

## **BREVE ANÁLISE DA EQUIPARAÇÃO NO REGIME SUCESSÓRIO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO À LUZ DO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 646.721 E 878.694**

Thaís Bariani GUIMARÃES<sup>1</sup>

**RESUMO:** Na atualidade, vive-se um tempo de reconstrução de paradigmas que demanda do Direito acompanhar as novas realidades sociais, especialmente no que tange às relações familiares, dada a evolução constante do conceito de família. O Código Civil de 2002, em vã tentativa de acompanhar a transformação do conceito de família promovida pela Constituição Federal de 1988, acabou por incluir a união estável em seu projeto de forma bastante superficial, na medida em que reduziu direitos mínimos do companheiro se relacionado com os direitos do cônjuge no regime sucessório, consubstanciada no conturbado artigo 1.790 do Código Civil, entendido por muitos doutrinadores como um retrocesso do Código. Um dos temas mais controvertidos do Direito de Família na atualidade, tal dispositivo trouxe à luz diversos problemas no universo jurídico. Foi nesse contexto, que em maio de 2016 houve o reconhecimento de repercussão geral em *leading case* que chegou até o Supremo Tribunal Federal, cujo julgamento definitivo após alguns pedidos de vista, se deu em maio de 2017, concluindo a maioria dos ministros pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, com o escopo de reduzir as desigualdades entre cônjuge e companheiro no direito sucessório.

**Palavras-chave:** União Estável. Casamento. Sucessão. Supremo Tribunal Federal. Equiparação.

### **1 INTRODUÇÃO**

Um dos temas mais tormentosos do direito de família na atualidade, é o do regime sucessório na união estável e no casamento. Grande parte da doutrina desde o advento do Código Civil de 2002, argumentava defendendo a inconstitucionalidade do artigo 1.790, que discrimina e muito quanto aos aspectos sucessórios o companheiro da união estável, um dispositivo desproporcional e desarrazoado por ferir direitos mínimos do convivente, conferindo-lhe o direito de participar somente da herança dos bens do falecido em concorrência com ascendentes e descendentes.

---

<sup>1</sup> Discente da Especialização em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. thabariani@hotmail.com.

Nesse contexto, após muito debate acerca do tema, especialmente diante dos casos que desaguarão no Poder Judiciário, evidenciando ainda mais a desproporcionalidade e discriminação do artigo 1.790 do Código Civil para com os companheiros, foi que houve o reconhecimento de repercussão geral quanto à matéria, tendo o julgamento se iniciado em maio de 2016, e sido concluído somente em maio de 2017, após pedidos de vista para melhor análise do caso, que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790, equiparando cônjuge e companheiro quanto ao regime sucessório.

Objetivou-se com a presente pesquisa trazer uma breve análise do tema a partir do julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721, fazendo-se um cotejo entre os argumentos favoráveis e desfavoráveis que conduziram à conclusão pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Iniciou-se trazendo noções sobre o conceito de família sob as óticas social e jurídica, inicialmente voltando os olhos para Constituição Federal de 1988 que rompeu paradigmas ao considerar outras formas de entidade familiar as diversas do casamento, como a união estável. Em seguida passou-se à observação sobre o Código Civil, notou-se que houve a inserção da união estável em um contexto cujo Projeto do Código Civil de 2002 teve início antes da promulgação da Constituição de 1988, em que somente o casamento era considerado forma de constituição de família.

Daí a importância de se tratar sobre o tema, não com o fim de equiparar para todos os efeitos sucessórios o casamento e a união estável, mas tão somente reduzir as desigualdades legislativas trazidas pelo artigo 1.790 do Código Civil, a fim de tutelar a família e a dignidade do companheiro.

Foi utilizado o método dedutivo no desenvolvimento do presente trabalho, partindo-se de premissas gerais acerca dos efeitos sucessórios na união estável e no casamento, conduzindo-se às premissas particulares advindas com o julgamento dos recursos extraordinários 646.721 e 878.694 no que tange a inconstitucionalidade do artigo 1.790, fazendo-se um cotejo entre as disposições do Código Civil de 2002 antes e depois de maio de 2017. Quanto aos instrumentos utilizados, a presente pesquisa baseou-se em pesquisa bibliográfica escrita e digitalizada, bem como da pesquisa normativa e jurisprudencial.

## 2 NOÇÕES GERAIS E ANÁLISE DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O direito é um fato social representado como instrumento de controle, pois a norma jurídica em si, é a realidade da sociedade positivada. A família é um fenômeno social que faz parte de todas as sociedades, sendo a base destas e onde os indivíduos iniciam suas relações sociais.

Há diversos fatores que contribuem para a concepção de entidade familiar, e todos esses interferem na abordagem feita pelo Direito quanto ao conceito de família, de modo a alcançar a evolução desse fenômeno social conferindo efetiva proteção pelo ordenamento.

A concepção de família, muito antes do ordenamento jurídico, é uma realidade social que remonta à Antiguidade, desde a Bíblia era tida como aquela formada entre homem e mulher ao constituir o matrimônio, conforme o livro de Mateus capítulo 19, versículos 5-6: “E disse: Portanto, deixará o homem pai e mãe, e unir-se-á a sua mulher; e serão dois numa só carne? Assim não são mais dois, mas uma só carne. Portanto, o que Deus ajuntou não o separe o homem” (BÍBLIA SAGRADA).

Denota-se que o sentido de ‘carne’ utilizado no versículo mencionado faz alusão à família. Acrescente-se, ainda que desde aquela época, somente o casamento era considerado forma de constituição de família, não havendo qualquer outra.

Com a evolução da sociedade, esse conceito de família tornou-se obsoleto, e veio sendo cunhado novos conceitos de família de modo a adaptar-se à diversidade vivenciada pela sociedade contemporânea em suas relações.

