.

A afetividade deve ser considerada como um princípio implícito, visto que sua origem provém da formação de relacionamentos, o que geram as relações jurídicas, de forma que a partir daí se cria a base familiar.

3.2 Os pontos controversos da sucessão do companheiro

Assim prega a Constituição Federal de 1988:

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.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, deu ao companheiro, antes considerado “concupino”, que até então só era aceita pela jurisprudência como sociedade de fato, um reconhecimento, de modo que fosse de fato tratado como uma entidade familiar, tutelando assim uma proteção advinda do Estado, porém, a Constituição ao versar sobre, não equiparou os dois institutos familiares, iniciando pelo fato de facilitar a transformação de uma união estável em conversão para o casamento, além de não fazer nenhuma menção na questão sucessória.

Porém, a partir de sua promulgação, o antigo modelo de célula familiar passou por uma remodelagem, dando um novo aspecto ao modelo de família tradicional, baseando-se em princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico, tais como o da dignidade da pessoa humana, a igualdade e o afeto (BARRETO. 2013. p. 211).

Com a edição do Código Civil de 2002, foi concebido apenas um artigo para tratar sobre o direito sucessório do companheiro:

Art. 1.790. A companheira ou 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 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.

Porém, ao tratar sobre o direito sucessório do cônjuge, o Código Civil buscou regulamentar de forma mais ampla, como no citado artigo 1.829:

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 de 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.

[...]

Art.1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros que concorrer.

[...]

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

Destaca-se que o legislador ao tratar sobre o direito sucessório desses dois tipos de entidade familiar, buscou resguardar inúmeros direitos ao cônjuge, porém, fica evidenciado que ao tratar do companheiro, ele foi no mínimo omissos.

Inicialmente, percebe-se claramente a disparidade elucidada, no que se refere ao companheiro e ao cônjuge, visto que, no caso do companheiro, deve-se observar primeiramente se o mesmo se qualifica nos critérios adotados pelo legislador, para só então se ter a certeza de que o mesmo poderá participar da sucessão.

Outro ponto amplamente discutido é o direito real de habitação do companheiro, tratado inicialmente na Lei nº 9.278/96, o que dava ao companheiro o direito de habitar no imóvel enquanto viver, ou até constituir uma nova união ou casamento.

Porém, com o advento do Código Civil de 2002, tal direito foi suprimido pelo legislador, que mais uma vez se manteve omissos referente ao direito de habitação, apesar de trazer previsões sobre o direito de habitação do cônjuge, de modo que no

casamento, tal direito independe do regime de bens, conforme versa o art. 1.831 do Código Civil:

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

Fica controverso o fato do legislador ter garantido um direito a uma entidade familiar e ter sido omissivo quanto a outra entidade, negando-lhe o direito fundamental à moradia, além de estar indo contra os princípios da dignidade humana e da igualdade.

O *caput* do art. 1.790 regula de forma muito clara, que o companheiro só poderá participar da sucessão quanto aos bens adquiridos na constância da união, determinando ainda que, inexistindo parente sucessíveis, a completude da herança será deferida em favor ao companheiro (vide art. 1.790, IV). Todavia, o Código ao regulamentar no tocante aos bens obtidos somente durante a união, excluiu os possíveis bens adquiridos pelo *de cuius* antes da união.

No tocante aos casos de concorrência com os descendentes, o artigo que retrata sobre a situação do cônjuge demonstra uma clara diferenciação, comparando com a situação do companheiro, visto que o cônjuge herdará de modo igualitário com os descendentes, enquanto o companheiro poderá ter direito apenas a metade do que o descendente herdara.

Nos casos de concorrência com ascendentes, o legislador também trouxe diferenças significativas, visto que o cônjuge, dependendo das circunstâncias do regime, herdará um terço ou até metade da herança, enquanto no caso do companheiro, herdará apenas um terço.

Existem ainda outros pontos, alguns deles discutidos posteriormente, no que se denota as controvérsias da sucessão do companheiro, tais como a aplicação da possibilidade de concorrência entre o cônjuge e o companheiro, ponto este discutido posteriormente, a qualificação ou não do companheiro como herdeiro necessário, entre outros pontos, o que fica evidenciado a clara omissão do legislador perante este instituto familiar.

3.3 A inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil

Em primeira análise, sobre o art. 1.790, percebe-se inicialmente a sua incoerência no que tange a sua localização no Código Civil de 2002, como explica HINORAKA (2014. p. 418) de forma louvável:

[..] sua inserção foi extremamente desastrosa, uma vez que não está, o sistema sucessório dos que vieram sob união estável, acolhido pelo dispositivo que abrigou a ordem de vocação hereditária (art. 1.829 do CC), mas encontra-se instalado fora do Título destinado à Sucessão Legítima, no Título destinado à Sucessão em Geral, no Capítulo das Disposições Gerais.

Analisando o caput do art. 1.790, o companheiro só concorrerá com os descendentes e ascendentes sobre os bens adquiridos de forma onerosa na constância da união estável, e na falta de ascendentes a ascendentes, irá concorrer com os colaterais até o quarto grau:

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

Nota-se inicialmente que o legislador excluiu todos os possíveis bens adquiridos antes do relacionamento, de modo que, se durante a união estável perdurar e o casal não adquirir bens, quando um dos dois falecerem, não haverá direito sucessório para o companheiro, visto que o art. 1.790 restringiu essa possibilidade, por não se estender a quota patrimonial relativa aos bens particulares do falecido, (HIRONAKA. 2014. p. 420-421).

Fica evidente que a prática abusiva do legislador, ao definir de forma imparcial, sobre aquilo que o companheiro terá direito na sucessão.

