

# A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E A IMPERIOSA MODULAÇÃO DE EFEITOS DA PROVÁVEL DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Diego Oliveira da Silveira<sup>1</sup>  
Daniella Maria Feliciano dos Santos<sup>2</sup>

## Sumário:

1) Considerações iniciais. 2) Reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar. 2.1) Repersonalização das relações familiares. 2.2) União estável no ordenamento jurídico brasileiro. 3) Sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002. 3.1) Sucessão legítima. 3.2) Sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002. 3.2.1) Concorrência do cônjuge com os descendentes. 3.2.2) Concorrência do cônjuge com os ascendentes. 3.2.3) Sucessão do cônjuge isoladamente. 3.2.4) Sucessão dos colaterais. 3.3) Sucessão do companheiro no Código Civil de 2002. 4) O artigo 1.790 do Código Civil e sua (in)constitucionalidade perante os princípios constitucionais e a imperiosa modulação de efeitos da decisão do RE 878.694-MG. 4.1) Artigo 1.790 do Código Civil de acordo com a doutrina e a jurisprudência. 4.2) A necessidade da modulação de efeitos do RE 878.694-MG e as consequências da sua omissão. 5) Considerações finais. Referências.

## Resumo:

O presente estudo visa abordar a diferenciação empregada pela norma civilista brasileira de 2002 quando no trato da sucessão do companheiro e do cônjuge, evidenciando as desigualdades praticadas pelo legislador e o prejuízo imposto a figura do companheiro, em escancarada violação a princípios constitucionais, retratando verdadeiro retrocesso em comparação aos direitos alcançados pelo companheiro em legislações anteriores ao Código Civil de 2002, apontando a provável decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694-MG, o qual admitiu-se a repercussão geral e a necessária modulação de efeitos para a hipótese da confirmação da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro.

## Palavras-chave:

Sucessão do companheiro - inconstitucionalidade - princípios constitucionais - modulação de efeitos.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

O presente trabalho<sup>3</sup> tem como intuito revelar divergências no tratamento realizado no trato da sucessão do companheiro, quando em comparação àquela dada ao cônjuge pelo atual

---

<sup>1</sup> **Diego Oliveira da Silveira**, Advogado militante no Direito de Família, Mestre em Direito pelo Curso de Direitos Humanos da UNIRITTER - Centro Universitário Ritter dos Reis, Diretor Executivo do IBDFAM/RS - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul, Professor de Graduação e de Pós-Graduação do Curso de Direito da UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor da Pós-Graduação do Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões da PUCRS - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor da Pós-Graduação do Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões da FMP - Fundação do Ministério Público e da Pós-Graduação em Direito de Família Contemporâneo e Mediação da FADERGS - Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul e autor de artigos em obras jurídicas. Email: [dosilrgs@hotmail.com](mailto:dosilrgs@hotmail.com)

<sup>2</sup> **Daniella Maria Feliciano dos Santos**, Advogada militante no Direito de Família, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Meridional IMED - Passo Fundo, pós-graduanda em Direito de Família Contemporâneo e Mediação pela Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul - FADERGS e Mediadora em formação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: [daniella.adv75@gmail.com](mailto:daniella.adv75@gmail.com)

<sup>3</sup> O presente trabalho foi elaborado a partir de um artigo apresentado no Curso de Especialização em Direito de Família Contemporâneo e Mediação pela Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul - FADERGS, sendo inicialmente elaborado por **Daniella Maria Feliciano dos Santos**, sob a orientação de **Diego Oliveira da Silveira** e posteriormente aprimorado/adaptado pelos autores para a publicação na obra que contém as palestras e trabalhos do IX Congresso do Mercosul de Família, promovido pelo IBDFAM/RS, nos dias 26 e 27/05/2017, em Gramado/RS. Informações no site: <http://www.congressomercosul.com>

Código Civil, evidenciando afrontas a princípios constitucionais, especialmente o princípio da igualdade, que deve ser aplicado a todas as entidades familiares, entre elas a união estável, a qual foi reconhecida como tal, no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

Para tanto o artigo é dividido em quatro tópicos, sendo que no primeiro é abordada a atual repersonalização das relações familiares, que culminou no reconhecimento de outras formas de famílias, além daquela matrimonializada e hegemônica por grande lapso da história.

