

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA  
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

**VANESSA SAKAMOTO AOKI**

**UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO  
1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

**CURITIBA  
2018**

**VANESSA SAKAMOTO AOKI**

**UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA  
DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO  
ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

**Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau em Bacharel em Direito, do  
Centro Universitário Curitiba**

**Orientadora: Profa. MSc. Camila Gil Marquez  
Bresolim**

**CURITIBA  
2018**

**VANESSA SAKAMOTO AOKI**

**UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO  
ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau em Bacharel em  
Direito, do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos  
professores:

Orientadora: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
**Prof. Membro da Banca**

Curitiba, 06 de abril de 2018.

Aos meus pais, pelo suporte e equilíbrio  
que proporcionaram durante toda a faculdade.  
Minha mãe, Solange, pelo carinho e dedicação,  
ao meu pai, Humberto, pelos sermões e paciência.

## RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar criticamente os argumentos, prós e contras, apresentados acerca da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal. O referido artigo discorre sobre o regime sucessório dos companheiros, diferenciando-o do regime ora aplicado somente aos cônjuges sobreviventes. Primeiramente, traz-se a evolução histórica do regime sucessório aplicado às uniões estáveis. Após, inicia-se o debate acerca da (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do CC. De um lado, argumenta-se que tal distinção seria inconstitucional, visto que violaria os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação da proteção insuficiente e vedação ao retrocesso, além de hierarquizar as formas de família, o que contradiz diretamente a Constituição Federal. Por outro, diz-se que ao igualar os dois institutos o judiciário estaria intervindo de forma excessiva na vida privada, bem como violando a vontade daqueles que optaram pela união estável, sendo, inclusive, o fim deste instituto, reconhecendo que o tratamento diferenciado se dá não pela hierarquização, mas sim por se tratarem de duas formas distintas de família. Por fim, destaca-se os julgamentos que ensejaram a discussão acerca da inconstitucionalidade do referido artigo, quais sejam os recursos extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS.

**Palavras-chave:** inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, regime sucessório de cônjuges e companheiros, hierarquização das formas de família, julgamento dos recursos extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS.

## **LISTA DE SIGLAS**

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC/16 – Código Civil Brasileiro de 1916

CC ou CC/02 – Código Civil Brasileiro de 2002

CF ou CF/88 – Constituição da República Federativa de 1988

EC – Emenda Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	<b>5</b>
<b>LISTA DE SIGLAS</b> .....	<b>6</b>
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2 CONTEXTO HISTÓRICO</b> .....	<b>11</b>
2.1 ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	11
2.2 PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 E AS LEIS Nº 8.971/94 E 9.278/96 .....	14
2.3 APÓS O CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	16
2.4 O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL .....	17
<b>3 ARGUMENTOS ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL</b> .....	<b>21</b>
3.1 A ILEGITIMIDADE DA HIERARQUIZAÇÃO DAS FORMAS DE FAMÍLIA .....	22
3.1.1 Pluralismo das Entidades Familiares .....	22
3.1.2 Vedação À Hierarquização das Entidades Familiares .....	24
3.2 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	27
3.2.1 Princípio da Liberdade .....	29
3.3 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE... ..	30
3.3.1 Princípio da Proporcionalidade .....	32
3.4 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO .....	34
3.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	34
<b>4 FUNDAMENTOS PARA A MANUTENÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL</b> .....	<b>36</b>
4.1 INTERVENÇÃO ESTATAL NA VIDA PRIVADA .....	37
4.1.1 A Intervenção do Poder Judiciário .....	39
4.2 VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE .....	40
4.2.1 Princípio da Liberdade .....	40
4.2.1.1 Da Autonomia da Vontade do <i>de Cujus</i> .....	42
4.3 DA INEXISTÊNCIA DA HIERARQUIZAÇÃO .....	44
4.4 O FIM DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL .....	46
4.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	49
<b>5 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS</b> .....	<b>51</b>

5.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694/MG .....	53
5.1.1 Caso Fático .....	53
5.1.2 Julgamento .....	54
5.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721/RS .....	54
5.2.1 Caso Concreto .....	54
5.2.2 Julgamento .....	55
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>59</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>65</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Entre os anos de 2011 a 2015, o crescimento do número de brasileiros que buscaram formalizar suas uniões estáveis foi 5,7 vezes maior que o crescimento do número de casamentos.<sup>1</sup>

Ainda que os referidos números representem apenas as uniões estáveis que foram devidamente registradas junto aos tabelionatos - sem considerar as uniões de fato, as quais, na realidade, são as mais comuns -, resta evidente que, cada vez mais brasileiros, vêm optando por constituir suas famílias sem as formalidades do casamento.

Ressalta-se, no entanto, que apesar do expressivo aumento das uniões fáticas nos últimos anos, a união estável já é parte da realidade dos brasileiros muito antes do reconhecimento desta como forma de constituição de família, o qual se deu somente com a Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>, mais especificamente, em seu art. 226, § 3<sup>o</sup>.

Anteriormente à atual constituição, portanto, aqueles que conviviam em união fática encontravam-se legalmente desamparados, dependendo do judiciário para garantir alguns de seus escassos direitos, os quais, por muitas vezes, existiam somente em decorrência da comparação que se fazia entre o instituto da união estável e os negócios jurídicos.

À título de exemplo, muitas vezes a concubina, após a separação dos conviventes, recebia uma “indenização por serviços domésticos prestados ao companheiro”, equiparando-a a uma empregada, enquanto que, às ex-companheiras, fixavam-se alimentos, os quais lhes eram garantidos pelo art. 399 do Código Civil de 1916<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> O número de uniões estáveis formalizadas cresceu em 57% de 2011 (87.085) a 2015 (136.941), enquanto que os casamentos cresceram aproximadamente 10% no mesmo período (de 1.026.736 para 1.131.734). Número de uniões estáveis cresce cinco vezes mais rápido do que o de casamentos. **Colégio Notarial do Brasil**. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=OTE3Ng==>>. Acesso em: 13 ago 2017.

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>3</sup> Art. 226, § 3º da CF. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988)

<sup>4</sup> Art. 399 do CC/16. São devidos os alimentos quando o parente, que os pretende, não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e o de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. (BRASIL, 1916)

Após a promulgação da CF, ainda que reconhecida como entidade familiar, a união estável permaneceu à margem do legislativo, que, apenas em 1994, com a lei nº 8.971, passou a regulamentar os direitos dos conviventes. Nesta, foi igualado para fins sucessórios, os direitos dos companheiros e dos cônjuges sobreviventes.

Insta salientar que, após cerca de dois anos, foi promulgada a lei nº 9.278/96, que veio complementar a primeira.

Com a promulgação do Código Civil de 2002<sup>5</sup>, os direitos sucessórios na união estável e no casamento ficaram bem delimitados, nos artigos 1.790 e 1.829 respectivamente, havendo significantes distinções para ambos os institutos. Ressalta-se que, desde a aprovação do referido texto, já havia na doutrina uma discussão acerca da constitucionalidade ou não do art. 1.790 do CC.

Em 10 de maio de 2017, com o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 878.649/MG e 646.721/RS pelo Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, igualando-se, novamente, os as uniões estáveis e os casamentos, aplicando-se aos conviventes o regime imposto no art. 1.829 do CC.

Conforme supracitado, os direitos sucessórios dos companheiros passaram por quatro “fases”, quais sejam: antes da Constituição Federal de 1988; após a CF, com as leis nº 8.971/94<sup>6</sup> e 9.278/96<sup>7</sup>; posteriormente ao Código Civil de 2002; o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, pelo STF<sup>8</sup>.

Desta forma, se passará a explicar cada uma das quatro “fases” supracitadas de forma mais detalhada no próximo capítulo

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> . Acesso em: 13 ago 2017.

<sup>6</sup> BRASIL, Lei nº 8.971/94, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez 1994. Seção 1, p. 21.041. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

<sup>7</sup> BRASIL, Lei nº 9.278/96, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 mai 1996. Seção 1, p. 8.149. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

<sup>8</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros.** Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 13 ago 2017.

## 2 CONTEXTO HISTÓRICO

Como mencionado no capítulo anterior, não somente o instituto da união estável passou por diversas mudanças sociais e jurídicas, como também os direitos sucessórios a estes impostos.

Em suma, em um primeiro momento, há a inexistência de direitos, bem como reconhecimento jurídico do próprio instituto da união estável, tal como será explicitado no tópico 2.1. Após, há o reconhecimento de outras entidades familiares, com o art. 226 da CF<sup>9</sup> de 1988, bem como a promulgação das leis nº 8.971/94<sup>10</sup> e 9.278/96<sup>11</sup>, garantindo aos companheiros seus primeiros direitos sucessórios, igualando-os ao regime aplicado aos cônjuges, a ser aprofundado no tópico 2.2.

No terceiro momento há uma diferenciação entre os regimes sucessórios anteriormente estabelecidos, com a instituição do Código Civil de 2002<sup>12</sup>, como se passará a expor no tópico 2.3. Por último, a “quarta fase” dos direitos sucessórios dos companheiros inicia-se com a discussão da constitucionalidade do art. 1.790 do CC junto ao STF, com o julgamento dos recursos extraordinários nº 878.649/MG e 646.721/RS, a ser aclarado no tópico 2.4.

### 2.1 ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, os concubinos, forma como se denominam os conviventes que possuíam algum tipo de impedimento para contrair matrimônio, não possuíam quaisquer direitos, mesmo apesar do crescente número de

---

<sup>9</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 1988)

<sup>10</sup> BRASIL, Lei nº 8.971/94, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez 1994. Seção 1, p. 21.041. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

<sup>11</sup> BRASIL, Lei nº 9.278/96, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 mai 1996. Seção 1, p. 8.149. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

uniões fáticas, os quais se deram, principalmente, em decorrência da impossibilidade da dissolução da sociedade conjugal.

Aqui, se faz um parêntese à realidade social brasileira, na qual, historicamente, apesar de ser oficialmente considerado um estado laico desde a República, com o Decreto nº 119-A<sup>13</sup>, além da Constituição Federal de 1891<sup>14</sup>, a influência da igreja católica no legislativo, em especial no que diz respeito ao direito de família, sempre foi muito relevante.

Desta forma, sendo o divórcio considerado legal apenas em 1977, com a Emenda Constitucional nº 9 e a lei nº 6.515/77, aqueles que estavam separados de fato, não tinham opção se não manter seus relacionamentos, ainda que muitas vezes mais duradouros que seu próprio casamento, na informalidade e em completo desamparo legal.<sup>15</sup>

No mais, não apenas não eram reconhecidos como forma de constituição de família, mas também não havia qualquer legislação que regulamentassem direitos e deveres àqueles que viviam em união estável.

Por consequência, não sendo considerada como forma de constituição legítima de família, a jurisprudência passou a tratar a união estável como negócio jurídico, sendo assim, quando do término da relação, concedia-se “à companheira desamparada, o direito a indenização por seus serviços prestados durante o tempo do concubinato”<sup>16</sup>.

Isto porque, à época dos fatos, a grande maioria das concubinas não trabalhavam, dedicando-se somente a manutenção do lar. Assim sendo, não havendo legislação que garantisse a estas o direito à percepção de alimentos, a assistência material necessária se dava pela via indenizatória. Ademais, os tribunais visaram, também, a vedação ao enriquecimento ilícito do companheiro que, podendo dedicar-

---

<sup>13</sup> BRASIL. Decreto nº 119-A de 4 de janeiro de 1980. **Prohíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, RJ: Senado Federal, 1891.

<sup>15</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, Volume 6: Direito das Sucessões.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 242-243.