3.3.1 O inciso I do artigo 1.790 do Código Civil

O inciso I do art. 1.790 do Código Civil declara que o companheiro sobrevivente concorrerá com os filhos comuns, tendo direito a uma quota equivalente à que for atribuída ao filho:

Art. 1.790. A companheira ou 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;

O legislador ao aludir-se a “descendentes comuns”, faz referência apenas a “filhos comuns”, diante disso, segundo o entendimento prevalecente, nos termos do Enunciado nº 266, do Conselho de Justiça Federal, “aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns”².

De modo que ao dividir a herança, seria feito em duas partes, metade para o companheiro e metade para o filho comum. Se essa relação fosse constituída em um casamento, no regime de comunhão parcial, em vez da união estável, seria aplicado o art. 1.829 do supracitado código, de forma que os efeitos do direito sucessório não seriam igualitários, visto que o cônjuge não concorreria com o descendente, dessa forma, detalha BARROS (2012. p. 1), dividindo em três etapas:

1ª Etapa – deverá ser verificado o regime de bens aplicáveis à união estável. Se não houver contrato de convivência com cláusula prevendo o regime, deverá ser considerado como aplicável o da comunhão parcial, conforme determinação do artigo 1.725 do Código Civil. 2ª Etapa – após entregar a meação ao companheiro sobrevivente, deverá ser verificado dentre os bens que compõe a herança do companheiro falecido quais foram adquiridos onerosamente na constância da união estável, separando a herança em dois blocos, em duas sub heranças: a primeira com os bens adquiridos onerosamente durante a relação e a segunda com os demais bens. 3ª Etapa – com relação à primeira sub herança, a divisão deverá ser feita com base nos incisos do artigo 1.790 do Código Civil. Já com relação à segunda sub herança, da qual o companheiro não participa, a divisão deverá ser feita com base no artigo 1.829 e seguintes do Código Civil.

Iniciada a sucessão, os primeiros na ordem de vocação são os descendentes do falecido, que concorrem com o companheiro, de modo que não submetem-se ao tipo de regime patrimonial.

Portanto, a divisão da herança, excluída a meação, deverá ser feita de modo igualitário, e independe do número de descendentes comuns, desde que seja acrescida mais uma, para o companheiro.

3.3.2 O inciso II do artigo 1.790 do Código Civil

² Entendimento divergente, segundo quadro de indicações de posições doutrinárias elaborada por Francisco José Cahali, é sustentado por Maria Berenice Dias e Mário Roberto Carvalho de Faria, aplicando a previsão do inciso III do art. 1.790 do CC quando da concorrência com outros “descendentes comuns”, diversos dos “filhos comuns” (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 3. Ed São Paulo: RT. 2007. p. 192-192.

No que tange ao inciso II do art. 1.790, declara que o companheiro participa da sucessão, em concorrência com os descendentes, com uma quota correspondente à metade do que for atribuído ao descendente do autor da herança.

Art. 1.790. A companheira ou 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 metade do que couber a cada um daqueles;

O inciso II do artigo 1.790 do Código Civil, trata do imbróglio da filiação híbrida (caso em que ocorre a concorrência entre os filhos comuns e exclusivos), visto que em sua redação, o mesmo deverá “só” ser aplicado de forma exclusiva, de modo que se exclui os demais descendentes

Quanto à sua aplicação, nos casos em que o companheiro concorre com os descendentes exclusivos do *de cujus*, recebe uma quota-parte, correspondente à metade de cada descendente, dessa forma, exemplifica FREIRE (2009. p. 127) sobre o caso hipotético:

[...] o primeiro filho receberá a fração ideal correspondente a 2/5 do bem inventariado (50% deixado pelo de cujus), o segundo filho também receberá a mesma fração ideal de 2/5 do bem e o companheiro receberá 1/5 do bem partilhado (metade da quota dos herdeiros).

Como já mencionado anteriormente, parte da doutrina defende a aplicação do inciso II do art. 1.790 nos casos em que ocorram a chamada filiação híbrida, de forma que trata todos os descendentes do autor, sejam eles exclusivos ou comuns, como filhos exclusivos, tratando todos de forma igualitária.

3.3.3 O inciso III do artigo 1.790 do Código Civil

Em relação ao inciso III do art. 1.790, declara que o companheiro irá participar da sucessão, em concorrência com os outros parentes sucessíveis, com direito a um terço da herança:

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

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

Na situação descrita pelo inciso supracitado, o companheiro irá concorrer com os ascendentes e os colaterais em até quarto grau, o que não ocorria anteriormente, enquanto vigorava as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, como cita ANTONINI (2016. p. 2.057) ao referir-se sobre esse retrocesso:

Diante da situação citada no artigo, pode-se dizer que um tio-avô do de cujus, sendo este um colateral de quarto grau, independente se tinha ou não um vínculo direto com o falecido, tem direito nessa sucessão, de modo que poderá concorrer com o companheiro sobre o bem adquirido durante a existência da união estável. Nesse sentido, se o imóvel for adquirido durante a vigência da união estável, caberá ao tio-avô dois terços (ANTONINI. 2016. p. 2.057).

Desse modo, mesmo o falecido não tendo deixado filhos, sejam comuns ou exclusivos, o companheiro sobrevivente não receberá a herança de forma integral, o que de fato ocorre se fosse cônjuge, devido a especificação do inciso em considerar na linha sucessória, os ascendentes e colaterais, nesse sentido, só receberia na totalidade os bens adquiridos na constância da união estável, se não houvesse parentes sucessíveis.

Caso o falecido, durante a constância da união estável, não tenha adquirido nenhum bem de forma onerosa, e todos os seus bens tenham advindo de antes do início da união estável, todos os bens particulares será para os colaterais e nada para o companheiro, de modo que ficara totalmente em desamparo.