O foco principal é dirigido à união estável como entidade familiar merecedora de proteção do Estado, com o resgate da legislação reguladora dos direitos dos companheiros publicadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

No tópico seguinte são abordadas as sucessões do cônjuge e do companheiro, com análise dos artigos 1.829 e 1.790 do Código Civil, evidenciando-se as principais diferenças em matéria de concorrência com os demais herdeiros, bem como na hipótese de herança isolada, enaltecendo a diferença praticada pelo legislador civilista quanto a forma de sucessão nos dois casos, ou seja: naquela decorrente de casamento e daquela oriunda de união estável.

No terceiro são abordados diretamente os princípios constitucionais violados pelas previsões do artigo 1.790 do Código Civil, que evidenciam a ocorrência da inconstitucionalidade de seu teor corroborado por entendimento jurisprudencial, sem deixar de enriquecer o texto com exposição do entendimento contrário, com jurisprudência voltada ao entendimento da constitucionalidade do mesmo dispositivo.

No quarto e último ponto do desenvolvimento deste artigo, aponta-se que a provável decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 878.694-MG deve ser pela inconstitucionalidade da integralidade do art. 1.790 do Código Civil e em face disso, onde a norma inconstitucional possui efeitos *ex tunc*<sup>4</sup> é imperiosa a modulação de efeitos decorrentes da decisão que gera um *overruling*<sup>5</sup> na jurisprudência pátria, sendo que esse julgamento, sem que haja a necessária modulação de efeitos, poderá ensejar a discussão sobre a reabertura de partilhas de inventários que tenham

---

<sup>4</sup> O efeito *ex tunc* estabelece que os efeitos de um ato ou decisão retornam ao momento da sua edição. Ver: MATHIAS, Maria Ligia Coelho; Lourenço, José. **Efeitos ex tunc e ex nunc na mudança de regime de bens no casamento e na união estável**. RJLB, Ano 2017, nº 01, Pag. 509/544. Disponível em: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/1/2017\\_01\\_0509\\_0544.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0509_0544.pdf) e acesso em 25/04/2017.

<sup>5</sup> *Overruling* é a técnica proveniente do Common Law, que designa a modulação de efeitos temporais quando da alteração de um precedente da Corte, em controle difuso de constitucionalidade. Ver: WAGNITZ, Ana Beatriz Rocha. **O *prospective overruling* aplicado ao Direito Brasileiro: um estudo à luz da segurança jurídica**. Disponível em: [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/8923/1/2014\\_AnaBeatrizRochaWagnitz.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/8923/1/2014_AnaBeatrizRochaWagnitz.pdf) e acesso em 25/04/2017.

companheiro como herdeiro ocorridas entre 2003 a 2017, com base na relativização da coisa julgada inconstitucional<sup>6</sup> e isso gerará uma grande insegurança jurídica na nossa sociedade.

Para elaboração do presente estudo foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica na doutrina e jurisprudência especializadas, a fim de representar a mais fiel leitura sobre o tema e para propiciar um debate sobre a repercussão no mundo jurídico da decisão provável de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro.

## **2. RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR**

### **2.1 Repersonalização das relações familiares**

A evolução da entidade familiar acompanha a evolução da sociedade, não havendo como dissociar sua configuração dos costumes, princípios e valores prevalentes em determinada época histórica da humanidade.

Não é objetivo deste trabalho evidenciar a configuração da entidade familiar em tempos remotos, mas sim na contemporaneidade, com foco direcionado para o reconhecimento da união estável como entidade familiar, de acordo com disposição expressa do artigo 226, § 3º da Constituição Federal.

Dentro deste contexto, relevante abordar, mesmo que superficialmente, a repersonalização das relações familiares, defendida por Paulo Lobo, decorrente da profunda modificação na composição, natureza e função da família nas últimas décadas<sup>7</sup>.

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

Neste sentido, Maria Berenice Dias aponta a dificuldade atual em definir conceito de família, diante do fato desta ter deixado de ser considerada um núcleo de reprodução para mostrar-se como verdadeiro espaço de afeto e amor<sup>8</sup>. A fim de corroborar sua afirmação, a

---

<sup>6</sup> A coisa julgada inconstitucional se verifica quando uma sentença, transitada em julgado, encontra-se motivada em interpretação ou aplicação de lei tida pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição. CANCELLA, Carina Bellini. **Da relativização da coisa julgada inconstitucional**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521838> e acesso em 25/04/2017.

<sup>7</sup> LOBO, Paulo. **A Repersonalização das Relações Familiares**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5201> e acesso em 16/12/2014.

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 170.

autora evidencia a lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, a qual identificou família como qualquer relação íntima de afeto<sup>9</sup>.