Entretanto, cuida-se de questão polêmica e delicada, por envolver aspectos afetivos, religiosos e patrimoniais, mas que merecem a devida proteção pelo ordenamento jurídico.

A historiadora francesa Michelle Perrot afirma que “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas” (1993, p. 75).

É certo que todas as mudanças implicam um processo longo de adaptação, contudo, é inerente à família a aptidão para acompanhar tais mudanças, evoluindo paulatinamente.

Na lição de Maria Berenice Dias, os vínculos afetivos sempre existiram entre os seres vivos (2009, s.p):

Os vínculos afetivos estão longe de ser uma prerrogativa humana. Visto que o acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja por causa do próprio instinto de preservação da espécie, ou até mesmo pela aversão que todas as pessoas possuem à solidão.

O que a história da humanidade revela, é a evolução do conceito de família, de modo a contemplar a diversidade existente de modelos de família na atualidade, marcada pela flexibilidade e intercambialidade de papéis, e como consequência maior intensidade no que tange aos laços afetivos, como afirma Teresa Celina Arruda Alvim Wambier (1993, p. 83).

De acordo com o ensinamento de Uadi Lammêgo Bulos, família é (2010, p. 1578):

Família em sentido estrito, designa laços de paternidade, maternidade e filiação. O ambiente familiar é composto dos pais e filhos, irmãos, do homem e da mulher em união estável, de um dos filhos com ambos os pais ou com apenas um deles.

Em sentido amplo, contudo, família é o conjunto de pessoas ligadas pelos laços de parentesco, com descendência comum, e de afinidade (tios, primos, sobrinhos, cunhados, etc). Aqui o sobrenome do núcleo familiar adquire relevo.

No ordenamento jurídico brasileiro, a família tem proteção constitucional na forma disposta pelo artigo 226 e seguintes da Magna Carta. Não há que se olvidar ainda, que referida proteção à entidade familiar veda ao Estado qualquer forma de intervenção no modo de constituição da família, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

No trilhar desse entendimento, ensina Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 157):

O Estado abandonou a sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição à eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal). A intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhes garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu artigo 16.3: a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Denota-se dessa forma, que o conceito de família tem sua origem a partir de uma construção social, cultural e histórica.

## 2.1 Da constituição da família à luz do ordenamento jurídico

A Constituição Federal em seu artigo 226, *caput*, traz a família como a base da sociedade e lhe confere especial proteção do Estado.

O conceito trazido pela Constituição foi bastante inovador ao não conceituar família apenas pelo casamento, pois não definiu quem é a família que tem especial proteção do Estado, em razão da evolução ao longo do tempo, conseguindo dessa forma, alcançar as mais diversas famílias, desde a monoparental, até aquela formada pelo casamento, pela união estável, inclusive entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse desiderato, leciona sobre a família à luz da Constituição, Uadi Lammêgo Bulos “conforme o Texto de Outubro, pois, família não é somente o grupo oriundo do casamento; engloba também as uniões fora do casamento, mas com traços de permanência e continuidade, as quais merecem proteção jurídica” e conclui (2010, p. 1579):

- Portanto, a noção constitucional de família é ampla, abrangendo:
- a entidade familiar constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (art. 226, §§ 1º e 2º);
  - a entidade familiar constituída pela união estável entre homem e mulher, devendo a lei ordinária facilitar sua conversão em casamento (art. 226, § 3º); e
  - a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).
- Desse contexto extraem-se as seguintes ilações:
- para existir família não é necessário haver casamento, nem heterossexualidade; os homossexuais também podem formar família;
  - a entidade familiar pode ser formada pela mulher e pelo homem, tenham eles filhos ou não;
  - basta que apenas um dos seus membros haja se inteirado com um de seus descendentes para que esteja configurado o grupo familiar;
  - os filhos adotados são filhos, e como tais pertencentes ao núcleo familiar;
  - e
  - os filhos de outros casamentos de um dos membros, ou de ambos, também compõem o instituto.

Nota-se com isso, que a Constituição embora promulgada ainda em uma época bastante conservadora, inovou ao optar por não excluir nenhuma das formas de família, rompendo com um paradigma milenar, refletindo as intensas transformações sociais vivenciadas pelo Brasil nos anos anteriores à sua promulgação.

Isso porque, a família teve sua primeira aparição em um texto constitucional em 1934, vez que os textos anteriores a ignoraram. E tanto a Constituição de 1934, como as seguintes, 1937, 1946 e 1967 trouxeram referência à família legal, pois somente ostentava esse título, aqueles grupos familiares originários do casamento civil, e tal previsão derivava da tradição religiosa tão presente nos ordenamentos da época, nos dizeres de Bulos (2010, p. 1580).

Entretanto, nem sempre foi assim, há muito o conceito tradicional de família tinha sua base a partir do casamento civil, ou seja, somente havia proteção da lei aquele casamento nos moldes de proteção da família pela família, os chamados “arranjos” familiares não tinham qualquer proteção legal, vez que o casamento se prestava a fins patrimonialistas e não para a satisfação e felicidade dos sujeitos enquanto seres humanos, de acordo com Marcela Rodrigues Souza Figueiredo e Fabiana Alves Mascarenhas (2012, s.p.).

Mas a verdade é que, no mundo dos fatos, as relações amorosas sempre formaram instituições familiares ao arropio da lei, sem qualquer tutela por parte do Estado, ficando à mercê das interpretações analógicas quando questões relativas a direitos sucessórios e/ou regime de bens, v.g. desaguam no judiciário.

É nesse contexto que se insere o tema dessa pesquisa, quanto à problemática dos direitos sucessórios na união estável e nas relações homoafetivas e suas divergências com o casamento, conforme se verá adiante.

Após o fim do modelo exclusivamente matrimonializado da família, no contexto de um mundo globalizado, muito se discutiu sobre os direitos decorrentes dos demais modelos diversos do casamento, vez que a lei não os abrangia.