<sup>16</sup> IVANOV, Simone Orodeschi. **União Estável: Regime Patrimonial e Direito Intertemporal.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

se unicamente à carreira, conseguiu arrecadar e acumular patrimônio, à época da permanência da união fática.

Nesse mesmo sentido, a súmula nº 380 do STF<sup>17</sup>, enunciou a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, na constância da união estável, isto porque a considerava como uma sociedade de fato, ainda que fosse uma sociedade “degenerada”.

Ressalta-se, ainda, que a jurisprudência aplicava a referida súmula ainda que um dos conviventes estivesse casado com terceiro, desde que pudesse ser comprovada a separação de fato.

Ainda, insta salientar que, quando da dissolução da união estável pela morte de um dos conviventes, não havia direitos sucessórios ao sobrevivente, cabendo ao sobrevivente somente a aplicação da Súmula nº 35 do STF, a qual possui a seguinte redação:

Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.<sup>18</sup>

Portanto, aqueles que (pela inexistência da norma) não podiam se divorciar, não poderiam se beneficiar da referida súmula, tendo em vista que, conforme art. 183, VI<sup>19</sup>, do CC/16, estão impedidos de contrair novo matrimônio aqueles que já são casados.

Assim, esta primeira “fase” dos direitos sucessórios nas uniões estáveis, se deu por pura criação jurisprudencial, não havendo qualquer tipo de regulamentação dos direitos e deveres dos conviventes. Por conseguinte, aos companheiros não restava alternativa se não se socorrer ao judiciário a fim de ver alguns de seus direitos efetivamente garantidos.

---

<sup>17</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 02 ago 2017.

<sup>18</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 35. Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3074>>. Acesso em: 02 ago 2017.

<sup>19</sup> Art. 183 do CC/16. Não podem casar (arts. 207 e 209):  
(...) VI – As pessoas casadas (art. 203). (BRASIL, 1916)

## 2.2 APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS LEIS Nº 8.971/94 E 9.278/96

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, passou-se a reconhecer a pluralidade de entidades familiares, com fulcro nos parágrafos do art. 226. Desta forma, deixou o casamento de ser a única forma legítima, reconhecendo-se também as famílias monoparentais e as uniões estáveis, de maneira expressa.<sup>20</sup>

Apesar da significativa evolução, até o referido momento, não haveria uma efetiva proteção estatal, ante a inexistência de qualquer outro artigo na Magna Carta ou em legislação complementar, que regulamentasse ou garantisse quaisquer direitos aos companheiros.

No entanto, a partir de 1994 passou-se a delimitar os primeiros direitos dos companheiros, com a lei nº 8.971/94<sup>21</sup> e, posteriormente, com a lei nº 9.278/96<sup>22</sup>.

As leis supracitadas enunciaram os primeiros direitos das uniões fáticas, sendo que, quanto aos direitos sucessórios, os efeitos aplicados aos cônjuges (enunciados no art. 1.611 do CC/16<sup>23</sup>), bem como aos companheiros (art. 2 da lei nº 8.971/94 e no art. 7 da lei nº 9.278/96), eram idênticos.

Veja-se, quando o falecido deixava descendentes, tanto o cônjuge quando o companheiro supérstite tinha apenas o usufruto de um quarto dos bens, tal como enunciam os arts. 1.611, § 1º, do CC/16 e o art. 2, inciso I, da Lei nº 8.971/94, respectivamente.

Ainda, quando deixava o falecido ascendentes apenas, o cônjuge ou companheiro sobrevivente tinha o usufruto de metade dos bens (art. 1.611, § 1º, do CC/16 e o art. 2, inciso II, da Lei nº 8.971/94, nesta ordem).

---

<sup>20</sup> Art. 226 do CC. 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. (BRASIL, 2002)

<sup>21</sup> BRASIL, Lei nº 8.971/94, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez 1994. Seção 1, p. 21.041. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

<sup>22</sup> BRASIL, Lei nº 9.278/96, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 mai 1996. Seção 1, p. 8.149. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

<sup>23</sup> Art. 1.611 do CC/16. Á falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. (BRASIL, 1916)

No mais, quando não tivesse descendentes ou ascendentes, o cônjuge ou companheiro do falecido herdava a totalidade dos bens deixados, conforme redigido no art. 1.603, inciso III, do CC/16 e no art. 2, inciso III, da Lei nº 8.971/94, respectivamente.

Quanto ao direito real de habitação, quando em favor do cônjuge do falecido, em regime de comunhão de bens (forma como era nomeado o atual regime de comunhão universal de bens), decorria do enunciado do art. 1.611, § 2º, do CC/16, enquanto que em favor do companheiro sobrevivente<sup>24</sup>, se dá pelo art. 7 da lei nº 9.278/96<sup>25</sup>.

Importante ressaltar que, o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, tinha como condição que este não viesse a constituir nova união estável ou casamento.

Cristalina evolução dos direitos garantidos aos companheiros. Aproveito, ainda, para mencionar que o art. 1º<sup>26</sup> da lei nº 8.971/94 e o art. 2, II<sup>27</sup>, da lei nº 9.278/96, também imputa o dever de prestar assistência material, à título de alimentos, ao companheiro que comprovar real necessidade, não havendo mais que se falar em indenização pelos serviços domésticos prestados.

No entanto, salienta-se a lei nº 8.971/94, firmava alguns requisitos para a concessão de alimentos, quais sejam: a) comprovação da união estável; b) aquele a que se pede alimentos, deveria ser solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo; c) reconhecimento da união de pelo menos 5 anos, ou que desta tenha prole; d) não constituir nova união.

Como se pode notar, as leis nº 8.971/94 e 9.278/96 tiveram grande impacto ao reconhecer e regulamentar os direitos àqueles que viviam em união estável, equiparando, neste sentido cônjuges e companheiros, havendo, desta forma, significativos avanços na seara das sucessões nesta segunda “fase”.

---

<sup>24</sup> SIMÃO, José Fernando. Então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (Parte 1). **ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-04/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em: 18 ago 2017.

<sup>25</sup> Art. 7º da Lei nº 9.278/96. Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos. (BRASIL, 1996)

<sup>26</sup> Art. 1º da Lei nº 8.971/94. A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. (BRASIL, 1994)

<sup>27</sup> Art. 2º da Lei nº 9.278/96. São direitos e deveres iguais dos conviventes: (...)  
II - assistência moral e material recíproca; (BRASIL, 1996)

## 2.3 APÓS O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, as leis nº 8.971/94 e 9.278/96 foram revogadas. Cônjuges e companheiros tiveram seus direitos sucessórios bem delimitados, nos artigos 1.829<sup>28</sup> e 1.790<sup>29</sup>, respectivamente, do referido código, não mais havendo equiparação para ambos os institutos.

A primeira distinção que se faz entre os dois institutos é a participação na legítima, uma vez que o cônjuge sobrevivente é considerado como um dos herdeiros necessários cabendo a este, portanto, parte da legítima, enquanto que o companheiro não está entre os herdeiros necessários.

Outra distinção, facilmente perceptível, é o valor do quinhão conferido aos sobreviventes. Nas hipóteses enunciadas nos incisos artigos 1.790 e 1.829, quando da concorrência com descendentes e ascendentes, nota-se que o quinhão destinado ao cônjuge é sempre superior ao do companheiro.

Desta forma, tem o cônjuge reserva da quarta parte se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer, tal como enuncia o art. 1.832 do CC, enquanto que, para os companheiros, sua quota será a mesma se for ascendente dos herdeiros, ou meio quinhão quando não for, tal como enunciam os incisos I e II do art. 1.790 do CC.

Quanto ao quinhão, ainda, tem-se que quando concorre com os ascendentes do falecido, terá direito a um terço quando concorrer com o pai e mãe do morto, ou metade quando concorrer com outros ascendentes, enquanto que os companheiros receberão sempre um terço da herança, arts. 1.837 e 1.790, inciso III do CC, respectivamente.

---

<sup>28</sup> Art. 1.829 do CC. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002)

<sup>29</sup> Art. 1.790 do CC. 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)

Ainda, ressalta-se que, quando não houver ascendentes ou descendentes, ao contrário cônjuge que não concorre com outros parentes herdando toda a herança, os companheiros podem vir a concorrer com parentes colaterais distantes.

Quanto aos bens adquiridos gratuitamente pelo falecido na constância da união, assim como qualquer bem adquirido onerosamente anteriormente ao período aludido, não teria direito o companheiro, estando excluído da sucessão, enquanto que para o cônjuge pode haver limitação à sucessão destes, dependendo do regime de bens adotado.

Da mesma maneira, quando dos bens exclusivos do autor da herança, em não havendo ascendentes ou descendentes, o cônjuge sobrevivente herda sua totalidade, enquanto que o companheiro não possui tal direito, devendo os referidos bens passarem ao Poder Público.<sup>30</sup>

Pelo que se expôs, resta cristalino que os direitos sucessórios estabelecidos na união estável e no casamento passaram a ser tratados de forma bem distinta, sendo os argumentos acerca da (in)constitucionalidade dessas diferenciações o principal foco deste trabalho.

## 2.4 O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02 foi reconhecida no dia 10 de maio de 2017, com o julgamento dos recursos extraordinários nº 878.649/MG e 646.721/RS, fixando, respectivamente, os temas nº 809 e 498<sup>31</sup> do STF, instituindo-se o regime sucessório estabelecido no art. 1.829 do CC, antes exclusivo dos cônjuges, aos companheiros

Para o presente estudo, utilizou-se os votos dos Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli no RE 878.649/MG, sendo a ementa do acórdão o seguinte:

---

<sup>30</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais? A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v. 18, n. 6, p. 143-144, jan./abr. 2016.

<sup>31</sup> Temas nº 498 e 809 do STF. 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)

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.<sup>32</sup>

O voto do ministro relator Roberto Barroso, o qual foi acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Teoria Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Carmen Lúcia, explicita diversos argumentos para o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido artigo, sendo os principais: a) a ilegitimidade da hierarquização das formas de família; b) não proteger aqueles que optaram pela união estável seria uma violação ao princípio da proporcionalidade; c) violação ao princípio do retrocesso.

Neste mesmo sentido, doutrinadores, como Maria Berenice Dias, tem defendido que o atual direito de família tem como seu pilar a afetividade e não exclusivamente à vontade das partes, desta forma, ao diferenciar a união estável do casamento, quanto ao direito sucessório, o legislador estaria deixando os companheiros, unidos afetivamente, legalmente desamparados, desconsiderando os princípios modernos do direito de família.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros.** Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

<sup>33</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual De Direito Das Famílias.** 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 52-54

Como supracitado, tendo em vista que anteriormente ao Código Civil de 2002, quando da vigência das leis nº 8.971/94 e 9.278/96, os direitos sucessórios dos companheiros eram iguais aos dos cônjuges, a desequiparação dos mesmos, “diminuindo” os direitos dos conviventes seria considerado inconstitucional, pois violaria, principalmente, o princípio da vedação ao retrocesso e o princípio da dignidade da pessoa humana.

De outro lado, o voto-vista vencido do Ministro Dias Toffoli, enuncia que o art. 1.790 do CC é sim constitucional, sendo que, caso declarado o contrário, haveria: a) uma excessiva intervenção estatal na vida privada; b) com conseqüente desrespeito à autonomia da vontade e liberdade daqueles que optaram pela união estável; c) o fim do próprio instituto da união estável.