Em termos práticos é possível contar com os ensinamentos de Maria Helena Diniz, para quem o vocábulo família conta com três acepções distintas: (1) acepção amplíssima, a qual abrange todos os indivíduos ligados por vínculo consanguíneo ou por afinidade, chegando a incluir pessoas que prestavam serviços domésticos, conforme artigo 1.412, §2º do Código Civil<sup>10</sup>; (2) acepção lata, formada pela família extensa, inclui cônjuges, companheiros, filhos, parentes na linha reta e na colateral até o quarto grau e os afins na linha reta e na linha colateral até o segundo grau, à exemplo dos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil<sup>11</sup> e; (3) acepção restrita, configurada pela família natural, que inclui apenas os cônjuges, conviventes e os filhos, independente do estado civil, conforme artigos 1.511<sup>12</sup> e 1.723<sup>13</sup> do Código Civil, por exemplo, ou apenas um dos pais e seus descendentes, conforme artigo 226, § 4º<sup>14</sup> da Constituição Federal<sup>15</sup>.

Portanto, nesta contextualização da entidade familiar contemporânea<sup>16</sup>, o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar possui intenso significado a fim de aproximar o direito da realidade vivida pela sociedade, o que lhe garantiu

---

<sup>9</sup> Lei 11.340/2006, art. 5º - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...] II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

<sup>10</sup> Art. 1.412, § 2º - As necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico.

<sup>11</sup> Art. 1.591 - São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592 - São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.593 - O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Art. 1.594 - Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Art. 1.595 - Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

<sup>12</sup> Art. 1.511 - O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

<sup>13</sup> Art. 1.723 - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

<sup>14</sup> Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5. p. 9-10 e 12.

<sup>16</sup> SILVEIRA, Diego Oliveira da. Namoro e união estável: como diferenciar essas relações? In: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (Coordenadores). **Família e Sucessões sob um Olhar Prático**. Coletânea editada pelo IBDFAM/RS - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013. p. 125.

maior visibilidade e respaldo no mundo jurídico, afinal, apesar da união estável ser uma forma de relacionamento tão antiga quanto o casamento, foi constantemente repelida pela sociedade e, obviamente pelo mundo jurídico, acarretando assim, a marginalização daqueles que optavam por viver em um relacionamento informal, sem a chancela do matrimônio.

## 2.2 União estável no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a figura do até então denominado concubinato, não possuía respaldo social, muito menos jurídico até o início do século XX, conforme Gagliano e Pamplona:

Até o início do século XX, qualquer tentativa de constituição de família fora dos cânones do matrimônio era destinatária da mais profunda repulsa social. A união livre simplesmente não era considerada como família e sua concepção era de uma relação ilícita, comumente associada ao adultério e que deveria ser rejeitada e proibida.<sup>17</sup>

No âmbito jurídico, coube mais uma vez ao Poder Judiciário e sua jurisprudência dar início a alteração da realidade vivida pelos companheiros, a fim de resguardar-lhes, minimamente direitos decorrentes da vida em comum. Com a edição da Súmula nº 35 do STF assegurou, na conjuntura do Direito Previdenciário, o direito da então concubina a ser indenizada pela morte do amásio, quando da ocorrência de acidente de trabalho ou transporte, desde que entre eles não houvesse impedimentos para o matrimônio<sup>18</sup>.

Utilizando do princípio de vedação ao enriquecimento ilícito, o Supremo editou a Súmula nº 380, segundo a qual “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é possível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”, neste ponto, a jurisprudência dos Tribunais dividia-se em duas correntes, àquela que reconhecia a atividade doméstica como contribuição para a formação do patrimônio comum e por outro lado àquela que exigia a comprovação de dispêndio de pecúnia por parte de ambos os companheiros, para esta última, a companheira que não colaborou financeiramente para formação do patrimônio, recebia indenização pelos serviços domésticos prestados.

Dimas Messias de Carvalho aponta ainda às Súmulas nºs 382 e 447 do STF, como regulamentadoras de aspectos do concubinato, prevendo que “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato” e “É válida a

<sup>17</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 414.