3.3.4 O inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil

O inciso IV do art. 1.790, declara que o companheiro possui direito a totalidade da herança, desde que não haja parentes sucessíveis:

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

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

Diante da falta de concorrentes sucessíveis, o companheiro terá direito a totalidade da herança, porém, o caput do art. 1.790 especificou que os únicos bens passíveis de participação, serão aqueles adquiridos onerosamente na constância da união estável, o que gera uma situação não tão incomum, com relação aos bens particulares, que é a seguinte: quem herdará os bens particulares?

Diante disso, o art. 1.844 do mesmo Código, estabelece que no caso de não haver herdeiros sobreviventes ou havendo a renúncia, a herança, esta é devolvida ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal³.

Portanto, se acaso o *de cujus* tenha deixado bens adquiridos onerosamente antes da união estável, esses bens serão considerados como uma herança jacente, o que geraria uma concorrência entre o companheiro e o Poder Público, é o que discorre RODRIGUES (2002, p. 118), sobre o *caput* do art. 1.790:

Diante desse surpreendente preceito, redigito de forma inequívoca, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe em qualquer caso, aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Fica ilustrado que, se durante o regime de união estável, os companheiros não adquirirem nenhum bem. E posteriormente, no momento da sucessão, o companheiro sobrevivente não herdar nada, devido à restrição imposta pelo dispositivo, mesmo que o *de cujus* tenha deixado bens que foram adquiridos antes da união.

3.4 A filiação híbrida

Quanto a filiação híbrida no direito sucessório, sua regulamentação deveria estar prevista no artigo 1.790 do Código Civil, que trata sobre a regulamentação do direito sucessório no caso de união estável, isto é, quando ocorre a concorrência do companheiro com os descendentes.

Sejam os descendentes filhos comuns de ambos os companheiros, e quando com os filhos exclusivos do autor da herança, porém, em meio aos incisos do artigo citado, há clara evidencia de uma lacuna, visto que o Código Civil não trouxe em sua materialidade, situações em que ocorrem de fato a filiação híbrida, ou seja, nos exemplos em que alguns descendentes são filhos exclusivos do autor, e outros comuns do companheiro e ao mesmo, como destaca HIRONAKA (2014, p. 381) sobre:

³ Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

[...] o legislador se olvidou mais uma vez de cuidar da hipótese relativa a autores de herança que deixaram o companheiro sobrevivente e que tiveram filhos de outro leito, anterior ou posterior à união estável, mas que os tiveram deste outro relacionamento, constituindo, assim, um conjunto de filhos que se costuma denominar exclusivos e comuns (estes últimos havidos com o convivente que sobreviveu ao seu falecimento).

O citado artigo, não disciplinou de forma coesa como será realizado a partilha, caso ocorra a filiação híbrida, diante disso, como meio de tentar solucionar a falta de regramento claro e objetivo do caso, muitas discussões jurisprudenciais e doutrinárias surgiram, o que gerou três correntes doutrinárias.

A primeira corrente doutrinária, sendo essa a majoritária, defendida pelos doutrinadores: Caio Mário da Silva Pereira⁴, Carlos Roberto Gonçalves⁵, Christiano Cassettari⁶, Inácio de Carvalho Neto⁷, José Fernando Simão⁸, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi⁹, Mário Delgado¹⁰, Sílvio de Salvo Venosa¹¹, e o próprio José Cahali criador da Tabela Cahali.

Neste sentido, compreendem que no caso de sucessão híbrida, o mais correto seria aplicar o inciso I do artigo 1.790, de forma que trata todos os filhos como se fossem comuns ao casal (companheiro supérstite e do falecido), dessa forma, tanto o companheiro quanto os descendentes herdariam por cabeça, e os quinhões seriam iguais entre todos, como discorre CAHALI (2012, p. 219) sobre:

[...]concorrendo o sobrevivente com filhos comuns e com outros exclusivos do autor da herança, o critério de divisão deverá ser aquele do inciso I. Esta situação híbrida não cabe na abrangência do inciso II, pois expressamente se refere à disputa com descendentes só do autor da herança; mas se contém na amplitude do inciso I, em razão de esta regra restringir a concorrência só com filhos comuns.

Portanto, na primeira corrente doutrinária, fica evidente que tal disposição busca preservar os direitos de todos os filhos, de forma que os torna iguais.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: direito das sucessões. 2004. p. 159.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões. p. 175.

⁶ CASSETTARI, Christiano. Aspectos controvertidos na sucessão decorrente da união estável. Uma evolução histórica. In: Introdução Crítica ao Código Civil. Biblioteca Forense Digital, acesso em 14/05/2020.

⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 15. p. 35.

⁸ SIMÃO, José Fernando. A sucessão dos companheiros: o artigo 1.790 do Código de 2002: parte II.

⁹ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente. p. 167.

¹⁰ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? Revista Brasileira de Direito de Família, v. 29. p. 21.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito das sucessões. p. 121.

A segunda corrente doutrinária, defendida pelos doutrinadores: Euclides de Oliveira¹², Flávio Tartuce¹³, Gustavo René Nicolau¹⁴, Maria Helena Diniz¹⁵ e Zeno Veloso¹⁶.

Segundo seus defensores, há uma defesa diferente, compreendendo que no caso de sucessão híbrida, o correto seria aplicar o inciso II do artigo 1.790, de forma que trata os filhos como se todos fossem exclusivos do falecido, diante disso, o companheiro recebe quota-parte do que é concedido aos descendentes, como disserta TARTUCE (2016.p.250) a respeito:

Para uma segunda corrente, presente a sucessão híbrida, subsume-se o inciso II do art. 1.790, tratando todos os descendentes como se fosse exclusivos, só do autor da herança. [...]Ora, como a sucessão é do falecido, havendo dúvida por omissão legislativa, os descendentes devem ser tratados como se fosse dele, do falecido.