Ante o número de pessoas que vivem sozinhas, ou que se juntam sem as formalidades legais, além de casais sem filhos, crianças educadas por apenas um dos pais, as uniões homossexuais, os agrupamentos tribais de minorias étnicas, pais que trabalham em cidades diferentes, revelou-se a necessidade de uma norma constitucional analítica, minuciosa e detalhista, segundo Bulos (2010, p. 1580).

Assim, seguindo essa tendência, de modo a adequar-se à nova realidade sociológica, o ordenamento jurídico a partir da premissa já assentada pela Constituição; passou a regulamentar a matéria considerando a amplitude desse conceito de família que permanece em constante evolução.

O Código Civil de 2002, em que pese ter seguido a tendência trazida pela Constituição de 1988, ainda foi tímido na previsão e não abandonou totalmente a concepção que existia no Código de 1916.

A mudança de paradigma se deu com o advento da constitucionalização do direito civil que promoveu uma releitura no ordenamento jurídico sob a ótica constitucional, lastreado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Tal releitura conferiu perspectiva voltada para o ser humano, abandonando o caráter patrimonialista que permanecia como reflexo do Código Civil de 1916 no Código Civil de 2002, fenômeno este denominado de “Despatrimonialização do Direito Civil”.

De acordo com Marcela Rodrigues Souza Figueiredo e Fabiana Alves Mascarenhas, foi a partir daí que surgiu o conceito de família-instrumento e prosseguem (2012, s.p.):

[...] um conceito de família ligado à ideia de que a mesma deve ser protegida na medida em que serve de instrumento de realização pessoa, um espaço privilegiado onde seus membros possam se desenvolver e se autodeterminar como indivíduos.

Ocorreu que, o Estado e a religião deixaram de ser formas instituidoras de família, rompendo com o paradigma até então existente e passando a valorizar a liberdade afetiva dos casais na formação do núcleo familiar.

Deste modo, a Constituição de 1988, rompeu os paradigmas existentes e inovou ao conceder tutela protetiva às demais instituições de família. Muito se discute na doutrina acerca do rol trazido pelo artigo 226 da norma constitucional, se se trata de norma fechada ou se consagrou um rol exemplificativo admitindo o reconhecimento de outras formas de instituição de família.

Nesse desiderato, importante trazer ao lume o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, no que tange ao rol trazido pelo artigo 226 da Constituição Federal (2017, p. 1081):

Trata-se, pois, de um sistema normativo fechado ou, ao contrário, a ordem constitucional apenas lançou as bases das categorias familiares mais comuns sem pretender exauri-las?

Especialmente por considerarmos – consoante afirmamos acima – que o conceito de família não tem matiz único, temos a convicção de que a ordem constitucional vigente consagrou uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, visando permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros ninhos ou arranjos familiares socialmente construídos.

Para os mencionados autores, a família é um fato social, que produz efeitos jurídicos, e tem como sua base a afetividade que forma e justifica o vínculo entre os seus membros (2017, p. 1082).

Assim, filiando-se ao entendimento de que o rol trazido pelo artigo 226 da Constituição Federal é exemplificativo, é certo o dever do ordenamento jurídico em acompanhar os fatos sociais, e qualquer forma de afastar a tutela estatal de outras entidades familiares diversas do casamento, constitui grave afronta à Magna Carta, inclusive no que tange aos direitos sucessórios, tema central dessa pesquisa.

## **2.2 Casamento x União Estável**

A família, no acertado entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena de seus integrantes, segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (2017, p. 1081).

O Código Civil, a partir da premissa assentada pela Constituição Federal, trouxe em seu bojo disposições acerca do casamento no artigo 1.511 e seguintes e da união estável no artigo 1.723 e seguintes.

Entende-se por casamento, a instituição que deriva efetivamente de sistema organizado socialmente, com o estabelecimento de regras formais, de fundo espiritual ou laico, conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 1096).

No mesmo trilhar, para Maria Helena Diniz o casamento é “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mútuo material e espiritual, de



modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família” (2004, p. 39)

Acerca da natureza jurídica do casamento, a doutrina não é unânime, porém razão inexistente para entendê-lo como instituto de Direito Público, assim, cuida-se, portanto, de instituto de Direito Privado, restando saber se sua natureza seria de contrato ou não.

Na linha não contratualista, consoante expõe Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, para parte da doutrina, vem a ser ato-condição, uma manifestação de vontade que, quando emitida, consolida uma situação jurídica impessoal; seria assim, um negócio jurídico complexo. E para outra parte, o casamento seria uma instituição, um estatuto de normas (2017, p. 1097).

Com a devida vênia, o casamento é um contrato especial de Direito de Família, no qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, cujo núcleo existencial é o consentimento, e possui especial regramento com direitos e deveres recíprocos e peculiaridades permitindo a realização dos projetos de vida dos nubentes, seguindo o entendimento dos mencionados autores (2017, p. 1098).

De outra banda, diferentemente do casamento, está a união estável, antes considerada com a união não matrimonializada, também era conhecida como “concubinato”.

Importante mencionar a esse respeito, que o concubinato deriva da expressão latina *concupere*, que significa “dividir o leito”, “dormir com”, o que reflete o pensamento preconceituoso da época, segundo expõe Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 1233).

Durante muito tempo, conforme já exposto no presente trabalho, esse foi o pensamento que prevaleceu, e que paulatinamente, especialmente na última metade do século XX, veio sendo alterado, até exigir do ordenamento jurídico a merecida tutela legal.

A maior conquista desse arranjo familiar veio com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, refletindo a mudança de paradigma do Estado, abandonando o concubinato e dando lugar à união estável, consagrando-a como a união informal entre homem e mulher com o objetivo de constituir família. Nos termos do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, a união estável não se caracteriza ante a mera eventualidade de relação, em termos de reconhecimento

pelo ordenamento jurídico, a mesma baseia-se no casamento, firmando-se como forma de família.