<sup>18</sup> Súmula 35 do STF: 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/listarJurisprudencia.asp?s1=35.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas> e acesso em: 02 de abril de 2017.

disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina”, respectivamente. Prossegue o autor, informando que apesar dos esforços da jurisprudência, a companheira não possuía previsão de alimentos, direitos sucessórios, usufruto ou direito real de habitação aos bens do companheiro falecido.<sup>19</sup>

Com a promulgação da Constituição de 1988, finalmente, a figura do concubinato, o qual passou a ser chamado de união estável, teve reconhecida sua condição como entidade familiar e em decorrência disso, contar com a proteção do Estado, nos termos do artigo 226, §3º. Entretanto, este reconhecimento constitucional, não representou, na prática, tratamento igualitário entre a união estável e o casamento, tendo em vista que a legislação ordinária existente nada previa a respeito dos direitos dos companheiros.

Seis anos após a promulgação da Constituição Cidadã, foi publicada a Lei 8.971/1994, a qual regulamentou o direito dos companheiros a alimentos, sucessão e exigiu prazo de cinco anos de convivência ou existência de filhos para configuração de união estável.<sup>20</sup>

Logo após, em 1996, foi publicada a lei 9.278/1996, que teve como finalidade regulamentar o artigo 226, § 3º da Constituição, enumerando novos conceitos e requisitos para caracterização da união estável, bem como sem estabelecer prazo mínimo e existência de prole. Esta última norma, regulou a partilha de bens em caso de dissolução, reconheceu direito a alimentos, instituiu direito real de habitação ao companheiro sobrevivente e determinou a competência do juízo de família para questões atinentes à união estável.<sup>21</sup>

Após a publicação destas duas normas, que representaram verdadeiro avanço na legislação pátria quanto aos direitos dos companheiros e que “igualaram” a união estável ao casamento, houve a promulgação do Código Civil de 2002, o qual, segundo a maioria da doutrina, representou verdadeiro retrocesso quanto aos direitos daqueles que optaram por viver em união estável, o que será abordado no tópico seguinte, em comparação com os direitos previstos aos cônjuges, no que diz respeito ao direito sucessório.

### **3. SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Antes de adentrar no campo específico da sucessão na união estável e no casamento, necessário tecer algumas breves considerações sobre a relevância do instituto da sucessão no mundo jurídico, tendo em vista se tratar do mecanismo responsável por dar continuidade a

---

<sup>19</sup> CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 453.

<sup>20</sup> Lei 8.971/1994. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm) e acesso em 02 de abril de 2017.

<sup>21</sup> Lei 9.278/1996. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm) e acesso em 02 de abril de 2017.

atos iniciados pelo de cujus em vida, organizar seu patrimônio e dar continuidade na vida social.

Nesta esteira, bem justifica José de Oliveira Ascensão:

O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar continuidade possível ao descontínuo causado pela morte.

A continuidade a que tende o Direito das Sucessões manifesta-se por uma pluralidade de pontos de vista.

No plano individual, ele procura assegurar finalidades próprias do autor da sucessão, mesmo para além do desaparecimento deste. Basta pensar na relevância do testamento.

A continuidade deixa marca forte na figura do herdeiro. Veremos que este é concebido ainda hoje como um continuador pessoal do autor da herança, ou *de cujus*. Este aspecto tem a sua manifestação mais alta na figura do herdeiro legitimatário.<sup>22</sup>

Flávio Tartuce leciona que, além da propriedade, o Direito Sucessório está embasado na função social desta e, além disso, valoriza a dignidade da pessoa humana, tanto no ponto de vista individual quanto no coletivo.<sup>23</sup>

Portanto, inquestionável a proeminência do instituto da sucessão na vida social, pois com a morte do *de cujus*, restam inúmeras pendências no campo social, afetivo e patrimonial que necessitam de atenção e regulamentação, a fim de garantir o atendimento de direitos e obrigações perante familiares e terceiros.

O que causa estranheza no campo doutrinário e jurisprudencial, é a forma com que o legislador, através do Código Civil de 2002, optou em regulamentar a sucessão da união estável, estabelecendo normas consideravelmente desfavoráveis, quando comparada com a sucessão do cônjuge sobrevivente, o que é vedado pela ordem constitucional, sob pena de violação ao princípio da igualdade, tendo em vista que tanto o casamento, quanto a união estável são entidades familiares.

Considerando o objetivo principal deste estudo, necessário esclarecer, inicialmente, alguns pontos cruciais ao entendimento do direito sucessório, para que desta forma seja possível demonstrar satisfatoriamente as incongruências que eivam de ilegalidade o tratamento despendido ao companheiro neste aspecto.

### 3.1 Sucessão legítima

O Código Civilista prevê duas espécies de sucessão, a testamentária e a legítima, as quais nos ensinamentos de Flávio Tartuce podem ser definidas da seguinte forma:

---

<sup>22</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Sucessões. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 13.