Da mesma forma, doutrinadores como Rodrigo de Cunha Pereira e Mario Luiz Delgado entendem que, de fato, com a igualização dos direitos sucessórios ao companheiro e ao cônjuge, haveria um “casamento forçado”, sendo ainda que o instituto da união estável deveria ser o menos regulamentado possível, considerando somente a afetividade fática, sendo que “quanto mais é regulamentada, para aproximá-la do casamento, mais se afasta de sua ideia original”, nas palavras do primeiro doutrinador.<sup>34</sup>

Com o julgamento do referido recurso especial, deu-se a modulação dos efeitos, sendo o voto do Ministro-Relator Luís Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário 878.694/MG, o seguinte:

[...] a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002, e não aquele estabelecido nas leis revogadas. [...] a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento. **ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>>. Acesso em: 16 ago 2017.

<sup>35</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros. Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

No mais, relevante aduzir que quando do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, não houve qualquer esclarecimento acerca do direito real de habitação do companheiro.

Sendo assim, ainda há dubiez quanto a natureza deste, tendo em vista que, com a promulgação do atual Código Civil, não restou revogado o art. 7 da lei nº 9.278/96, no entanto, incidindo à união estável o art. 1.829 do CC, seria o direito real de habitação reconhecido de forma equipada, por força do art. 1.831 do CC?

Esta quarta “fase”, portanto, trata de forma igualitária, mais uma vez, os cônjuges e companheiros para fins sucessórios, havendo, no entanto, diversas questões a serem discutidas, sendo que, neste próximo capítulo se passará a expor os argumentos acerca do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC.

### 3 ARGUMENTOS ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

O voto do Ministro-Relator Roberto Barroso<sup>36</sup>, que reconheceu, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, declarando o direito da recorrente de participar da herança do companheiro pelo enunciado do art. 1.829 do CC, o qual enuncia os direitos sucessórios do cônjuge, igualando, neste sentido, ambos os institutos.

Os principais argumentos para a equiparação, para fins sucessórios, entre casamento e união estável utilizado pelo ministro foram: a) a ilegitimidade da hierarquização das formas de família; b) violação ao princípio de proteção da pessoa deficiente; c) violação ao princípio do retrocesso; d) violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, equiparou todas as formas de família em seu art. 226. Desta forma, diferenciar os regimes sucessórios, garantindo mais direitos ao cônjuge sobrevivente, e, conseqüentemente, hierarquizando as famílias de acordo com seu grau de formalidade, seria uma afronta direta ao texto constitucional.

Ainda, o desequilíbrio entre a proteção conferida ao cônjuge sobrevivente e ao companheiro, mostra uma patente violação ao princípio da proporcionalidade positiva, o qual decorre diretamente da violação ao princípio da proteção estatal ineficiente.

No mais, com as leis nº 8.971/94 e 9.278/96, os direitos sucessórios dos conviventes e dos cônjuges foram equiparados, desta forma, ao garantir mais direitos a estes, com o advento do CC/2002, houve um claro retrocesso dos direitos daqueles que vivem em união estável, o que constitui clara ofensa ao princípio da proibição do retrocesso<sup>37</sup>.

Cita-se, ainda, que o tratamento inferior conferido àqueles que optaram pela união estável, nada mais é que uma violação ao princípio da dignidade da pessoa

---

<sup>36</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros. Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

<sup>37</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 6: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 92-93.

humana<sup>38</sup>, quanto ao valor intrínseco da dignidade de todos os seres humanos, os quais, por possuírem o mesmo valor, devem ser tratados de forma igualitária.

### 3.1 A ILEGITIMIDADE DA HIERARQUIZAÇÃO DAS FORMAS DE FAMÍLIA

#### 3.1.1 Pluralismo das Entidades Familiares

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, apenas era considerado como forma legítima de constituição de família aquela advinda do casamento.

Importante ressaltar que antes de 1977, com a Emenda Constitucional nº 9 e a lei nº 6.515/77, não havia previsão legal para a dissolução do matrimônio. Conseqüentemente, aqueles que, antes da legislação supra, viessem a se separar faticamente e constituíssem nova família, o fariam, necessariamente, sem as formalidades do matrimônio, sem qualquer amparo legal.

No entanto, em 1988, com o advento da Carta Magna, restou cristalino a intenção do legislador em proporcionar maior proteção às inúmeras formas de família existentes no contexto brasileiro, protegendo não somente aquelas constituídas através do vínculo biológico, mas também pelo afetivo,<sup>39</sup> havendo uma significativa extensão do rol de famílias.

Assim, com advento no art. 226 da CF/88, o legislador passou a garantir proteção e reconhecimento das entidades familiares constituídas pela união estável, em seu § 3º<sup>40</sup>, enquanto que o § 4º<sup>41</sup> passa a reconhecer expressamente as entidades familiares formadas por apenas um dos pais com seus descendentes, também denominada de família monoparental.

---

<sup>38</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 6: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79-83.

<sup>39</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70-73.

<sup>40</sup> 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. (BRASIL, 1988)

<sup>41</sup> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988)

Ressalta-se, ainda, que ambas as entidades supracitadas “são meramente exemplificativas, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa”<sup>42</sup>.

Cita-se, ainda, o seguinte trecho da obra de Maria Berenice Dias:

O **pluralismo das relações familiares** (...) ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento (...). A mudança na sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da **conjugalidade**, quer da **parentalidade**.<sup>43</sup>

Nesse mesmo sentido, ressalta-se que, com a instituição da CF/88, originou-se o princípio do pluralismo das entidades familiares, o qual nada mais é que o “reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares”.<sup>44</sup>

Importante comentar que a atual Constituição Federal, acompanhando a doutrina e a jurisprudência, vem valorizando a afetividade, garantindo às famílias unidas por este vínculo, a devida proteção legal.

No entanto, apesar da explícita redação do artigo 226, não mais se fala unicamente na união entre homem e mulher, sendo amplamente aceita a união homoafetiva, conforme jurisprudência do STF<sup>45</sup>, havendo, conseqüentemente, o devido acobertamento destes sob o manto da juridicidade.

Neste mesmo sentido, destaca-se o conceito genérico de família trazido pelos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolpho Pamplona Filho, a qual considera como “um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionado a permitir a realização plena dos seus integrantes”<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual De Direito Das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 40.

<sup>43</sup> Ibidem. p. 41.

<sup>44</sup> Ibidem. p. 70.

<sup>45</sup> STF, ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, julgamento em: 05/05/2011.

<sup>46</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 6: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45.

Assim, cristalino que a Carta Magna, não apenas admite diversos tipos de entidades familiares, como também garante a estas ampla proteção legal, não mais admitindo o engessamento da família ao matrimônio.

### 3.1.2 Vedação À Hierarquização das Entidades Familiares

Em consonância com o citado no tópico 3.1.1, verifica-se, que não mais há “punição” àqueles que optaram pela informalidade, visto que a legislação, tanto a constitucional (art. 226, § 3º da CF), quanto a civilista (arts. 1.723 a 1.726 do CC), não mais exclui os companheiros da proteção estatal, reconhecendo-os e garantindo-lhes direitos.

Há, inclusive, o direito a facilitação da conversão da união estável em casamento, conforme § 3º do artigo 226 da CF/88.

Ao estabelecer a facilitação da conversão de um instituo para outro, há clara diferenciação entre estes. No entanto, em momento algum fala-se em hierarquização ou entidade familiar mais relevante, merecedora de mais ou menos amparo legal.

Cita-se, ainda, os arts. 205, 227 e 230 da CF, os quais enunciam, respectivamente, que é a educação é direito e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada por toda sociedade<sup>47</sup>; é dever da sociedade, do Estado e da família assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem todos os direitos fundamentais assegurados no art. 5º da CF/88<sup>48</sup>; da mesma forma, devem assegurar o bem-estar e sobrevivência digna aos idosos<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988)

<sup>48</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

<sup>49</sup> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (BRASIL, 1988)

Os referidos artigos enunciam os deveres e direitos da família, entre os quais se salientam, principalmente, assegurar aos seus membros um desenvolvimento seguro, digno e balanceado.

Novamente, não há, em momento algum, distinção entre quais entidades familiares devem ou não cumprir tais deveres, assim sendo, todo e qualquer tipo de núcleo familiar que venha a ser estabelecido deverá promover e assegurar a igualdade entre seus membros, sejam os descendentes advindos do matrimônio ou de relações informais, bem como entre cônjuges e companheiros.<sup>50</sup>

O Ministro Roberto Barroso traz, tanto em seu voto<sup>51</sup>, quanto em livro próprio<sup>52</sup>, “quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica – o gramatical, o teleológico, o histórico e o semântico” para auxiliar na análise da vedação à hierarquização das formas de família.

A interpretação gramatical é meramente literal, analisando somente as palavras e seus referidos significados. Neste sentido, não há texto na Constituição que enuncie acerca da importância de uma entidade familiar sobre outra, mas somente estabelece que a família é base da sociedade e merece especial proteção do Estado<sup>53</sup>.

Já a interpretação teleológica, por sua vez, tem função de concretizar a norma jurídica ao mundo dos fatos. É possível, portanto, abstrair do art. 226 da CF a intenção do legislador de proteger todos os membros da família, sem distinção, garantindo-lhes uma vida digna.

Por terceiro, a interpretação histórica, como o próprio nome sugere “busca sentido na lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios”<sup>54</sup>. Desta forma, ao analisar o processo legislativo<sup>55</sup>, nota-se a intenção de ampliar a proteção estatal das famílias, igualando-as e garantindo a todas os mesmos direitos.

---

<sup>50</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros.** Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora.** 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 128.

<sup>53</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 1988)

<sup>54</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 136.

<sup>55</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados. **O Processo Constituinte da Constituição Brasileira.** Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidadada/o-processo-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidadada/o-processo-constituente)>. Acesso em: 12 fev 2018.

Por último, a “interpretação sistemática situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo conexão própria com outras normas, de modo a evitar contradições e antinomias”<sup>56</sup>.

Nesse sentido, ao analisar o art. 226 da CF, juntamente com seus parágrafos, em especial o 3º<sup>57</sup>, nota-se a preocupação do legislador em garantir facilidade na conversão da união estável em casamento. Desta forma, cristalina a intenção de efetivamente distinguir ambos os institutos, não havendo, no entanto, hierarquia entre as formas de família e, tampouco, seus membros.

Desta forma, com base nos diferentes elementos de interpretação jurídicas supracitadas, tem-se que as distinções entre as formas de família só são constitucionais quando não promoverem a hierarquização entre um e outro.

Por exemplo, quando diferenciarem as formas de comprovação da entidade familiar, não há o que se falar em inconstitucionalidade, visto que, enquanto nos casamentos existem várias formalidades a serem cumpridas, os mesmos não estão presentes nas uniões fáticas, sendo “injusto” estabelecer os mesmos requisitos para ambos.

Trata-se, ainda, a hierarquização das formas de família, uma violação ao princípio da igualdade. O referido princípio, salienta-se, possui três situações mais comuns no direito de família, quais sejam: entre cônjuges, filhos e entidades familiares.

A primeira trata da igualdade de gênero entre os cônjuges, conforme § 5º, do art. 226 da CF/88<sup>58</sup>, a segunda diz respeito a igualdade entre os filhos, sejam eles havidos do casamento ou não, bem como pela adoção, com fulcro no § 6º, do art. 227 da CF/88<sup>59</sup>, por fim, a terceira, constante no *caput* do art. 226 da CF/88<sup>60</sup>, o qual

---

<sup>56</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros.** Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

<sup>57</sup> Art. 226, § 3º da CF. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988)

<sup>58</sup> Art. 226, § 5º da CF. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 1988)

<sup>59</sup> Art. 227, § 6º da CF. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

<sup>60</sup> Art. 226 da CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 1988)

garante tutela e proteção a todas as entidades familiares, em concordância com o que se expôs neste subtítulo.