O conceito cunhado a partir da doutrina de Álvaro Villaça Azevedo, foi sendo construído com o passar o tempo. Nesse passo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceitua a “união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família” (2017, p. 1234).

Flávio Tartuce aponta duas conclusões da Constituição acerca das diferenças entre casamento e união estável (2013, p. 1166):

A primeira é que a união estável não é igual ao casamento, eis que categorias iguais não podem ser convertidas uma na outra. A segunda é que não há hierarquia entre casamento e união estável. São apenas entidades familiares diferentes, que contam com a proteção constitucional.

Os principais requisitos caracterizadores da união estável na contemporaneidade são: a publicidade (convivência pública), a continuidade, entendida como o *animus* de permanência e definitividade; a estabilidade e o objetivo de constituição de família que é visto como a essência desse instituto.

Diversamente do casamento, a união estável é desprovida de solenidade para a sua constituição, possuindo assim, caráter informal e fático, o que denota desde logo, que não está obrigada à formalidade impositiva da diversidade sexual, razão pela qual, admite-se o reconhecimento de relação familiar, inclusive, entre companheiros do mesmo sexo.

Importante mencionar ainda, outro significativo avanço do ordenamento jurídico promovido pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011, ocasião em que a Suprema Corte no julgamento da ADI 4277 reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e posteriormente, em maio de 2013, mais um passo na evolução do tema foi dado, quando o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 175 que passou a admitir o casamento no civil entre homossexuais.

Em que pese o significativo progresso do ordenamento jurídico quanto às relações familiares e as conquistas promovidas por estas relações fáticas, pende ainda, no entanto, muita controvérsia acerca dos direitos sucessórios de tais entidades, objeto dessa pesquisa.

### 3 DIREITOS SUCESSÓRIOS E A SUCESSÃO LEGÍTIMA

Assentadas as premissas introdutórias e conceituais acerca das formas de instituição de família, bem como a diferenciação entre casamento e união estável, passar-se-á no presente capítulo a tratar acerca dos direitos sucessórios no ordenamento jurídico no âmbito do casamento e da união estável.

Inicialmente, cumpre trazer breves comentários acerca da morte como fato jurídico. Em geral, a sociedade brasileira não tem o hábito de falar sobre a morte, mas é fato que ela faz parte da vida, independentemente da religião ou filosofia a que se filie, a morte é uma das certezas atreladas à existência do ser humano.

Nesse contexto, insere-se o Direito das Sucessões, que trata do conjunto de normas que disciplinam a transferência patrimonial em função da morte de uma pessoa. A respeito do Direito Sucessório, Flávio Tartuce conclui que (2013, p. 1271):

[..] está baseado no direito de propriedade e na sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, da CF/1988). Porém, mais do que isso, a sucessão *mortis causa* tem esteio na valorização constante da dignidade humana, seja do ponto de vista individual ou coletivo, conforme o artigo 1º, III e o art. 3º, I da Constituição Federal de 1988.

Feitas tais considerações, é preciso mencionar que em linhas gerais de sucessão, de acordo com o artigo 1.786 do Código Civil, são duas as suas modalidades: a sucessão legítima e a sucessão testamentária.

A sucessão legítima é aquela que decorre da lei, dispõe a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade do autor da herança, conforme Flávio Tartuce. A sucessão testamentária, por sua vez, tem origem em ato de última vontade do morto, segundo o mencionado Autor, por testamento, legado ou codicilo, mecanismos sucessórios para o exercício da autonomia privada do autor da herança (2013, p. 1271).

Prevalece conforme previsão do Código Civil (artigo 1.788) que, quando do falecimento de uma pessoa, o primeiro passo é investigar a existência de disposição de última vontade, e que após tal verificação, inexistindo tal ato, vige a ordem de sucessão legítima estabelecida pela lei.

A sucessão tem abertura com a morte da pessoa, conforme a máxima da *saisine*, cuja herança se transmite, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, independentemente da aceitação da herança.

O atual Código Civil de 2002 promoveu alteração substancial no tratamento da sucessão legítima em relação ao Código Civil de 1.916, que serão analisadas pormenorizadamente adiante, entretanto, de tais mudanças decorrem dois grandes dilemas, que são elencados por Flávio Tartuce (2013, p. 1304):

Primeiro, a introdução do sistema de concorrência sucessória, envolvendo o cônjuge e o companheiro, em relação a descendentes, ascendentes e colaterais. Segundo, o tratamento diferenciado sucessório entre o cônjuge e o companheiro, residindo neste último aspecto as principais controvérsias, incluindo arguições de inconstitucionalidade.

O artigo 1.829 do Código Civil de 2002 traz a seguinte previsão quanto à ordem de sucessão legítima:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)  
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.

Estabelecidas tais noções quanto ao Direito das Sucessões e a sucessão legítima, chegando ao ponto central dessa pesquisa, é imprescindível um comparativo entre a sucessão prevista no Código Civil de 1916 e a do Código Civil de 2002, para então enfrentar a problemática redação do artigo 1.790 e os reflexos do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 646.721 e 878.694 em maio de 2017.

### **3.1 Da comparação da sucessão no casamento e na união estável sob a égide do Código Civil de 2002 e de 1916**

O Código Civil de 1916 não possuía qualquer previsão acerca de direitos sucessórios para o companheiro da união estável, logo, não havia a concorrência sucessória envolvendo o cônjuge e o companheiro.

Foi com o Código Civil de 2002 que houve a introdução do sistema de concorrência sucessória envolvendo o cônjuge e o companheiro, respectivamente nos artigos 1.829 e 1.790.