A terceira corrente doutrinária trata-se de uma aplicação baseada em uma fórmula matemática, visto que não há uma solução passível de sucesso para os casos de concorrência do companheiro com os descendentes híbridos, faz-se o uso de tais fórmulas.

Destaca-se a fórmula Tusa, desenvolvida por Gabriele Tusa¹⁷, e defendida por Giselda Hironaka¹⁸, que baseia numa média ponderada, de modo que compões os incisos I e II do artigo 1.790, conforme destaca HIRONAKA (2014, p.425-426) sobre:

Essa fórmula algébrica que passamos a adotar, desde então [...], permite que se alcancem resultado homogêneos e incontestáveis em todos os casos de concorrência de companheiro sobrevivente com descendência híbrida do falecido, justamente porque o princípio matemático basilar que admitirá esse percurso e finalização de cálculos, a definir a dimensão dos quinhões hereditários que serão destinados a cada um dos herdeiros descendentes e ao companheiro sobrevivente, é o princípio da ponderação, e não o da proporcionalidade, como se imaginava antes.

¹² OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. Revista Brasileira de Direito de Família. V. 29. p. 40 e Direito de herança: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 171.

¹³ TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito das sucessões. 9 Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 251.

¹⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 3. Ed. São Paulo: RT. 2007. p. 191-192.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões. p. 146.

¹⁶ VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro. São Paulo: Saraiva. 2010.

¹⁷ TUSA, Gabriele. Sucessão do companheiro e as divergências na interpretação dos dispositivos referentes ao tema, In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. (Coord.). A outra face do poder judiciário: decisões inovadas e mudanças de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey. 2007. V. 2.

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 3. Ed. São Paulo: RT. 2007. p. 191

Tal fórmula pode ser apresentada da seguinte forma, conforme retratada por Cahali e Hinoraka¹⁹ (2012. p. 236-237). Em que:

X = O quinhão hereditário que caberá cada um dos filhos.

C = O quinhão hereditário que caberá ao companheiro sobrevivente.

H = O valor dos bens hereditários sobre os quais recairá a concorrência do companheiro sobrevivente.

F = O número de descendentes comuns com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

S = O número de descendentes exclusivos com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

$$X = \frac{2(F + S)}{2(F + S)2 + F + S} \times H$$

$$C = \frac{2(F + S)}{2(F + S)} \times X$$

Diante das três posições doutrinárias apresentadas, para alguns doutrinadores a terceira corrente é a mais adequada, visto que para ser calculado de forma proporcional o quinhão do companheiro ao número de descendentes, independente que seja eles comuns ou exclusivos, de modo que tornaria de fato igualitário, além de respeitar a igualdade entre os filhos, o que é garantido pela Constituição.

3.5 A concorrência do companheiro com o cônjuge

Como anteriormente citado, o nascedouro desse instituto familiar, iniciou-se com a constituição de novos casais, muitos deles advindo de outros relacionamentos (casamentos), em que ocorreriam a separação de fato, embora não tenham sido feitos os trâmites para as regulamentações sobre o estado civil, de forma que não ocorreu o divórcio, permanecendo perante a lei como casadas, apesar de estarem

¹⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 4. Ed. São Paulo: RT. 2012

separadas de fato e constituíam a união estável, como versa o art. 1.723, § 1º do Código Civil:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Diante dessa situação, o companheiro que é casado, mas separado de fato e vive uma união estável, dependendo dos bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união, e se essa separação tiver ocorrido a menos de dois anos, o cônjuge sobrevivente terá direito sucessório, de modo que haverá a concorrência do cônjuge e o companheiro, como está prescrito no art. 1.830 do Código Civil:

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 tornará impossível sem culpa do sobrevivente.

A legislação não caracterizou o elemento temporal para união estável, o que gerou uma celeuma nos possíveis casos em que o cônjuge se separa de fato, porém não buscou realizar o divórcio. Passados alguns meses, começa a viver uma união estável com outra pessoa, adquire alguns imóveis, mesmo já possuindo alguns adquiridos anteriormente, e passados dez meses falece.

O companheiro sobrevivente gozará do direito sucessório, visto que há imóveis adquiridos onerosamente na vigência da união estável, podendo concorrer com os descendentes (comuns ou exclusivos), ascendentes e colaterais até quarto grau, pegando-se por base o art. 1.790 do Código Civil, porém, devido a especificidade da situação e baseando-se no art. 1.830 do mesmo código, o cônjuge sobrevivente entrará também na sucessão.

Devido à omissão do regramento na lei civil, destacam-se algumas doutrinas que buscam solucionar a questão supracitada.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão defendem que o patrimônio do falecido deve ser dividido em dois montes, de modo que seja dividido entre os bens adquiridos antes e depois da constituição da união estável, resguardando ao companheiro os bens adquiridos na vigência da união estável, e ao cônjuge, os bens particulares, como expõe TARTUCE (2016. p. 259):

Sobre tais bens, somente o cônjuge tem direito a herança. A segunda massa de bens é constituída pelos bens adquiridos durante a união estável. Quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união, a companheira terá direito à herança.

Destaca-se também a tese defendida por Francisco José Cahali, no qual toda a herança deve ser destinada ao companheiro, embasando-se no art. 1.790 do Código Civil, excluindo o cônjuge sobrevivente, visto que a separação de fato ocorrerá, e havendo o reconhecimento da união estável, afasta-se o cônjuge da linha sucessória, como cita CAHALI (2012. p. 235):

[...] na medida em que duas pessoas, pela análise fria dos textos, seriam titulares da mesma herança. Para a convivência das regras, caracterizada a união estável, há que se prestigiar o companheiro viúvo, em detrimento ao cônjuge, integrante formal de matrimônio falido, apenas subsistente no - registro civil.