Sobre o assunto, cita-se Paulo Lobo:

Não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais, nem exigir da união estável as mesmas características do casamento, dada a natureza de livre constituição primeira.<sup>61</sup>

Desta forma, em sendo o artigo 226 da CF, bem como todos os parágrafos aqui citados, cláusula geral de inclusão de fato, sem exclusão de qualquer das entidades familiares existentes, entende-se que, toda e cada forma de família deverá ser respeitada, não podendo haver diferenciação que venham hierarquizar seus tipos, sendo que, ao distanciar os regimes referentes ao direito sucessório, o legislador incorreu em grave inconstitucionalidade.

### 3.2 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não há na legislação uma definição específica da dignidade da pessoa humana.

No entanto, os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, trazem a seguinte definição para a dignidade:

A noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis a sua realização pessoal e à busca da felicidade.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65-68.

<sup>62</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 6: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 80.

Neste mesmo sentido, destaca-se, também, os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>63</sup>, que enuncia que a dignidade possui um caráter dúplice, de um lado a autonomia humana, tal como mencionado supra, e de outro a necessidade da sua proteção, o qual deve ser exercida, principalmente, pelo Estado.

Portanto, ao Estado não basta unicamente garantir a sobrevivência de seus cidadãos, mas sim garantir a proteção da dignidade existente, bem como proporcionar condições a plena efetivação desta.

Cita-se, ainda, os ensinamentos do Ministro Luís Roberto Barroso:

A dignidade da pessoa humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). (...) A dignidade como valor intrínseco postula que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. (...) Já a dignidade como autonomia garante a todos os indivíduos a possibilidade de buscarem, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e ter uma vida boa.<sup>64</sup>

Seguindo esta lógica, nota-se que o art. 1.790 do CC, fere a dignidade da pessoa humana como valor intrínseco, uma vez que garante regimes sucessórios distintos aos cônjuges e companheiros, simplesmente pela opção na forma de constituição de família, não considerando que aos indivíduos de ambos os institutos deveria se atribuir o mesmo valor e tratamento.

No mais, quanto a autonomia de cada indivíduo, tem-se que, ao desigualar os regimes o legislador não estaria dando opção quanto formas de constituição de família, mas sim fazendo com que o indivíduo opte quanto aos regimes sucessórios de um ou outro instituto, o que constitui uma clara violação a autonomia do indivíduo.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível. In: \_\_\_\_\_, org. **Dimensões da Dignidade: Ensaio De Filosofia Do Direito E Direito Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. cap. 1. p. 30-33.

<sup>64</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros**. Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

<sup>65</sup> Idem.

A dignidade da pessoa humana, ainda, é tratada expressamente pela Magna Carta, quanto à ordem econômica, em seu art. 170, *caput*<sup>66</sup>, bem como quanto à ordem social, nos arts. 226, § 7º<sup>67</sup>, 227, *caput*, e art. 230<sup>68</sup>. Elevada a princípio no artigo 1, III, da Constituição Federal<sup>69</sup>, a dignidade da pessoa humana é o “valor-fonte de todos os demais valores jurídicos”<sup>70</sup>, devendo ser o fim máximo buscado pelo legislador.

Desta forma, em se tratando o princípio da dignidade da pessoa humana de um “macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade”<sup>71</sup>, tem-se que, em havendo violação a qualquer um dos princípios supracitados, há um descumprimento do objetivo máximo do Estado.

### 3.2.1 Princípio da Liberdade

Conforme citado por Béatrice Maurer <sup>72</sup>, “a dignidade não pode ser compreendida sem a liberdade, nem a liberdade sem a dignidade (...) associadas e inseparáveis, elas não podem, todavia, ser confundidas”.

---

<sup>66</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. (BRASIL, 1988)

<sup>67</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988)

<sup>68</sup> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (BRASIL, 1988)

<sup>69</sup> 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; (BRASIL, 1988)

<sup>70</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131.

<sup>71</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual De Direito Das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 65.

<sup>72</sup> MAURER, BÉATRICE. Notas Sobre o Respeito da Dignidade da Pessoa Humana... Ou Pequena Fuga Incompleta em Torno de um Tema Central. In: SARLET, Ingo Wolfgang, org. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. cap. 4. p. 132-136.

Desta forma, além de violar o princípio da igualdade, como já citado no tópico 3.1.2, ao diferenciar os regimes sucessórios de cônjuges e companheiros, os legisladores também violaram o princípio da liberdade, o qual é consequência direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

O doutrinador Paulo Lôbo traz um esclarecedor conceito do princípio da liberdade, cita-se:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador<sup>73</sup>.

Aqui, apesar do referido princípio também fazer menção a igualdade de sexos, refere-se a liberdade para constituir o tipo de família que melhor se adequa ou convenha.

Como já supracitado, anteriormente à CF/88, não havia liberdade para a constituição de família, sendo limitada pelo matrimônio.

Da mesma forma, ao diferenciar os direitos sucessórios de cônjuges e companheiros, não se permite a liberdade de escolha de constituição da família, uma vez que se impõem, àqueles que entendem ser mais adequado o regime adotado pelo artigo 1.829 do Código Civil, as formalidades do casamento, não podendo optar pela união estável.

### 3.3 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

O princípio da vedação da proteção insuficiente vem como um norte e um freio para as ações estatais, tendo em vista que ao mesmo tempo que veda a inércia do Estado frente ao cidadão, impõe àquele a obrigação de garantir à coletividade todos os seus direitos, de maneira proporcional, garantindo uma vida e desenvolvimento dignos.

Neste mesmo sentido, importante citar o seguinte trecho da obra de Maria Berenice Dias:

---

<sup>73</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma obrigação positiva à sua satisfação. Há também uma obrigação negativa de não se abster de atuar de modo a assegurar a sua realização. O legislador infraconstitucional precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. Do mesmo modo, todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo Judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional.<sup>74</sup>

A proporcionalidade, elaborada com mais profundidade no tópico 3.3.1, portanto, é um princípio que decorre diretamente do princípio da vedação da proteção estatal insuficiente.

Desta forma, ressalta-se, que, ao presente caso, não se busca a igualdade do casamento e da união estável, mas sim um tratamento proporcionalmente razoável entre ambos os institutos, fato que não vinha sendo proporcionado pela atual legislação.

Ressalta-se, ainda, o princípio da máxima efetividade dos direitos humanos, reconhecido no art. 5º, § 1º, da CF<sup>75</sup>. O referido princípio visa a proteção de duas dimensões dos direitos humanos, quais sejam impedir a revogação dos mesmos, além de proibir a edição de “legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor”.<sup>76</sup>

Ao conferir aos companheiros tratamento inferior, quanto aos direitos sucessórios, do que aquele garantido aos cônjuges, diz-se que o estado está se desincumbindo de proteger de forma adequada seus cidadãos, havendo, portanto, uma violação ao princípio da proibição da proteção insuficiente<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual De Direito Das Famílias. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 58-59.

<sup>75</sup> Art. 5º, § 1º da CF. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988)

<sup>76</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros.** Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

<sup>77</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 227.

### 3.3.1 Princípio da Proporcionalidade

Como já supracitado, o princípio da vedação da proteção estatal insuficiente, tem ligação direta com o princípio da proporcionalidade, o qual possui três critérios diferentes, que definem a proporção da atuação estatal, visando a proteção da dignidade da pessoa humana, são eles: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito<sup>78</sup>.

A adequação diz respeito ao meio utilizado para a aplicação da finalidade normativa, indagando se aquele efetivamente leva ao cumprimento deste. Já a necessidade busca contrabalancear dois meios, igualmente disponíveis e adequados, a fim de “escolher” o menos lesivo<sup>79</sup>. Enquanto que, a proporcionalidade em sentido estrito visa a comparação entre a restrição de direitos e o fim normativo em si.

Desta forma, ao diferenciar os regimes sucessórios dos casamentos e das uniões estáveis, há uma violação aos critérios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Primeiramente, diz-se que o artigo 1.790 do CC não é necessário, visto que o legislador já estabeleceu um regime sucessório mais completo e adequado, qual seja o estabelecido no art. 1829 do CC, sendo que este deveria ser aplicado tanto aos cônjuges quanto aos companheiros sobreviventes.

Ainda, ao diferenciar os direitos sucessórios, há uma cristalina violação a proporcionalidade em sentido estrito, já que os direitos conferidos aos companheiros na medida normativa são insuficientes para uma proteção plena do sobrevivente, neste sentido, cita-se o voto do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>80</sup>:

(...) a violação à proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é bastante evidente. (...) A depender das circunstâncias, tal regime jurídico sucessório pode privar os companheiros supérstite dos recursos necessários para seguir com sua vida de forma digna. Porém, a deficiência da atuação

---

<sup>78</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173-180.

<sup>79</sup> GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A Proibição de Proteção Deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 61. p. 93-111, mai./out. 2008.

<sup>80</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros**. Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

estatal em favor da dignidade humana dos companheiros não é justificada pela tutela de nenhum outro interesse constitucional contraposto.

Com base no que se expôs, tem-se que o legislador, quando redigiu o art. 1.790 do CC, enunciando os direitos sucessórios do companheiro, violou os critérios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, do princípio da proporcionalidade, havendo, conseqüentemente, uma proteção estatal insuficiente.

### 3.4 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Ainda que não comumente aplicado ao direito de família, de supra importância o princípio da vedação ao retrocesso para a argumentação da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC.

Apesar de não estar expresso na Magna Carta, o princípio da vedação ao retrocesso decorre da interpretação dos seguintes artigos<sup>81</sup>: 1º, caput<sup>82</sup>, o qual enuncia acerca do estado democrático de direito; art. 3º, II<sup>83</sup>, desenvolvimento nacional; art. 5, § 1º<sup>84</sup>, máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais; art. 5, XXXVI<sup>85</sup>, princípio da segurança jurídica; e art. 1º. III princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, cita-se o seguinte trecho da obra do ministro Luís Roberto Barroso:

Apesar da vedação ao retrocesso não estar explicitada na Carta Magna pátria, apresenta plena aplicabilidade, visto que, a partir da leitura axiológica do sistema jurídico-constitucional, deve-se entender que, se uma lei, ao

<sup>81</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159.

<sup>82</sup> 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. (BRASIL, 1988)

<sup>83</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional;

<sup>84</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988)

<sup>85</sup> Art. 5, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (BRASIL, 1988)

regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, este se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.<sup>86</sup>

Desta forma, tal como já citado no capítulo 2.2 deste trabalho, após a promulgação da CF/88 e o reconhecimento da união estável como entidade familiar, tem-se que as leis nº 8.971/94 e 9.278/96 garantiram aos companheiros os mesmos direitos sucessórios garantidos ao cônjuge sobrevivente.

Conseqüentemente, com o advento do Código Civil em 2002, ao conferir menos direitos àqueles que optaram por não se sujeitar as formalidades do casamento, pode se dizer que houve um retrocesso dos direitos, fato proibido pelo princípio da vedação ao retrocesso.

O princípio da vedação ao retrocesso, portanto, vem para limitar e guiar os legisladores, vez que proíbe tanto a extinção completa de direitos já adquiridos, como também veda qualquer “legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária e desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor”<sup>87</sup>.

Insta salientar que, a jurisprudência<sup>88</sup> entende que o direito de habitação do companheiro sobrevivente, o qual havia sido garantido pela lei nº 9.278/96, em seu art. 7º, parágrafo único<sup>89</sup>, apesar de inexistente na legislação civil, deve ser concedida nos mesmos moldes do cônjuge sobrevivente, conforme enunciado no art. 1.831 do CC/02<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 157.