No que tange a ordem de sucessão legítima, o Código Civil de 1916 trouxe a sua previsão no artigo 1.603, que ante a inexistência de concorrência, não havia maiores complicações, assim previa:

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:  
I – aos descendentes;  
II – aos ascendentes;  
III – ao cônjuge sobrevivente;  
IV – aos colaterais;  
V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União

Por outro lado, no Código Civil de 2.002, a ordem de sucessão legítima sofreu alteração, na medida em que se deu a introdução da conturbada concorrência sucessória do cônjuge, constante no artigo 1.829, *in verbis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:  
I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;  
II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;  
III – ao cônjuge sobrevivente;  
IV – aos colaterais

Antes do Código Civil de 2.002, não havia no Código de 1.916 qualquer previsão acerca da sucessão do companheiro, a sua normatização estava contida em duas leis que versavam sobre a união estável, quais sejam, a Lei n. 8.891/1994 e a Lei n. 9.278/1996.

O artigo 2º da Lei n. 8.971/1994 ao dispor sobre os direitos sucessórios decorrentes da união estável, assim estabelecia:

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

- I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos ou comuns;
- II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;
- III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Após a promulgação da Constituição de 1988, que passou a tutelar a união estável concebendo-a como entidade familiar, o Código Civil carecia de uma proteção à essa entidade, que até então o Código vigente de 1.916 não a albergava.

A evolução da sociedade e seu pensamento, com o abandono do estigma conferido às uniões informais antigamente, exigiu-se do ordenamento jurídico de modo a acompanhar a Constituição, a mudança no Código Civil.

Nesse íterim é que se insere o confuso artigo 1.790 do Código Civil de 2.002, pois não havia qualquer proteção à união estável no projeto do Código Civil de 1.916, consubstanciada na seguinte redação:

- Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
- I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
  - II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
  - III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
  - IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Essa confusão decorre em razão da norma estar mal colocada, pois segundo Flávio Tartuce, o tratamento relativo à união estável foi incluído no Código Civil de 2.002 nos últimos momentos de sua elaboração, razão pela qual também não está o companheiro na ordem de vocação hereditária, sendo tratado, portanto, como herdeiro especial (2013, p. 1.320).

Nessa toada é que o subtópico a seguir enfrenta a análise da problemática trazida pelo artigo 1.790 no ordenamento, a opinião da doutrina a esse respeito, perfilhando já o tema central no enfrentamento dos Recursos Extraordinários proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2.017.

### **3.2 Do embate acerca dos direitos sucessórios na união estável e no casamento à luz do artigo 1.790 do Código Civil**

A norma constante do artigo 1.790 do Código Civil introduzida nas disposições gerais do Direito das Sucessões, não foi trilhado o melhor caminho em sua redação, gerando uma das maiores polêmicas que envolvem o direito sucessório na atualidade.

Isso porque, o tratamento jurídico da união estável foi incluído no Código Civil de 2002 nos últimos momentos de sua elaboração, em respeito à previsão já trazida pela Constituição em 1988.

Segundo expõe Flávio Tartuce, por esse mesmo fato, o companheiro não consta da ordem de vocação hereditária, sendo tratado como herdeiro especial (2013, p. 1.320).

O *caput* do artigo 1.790 do Código Civil, estabelecia até então, como premissa fundamental ao reconhecimento do direito sucessório do companheiro ou companheira, o direito quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união. O que significa dizer, que se comunicavam os bens havidos pelo trabalho de um ou de ambos durante a existência da união estável, não abrangendo os bens recebidos a título gratuito, através de doação ou sucessão.

Denota-se da interpretação da norma, que a mesma não versava sobre meação, mas tratava de sucessão ou herança, independente do regime de bens adotado.

Por conseguinte, se reconhecia que o companheiro era tratado pela norma como meeiro e herdeiro, como regra, posto que, caso as partes não se pronunciassem, o regime de bens aplicado à união estável é o da comunhão parcial de bens, nos moldes do artigo 1.725 do Código Civil, tendo sido tal premissa adotada pela jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme o julgamento do Recurso Especial 887.990/PE, mencionado por Flávio Tartuce (2013, p. 1.320).

É certo, todavia, apesar da redação desastrosa do artigo 1.790, que o reconhecimento da possibilidade de sucessão pelo companheiro não é uma inovação do Código Civil de 2002. A respeito da aberração desse artigo, preceitua Aldemiro Rezende, citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que

o artigo 1.790 é fruto de uma época em que o legislador discriminava a família formada a partir da união estável (2017, p. 1452):

Pensamos que o artigo 1.790 do Código Civil, deve ser destinado à lata do lixo, sendo declarado inconstitucional e, a partir daí, simplesmente ignorado, a não ser para fins de estudo histórico da evolução do direito. Tal artigo, num futuro não muito distante, poderá ser apontado como exemplo dos estertores de uma época em que o legislador discriminava a família que se formava a partir da união estável, tratando-a como se fosse família de segunda categoria.

Ocorreu que, o legislador ao invés de buscar equiparação com o preceito constitucional, já que a própria Magna Carta conferiu o título de família à união estável, dado o vínculo afetivo tanto no casamento quanto na união; ele reduziu o direito sucessório da(o) companheira(o), violando o princípio da vedação ao retrocesso.

Da análise desse artigo, a doutrina de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, demonstra que o legislador desprestigiou a união estável como forma de relação afetiva, conferiu ao(a) companheiro(a), um direito sucessório tão limitado quanto aos bens adquiridos onerosamente no curso da união, ao ponto de resultar na aquisição da herança até pelo Município, além de colocá-lo(a) em situação inferior aos colaterais do morto (2017, p. 1454).

Por outro viés, o legislador deixou de lado ainda, a habitual situação de haver filhos comuns e filhos de um só dos membros da união estável. Novamente observou-se um tratamento diferenciado de filhos, para efeito do quinhão hereditário cabível a eles, o que é veementemente combatido pela ampla doutrina e pela Lei Maior.