<sup>23</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 1341.

Sucessão legítima – aquela que decorre da lei, que enuncia a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade do autor da herança. É também denominada *sucessão ab intestato* justamente por inexistir testamento.

Sucessão testamentária – tem origem em ato de última vontade do morto, por testamento, legado ou codicilo, mecanismos sucessórios para exercício da autonomia privada do autor da herança.<sup>24</sup>

Em decorrência da finalidade pretendida, passamos a expor sobre a sucessão legítima, reconhecidamente mais utilizada em nosso ordenamento jurídico e a qual traz, em determinados dispositivos, tratamento diferenciado entre os herdeiros.

Neste contexto, relevante esclarecer que o Código prevê uma ordem de vocação hereditária, no artigo 1.829, que deve ser observada no caso da sucessão legítima. Contudo, em paralelo, aos herdeiros nomeados no artigo 1.829, há duas espécies de herdeiros, os necessários, informados no artigo 1.845 do Código Civil, descendentes, ascendentes e cônjuge e os herdeiros facultativos, companheiro e colaterais até o quarto grau, esta diferenciação é esclarecida por Maria Berenice Dias:

Todos os herdeiros – parentes até o quarto grau, cônjuge e companheiros – dispõem de legitimidade para suceder, legitimidade que decorre do fato de a lei os consagrar herdeiros. [...] Dentre os herdeiros, uns são considerados necessários, pois não podem ser privados da condição de herdeiros. [...] os parentes mais distantes são incluídos no rol dos herdeiros facultativos, pois podem ser privados da herança. Este é o critério que serve para dividir a sucessão legítima em necessária e facultativa.<sup>25</sup>

As disposições do artigo 1.829 que prevê a ordem de vocação hereditária, buscou dividir os herdeiros em classes, presumindo as preferências do *de cuius*:

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.

Como é possível perceber da leitura do referido artigo, o companheiro não foi incluído neste dispositivo, pois foi agraciado com artigo próprio para regulamentação da sucessão do companheiro, o artigo 1.790 localizado, espantosamente, no Capítulo I destinado às Disposições Gerais, do Título I, Sucessões, sendo esta a primeira crítica feita pelos doutrinadores, sob argumento de que o artigo 1.790 nada tem de disposições gerais, pelo contrário é específico em abordar a sucessão do companheiro:

---

<sup>24</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2014. p. 1341.

<sup>25</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 107.

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.

Traçadas as linhas fundamentais para o entendimento do instituto da sucessão, nos próximos itens serão abordadas diretamente a sucessão do cônjuge e do companheiro de acordo com as disposições do Direito Civil vigente.

### 3.2 Sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002

Curioso informar que no Brasil, durante a vigência do Código Filipino era reservada ao cônjuge a quarta posição na ordem de vocação hereditária, assim, até o ano de 1907, a ordem respeitada era: 1) descendentes até o infinito; 2) ascendentes, até o infinito; 3) colaterais até o décimo grau de consanguinidade; 4) cônjuge sobrevivente e, por fim 5) o fisco. Com a promulgação da lei 1.839/1907, o cônjuge passou a integrar a terceira classe e o grau de parentesco dos colaterais foi reduzido para o sexto.<sup>26</sup>

No Código Civil de 2002, os artigos 1.829 e 1.845 permitem concluir que além de herdeiro legítimo, o cônjuge é considerado herdeiro necessário, diante do que lhe é reconhecido o direito à herança do *de cuius* além do direito a meação, a qual se refere à metade dos bens comuns que não compõe a herança e sua extensão depende do regime de bens adotado pelos cônjuges.

Sobre este ponto Maria Berenice Dias esclarece:

Somente no regime de **separação de bens** (CC 1.687 e 1.688) o cônjuge não recebe meação, pois não existem bens comuns. [...]. No regime de **comunhão universal** de bens (CC 1.667 e 1.671), a meação corresponde à metade de todos os bens que compõe o acervo hereditário. Em se tratando de **comunhão parcial** (CC 1.658 a 1.666), a meação incide sobre o patrimônio amealhado durante o período de vida em comum. No regime de **participação final dos aquestos** (CC 1.672 a 1.686), a meação é calculada sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento. [...] No inconstitucional regime de **separação obrigatória** (CC 1.641), a lei nega o direito à meação. Porém, súmula do STF alterou o regime para o da comunhão parcial, preservando o direito à metade do acervo comum.<sup>27</sup>

Sendo assim, após a morte, primeiramente verifica-se a existência de meação, para somente então realizar o direito a herança e sua respectiva divisão, momento em que será

<sup>26</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**: Do Direito das Sucessões. V. XXI. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 2013.