<sup>87</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros**. Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

<sup>88</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Das Sucessões E Das Coisas. Vigência Do Código Civil De 2002. Companheira Sobrevivente. Manutenção De Posse. Possibilidade De Arguição Do Direito Real De Habitação**. Art. 1.831 do código civil de 2002. Recurso Especial 1203144/RS. Recorrente: JALP. Recorrido: SLP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?Valor=201001278654>. Acesso em: 14 ago 2017.

<sup>89</sup> Art. 7º da Lei nº 9.278/96. Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. (BRASIL, 1996)

<sup>90</sup> Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Isto porque, além da diferenciação inconstitucional das entidades familiares, já discutida no capítulo 3.1.2, haveria um retrocesso dos direitos concedidos àqueles que optaram pela união estável, o que é vedado pela Carta Magna.

Assim, tal como ocorre com o direito de habitação, diz-se que as demais normas referentes aos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente existentes no atual Código Civil, mais precisamente o art. 1.790, violam expressamente o princípio da vedação ao retrocesso, vez que reduzem de forma desproporcional diversos direitos anteriormente garantidos a estes pelas leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996.

### 3.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os argumentos acerca da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC encontram respaldo, principalmente, nos princípios da dignidade da pessoa humana, vedação da proteção insuficiente e vedação ao retrocesso, bem como os princípios que desses irradiam, além da especial proteção à família garantida pela Constituição Federal, a qual veda a hierarquização das formas de família e visa assegurar a pluralidade das entidades familiares.

Apesar das justificativas supra, argumenta-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo judiciário seria, além de uma excessiva intervenção estatal na vida privada, um desrespeito à separação dos poderes. Ainda, seria uma violação à autonomia do indivíduo, que não poderia optar por um instituto mais informal, fato que, inclusive, incorreria no fim da própria união estável.

Estes e outros argumentos serão apresentados de forma mais aprofundada no capítulo a seguir.

#### 4 FUNDAMENTOS PARA A MANUTENÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Contrapondo o voto do Ministro Luis Roberto Barroso, o qual foi acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Melo e Cármen Lúcia, o voto-vista do ministro Dias Toffoli negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 878.694/MG.

Entende o ministro ser constitucional o art. 1.790 do CC/02, sendo que os principais argumentos para tanto são: a) reconhecer que a inconstitucionalidade do referido artigo acarretaria em uma intervenção estatal excessiva na vida privada; b) da mesma forma, seria uma violação aos princípios da autonomia da vontade e da liberdade; c) a inexistência da hierarquização dos institutos; d) garantir os mesmos direitos sucessórios do casamento à união estável colocaria em risco a própria existência deste instituto.

Não há, para a intervenção estatal na vida privada, um limite propriamente dito. Desta forma, para compreender melhor acerca da atual intervenção excessiva deste, necessário entender as diversas fases históricas do Estado, bem como a função deste na garantia dos direitos dos cidadãos.

Ressalta-se, ainda, que ao julgar procedente o recurso supra e garantir aos companheiros os mesmos direitos enunciados no art. 1.829 do CC, temos que o Judiciário estaria extrapolando seus poderes, ultrapassando as vontades do Legislativo.

Outrossim, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, o estado estaria violando o princípio da autonomia da vontade dos companheiros, que já optaram pelo regime anterior e terão que submeter ao novo, bem como infringe o princípio da liberdade, ao cercear as escolhas daqueles que preferem adotar um relacionamento menos formal.<sup>91</sup>

A violação aos princípios supra não diz respeito somente aos companheiros que tiveram sua liberdade de escolha transgredida, mas também àqueles que já

---

<sup>91</sup> SIMÃO, José Fernando. Então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (Parte 2). ConJur. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em: 18 ago 2017.

faleceram e terão sua autodeterminação suprida de forma genérica, com a presunção da aceitação do novo regime sucessório imposto.

No mais, em se tratando de institutos distintos, é natural que hajam deveres e direitos diferentes tanto ao casamento quanto a união estável. Desta forma, os direitos sucessórios, em concordância com o princípio da isonomia, respeitam as distinções de ambos os institutos, tratando-os de forma diferente nas medidas de suas diferenças.

Para finalizar este capítulo, tem-se que ao uniformizar os regimes sucessórios de ambos, tem-se que o Estado estaria colocando um fim ao próprio instituto da união estável.

Isto porque, com a declaração da inconstitucionalidade dos direitos sucessórios atuais, as uniões estáveis herdariam diversas das regras impostas somente ao matrimônio, ou seja, cada vez mais se afastariam do relacionamento fático e que, conseqüentemente, não detém tantas formalidades, ficando mais próxima do casamento.

#### 4.1 A INTERVENÇÃO ESTATAL NA VIDA PRIVADA

Para melhor entender a relevância do princípio da mínima intervenção estatal, de suma importância sintetizar as fases históricas do Estado<sup>92</sup>, quais sejam: absolutista, liberal e social.

Em síntese, no estado absolutista, regime predominante na Europa no século XVI, há um monarca, que concentra todos os poderes, sendo que por ele e a partir dele criam-se as leis.

Assim, por atender somente ao soberano, o Estado intervinha fortemente na vida privada dos cidadãos.

Após, opondo-se completamente ao absolutismo, veio o liberalismo, com as revoluções burguesas, defendendo a intervenção estatal mínima<sup>93</sup>, buscando,

---

<sup>92</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Norteadores do Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p 180.

<sup>93</sup> BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 177.

principalmente, a liberdade econômica, a igualdade de todos perante a lei e a defesa da propriedade privada.

Por fim, o Estado Social busca o equilíbrio entre os regimes políticos anteriores. Há intervenção estatal, porém se dá de maneira mais branda, visando a garantia dos chamados direitos fundamentais sociais a todos os cidadãos, quais sejam: condições mínimas nas áreas da saúde, educação, segurança etc.

O direito de família foi diretamente afetado por tais mudanças. Em um primeiro momento houve a defesa das famílias patriarcais, na qual a mulher e os filhos eram considerados “propriedades” do patriarca<sup>94</sup>.

Sobre este, cita-se o seguinte trecho da obra de Paulo Lobo:

O direito de família era extremamente rígido e estático, não admitindo o exercício da liberdade de seus membros, que contrariasse o exclusivo modelo matrimonial e patriarcal. A mulher casada era juridicamente dependente do marido e os filhos submetidos ao poder paterno. Não havia liberdade para dissolver o matrimônio, quando as circunstâncias existenciais tornavam insuportável a vida em comum do casal. Não havia liberdade de constituir estado de filiação fora do matrimônio, estendendo-se as consequências punitivas aos filhos.<sup>95</sup>

Em um segundo momento, passou-se a valorizar o indivíduo, não mais o objeto “família”. Assim, prioriza-se a dignidade dos indivíduos, além de garantir a intimidade de cada um. De tal forma, o estado passa a não mais interferir tão diretamente na vida dos cidadãos, passando do chamado estado-opressor para o estado-provedor-assistencialista.

Assim sendo, atualmente, o estado assume uma função de garantir às famílias a devida proteção de seus membros, assegurando um desenvolvimento digno e pleno, bem como certificando todos os direitos e garantias contidos no art. 5º da CF, não admitindo as intervenções prévias, tanto quanto a forma de constituição quanto a de dissolução.

Ressalta-se que a referida função estatal é reforçada pelo art. 226 da CF<sup>96</sup>, ao enunciar que é dever do estado a proteção da família, bem como ao expandir, de

---

<sup>94</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Norteadores do Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p 181.

<sup>95</sup> LÓBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.

<sup>96</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 1988)

forma exemplificativa, o rol de entidades familiares que passaram a ser juridicamente protegidas pela atual Magna Carta.

Ainda, insta salientar que, apesar das considerações supra, não há na legislação nenhuma delimitação explícita do limite entre a vida privada e o controle estatal.

Neste sentido, o doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira enuncia de forma clara a dificuldade de se demarcar tais limites:

O desafio fundamental para a família e das normas que a disciplinam é conseguir conciliar o direito à autonomia e à liberdade de escolha com os interesses de ordem pública, que se consubstancia na atuação do Estado como protetor. Essa conciliação deve ser feita por meio de uma hermenêutica comprometida com os princípios fundamentais do Direito de Família, especialmente o da autonomia privada, desconsiderando tudo aquilo que opõe o sujeito em posição de indignidade e o assujeite ao objeto da relação ou ao gozo de outrem sem seu consentimento.<sup>97</sup>

Quanto a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, diz que o seu reconhecimento extrapolaria os limites do controle estatal, visto que estaria diretamente violando os princípios da autonomia da vontade e da liberdade, os quais serão estudados mais profundamente nos tópicos seguintes.

#### 4.1.1 A Intervenção do Poder Judiciário

Apesar de não se tratar de um argumento acerca do mérito da constitucionalidade ou não do artigo 1.790 do CC/02, importante considerar que ao declarar a inconstitucionalidade do mesmo e, conseqüentemente, aplicar o regime sucessório adotado nos casamentos às uniões estáveis, o judiciário estaria extrapolando a separação dos poderes, invadindo indiscriminadamente as competências do legislativo.

Portanto, ainda que eventualmente haja uma mudança de fato que venha justificar a referida mudança, há a necessidade de respeitar a separação de poderes,

---

<sup>97</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Norteadores do Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 194.

enunciada no art. 2º da CF<sup>98</sup>, devendo o judiciário limitar-se as suas competências, permitindo ao legislativo exercer as suas.

## 4.2 VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE

Como dito no tópico 4.1, ao impor aos companheiros sobreviventes os direitos sucessórios semelhantes ao do casamento, há uma clara violação à autonomia da vontade daqueles que optaram pela união estável.

Sobre o princípio da autonomia da vontade, cita-se o conceito apresentado por Daniel Sarmiento:

A concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes para a comunidade<sup>99</sup>.

Resta cristalino, portanto, que garantir às pessoas a liberdade para escolher o regime que mais se adequa às suas necessidades e vontades não pode ser considerado inconstitucional. Assim sendo, trata-se a privação das alternativas de constituição de família, de crassa violação à autonomia da liberdade dos cidadãos.

### 4.2.1 Princípio da Liberdade

Consequência direta do princípio da autonomia da vontade, aqui, o princípio da liberdade fora utilizado sob perspectiva distinto da apresentada pelo ministro Luis Roberto Barroso, explicitada no tópico 2.2.1.

Enquanto que quando utilizado para justificar a inconstitucionalidade da diferenciação dos regimes, utiliza-se o argumento que ao engessar os direitos

---

<sup>98</sup> Art. 2º da CF. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988)

<sup>99</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 188.

sucessórios, limitar-se-iam as opções de escolha de entidade familiar, contrapõe-se fundamentando justamente o inverso.

Portanto, ao reconhecer a igualdade dos regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, diz-se que aqueles que optaram pela união estável e, conseqüentemente, escolhendo por constituir suas famílias sem as formalidades do matrimônio, o fizeram aceitando todos os seus deveres e direitos, sem exceção.

Assim, ressalta-se que, com exceção das formalidades à sua constituição, comprovação e extinção<sup>100</sup>, pode se dizer que, sem a distinção dos regimes sucessórios, atribuem-se às uniões estáveis e aos casamentos os mesmos direitos e deveres<sup>101</sup>.