Se a viúva concorresse com filhos comuns, herdaria por igual, teria direito a uma quota equivalente àquela que por lei for atribuída ao filho, entretanto, se concorrer com descendentes somente do autor da herança, leia-se filhos exclusivos do companheiro, caberia a viúva metade do que couber a cada um deles.

O dispositivo ainda foi omissivo quanto à concorrência do companheiro(a) com filiação híbrida, não prevendo essa situação. Coube à doutrina tentar encontrar resposta a essa omissão legislativa, que dividiu opiniões entre os civilistas, dando origem à três correntes, conforme a lição de Flávio Tartuce (2013, p. 1322-1323):



1ª Corrente – Em casos de sucessão híbrida, deveria ser aplicado o inciso I do artigo 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem comuns, já que filhos comuns estão presentes. Esse entendimento era o majoritário na tabela doutrinária de Cahali, seguido por: Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Francisco Cahali, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Silvio de Salvo Venosa.

2ª Corrente – Presente a sucessão híbrida teria subsunção o inciso II do art. 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem exclusivos (só do autor da herança). Este autor estava filiado a tal corrente, assim como Gustavo René Nicolau, Maria Helena Diniz, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso. Ora, como a sucessão seria do falecido, em havendo dúvida por omissão legislativa, os descendentes deveriam ser tratados como sendo dele, do falecido. Anote-se que julgado anterior do TJSP adotou essa corrente, concluindo que entender de forma contrária violaria a razoabilidade: “Inventário. Partilha judicial. Participação da companheira na sucessão do de cujus em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Concorrência da companheira com descendentes comuns e exclusivos do falecido. Hipótese não prevista em lei. Atribuição de cotas iguais a todos. Descabimento. Critério que prejudica o direito hereditário dos descendentes exclusivos, afrontando a norma constitucional de igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º da CF/1988). Aplicação, por analogia, do art. 1.790, II do Código Civil. Possibilidade. Solução mais razoável, que preserva a igualdade de quinhões entre os filhos, atribuindo à companheira, além de sua meação, a metade do que couber a cada um deles. Decisão reformada. Recurso provido(TJSP, Agravo de Instrumento 994.08.138700-0, Acórdão 4395653, São Paulo, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 09.09.2009, DJESP 05.10.2009).

3ª Corrente – Na sucessão híbrida, deveria ser aplicada fórmula matemática de ponderação para a sua solução. Dentre tantas fórmulas, destaca-se a Fórmula Tusa, elaborada por Gabriele Tusa, com o auxílio do economista Fernando Curi Peres.

A discussão acerca da sucessão híbrida não encontrava pacificidade na doutrina, embora prevalecesse a primeira corrente, de acordo com a qual todos deveriam ser tratados como filhos comuns; até que o julgamento do Supremo Tribunal Federal em maio de 2017 veio declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790, no bojo dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721, tratados em subtópico próprio e tema central dessa pesquisa.

Sob todos os prismas trazidos aqui, denota-se que o artigo 1.790 desde o seu nascedouro não navegou em águas calmas.

Vários foram os autores que suscitaram a sua inconstitucionalidade, entre eles Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, destacando a afronta ao princípio da vedação ao retrocesso, ao “menoscabar a dignidade conferida à união estável como núcleo afetivo familiar, pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal” (2017, p. 1456).

Como não poderia ser diferente, as consequências da redação de um artigo com tamanhos problemas na prática, foram incalculáveis na medida em que os casos desaguaram no judiciário, coube a este e à doutrina, buscar respostas para conferir a prestação jurisdicional adequada nos casos envoltos aos direitos sucessórios dos companheiros(as).

Até que em agosto de 2016, o Supremo Tribunal Federal começou a julgar a controvérsia, dado o reconhecimento de repercussão geral no caso, cuja tese firmada, foi no sentido de declarar a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime previsto no artigo 1.829 do Código Civil.

#### **4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 646.721 E 878.694 DE MAIO DE 2017**

Os diversos problemas envolvendo a sucessão entre cônjuge e companheiro à luz do confuso artigo 1.790, aumentavam na medida em que o Poder Judiciário não encontrava soluções, sua redação já estava desde há muito, senão desde o seu nascedouro, fadada a inconstitucionalidade, por distinguir a união estável do casamento. Em agosto de 2016, com o reconhecimento de repercussão geral acerca do tema, coube ao Supremo Tribunal Federal enfrentá-lo.

De início, é preciso trazer ao lume a origem jurisprudencial do recurso apreciado pela Suprema Corte quanto ao tema, cujo acórdão atacado foi proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e no mérito reconheceu a constitucionalidade do artigo 1.790, inciso III do Código Civil, conferindo o direito de a companheira sobrevivente herdar tão somente os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, em concorrência com os parentes colaterais de segundo grau, excluídos os bens particulares do *de cuius*. No caso concreto, uma viúva havia sido obrigada a dividir a herança de seu companheiro falecido com três irmãos dele. O Tribunal de Minas Gerais, considerou que a Constituição não impede que a legislação infraconstitucional verse sobre a sucessão para companheiros e cônjuges

de forma diferenciada, pois as respectivas entidades familiares são institutos que possuem diferenças entre si.

Pois bem, inconformada com o julgamento, a companheira interpôs o recurso extraordinário, defendendo a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, aduzindo ser discriminatório o tratamento diferenciado entre companheiro e cônjuge, na forma como previsto pelo artigo 1.790, por representar grave violação ao princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, ferindo a dignidade humana, na contramão dos valores constitucionais, permitir a concorrência de parentes distantes do falecido com o companheiro sobrevivente, pleiteando a aplicação do artigo 1.829 ao caso.

À época, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 foi reconhecida por sete votos na Suprema Corte, com relatoria pelo Ministro Luís Roberto Barroso, e votos dos Ministros Luiz Edson Fachin, o falecido Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármem Lúcia.