<sup>27</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 131.

relevante o regime de bens adotado, a fim de estabelecer a concorrência do sobrevivente com os demais herdeiros, situação que será abordada a seguir.

### 3.2.1 Concorrência do cônjuge com os descendentes

O inciso I do artigo 1.829 prevê a concorrência do cônjuge sobrevivente e descendentes na condição de herdeiros, contudo sua redação dá azo a diversas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, a regra geral é a concorrência, mas há três exceções a esta regra, a primeira se os cônjuges eram casados no regime da comunhão universal de bens, a segunda, se casados no regime da separação obrigatória e, por fim, se casados no regime da comunhão parcial, inexistam bens particulares do autor da herança.

Diante de tantas exceções, Flávio Tartuce didaticamente elenca os regimes em que o cônjuge herda em concorrência, sendo estes, a comunhão parcial na existência de bens particulares; na participação final dos aquestos e na separação convencional de bens, em seguida o autor informa os regimes nos quais o cônjuge não herda em concorrência, quais sejam, comunhão parcial de bens, quando há bens particulares do *de cuius*, na comunhão universal de bens.<sup>28</sup>

No tocante ao regime da comunhão parcial de bens, o autor aponta o Enunciado 270 da CJF/STJ da III Jornada de Direito Civil, segundo o qual, a concorrência sucessória somente se refere aos bens particulares.<sup>29</sup>

Situação que não é tratada de forma unânime na doutrina, havendo quem defenda que a concorrência atinja também os bens comuns, à exemplo de Francisco Cahali e Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Entendimento isolado de Maria Berenice Dias, prega que a concorrência se refere apenas aos bens comuns.<sup>30</sup>

Por fim, mister destacar que no caso de concorrência com descentes, o cônjuge tem direito a mesma cota destinada aos filhos, nunca inferior a um quarto, de acordo com as disposições do artigo 1.832.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2014. p. 1378.

<sup>29</sup> O art. 1.829, inciso I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

<sup>30</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2014. p. 1380.

<sup>31</sup> Art. 1.832 - Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

### 3.2.2 Concorrência do cônjuge com os ascendentes

O entendimento da concorrência do cônjuge com os ascendentes é deveras simplificado comparado com as previsões do inciso I. Pelo inciso II a sucessão legítima será deferida aos ascendentes em concorrência com o cônjuge.

Ainda, pelo artigo 1.837 do Código Civil, no caso do cônjuge concorrer com dois ascendentes de primeiro grau, receberá um terço da herança. No entanto, concorrendo com um ascendente de primeiro grau caberá ao cônjuge a metade da herança, independentemente, do regime de bens, diversamente do que ocorre na concorrência do cônjuge com os descendentes.

### 3.2.3 Sucessão do cônjuge isoladamente

O inciso III do artigo 1.829 do Código Civil dispõe que na ausência de descendentes e ascendentes, a sucessão caberá exclusivamente ao cônjuge, independente do regime de bens adotado pelo casal.

Neste ponto, Tartuce traz à discussão o conteúdo do artigo 1.830<sup>32</sup>, em decorrência de duas situações, a primeira diz respeito ao fato de que grande parte da doutrina entende que com a Emenda Constitucional 66/2010, o instituto da separação deixou de existir, assim, o dispositivo teria perdido parte de sua utilidade prática, ao passo que somente seria aplicado aos casos de separação pré-existentes à emenda. O segundo ponto trata do resgate da figura da culpa, tão condenada dentro do Direito de Família, quanto a este elemento leciona Rolf Madaleno:

Abre a nova lei o exame da culpa funerária, ao prescrever que só conhece o direito sucessório do cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava 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. É a pesquisa oficial da culpa mortuária passados até dois anos de fática separação, quando toda a construção doutrinária e jurisprudencial já vinha apontando para a extinção do regime de comunicação patrimonial com a física separação dos cônjuges, numa consequência de lógica coerência da separação objetiva, pela mera aferição do tempo, que por si mesmo sepulta qualquer antiga comunhão de vida.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Art. 1.830 - Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

<sup>33</sup> MADALENO, Rolf. **Conferência sucessória e o trânsito processual**. Disponível em: [http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=42](http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=42)> e acesso em: 28/09/2010.