Nesse mesmo sentido, cita-se o seguinte trecho do artigo do doutrinador Mário Luiz Delgado:

(...) uma manifestação do STF, reconhecendo o igualitarismo sucessório das entidades familiares, represente a aniquilação da liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente porque não pretenderam se submeter ao regime formal do casamento (...) alterando a sua natureza jurídica, transformando-o em outro tipo de relacionamento que não foi o desejado pelas partes.<sup>102</sup>

Desta forma, o cerceamento da liberdade se daria pela impossibilidade de se optar por um regime sucessório mais brando, assim, mesmo aqueles que optaram por manter um relacionamento informal, terão, para si, impostas todas as obrigações do matrimônio.

Tal como se passará a explicitar no último tópico do presente capítulo (4.4), ao limitar a liberdade de escolha quanto ao regime sucessório, incorrer-se-ia na extinção do próprio instituto da união estável.

Insta salientar que, antes de declarar inconstitucional o art. 1.790 do CC, o que se limitava aos companheiros era a única e simplesmente a sua participação no rol de

---

<sup>100</sup> SIMÃO, José Fernando. Então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (Parte 2). *ConJur*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em: 18 ago 2017.

<sup>101</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF Acabou Com A Liberdade De Não Casar Ao Igualar União Estável A Casamento. *ConJur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>>. Acesso em: 18 ago 2017.

<sup>102</sup> DELGADO, Mario Luiz. Não Cabe ao Juridicário Conferir à Relação Informal os Efeitos da Sociedade Conjugal. *ConJur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-07/processo-familiar-nao-cabe-judiciario-dar-relacao-informal-efeitos-casamento>. Acesso em: 18 ago 2017.

herdeiros necessários, sendo que, ainda era possível dispor de seus bens com a realização de um testamento.

Neste sentido, cita-se o voto vencido do Ministro-Relator Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº 646.721/RS:

É temerário igualizar os regimes familiares, a repercutir nas reações sociais, desconsiderando por completo, o ato de vontade direcionado à constituição de específica entidade familiar que a Carta da República prevê distinta, inconfundível com o casamento, e, portanto, a própria autonomia dos indivíduos de como melhor conduzir a vida a dois. A fortalecer a autonomia na manifestação da vontade, tem-se o instituto do testamento. Existindo herdeiros necessários, é possível testar 50% do patrimônio. Não havendo, embora presente pessoa que inicialmente herdaria, pode-se dispor, em vida, de 100% do patrimônio. Em síntese, nada impede venham os companheiros a prover benefícios maiores do que os assegurados em Lei, para o caso do falecimento.<sup>103</sup>

Isto posto, resta cristalino que se trata a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC de violação ao princípio da liberdade, vez que impõem aos companheiros, todos direitos e deveres do casamento.

#### 4.2.1.1 Da Autonomia da Vontade do *de Cujus*

Ressalta-se, ainda, que mais temerário que o cerceamento da liberdade daqueles que optaram pela união estável, tem-se a liberdade de escolha daquele que já faleceu.

Trata este tópico, somente daqueles que vieram a óbito anteriormente à declaração da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, sendo que aos demais, tem-se a violação da liberdade, mas apenas nos termos do tópico anterior (4.2.1).

---

<sup>103</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional e Civil. Repercussão geral. Aplicação do Artigo 1.790 do Código Civil à Sucessão em União Homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Recurso Extraordinário 646.721/RS. Recorrente: SMSS. Recorrido: GQ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 ago 2017.

Como se passará a expor, no capítulo 4, o Recurso Extraordinário 878.694/MG modulou os efeitos da sua decisão, abrangendo, desta forma todos os inventários judiciais, que não tiverem transitado em julgado, bem como os extrajudiciais, nos quais ainda não haja escritura pública.

Desta forma, por não haver na doutrina ou na jurisprudência alteração do regime sucessório *post mortem*, entende-se que o mesmo se daria nos termos da alteração do regime de bens.

Ressalta-se, neste sentido, o que diz a doutrinadora Maria Berenice Dias acerca da alteração do regime de bens:

A ação deve ser proposta por ambos os cônjuges, formando-se um litisconsórcio necessário. (...) É preciso o consenso das partes. Havendo a resistência de um, não pode ser buscada a alteração. Descabe o uso do processo litigioso, não se cogitando de suprimento judicial do consentimento para ser buscada a alteração do regime.<sup>104</sup>

Assim, ao se equiparar as exigências impostas para a alteração do regime de bens às exigências cabíveis para a alteração do regime sucessório, tem-se que o mesmo não poderia ocorrer sem o consenso expresso de ambas as partes.

Consequentemente, ao modular os efeitos da decisão da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, haveria a violação ao art. 1.639, § 2º, do CC<sup>105</sup>, o qual enuncia que o pedido de alteração deve ser motivado por ambos os cônjuges, vez que não há, por óbvio, como se confirmar o desejo do *de cujus* de proceder a alteração pleiteada.

Insta salientar que aqueles que vieram a óbito antes da declaração, sequer sabiam da possibilidade da alteração do regime sucessório, mesmo que este seja imposto aos companheiros, não havendo possibilidade de se falar em consentimento tácito.

Outrossim, na união estável, diferentemente do matrimônio, não é necessário ingressar com demanda nas vias judiciais, sendo necessário apenas uma alteração no contrato de convivência<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual De Direito Das Famílias. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 350

<sup>105</sup> Art. 1.639 do CC, § 2º. É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. (BRASIL, 2002)

<sup>106</sup> DIAS. Op. cit. p.350.

Ressalta-se, no entanto, que da mesma forma que ocorre no caso de alteração de regime de bens do casamento, aqui, estas não poderiam ser operadas de forma unilateral, sendo necessário a concordância de ambos os companheiros para poderem ser devidamente efetivadas.

Portanto, há de se respeitar a liberdade e a autonomia da vontade do falecido que, em vida, optou pelo referido regime de bens e sucessórios impostos pela união estável.

#### 4.3 DA INEXISTÊNCIA DA HIERARQUIZAÇÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES

Como já citado anteriormente, a Constituição Federal em seu artigo 226, § 3º, enuncia que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, portanto, cristalino não se tratarem do mesmo instituto.

Não sendo a mesma coisa, é natural que hajam distinções entre si.

De tal forma, o legislador não buscou garantir um tratamento privilegiado ao cônjuge em face do companheiro, mas apenas garantir que a cada um seja garantido os seus próprios direitos, na sua própria proporção.

Assim, tal como as demais diferenças entre as entidades familiares não debatidas, não podem ser consideradas desproporcionais as distinções sucessórias impostas.

Nesse sentido, cita-se a manifestação do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, em 16 de setembro de 2016, nos autos do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG:

(...) os diversos regimes de bens, bem como os regimes sucessórios respectivos, foram estabelecidos pelo legislador com o escopo de proporcionar aos nubentes e companheiros diversas opções na organização de seus patrimônios, de acordo com seus interesses pessoais. (...) uma interpretação normativa com viés estritamente patrimonial, comparando-se o quantitativo de cada herança em cada regime e, ainda, em cada situação particular, revelaria que em uma situação ou outra este ou aquele regime seria mais adequado ou justo neste ou naquele aspecto. Tal processo levaria

a um nivelamento entre todos os regimes, já que nenhum poderia ser mais favorável ou desfavorável por violar o princípio da isonomia.<sup>107</sup>

Como podemos notar, os diferentes regimes de bens, garantem aos cônjuges sobreviventes diferentes regimes sucessórios.

No entanto, não há no ordenamento jurídico, ou na jurisprudência, a vedação na forma dos regimes de bens, sendo, inclusive, os cônjuges livres para constituir um regime de bens único, da forma que lhes convenham, tal como enuncia o art. 1.639 do CC<sup>108</sup>, diferente dos tradicionais regimes, quais sejam o regime da comunhão parcial de bens, da comunhão universal de bens, da separação total de bens e o da participação final nos aquestos.

Importante salientar que, ainda que não haja vedação na forma do regime, há vedação da escolha livre do regime de bens, sendo imposto o regime da separação de bens, conforme artigo 1.641 do CC<sup>109</sup>, quando as partes se casarem sem observar as causas suspensivas da celebração do casamento<sup>110</sup>; um dos cônjuges tiverem mais de 70 anos<sup>111</sup>; por fim, um dos cônjuges que dependa de suprimento judicial para contrair o matrimônio<sup>112</sup>.

Da mesma forma, tal como já exposto no tópico do princípio da liberdade (4.2.1), poderia o companheiro realizar um testamento, que garantiria ao sobrevivente direitos sucessórios mais vantajosos do que aqueles comumente garantidos aos cônjuges, sendo que tal fato não seria condenável aos olhos da sociedade e, tampouco, vedado pela legislação ou judiciário.

Novamente, cita-se a manifestação do Procurador-Geral da República Roberto Janot Monteiro de Barro:

---

<sup>107</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros.** Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

<sup>108</sup> Art. 1.639 do CC. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. (BRASIL, 2002)

<sup>109</sup> Art. 1.641 do CC. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento (BRASIL, 2002)

<sup>110</sup> Art. 1.641 do CC, I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; (BRASIL, 2002)

<sup>111</sup> Art. 1.641 do CC, II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (BRASIL, 2002)

<sup>112</sup> Art. 1.641 do CC, III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. (BRASIL, 2002)

Salienta-se que a diversidade de regimes (de bens e sucessórios), tem sua legitimidade constitucional na própria diferenciação feita pela Carta Política entre, de um lado, o casamento, e de outro, a união estável. Tanto que, como visto, o constituinte determina à lei facilitar a conversão da união estável em casamento, expondo, ostensivamente, a diferença entre os institutos. (...) demonstrado que a diferenciação feita pelo diploma civil em relação às regras sucessórias para o cônjuge e para o companheiro tem respaldo na assimetria estabelecida pela própria Constituição Federal, bem como compreendido que o tipo de núcleo familiar a ser constituído tem fundamento na autonomia da vontade das partes (...)<sup>113</sup>

Portanto, não há que se falar em diferenciações irrazoáveis, mas sim, tal como enunciou o Procurador-Geral, respeito ao princípio da isonomia, garantindo-se, portanto, direitos diferentes, a institutos diferentes, na medida de sua diferença.

Ainda, se passará a expor no tópico do fim do instituto da união estável (4.4), tem-se que uma das diferenças entre os institutos mora na quantidade de artigos que vem dispor acerca de um ou outro.

Cristalino que o matrimônio passa por um número maior de formalidades, quando comparado à união estável, podendo este ser considerado uma preparação para aquele, até mesmo incompleta, ainda que como uma entidade familiar propriamente constituída<sup>114</sup>.

Assim, resta evidente que quando o legislador optou por não garantir aos companheiros sobrevivente os mesmos direitos dos cônjuges, o fez com vistas às suas diferenciações, buscando reforçar tais distinções, mas sem fazê-lo de forma hierárquica.

#### 4.4 O FIM DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL

Com a declaração da inconstitucionalidade, tem-se que, cada vez mais, vem o Estado aproximando os institutos do casamento e da união estável, extinguindo-se a

---

<sup>113</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros.** Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

<sup>114</sup> PASSOS, Edilenice. Memória Legislativa do Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 71-73. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc\\_v4\\_ed1.pdf](http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf)>. Acesso em: 10 nov 2017.

ideia original deste instituto, que era justamente se afastar das formalidades daquele, reforçando contexto meramente fático do relacionamento.

Sobre o referido assunto, de suma importância citar o doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira:

(...) provoca uma interferência excessiva do Estado na vida privada do cidadão. A partir desse julgamento, acabou a liberdade de não casar. Se estou vivendo com alguém, quero fugir das regras rígidas do casamento, busco uma alternativa a ele para constituir a minha família e quero escolher que a minha herança não vá para a minha companheira, não posso mais escolher outro caminho. Com essa decisão, as uniões estáveis tornaram-se um casamento forçado. Esse é o paradoxo desta importante e bem intencionada decisão. Aliás, a regulamentação da união estável é mesmo paradoxal: quanto mais regulamentada, para aproximá-la do casamento, mais se afasta de sua ideia original, que é exatamente não se submeter a determinadas regras<sup>115</sup>.