Entretanto, o julgamento foi suspenso com o pedido de vista dos autos pelo Ministro Dias Toffoli.

Retomado em maio de 2017 o julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694, foi acolhida a tese e declarada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, por sete votos a três. Votaram a favor do direito da viúva à metade da herança, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Edson Fachin, Celso de Mello, o falecido Teori Zavascki e Carmem Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal. Os três votos contra a equiparação foram dos ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio Mello e Ricardo Lewandowski.

De proêmio na análise do referido julgamento, merece destaque o voto proferido pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso, que aduz, em suma, não ser legítima distinção para fins sucessórios, entre cônjuges e companheiros, por violar o preceito constitucional (2017, s. p.):

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. 3. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 e

discriminar a companheira (ou 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'.

Consolidou-se o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que inexistente elemento de discriminação apto a justificar tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, inclusive, estendendo tais efeitos independente da orientação sexual.

Isso porque, de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, após a Constituição foram editadas duas normas que equipararam os regimes jurídicos sucessórios entre o casamento e a união estável, quais sejam, a Lei nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996. E, argumenta ainda, que o Código Civil entrou em vigência em 2003, alterando o quadro, fruto de debate realizado entre os anos 1970 e 1980, anterior, portanto, a muitas questões que se levantaram no contexto social posteriormente, o que significa dizer, segundo o Ministro, que o embora o Código Civil seja de 2002, ele chegou atrasado relativamente às questões de família.

Por outro lado, acerca do Recurso n. 878.694, ainda, foram vencidos os votos dos Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Lewandowski, que negaram provimento votando pela constitucionalidade, expondo que o legislador não extrapolou os limites constitucionais ao incluir o companheiro na repartição da herança em condições diferenciadas, não vislumbrando no artigo 1.790 retrocesso em termos de proteção social.

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli considerou que a parte final do parágrafo 3º do artigo 226 da Carta Magna, ao prever que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento deixou claro que “uma coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa”. Não foi em vão a previsão contida no texto da Lei Maior, segundo o Ministro, não sendo possível admitir diferenciação entre as entidades familiares expressamente previstas na Constituição e as uniões homoafetivas, porque sob a ótica da isonomia, há justificativa plausível para essa diferenciação, como estabelecido pelo próprio texto constitucional, o que também autorizaria,

consequentemente, regimes jurídicos distintos, devendo ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que decidem se submeter a um ou outro regime, privilegiando a autonomia da vontade.

Impende destacar ainda, que para o Ministro Dias Toffoli, não parece desarrazoada ou injustificada a opção legislativa, posto que o legislador deixou claro os motivos do tratamento diferenciado, e, portanto, não houve inferiorização de um instituto ou de outro, até para que não houvesse a equiparação entre os regimes.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio que também votou pela constitucionalidade do artigo 1.790, ponderou que o regime sucessório do artigo mencionado, independentemente da orientação sexual dos companheiros.

No mesmo trilhar, foi o voto do Ministro Lewandowski, que pontuou ser a distinção entre o casamento e a união estável feita pelo constituinte a justificativa para o tratamento diferenciado no que tange ao regime sucessório das pessoas que optam por uma dessas duas situações, acompanhando o Ministro Dias Toffoli.

Para Flávio Tartuce, o momento é de aceitar a decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme lecionavam Zeno Veloso e Giselda Hironaka, mencionados no julgamento, e que a principal vantagem do *decisum*, é resolver a grande instabilidade jurídica sucessória que se instalou no ordenamento jurídico brasileiro desde a vigência do Código Civil de 2002, colocando fim a debates sobre a inconstitucionalidade ou não do artigo 1.790 do Código Civil (2017, s.p.).

Neste diapasão, Giselda Hironaka elucida que não se pretende com o julgamento da inconstitucionalidade do artigo 1.790, defender direitos iguais, mas direitos que não fossem muito distintos ao ponto de produzirem, na comparação de um com o outro, senso de injustiça (2017, s.p.).

Importante destacar que a partir da equiparação conferida pelo Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011 (Informativo 625 do STF), todas as menções sucessórias a companheiros, abrangem aqueles que vivem em união homoafetiva, inclusive como destacado no bojo do Recurso Extraordinário n. 646.721, cujo placar dessa decisão foi seis votos a favor contra dois, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator) e Ricardo Lewandowski, sob os mesmos argumentos pontuados no âmbito do Recurso Extraordinário 878694.

Na ocasião, prevaleceu o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no mesmo sentido de seu voto no RE 878694, aduzindo que a Suprema Corte já equiparou as uniões homoafetivas às demais entidades familiares previstas pela

Constituição, o que implica utilizar os argumentos semelhantes em ambos os Recursos, tanto o 646.721, como o 878.694.

Ao que parece, ao menos do ponto de vista legislativo, houve a resolução quanto à latente inconstitucionalidade do dispositivo, e de um problema tormentoso acerca dos direitos sucessórios no Direito Civil moderno, e aqui merece destaque novamente o argumento da especialista Giselda Hironaka, não se trata de equiparar os institutos com o fim de extirpar o casamento, mas de conferir à união estável direitos dignos, evitando senso de injustiça.

Pois, o Código Civil de 2002, apesar de seu esforço para acompanhar a Constituição e contemplar a união estável, na verdade, acabou por hierarquizar as entidades familiares, reduzindo direitos da união estável em relação ao casamento.

## **5 CONCLUSÃO**

O presente trabalho enfrentou a temática que está entre os grandes desafios do Direito Sucessório Contemporâneo no ordenamento jurídico brasileiro.

É certo que os institutos do casamento e da união estável não são iguais, o legislador constituinte cuidou de diferenciá-los, consoante se observa da Constituição Federal de 1988, tendo passado a considerar como entidade familiar aquela formada pela união estável.