Diante da situação elucidada, ainda assim não há uma solução totalmente pacificada entre os doutrinadores, visto a diferenciação quanto a abordagem de cada um sobre a possível solução para o tema.

4 TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

Desde a criação do Código Civil em 2002, que tratou sobre a sucessão legítima do companheiro, com previsão no art. 1.790, o legislador se omitiu de direitos antes já conquistados, impondo uma previsão que trouxe para todo o ordenamento jurídico sérias dúvidas quanto a materialidade do referido artigo.

Ao fazer um breve comparativo entre os direitos destinado ao cônjuge com os do companheiro, fica-se imediatamente claro as inúmeras distinções dentro das regras sucessórias, de modo que direcionam o companheiro, para alguns doutrinadores, a uma condição de inferioridade, o que vai contra a Constituição de 1988.

A doutrina ao tratar do referido artigo, ponderou-se em diversas teses, entre algumas destacadas em capítulo anterior, de forma que certos doutrinadores apontam o art. 1.790 como inconstitucional devido ao fato do companheiro estar desvantagem com relação ao cônjuge, como elucida VELOSO (2016. p. 5-6) ao versar sobre o dispositivo ser inconstitucional:

A discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra, no espírito, os fundamentos constitucionais.

Enquanto outros defendem a inconstitucionalidade, pelo fato do companheiro estar em vantagem com relação ao cônjuge. Há também posicionamentos doutrinários que defendem a constitucionalidade do artigo 1.790, como GONÇALVES (2012, p. 194), ao argumentar que há de fato o erro, porém não gera a necessidade de tornar o dispositivo inconstitucional:

[...] a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento. Se assim fosse, não teria determinado que a lei facilitasse sua conversão em casamento.

Diante a diversificação de posicionamentos doutrinários quanto a questão sucessão do companheiro ser ou não constitucional, gerou na jurisprudência a mesma dúvida, de modo que sobre a temática, repercutiram inúmeras jurisprudências, havendo julgados que reconheceram a inconstitucionalidade de todo ou em parte do art. 1.790, sustentado pelas inúmeras teses doutrinárias. Havendo também jurisprudências que defendem a inexistência de inconstitucionalidade do referido artigo.

Visto que o Código Civil de 2002, no que tange ao direito sucessório do companheiro, ao especificar alguns pontos, que para muitos desde a sua promulgação se tornaram incoerentes, fez-se necessário a tentativa de uma reforma, de cunho legislativo.

4.1 As propostas para alteração do Código Civil de 2002

Noutro giro, diante das inúmeras questões concernentes ao direito sucessório do companheiro, já citado e explicado anteriormente, visto que as discussões sobre a forma, aplicação e a inconstitucionalidade do art. 1.790, trouxe consequências na sociedade, não apenas no ordenamento jurídico, mas também no Poder Legislativo.

Visto a crescente necessidade de mudança, foram propostos alguns projetos de lei (PL), que buscam fazer alterações no regramento referente ao direito sucessório do companheiro e do cônjuge, afim de sanear a tocante inconstitucionalidade do regramento do companheiro, e uniformizá-la, de forma que haja uma harmonização entre os dois institutos familiares. Ressalta-se que as breves análises elaboradas abaixo, são apenas para consignar a subsistência de tais projetos.

O Projeto de Lei nº. 6.960/2002 ²⁰, do Deputado Ricardo Fiúza, e o Projeto de Lei nº. 4.944/05²¹, do Deputado Antonio Carlos Biscaia foram os primeiros projetos a buscarem dar uma nova redação há alguns artigos que referem-se ao direito sucessório do companheiro, de forma que as alterações no atual Código Civil, trariam uma solução às possíveis lacunas existentes, porém, ambos os projetos se encontram arquivados.

O Projeto de Lei nº. 276/07, do Deputado Léo Alcântara, originado do Projeto de Lei nº. 6.960/02 (arquivado), apresenta alterações no Código Civil referentes ao direito sucessório, baseando-se no princípio constitucional da igualdade, como fica sugestionado no referido art. 1.790 nos seguintes termos:

²⁰ Projeto de Lei nº. 6.960/02. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002> Acesso em: 25/07/2020.

²¹ Projeto de Lei nº. 4.944/05. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=340810&filename=PL+4944/2005> Acesso em: 25/07/2020.

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se estiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança;

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não construir nova união ou casamento, 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 inventariar²².

Como citado anteriormente, a proposta da nova redação iguala o direito do companheiro ao do cônjuge, buscando assim cuidar da concorrência dos descendentes, ascendentes, excluindo os colaterais e concedendo à totalidade da herança, na falta de descendentes e ascendentes, além do direito real de habitação. Porém, o projeto encontra-se arquivado.

O Projeto de Lei n. 508/07, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, sugere uma reformulação em alguns artigos do Código Civil, que versam sobre o direito sucessório do cônjuge e do companheiro. Inicialmente, ao tratar da questão do companheiro, revoga-se o art. 1.790, de modo que passa a tratar da temática no art. 1.829, adicionando o termo “companheiro”, juntamente de cônjuge, como elucida o referido artigo nos seguintes termos:

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais;

Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusividade, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a

²² Projeto de Lei n. 276/07. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=11EED151C82BF3FE36B2C80B13619C46.proposicoesWebExterno2?codteor=438647&filename=PL+276/2007> Acesso em: 29/07/2020.

vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluindo os subrogados²³.