Ainda, quanto aos direitos sucessórios do cônjuge, o artigo 1.831 aborda a existência do direito real de habitação com relação ao imóvel destinado à residência da família desde que seja o único desta natureza à inventariar.<sup>34</sup>

### **3.2.4 Sucessão dos colaterais**

Finalizando as disposições do artigo 1.829, o inciso IV prevê o chamamento dos parentes colaterais, na ordem de vocação hereditária, que somente serão chamados no caso de inexistência de descendentes, ascendentes e cônjuge.

Não sendo objetivo deste trabalho aprofundar a sucessão dos colaterais, limita-se a evidenciar que no caso da sucessão do cônjuge, os parentes colaterais aparecem na quarta linha sucessória, inexistindo previsão de qualquer hipótese em que estes concorram com os herdeiros das linhas anteriores, ponto que se diferencia quando da sucessão do companheiro, como veremos em no tópico seguinte.

## **3.3 Sucessão do companheiro no Código Civil de 2002**

A sucessão do companheiro, atualmente, é regulamentada pelo artigo 1.790 do Código Civil, polêmico e contraditório de acordo com grande parte da doutrina e jurisprudência, desde sua localização na norma, por ter sido incluído dentro das Disposições Gerais.

Venosa traz à tona inclusive a criação, pelo legislador, de uma possível figura híbrida entre o herdeiro e o mero participante da herança, devido a infeliz escolha do termo “participará” constante no caput do artigo.<sup>35</sup>

Apesar das contradições e polêmicas, o fato é que o artigo 1.790 está vigente, sendo aplicável à sucessão de companheiros hetero e homoafetivos, o que foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF.

A aplicação do conteúdo deste artigo tem causado grande alvoroço, devido principalmente a discussão acerca de sua inconstitucionalidade. Contudo, primeiramente será abordado o conteúdo do dispositivo em si.

---

<sup>34</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.

<sup>35</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.150.

Pelo caput do artigo 1.790, o companheiro somente participará da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente, na vigência da união. Diante desta assertiva Tartuce faz questionamento pertinente, relacionado a hipótese de, no caso do autor da herança possuir apenas bens adquiridos/recebidos à título gratuito, inexistindo descendentes e ascendentes ou colaterais, os bens serão destinados ao companheiro ou ao Estado?

O autor Flávio Tartuce afirma que, em decorrência do conteúdo do artigo 1.844<sup>36</sup> o patrimônio deverá ser destinado ao companheiro, existindo contudo, corrente contrária defendida por Gisela Hironaka, Rodrigo da Cunha Pereira e Zeno Veloso, por exemplo, segundo a qual o companheiro deve concorrer com o Estado.<sup>37</sup>

Iniciando o estudo dos incisos, o I aponta a concorrência do companheiro com filhos comuns, ou seja, tanto filhos do *de cuius*, quanto filhos do sobrevivente. Neste caso, a legislação prevê que caberá ao companheiro a mesma cota reservada aos filhos.

Forçoso informar que esta é a mesma regra observada no caso de existir descendentes comuns, entendimento autorizado pelo Enunciado 266 do Conselho da Justiça Federal da III Jornada de Direito Civil.<sup>38</sup>

Quanto às previsões do inciso II, concorrendo o cônjuge com descendentes do autor da herança terá direito à metade do que couber a cada um deles.

O inciso III prevê a concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis, incluindo nestes os ascendentes e colaterais até quarto grau, disposição que gera intensa polêmica, inclusive quanto a sua constitucionalidade, ao passo que coloca o companheiro em igualdade de condições com parentes que, não raras vezes, o *de cuius* não tem conhecimento sequer do nome e, concomitantemente, determina tratamento diferente daquele designado ao cônjuge supérstite, em escancarada violação a princípios constitucionais, que serão abordados no tópico seguinte, o qual analisará se o art. 1.790 do Código Civil está em consonância com as normas constitucionais ou se esse dispositivo legal afronta, em especial, o Princípio da Igualdade, eis que a Carta Magna equiparou diversas modalidades de constituição de família, conforme demonstrado na parte inicial deste artigo científico.

---

<sup>36</sup> Art. 1.844 - Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

<sup>37</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2014. p. 1.393-1.394.

<sup>38</sup> Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.