Desta forma, apesar da intenção do Legislativo de manter dois institutos diferentes, com características, direitos e deveres também diferentes, tem-se que o Judiciário vem quebrando esta lógica, aproximando cada vez mais as referidas entidades familiares.

Assim, o instituto da união estável, que deveria ser uma forma de constituição de família mais informal,

Portanto, existem diversas distinções entre a união estável e o casamento, sendo algumas consideradas legítimas e outras ilegítimas. São, principalmente, as características consideradas legítimas: a) a diferença na constituição da família; b) a diferença na comprovação; c) diferença na extinção<sup>116</sup>.

Quanto a constituição, temos que, enquanto no casamento é necessário, além do processo de habilitação, realização da cerimônia solene e lavratura no livro de registro<sup>117</sup>, conforme os requisitos enunciados no art. 1.536 do CC<sup>118</sup>, na união estável

---

<sup>115</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF Acabou Com A Liberdade De Não Casar Ao Igualar União Estável A Casamento. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>>. Acesso em: 18 ago 2017.

<sup>116</sup> SIMÃO, José Fernando. Então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (Parte 2). ConJur. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em: 18 ago 2017.

<sup>117</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume 6: Direito de Família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 98-107.

<sup>118</sup> Art. 1.536 do CC. Do casamento, logo depois de celebrado, lavrar-se-á o assento no livro de registro. No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, as testemunhas, e o oficial do registro, serão exarados: I - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges; II - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e

independe de qualquer formalidade, bastando apenas a realidade fática do relacionamento.

Outrossim, em relação a diferença na comprovação, tal como na constituição, não há formalidades e, conseqüentemente, não há documentos que comprovem, efetivamente, a união estável, sendo a situação fática, confirmada por testemunhas ou o depoimento das próprias partes, a maneira para comprovação.

No casamento, a comprovação é mais simples, bastando apenas a certidão de casamento.

Quanto à extinção, tem a união estável sua forma simples, sendo necessário apenas a separação fática do ex-casal. Enquanto isso, no casamento, sua dissolução pode se dar por qualquer das hipóteses enunciadas nos incisos do art. 1.571 do CC, quais sejam da morte de um dos cônjuges<sup>119</sup>; da nulidade ou anulação do casamento<sup>120</sup>; separação judicial<sup>121</sup>; ou pelo divórcio<sup>122</sup>.

No entanto, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, e conseqüente aplicabilidade aos companheiros do art. 1.829 do CC, tem-se que a estes serão aplicáveis aos companheiros todos os ônus e bônus referentes à sucessão legítima, passando a serem reconhecidos como herdeiros necessários.

Portanto, será necessária uma releitura de todo o título II, da sucessão legítima, do Código Civil de 2002, sendo que, onde se lê “cônjuge”, deverá ser interpretado como “cônjuge ou companheiro”<sup>123</sup>.

Conseqüentemente, deverá ser garantido ao companheiro o direito de habitação, com fulcro no art. 1.831 do CC<sup>124</sup>.

---

residência atual dos pais; III - o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior; IV - a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento; V - a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro; VI - o prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas; VII - o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido. (BRASIL, 2002)

<sup>119</sup> Art. 1.571 do CC. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges (BRASIL, 2002)

<sup>120</sup> II - pela nulidade ou anulação do casamento; (BRASIL, 2002)

<sup>121</sup> III - pela separação judicial; (BRASIL, 2002)

<sup>122</sup> IV - pelo divórcio. (BRASIL, 2002)

<sup>123</sup> SIMÃO, José Fernando. Então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (Parte 2). ConJur. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em: 18 ago 2017.

<sup>124</sup> Art. 1.831 do CC. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2002)

Ainda, tal como enunciado no art. 1.829 do CC, o companheiro passará a concorrer com os descendentes e ascendentes na seguinte proporção: a) quanto aos descendentes, caberá ao companheiro quinhão igual àqueles, conforme art. 1.832 do CC<sup>125</sup>; b) quanto aos ascendentes, caberá ao companheiro o equivalente à um terço da herança, quando concorrer com ascendentes de primeiro grau e a metade se houver apenas um ascendente, ou se for de maior grau, com fulcro no art. 1.837 do CC<sup>126</sup>.

De forma análoga, em não havendo descendentes ou ascendentes, passará o companheiro a excluir o parente colateral, art. 1.838 do CC<sup>127</sup>.

Como se pode notar, anteriormente ao julgamento do RE nº 878.694/MG, havia apenas um artigo que resguardava o regime sucessório no relacionamento fático, enquanto que para o matrimônio, o legislador redigiu um título inteiro, constituído de quase trinta artigos.

Ocorre que, ao contrário do que pretende o judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, não se está somente substituindo o referido artigo por outro, mas sim extinguindo o caráter menos formal e baseado na situação fática da união estável, impondo a este diversas regras, aproximando-o, cada vez mais, do casamento.

#### 4.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos argumentos pela manutenção da constitucionalidade do art. 1.790 do CC, apresentados neste capítulo, o STF optou, no julgamento do dia 10 de maio de 2017, por dar provimentos aos Recursos Extraordinários nº 878.694/MG e 646.721/RS, declarando inconstitucional o referido artigo, fixando o regime sucessório

---

<sup>125</sup> Art. 1.832 do CC. 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 com que concorrer. (BRASIL, 2002)

<sup>126</sup> Art. 1.837 do CC. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. (BRASIL, 2002)

<sup>127</sup> Art. 1.838 do CC. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente. (BRASIL, 2002)

imposto no artigo 1.829 do Código Civil, antes exclusivo aos cônjuges, aos companheiros, igualando, neste sentido, os direitos de ambos os institutos.

Desta forma, se passará a expor as consequências práticas dos referidos julgamentos, além de sintetizar os referidos autos.

## 5. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Em 10 de maio de 2017, o STF julgou os Recursos Extraordinários nº 878.694/MG <sup>128</sup> e nº 646.721/RS <sup>129</sup>, fixando, respectivamente, os temas de repercussão geral nº 809<sup>130</sup> e 498<sup>131</sup> do STF, as quais enunciam:

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.

Desta forma, o STF declarou inconstitucional o artigo 1.790 do CC, instituindo a aplicação do regime sucessório estabelecido no artigo 1.829 do CC. Ressalta-se, ainda, que, conforme se passará a expor no tópico 5.2, o referido regime deve ser aplicado, também, às uniões estáveis homoafetivas.

Portanto, se anteriormente ao companheiro só cabia sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, conforme art. 1.790, *caput*, do CC<sup>132</sup>, agora a limitação à herança só se dará quando concorrer com descendentes,

<sup>128</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros.** Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

<sup>129</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional e Civil. Repercussão geral. Aplicação do Artigo 1.790 do Código Civil à Sucessão em União Homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros.** Recurso Extraordinário 646.721/RS. Recorrente: SMSS. Recorrido: GQ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 ago 2017.

<sup>130</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tema nº 809. **Validade De Dispositivos Do Código Civil Que Atribuem Direitos Sucessórios Distintos Ao Cônjuge E Ao Companheiro.** Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809#>>>. Acesso em: 10 nov 2017.

<sup>131</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tema nº 498. **Alcance Do Direito Sucessório Em Face De União Estável Homoafetiva.** Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4100069&numeroProcesso=646721&classeProcesso=RE&numeroTema=498#>>>. Acesso em: 10 nov 2017.

<sup>132</sup> Art. 1.790 do CC. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (BRASIL, 2002)

a depender, ainda, do regime de bens aplicado, com fulcro no inciso I do art. 1.829 do CC<sup>133</sup>.

Já no caso de concorrer com ascendentes, ou outros parentes sucessíveis, anteriormente teria direito a apenas um terço da herança, tal como preceitua o inciso III do art. 1.790 do CC<sup>134</sup>, enquanto que, conforme o art. 1.829 do CC, incisos II e III<sup>135</sup>, terá direito a, respectivamente, metade, quando concorrer com ascendentes e a integralidade da herança, quando concorrer com demais parentes.

Ainda, não mais haverá distinção quando da concorrência com os descendentes, sendo que o art. 1.790, I e II, do CC<sup>136</sup>, enunciava, respectivamente, que, quando concorresse com filhos comuns seria atribuído a companheira sobrevivente quota equivalente às atribuídas aos filhos, já, quando se tratasse de descendentes exclusivos do *de cuius*, somente teria direito a metade do quinhão àqueles fixados.

Caso não houvesse nenhum herdeiro, os bens particulares do de cuius seriam destinados ao poder público, enquanto que, com a incidência do art. 1.829 do CC, não havendo ascendentes ou descendentes, o companheiro herda também os bens particulares<sup>137</sup>.

De suma importância salientar que, tendo em vista a repercussão da referida tese na coletividade, bem como em nome da segurança jurídica, deu-se a modulação dos efeitos do julgamento.

---

<sup>133</sup> Art. 1.829 do CC. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

(...) I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art.1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; (BRASIL, 2002)

<sup>134</sup> Art. 1.790 do CC. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

(...) III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; (BRASIL, 2002)

<sup>135</sup> Art. 1.829 do CC. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

(...) II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

(...) III - ao cônjuge sobrevivente; (BRASIL, 2002)

<sup>136</sup> Art. 1.790 do CC. 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; (BRASIL, 2002)

<sup>137</sup> HIRONAKA, Griselda Maria Fernandes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais? A posição da doutrina e dos tribunais. Revista de Direito Brasileira. São Paulo, v. 18, n. 6, p. 131-149, jan./abr. 2016.

Assim, a tese supracitada será aplicada somente aos autos de partilha, nas quais não houver o trânsito em julgado, bem como a todas as partilhas extrajudiciais nas quais não tenha sido lavrada escritura pública.

## 5.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.964/MG

### 5.1.1 Caso Fático

Utilizado para delinear os capítulos deste trabalho, trata o recurso extraordinário nº 878.964/MG, da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, sendo a síntese fática a seguinte:

(...) a recorrente viva em união estável, em regime de comunhão parcial de bens, há cerca de 9 anos, até que seu companheiro veio a falecer, sem deixar testamento. O falecido não possuía descendentes nem ascendentes, mas apenas três irmãos<sup>138</sup>.

O tribunal de origem, com fundamento no inciso III<sup>139</sup> do art. 1.790 do CC, entendeu que a Recorrente teria direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, uma vez que estaria concorrendo com “outros parentes sucessíveis”, ora irmãos do falecido.

Ressalta-se que, se casados fossem, a recorrente teria direito a integralidade da herança, conforme preceitua o inciso III<sup>140</sup> do art. 1.829 do CC.

---

<sup>138</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros.** Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

<sup>139</sup> Art. 1.790 do CC. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (... ) III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; (BRASIL, 2002)

<sup>140</sup> Art. 1.829 do CC. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (... ) III - ao cônjuge sobrevivente; (BRASIL, 2002)

### 5.1.2 Julgamento

Distribuído por dependência em março de 2015, o recurso extraordinário nº 878.964/MG, teve como relator o Ministro Luís Roberto Barroso, após o pedido de vistas do Ministro Marco Aurélio, uniu-se o julgamento do recurso extraordinário nº 646.721/RS, aprofundado no próximo tópico (5.2).

Com placar de 8 a 3 pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, acompanhando o relator, votaram os Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Celso de Mello, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia, deu-se provimento ao recurso.