Como aludido, a proposta da nova redação baseia-se fortemente nos princípios do pluralismo familiar e igualdade, visto que retira a ideia de hierarquização entre os dois institutos familiares, possibilitando assim a equidade, de maneira que garante ao companheiro, direitos antes omitidos no art. 1.790. O referido projeto encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados.

O Projeto de Lei nº. 699/11, do Deputado Arnaldo Faria de Sá, também originado do Projeto de Lei nº. 6.960/02 (arquivado), propõe alterações no Código Civil referentes ao direito sucessório do companheiro, de forma que em concorrência com os descendentes, sejam eles comuns ou exclusivos, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um deles, salvo se tiver havido comunhão de bens particulares (I), já em concorrência com os ascendentes terá direito a uma quota equivalente à metade (II), em hipótese de falta de descendentes e ascendentes, terá direito a totalidade da herança (III), excluindo assim os colaterais, há também a inclusão de um parágrafo único, que trata sobre o direito real de habitação relativa ao imóvel destinado à residência da família²⁴. O referido projeto encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados.

O Projeto de Lei nº. 4908/12, do Deputado Hidekazu Takayama, sugere alterações no Código Civil relacionados ao direito sucessório do companheiro e do cônjuge, de modo que tais modificações reconhecem os direitos do companheiro, iniciando pela revogação do art. 1.790, de modo que passam a ser regulamentadas em alguns artigos, iniciando pela inclusão do companheiro na sucessão legítima (1.829), e no rol de herdeiros necessários (1.845), respectivamente:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
 I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou companheiro;
 II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro;
 III – ao cônjuge sobrevivente ou companheiro;
 IV – aos colaterais.

²³ Projeto de Lei n. 508/07. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=444218&filename=PL+508/2007> Acesso em: 30/07/2020.

²⁴ Projeto de Lei n. 699/11. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=848554&filename=Tramitacao-PL+699/2011> Acesso em: 30/07/2020.

[...]

Art.1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro²⁵.

O referido projeto encontra-se arquivado.

De todos os projetos de lei tratados, observa-se que mesmo havendo a diferenciação quanto a aplicação da matéria, todos buscam tratar da relação do companheiro de forma mais igualitário, no tocante em comparação com o cônjuge.

4.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal

Diante da insegurança jurídica trazida pelo art. 1.790, em consequência dos diferentes pontos doutrinários e jurisprudenciais existentes sobre o tema, quanto a sua inconstitucionalidade, inicialmente, coube ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) tratar da matéria, porém, em vista da envergadura do caso em si, conclui pela não apreciação da controvérsia, e remeteu ao Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional o art. 1790 do Código Civil, de forma que a aplica-se o art. 1.829 do mesmo código.

Em virtude do Recurso Extraordinário nº 878.694, originado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. Inicialmente a recorrente aduz que conviveu em união estável por um período de nove anos com seu companheiro, e após seu falecimento, requereu perante a justiça o reconhecimento da união estável, o direito real de habitação, e que fosse declarada a única herdeira, visto que o falecido não deixou de descendentes, nem ascendentes para estar concorrendo com ela.

A primeira decisão dada pelo juízo, concedeu de forma parcial os pedidos, reconhecendo o vínculo existente, concedendo à autora a herança deixada pelo companheiro forma integral, porém, ressalta-se que o falecido deixou irmãos, mas o juízo optou-se pela sua exclusão, por considerar inconstitucional o art. 1.790.

Diante desse fato, um dos irmãos do autor da herança, ingressou na justiça requerendo o direito a parte da herança, de modo que interpôs recurso de apelação em órgão especial, que foi deferido sob o fundamento de que o dispositivo não é inconstitucional, causando uma reforma na decisão de primeiro grau. Perante o

²⁵ Projeto de Lei n. 4908/12. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1052172&filename=PL+4908/2012> Acesso em: 30/07/2020.

acórdão, foi interposto um recurso extraordinário, tendo como relator o Ministro Luís Roberto Barroso, gerando uma repercussão geral sobre o tema.

Em 31 de agosto de 2016 foi iniciado o julgamento do recurso, o Ministro Luís Roberto Barroso proferiu um relatório manifestando-se pela inconstitucionalidade do regime de sucessão do companheiro, até então regulamentado pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002, em seguida, foram realizadas as sustentações orais.

O julgamento da inconstitucionalidade do art. 1.790, fundamentou-se basicamente na Constituição Federal, ao reconhecer mais de um tipo de família, e não só pela advinda do matrimônio, mas também aquelas formadas de maneira diferente, sendo que seria arbitrária a diferenciação, visto que perante a Constituição Federal, não há uma hierarquização. Portanto, o Código Civil, ao trazer em sua regulamentação, uma diferenciação no regime sucessório dado ao cônjuge, quando comparado ao do companheiro, “torna-se claro a violação os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso”²⁶.

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso fora acompanhado pelos votos dos Ministros Edson Fachin, que consolidou que o art. 1.790 é inconstitucional, por promover uma diferença no direito sucessório concedido ao companheiro, Teori Zavascki, estendendo que não justifica a discriminação da união estável como entidade familiar, devido a complexidade de sua comprovação, assim como de Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia. O julgamento foi suspenso devido o pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, no qual exarou voto divergente, e deixaram de votar os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

O julgamento foi concluído em 10 de maio de 2017, de modo que ficou decidido a inconstitucionalidade do art. 1.790, passando a ser disciplinado no art. 1.829 do Código Civil, conforme o resultado findou-se na seguinte decisão:

O Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a 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 Dias Toffoli, Marco

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878694/MG. Relator: Roberto Barroso, Brasília, DF, 10 de maio de 2017. p. 1-2.

Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regime 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, que votaram em assentada anterior, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux, que votou em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que votaram em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2017²⁷.

4.3 Reflexões sobre o artigo 1.790 declarado inconstitucional

Diante o tratamento diferenciado dado ao companheiro, quando comparado com ao do cônjuge, o art.1.790, que versa sobre a matéria sucessória, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitando ao supérstite a participação na sucessão do consorte, passando a aplicar o regramento dado ao cônjuge, previsto no art. 1.829 do Código Civil, por este ser mais benéfico, de modo que o antigo artigo deixou de ter aplicabilidade.

Mesmo que o referido artigo tenha sido reconhecido como inconstitucional, algumas questões ficaram irresolutas, exemplo claro é caso o companheiro estaria sendo inserido no art. 1.845 do Código Civil, de modo que houvesse seu reconhecimento como herdeiro necessário. Nesse caso, como consequência, alguns efeitos seriam incididos nas regras previstas nos arts.1.846 e 1.849 do Código Civil para o companheiro, gerando limitações na doação e no testamento. Outro reflexo seria a inclusão do companheiro no art.1.974 do Código Civil, ao versar do rompimento de testamento, e por fim nos arts. 1.992 a 1.996 e aos arts. 2.002 a 2.012 (TARTUCE. 2017)²⁸.

Outro ponto que apesar de ser importante dentro do direito sucessório, não foi abordado nos julgamentos, reflete sobre o direito real de habitação do companheiro, de modo que o STF não enunciou expressamente sobre a extensão desse direito, cabendo a doutrina e a jurisprudência resolvê-la, visto que já há o um

²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878694/MG. Relator: Roberto Barroso, Brasília, DF, 10 de maio de 2017. p. 151

²⁸ É o que o autor fala no seu artigo: STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?

reconhecimento nesse sentido, apesar de haverem dúvidas quanto a aplicação, na medida em há o direito disposto no art. 7º, parágrafo único da lei nº 9.278 de 1.996, ou se sua aplicação será realizada no art. 1.831, como é reconhecido o direito real de habitação ao cônjuge.

Noutro giro, ao reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1.790, e declará-la incidental, é produzido efeito *erga omnes* após a chancela do Senado Federal, como versa o art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Porém, no caso em questão, devido ao reconhecimento de repercussão geral, teoricamente, deve-se, portanto, ser aplicado a todos os casos que estejam em situação semelhante.

Contudo, se a eficácia for retroativa, traria um prejuízo enorme a ordem pública, visto que muitos processos de inventario e partilhas extrajudiciais que já foram consolidadas, desencadeariam muitos conflitos jurídicos, em decorrência da invalidação das decisões fundadas no art. 1.790.

Dessa feita, sugestionou o Ministro Roberto Barroso por uma modulação dos efeitos da decisão do RE nº 878.694, fundamentando-se no art. 27 da lei nº 9.868 de 1999, de modo que só incida nos processos em trâmite, sendo aplicado aos companheiros e aos cônjuges, o art. 1.829 nas sucessões em curso e futuras.

Observa-se, portanto, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, foi uma evolução para o ordenamento jurídico, porém, vale ressaltar que ainda assim, não soluciona completamente todos os problemas existentes, de forma que ainda há insegurança jurídica diante das lacunas ainda existentes, cabendo inicialmente, a doutrina e a jurisprudência assegurar tais direitos.

5 CONCLUSÃO

A constituição de família remonta desde a Roma antiga, passando por transformações em toda a história da sociedade, iniciando pelo casamento, instituto familiar esse concebido pela Igreja e seguido por centenas de anos, ressalta-se que a família é formada de várias formas, de feito que com o passar do tempo, foi evoluindo seu conceito e admitindo um pluralismo familiar.

Diante essas evoluções, foram constituindo novas famílias advindas de união estável, que apesar de não possuírem um formalismo, como é no matrimônio, são fundamentadas no afeto, de maneira que devem ser respeitadas e protegidas. Essa situação só foi possível com a promulgação da Constituição Federal de 1.988, ao reconhecer a união estável como instituto familiar, de modo que no art. 226, lhe confere o reconhecimento e proteção estatal, de acordo com os princípios gerais de direito.

Entretanto, tal reconhecimento não trouxe especificações sobre a matéria, no concerne ao direito sucessório do companheiro, de forma que a ausência de previsões que versam sobre tais direitos, necessitou a criação de leis que suprissem com a ausência de regulamentação, criando-se a lei nº. 8.971/94, que garantia ao companheiro direito a alimentos e direitos patrimoniais. Poucos anos depois, criou-se a lei nº. 9.278/96, garantindo ao companheiro o direito a partilha de bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união, além do direito real de habitação.

O novo Código Civil de 2002 trouxe muitas inovações no direito sucessório do cônjuge, porém, ao versar sobre o direito sucessório do companheiro, ficou-se aludido que o legislador deixou o companheiro em uma situação muito divergente se comparado com os direitos do cônjuge.

A discrepância das regras sucessórias estabelecidas ao companheiro, demonstra uma clara desigualdade, privilegiando o cônjuge, além do retrocesso injustificado, visto que em leis anteriores, o companheiro possuía mais direitos, ao disciplinar sobre o tema, no art.1.790, fixou as regras, demonstrando assim a violação de inúmeros princípios constitucionais.

Tal situação gerou uma grande reprovação por parte da doutrina e da jurisprudência, que ao debater sobre o tema, resultou em inúmeras defesas quanto a melhor forma de solucionar o imbróglio do referido artigo, e sobre a possibilidade de torna-lo inconstitucional.