A Lei Maior rompendo paradigmas seculares, pôs fim ao conservadorismo que não visualizava a união estável como entidade familiar, tendo-lhe conferido proteção diante do ordenamento jurídico tal qual ao casamento, passando a disciplinar e tutelar no artigo 226 outras formas de entidades familiares, tal como a união estável, a união estável homoafetiva, entre outros.

Sob a ótica constitucional, foi preciso não só extirpar o pensamento de que o casamento era uma instituição acima do bem e do mal, como também repensar a forma como a união estável era tratada pelo ordenamento jurídico como um todo. Nesse passo, o Projeto do Código Civil de 2002 próximo de sua finalização promoveu a inclusão da união estável, seguindo a ótica protetiva já trazida com a Constituição.

Entretanto, não trilhou o melhor caminho quanto aos efeitos patrimoniais sucessórios, consubstanciado na redação confusa do artigo 1.790 do Código Civil, que promoveu na verdade a desigualdade sucessória entre cônjuge e companheiro.

Severamente criticado pela ampla maioria da doutrina, o artigo 1.790 vinha sendo aplicado até então em estrito cumprimento da norma posta pelo Código Civil, apesar de toda a controvérsia que lhe envolvia, e com a inconformidade das partes, o tema foi levado aos Tribunais Superiores, até que em maio de 2016 foi reconhecida repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, dada a necessidade de melhor análise da questão. Que os institutos são diversos não é novidade, o grande cerne, no entanto, gira em torno de indagar se as diferenças entre ambos, torna a união estável inferior hierarquicamente ao casamento?

Foi nessa toada que trilhou o presente trabalho, objetivou-se refletir acerca dessa indagação, fazendo-se uma análise dos argumentos expendidos no âmbito do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 878.694 e 646.721, que concluiu por maioria de votos pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

De um lado, a grande maioria dos ministros acompanhou o relator Luís Roberto Barroso, que em seu voto, concluiu que inexistente elemento de discriminação suficientemente justo que possibilite tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro, inclusive, estendendo tais efeitos independente da orientação sexual.

Por outro vértice, os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio de Melo, concluíram que se o legislador civilista fez opção, não o fez despropositadamente, não sendo o artigo 1.790 discriminatório em relação ao companheiro sobrevivente, defenderam que a real intenção do legislador era não equiparar os institutos porque a lei assim não o quis, sendo opção do casal viver em união estável ou contrair matrimônio.

Imprescindível concluir, com esse estudo, a tese já defendida pela doutrina, no sentido de que não se cuida de equiparar o casamento e a união estável, extirpando o casamento, mas de conferir proteção aos direitos sucessórios, promovendo a dignidade humana, dadas as peculiaridades de cada instituto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Alex Ferreira; COSTA, Rodolfo Grellet Teixeira da. **Requisitos caracterizadores da união estável**. Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi, realizado em Brasília-DF, novembro de 2008. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/01\\_904.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/01_904.pdf)>. Acesso em out.2017.

BÍBLIA, Português. **Bíblia Sagrada**. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/>>. Acesso em nov.2017.

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

\_\_\_\_\_, **Novo Código Civil**. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2002.

\_\_\_\_\_, **Código Civil**. Lei n. 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em nov.2017.

\_\_\_\_\_, **Lei n. 8.891/1994**. Lei 8.981, de 20 de janeiro de 1995. Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1995.

\_\_\_\_\_, **Lei n. 9.278/1996**. Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado, 1996.

\_\_\_\_\_, Presidente do Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 175**, de 14 de maior de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, DF, 2013.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 498 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, que redigirá o acórdão, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Ricardo Lewandowski. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros



prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2017. **Recurso Extraordinário n. 646.721**, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgado em: 10.05.2017.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, que votaram em assentada anterior, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux, que votou em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2017. **Recurso Extraordinário n. 878.694/MG**, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, Julgado em: 10.05.2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. – São Paulo: Saraiva, 2010.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

DIAS, Maria Berenice. **O dever de fidelidade**. 2009. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2\\_-\\_o\\_dever\\_de\\_fidelidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_o_dever_de_fidelidade.pdf)>. Acesso em out.2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, v. V, 19 ed. rev. e atual.

FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; MASCARENHAS, Fabiana Alves. **A abertura do conceito de família no direito brasileiro: para além do rol do art. 226 da Constituição Federal de 1988**. In: Direito de família, [Recurso eletrônico on-line]/organização CONPED/UFF; coordenadores: Jose Sebastiao de Oliveira, Mariana Ribeiro Santiago – Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ebb145bdffd37c6>>. Acesso em nov.2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil volume único**. – São Paulo: Saraiva, 2017.

HATAJIMA, Camila Dias Pereira e. **União estável e planejamento sucessório**. Anais do XXVI Encontro Nacional do Conpedi Brasília-DF, julho de 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/uvxo3244/WCeB81k8f2232D3E.pdf>>. Acesso em nov.2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Cônjuge x companheiro: especialista comenta o julgamento do RE 878694, marcado para 10 de maio**. Assessoria de Comunicação do IBDFAM, Notícia: 03/05/2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6271/C%C3%B4njuge+x+companheiro%3A+especialista+comenta+o+julgamento+do+RE+878694%2C+marcado+para+10+de+maio>>. Acesso em nov.2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho. In: Reflexões para o futuro**. São Paulo: Ed. Abril, 1993.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 3 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

\_\_\_\_\_. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Coluna do Jusbrasil, junho de 2017. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/465526986/stf-encerra-o-julgamento-sobre-a-inconstitucionalidade-do-art-1790-do-codigo-civil-e-agora>>. Acesso em: nov.2017.

WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. **Um novo conceito de família reflexos doutrinários e análise da jurisprudência**. In: Direitos de família e do menor, 3ª Ed., Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1993.