Reitera-se, que o voto do Ministro-Relator Roberto Barroso, se deu com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, violação ao princípio do retrocesso, da proporcionalidade e a vedação da proteção insuficiente, além de argumentar acerca da ilegitimidade da hierarquização das entidades familiares, conforme exposto no capítulo 3 deste trabalho.

## 5.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 646.721/RS

### 5.2.1 Caso Fático

Trata o Recurso Extraordinário nº 646.721/RS, da mesma forma que no RE nº 878.976/MG, tratado no tópico anterior (5.1), da distinção, ilegítima, dos direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros, sendo que aqui, diferentemente, trata-se de união homoafetiva. Veja-se:

(...) o recorrente vivia em união estável homoafetiva há 40 anos, até que seu companheiro veio a falecer, sem deixar testamento. O falecido não possuía descendentes, mas sua mãe ainda era viva.<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional e Civil. Repercussão geral. Aplicação do Artigo 1.790 do Código Civil à Sucessão em União Homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros.**

O tribunal de origem entendeu que o companheiro sobrevivente teria direito a apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, visto que, concorria com a ascendente do *de cujus*, conforme art. 1.790, III do CC<sup>142</sup>.

Importante salientar que, se casados fossem, o companheiro sobrevivente teria direito a metade da herança, art. 1.829, II do CC<sup>143</sup>, sendo que, há época do falecimento, as uniões homoafetivas não eram legalmente aceitas.

### 5.2.2 Julgamento

Distribuído em junho de 2011, o recurso extraordinário nº 646.721/RS, teve como relator o Ministro Marco Aurélio.

Primeiramente, o Ministro Relator afirma ser inconstitucional a distinção entre a união estável homoafetiva e a heteroafetiva, mencionando a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132<sup>144</sup>, havendo apenas o questionamento acerca da constitucionalidade, ou não, do art. 1.790 do CC.

Ressalta-se que o relator votou pelo improvimento do Recurso Extraordinário, acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, terminando a votação em 8 a 2, ausente o Ministro Dias Toffoli, sendo a favor do provimento ao recurso os Ministros Luís Roberto Barroso, Carmen Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Teori Zavascki Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Luiz Fux.

Desta forma, por maioria e pelos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que fará a redação do acórdão, deu-se provimento ao recurso, declarando o

---

Recurso Extraordinário 646.721/RS. Recorrente: SMSS. Recorrido: GQ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 ago 2017.

<sup>142</sup> Art. 1.790 do CC. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

(...) III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; (BRASIL, 2002)

<sup>143</sup> Art. 1.829 do CC. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

(...) II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; (BRASIL, 2002)

<sup>144</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **União Homoafetiva e Seu Conhecimento Como Instituto Jurídico**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 nov 2017.

direito do recorrente a concorrer com os ascendentes, no caso, a genitora do de cujus, conforme o inciso II<sup>145</sup> do art. 1.829 do CC, sendo que, caso fosse aplicado o art. 1.790 do CC, teria direito a apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, tal como preceitua o inciso III<sup>146</sup> do referido artigo.

---

<sup>145</sup> Art. 1.829 do CC. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

(...) II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; (BRASIL, 2002)

<sup>146</sup> Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

(...) III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; (BRASIL, 2002)

## 6 CONCLUSÃO

Com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, passar-se-á a aplicar aos companheiros o regime sucessório imposto no art. 1.829 do CC, antes exclusivo aos cônjuges.

Ainda, de suma importância reiterar que, o referido regime, somente deverá ser aplicado às partilhas judiciais nas quais ainda não houver o trânsito em julgado, bem como às partilhas extrajudiciais nas quais ainda não tenha sido lavrada escritura pública<sup>147</sup>.

Ocorre que, o direito sucessório dos companheiros está limitado ao artigo 1.790 do CC, enquanto que a sucessão dos cônjuges é fixada e regradada ao longo do título II<sup>148</sup> do mesmo código.

Aqui, faz-se especial menção aos artigos 1.829, 1.830<sup>149</sup>, 1.831<sup>150</sup> e 1.832<sup>151</sup>, os quais enunciam acerca: da ordem da concorrência sucessória, hipóteses de exclusão do companheiro da sucessão, direito real de habitação e quinhão mínimo, respectivamente.

Sobre este assunto, Maria Berenice Dias enuncia que “o fundamento foi a afronta ao princípio da igualdade, não tem aplicação somente quanto à forma de divisão do patrimônio da morte de um dos parceiros”<sup>152</sup>, devendo se estender,

---

<sup>147</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros.** Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 fev 2018.

<sup>148</sup> TÍTULO II do CC. Da Sucessão Legítima. (BRASIL, 2002)

<sup>149</sup> Art. 1.830 do CC. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. (BRASIL, 2002)

<sup>150</sup> Art. 1.831 do CC. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2002)

<sup>151</sup> Art. 1.832 do CC. 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 com que concorrer. (BRASIL, 2002)

<sup>152</sup> DIAS, Maria Berenice. Supremo Acertou ao Não Diferenciar União Estável de Casamento. **Conjur.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento>>. Acesso em: 12 ago 2017.

portanto, aos companheiros não somente o direito real de habitação, mas também outros direitos e deveres do âmbito do direito de família.

Complementa, ainda, José Fernando Simão <sup>153</sup>, exemplificando que a presunção de paternidade do art. 1.597 do CC, deverá ser aplicada à união estável, desde que, quando do comparecimento ao Registro Civil, a companheira apresente o instrumento, público ou particular, da união estável.

No entanto, em que pese o STF tenha equiparado os regimes sucessórios aplicados a cônjuges e companheiros, ora objeto dos recursos extraordinários nº 878.964/MG e 646.721/RS, em momento algum há menção ao direito real de habitação e, tampouco, às demais diferenciações no âmbito do direito de família, havendo, portanto, muitas questões a serem debatidas.

---

<sup>153</sup> SIMÃO, José Fernando. Então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (Parte 2). ConJur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em: 18 ago 2017.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2009

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **O Processo Constituinte da Constituição Brasileira**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/ConstituicoesBrasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente>>. Acesso em: 12 fev 2018.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Senado Federal, 1891.

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

BRASIL. Decreto nº 119-A de 4 de janeiro de 1980. **Prohíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

BRASIL, Lei nº 8.971/94, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez 1994. Seção 1, p. 21.041. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

BRASIL, Lei nº 9.278/96, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 mai 1996. Seção 1, p. 8.149. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> . Acesso em: 13 ago 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **União Homoafetiva e Seu Reconhecimento Como Instituto Jurídico**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 10 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 12 ago 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Aplicação Do Artigo 1.790 Do Código Civil À Sucessão Em União Homoafetiva. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros**. Recurso Extraordinário 646.721/RS. Recorrente: SMSS. Recorrido: GQ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 ago 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Constitucional E Civil. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade Da Distinção De Regime Sucessório Entre Cônjuges E Companheiros**. Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: MFV. Recorrido: RCP e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de

2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 12 ago 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Direito Das Sucessões E Das Coisas. Vigência Do Código Civil De 2002. Companheira Sobrevivente. Manutenção De Posse. Possibilidade De Arguição Do Direito Real De Habitação. Art. 1.831 Do Código Civil De 2002.** Recurso Especial 1203144/RS. Recorrente: JALP. Recorrido: SLP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?Valor=201001278654>>. Acesso em: 12 ago 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tese nº 498. **Alcance Do Direito Sucessório Em Face De União Estável Homoafetiva.** Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4100069&numeroProcesso=646721&classeProcesso=RE&numeroTema=498#>>. Acesso em: 10 nov 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tese nº 809. **Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro.** Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809#>>. Acesso em: 10 nov 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **União Homoafetiva e Seu Conhecimento Como Instituto Jurídico.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 nov 2017.

DELGADO. Mario Luiz. Não Cabe ao Juridicário Conferir à Relação Informal os Efeitos da Sociedade Conjugal. **ConJur.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016->

ago-07/processo-familiar-nao-cabe-judiciario-dar-relacao-informal-efeitos-casamento>. Acesso em: 18 ago 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual De Direito Das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. Supremo Acertou ao Não Diferenciar União Estável de Casamento. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento>>. Acesso em: 12 ago 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil, Volume 6: Direito das Famílias**. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

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

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A Proibição de Proteção Deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 61. p. 93-111, mai./out. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 6: Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Griselda Maria Fernandes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais? A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v. 18, n. 6, p. 131-149, jan./abr. 2016.

IVANOV, Simone Oroschi. **União Estável: Regime Patrimonial e Direito Intertemporal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

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

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NICOLAU, Gustavo Rene. **União Estável E Casamento: Diferenças Práticas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PASSOS, Edilenice. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 71-73. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc\\_v4\\_ed1.pdf](http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf)>. Acesso em: 10 nov 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF Acabou Com A Liberdade De Não Casar Ao Igualar União Estável A Casamento. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>>. Acesso em: 18 ago 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang, org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Costitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 188.

SIMÃO, José Fernando. Então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (Parte 1). **ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-04/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em: 18 ago 2017.

SIMÃO, José Fernando. Então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (Parte 2). **ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em: 18 ago 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, Volume 5: Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, Volume 6: Direito das Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

## ANEXO A – Tabela comparativa dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro <sup>154</sup>

DIREITOS DO CÔNJUGE	DIREITOS DO COMPANHEIRO
Enunciados no artigo 1.829 do CC.	Enunciados no artigo 1.790 do CC.
O cônjuge é um dos herdeiros necessários.	O companheiro não está entre os herdeiros necessários.
O cônjuge sempre será herdeiro ou meeiro.	O companheiro poderá não ser herdeiro e nem meeiro.
O cônjuge só sofre limitação à herança para determinados regimes de bens, e somente quando está concorrendo com os descendentes.	Pouco importa o regime de bens que eventualmente os conviventes tenham convencionado, pois só haverá sucessão sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável.
O cônjuge sobrevivente na concorrência com os descendentes comuns, tem reservada uma quarta parte do monte partível (art. 1.832 do CC).	O companheiro sobrevivente não tem um mínimo resguardado a título de herança.
O cônjuge concorre com os descendentes sem qualquer diferenciação.	O companheiro na concorrência com os descendentes comuns, herdará uma quota equivalente à do descendente; O companheiro na concorrência com os descendentes exclusivos do autor da herança, receberá apenas a metade do que couber a cada um deles.
O CC previu a concorrência do cônjuge com os descendentes, sem qualquer diferenciação entre os descendentes (se comuns ou exclusivos).	O CC silenciou quanto à maneira que o companheiro deve concorrer na hipótese corriqueira de existirem concomitantemente tanto os descendentes comuns quanto os exclusivos.
O cônjuge, se não existir descendentes ou ascendentes, herdará toda a herança, não concorrendo com os demais parentes sucessíveis.	O companheiro concorrerá com “outros parentes sucessíveis” e terá direito a um terço da herança, o que significa que dizer que haverá concorrência com os irmãos do falecido, com seus ascendentes e colaterais mais afastados (v.g., o tio-avô), que ficarão com 70% da herança.
O cônjuge herda também todos os bens particulares caso não haja descendentes e nem ascendentes.	Se existirem bens particulares do autor da herança e ele não tiver nenhum herdeiro sucessível, esses bens particulares deverão por absurdo ir para o Poder Público, já que o <i>caput</i> do art. 1.790 é claro em dizer que o companheiro só participará da herança quanto aos bens particulares adquiridos onerosamente.
O cônjuge tem direito real de habitação.	O companheiro não tem direito real de habitação.

<sup>154</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais? A posição da doutrina e dos tribunais. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v. 18, n. 6, p. 143-144, jan./abr. 2016.