Em vista da lesividade causada pelo referido artigo aos companheiros, o Legislativo também buscou meios de solucionar a situação, de modo que criaram projetos de lei passíveis de apreciação na Câmara dos Deputados, com o objetivo de fazer alterações na matéria, afim de igualar o tratamento sucessório do companheiro.

Enquanto o legislativo não trouxe uma solução definitiva, coube ao Judiciário assegurar os direitos anteriormente negados, visto que diante as inúmeras incontroversas geradas, coube ao Supremo Tribunal Federal sanear a questão do direito sucessório do companheiro.

Ao decidir o RE 878.69, foi reconhecido a existência de repercussão geral, o STF reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790, sob o fundamento de ser incompatível com a Constituição Federal, por afrontar aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da vedação ao retrocesso, passando a aplicar o art. 1.829 do Código Civil.

Assim, pelo exposto, com todos as análises feitas ao longo deste trabalho, conclui-se que a declaração de inconstitucionalidade do referido artigo é uma grande evolução e conquista dada ao companheiro no direito sucessório. Entretanto, faz-se algumas ressalvas, visto que a decisão deixou algumas questões pendentes, como a inclusão do companheiro como herdeiro necessário, no tocante a extensão do direito real de habitação, e sobre a modulação dos efeitos, de modo que para solucionar os problemas ainda existentes, a melhor forma seria aprovar um dos projetos de Lei, para que assim seja feita uma alteração nos artigos do Código Civil que versam sobre o tema, gerando assim uma equidade ao direito sucessório do companheiro.

REFERÊNCIAS

ANTONINI, Mauro. Sucessões. In: PELUZO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. Barueri: Manole. 2016. p.2.057.

BARRETO, Luciano Silva. **Evolução Histórica e Legislativa da Família**. In: ARAÚJO, Irapuã (Ed.) 10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Rio de Janeiro: EMERJ, p. 206.

BARRETO, Luciano Silva. **Evolução Histórica e Legislativa da Família**. In: ARAÚJO, Irapuã (Ed.) 10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Rio de Janeiro: EMERJ, p. 211.

Brasil. **Código civil**. Promulgado em 10 de janeiro de 2002. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 mai. 2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878694/MG**. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313622639&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. Ed São Paulo: RT. 2007. p. 192-192.

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

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**: direito das sucessões. 2012. p. 235.

CARVALHO NETO, Inácio de. **A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 15. p. 35.

CASSETTARI, Christiano. **Aspectos controvertidos na sucessão decorrente da união estável**: Uma evolução histórica. In: Introdução Crítica ao Código Civil. Biblioteca Forense Digital, acesso em 14 jul. 2020.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente. p. 167.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 40.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 55.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5**: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 23.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. p. 146.

FREIRE, Reinaldo Franceschini. **Concorrência sucessória da união estável**. Curitiba: Juruá. 2009. p. 127.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito civil. Volume 7. **Direito de família**. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT. 2008. p. 28.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7, ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 09.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 05.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 6. ed. Saraiva: São Paulo. 2012. V.7. p. 194.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. p. 175.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. Ed. São Paulo: RT. 2007. p. 191.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente.** 2. Ed. São Paulo: RT, 2014. p. 380.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente.** 2. Ed. São Paulo: RT, 2014. p. 381.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente.** 2. Ed. São Paulo: RT. 2014. p. 418.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente.** 2. Ed. São Paulo: RT. 2014. p. 421-422.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente.** 2. Ed. São Paulo: RT. 2014. p. 425-426.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões: arts. 1.784 a 2.027.** Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3º ed. V. XXI. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 854.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária.** Revista Brasileira de Direito de Família. V. 29. p. 40 e Direito de herança: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 171.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões.** 2004. p. 159.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil;** tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244.

Projeto de Lei nº. 6.960/02. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002> Acesso em: 25 jul. 2020.

Projeto de Lei nº. 4.944/05. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=340810&filename=PL+4944/2005> Acesso em: 25 jul. 2020.

Projeto de Lei n. 276/07. Disponível em:
 <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=11EED151C82BF3FE36B2C80B13619C46.proposicoesWebExterno2?codteor=438647&filename=PL+276/2007> Acesso em: 29 jul. 2020.

Projeto de Lei n. 508/07. Disponível em:
 <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=444218&filename=PL+508/2007> Acesso em: 30 jul. 2020.

Projeto de Lei n. 699/11. Disponível em:
 <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=848554&filename=Tramitacao-PL+699/2011> Acesso em: 30 jul. 2020

Projeto de Lei n. 4908/12. Disponível em:
 <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1052172&filename=PL+4908/2012> Acesso em: 30 jul. 2020.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente**. Será que precisamos mudar o Código Civil? Revista Brasileira de Direito de Família, v. 29. p. 21.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, v. 7. 2002.

SIMÃO, José Fernando. **A sucessão dos companheiros: o artigo 1.790 do Código de 2002: parte II**.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das sucessões**. 9 Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 250.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das sucessões**. 9 Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 251.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 259.

TARTUCE, Flávio. **Direito da Família**. V.5. 12ª ed. Ver. Atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p.22.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. 2010. p.5.

TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/259678/stf-encerra-o-julgamento-sobre-a-inconstitucionalidade-do-art-1790-do-codigo-civil-e-agora>>. Acesso em: 02 ago. 2020

TUSA, Gabriele. **Sucessão do companheiro e as divergências na interpretação dos dispositivos referentes ao tema**, In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. (Coord.). *A outra face do poder judiciário: decisões inovadas e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey. 2007. V. 2.

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

VELOSO, Zeno. **O art. 1.790 é injusto, inconsequente, absurdo e perdidamente inconstitucional**. Revista do IBDFAM, 28.ago/set.2016. Belo Horizonte. IBDFAM, p. 5-6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. p. 121.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias**. 2010.