#### 4. O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE PERANTE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A IMPERIOSA MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO DO RE 878.694-MG

São encontrados na doutrina e jurisprudência entendimentos que questionam a constitucionalidade do artigo 1.790 no todo ou em parte, neste último caso, referindo-se apenas ao inciso III. No presente estudo será analisado o inteiro teor do artigo com objetivo de evidenciar a total ausência de isonomia na sucessão do companheiro com relação ao cônjuge sobrevivente.

Inicialmente, cabe mencionar que, conforme aponta Gisela Hironaka, não havia previsão de dispositivos reguladores da sucessão na união estável no anteprojeto do Código Civil, datado ainda de 1972, diante disso, o Senador Nelson Carneiro, utilizando-se das ideias de Orlando Gomes, apresentou emenda para suprir a lacuna, situação que ensejou a promulgação de uma nova lei que já nasceu velha<sup>39</sup> e não foi capaz de observar os princípios constitucionais implementados a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, especialmente o da dignidade da pessoa humana, igualdade e a proibição do retrocesso social.

O princípio da dignidade da pessoa humana é desrespeitado pelo artigo 1.790 do Código Civil, a partir do momento em que a família representa o local apropriado para que os membros da família desenvolvam sua própria dignidade.<sup>40</sup>

Quando a codificação civil de 2002 estabelece regramentos diferenciados para a mesma situação vivenciada por entidades familiares está a desconsiderá-las como local capaz de garantir a dignidade de seus membros. A família é espaço comunitário que se busca concretizar a realização da existência digna do indivíduo e comunhão de vida deste com os demais membros. A proteção da entidade familiar, quando vigente o patriarcado, cedeu espaço a preocupação com a dignidade de cada indivíduo que a compõe, buscando uma harmonização entre os valores coletivos da família e os pessoais de cada membro. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões Brasileiro**: disposições gerais e sucessão legítima. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pPPJKkY4gmcJ:seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_dir\\_eito/article/view/692+&cd=2&hj=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pPPJKkY4gmcJ:seer.uscs.edu.br/index.php/revista_dir_eito/article/view/692+&cd=2&hj=pt-BR&ct=clnk&gl=br) e acesso em 27/10/2014.

<sup>40</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

<sup>41</sup> LÓBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55-56.

Assim como para toda ordem constitucional, bem como para a manutenção do próprio Estado de Direito, o Princípio da Igualdade tem relevância singular dentro da entidade familiar, ao passo que ao longo dos anos foi capaz de solapar atrocidades contidas na legislação, à exemplo da distinção entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, bem como a desigualdade entre homem e mulher.

Quanto as entidades familiares, o princípio da igualdade está presente nas disposições do artigo 226, §§3º e 4º<sup>42</sup>, a partir do momento que houve menção de outras espécies de família além daquela oriunda do casamento, não sendo admitido tratamento, ou até mesmo que a proteção do Estado ao qual estão todas submetidas, seja realizada de forma a desprivilegiar alguma das entidades familiares em favor de outras.

Neste aspecto, Fernanda Moreira dos Santos traz relevante esclarecimento:

Admitir a superioridade do casamento significa proteger mais, ou prioritariamente, algumas pessoas em detrimento de outras, simplesmente porque aquelas optaram por constituir uma família a partir da celebração do ato formal do matrimônio. Esta situação, sem dúvida, enseja uma contrariedade ao ordenamento constitucional, violando o princípio da igualdade, na medida em que estabelece privilégios a alguns indivíduos em prejuízo de outros, de forma injustificada.<sup>43</sup>

O rol exemplificativo de entidades familiares assim reconhecidas pela Constituição da república de 1988 em seu artigo 226 trouxe consequências jurídicas importantes para as pessoas que optam por uma convivência informal, especialmente no que diz respeito ao tratamento igualitário. Finalizando a exposição acerca dos princípios frequentemente violados pelo artigo 1.790, temos o Princípio do Não Retrocesso Social, pelo qual o ordenamento jurídico não aceita que os direitos sociais e econômicos que já tenham obtido determinado grau de realização, sejam desconsiderados ou desrespeitados por atos posteriores, isto é, limita que haja a reversibilidade de direitos já adquiridos, situação que acarretaria violação também aos princípios da confiança e segurança do cidadão no âmbito econômico, social e cultural, além do núcleo essencial da existência mínima, atrelado à dignidade da pessoa humana<sup>44</sup>.

Zeno Veloso, afirma que a formulação do princípio ocorre da seguinte forma:

---

<sup>42</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. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

<sup>43</sup> SANTOS, Fernanda Moreira. **União estável e direitos sucessórios à luz do Direito Civil-Constitucional**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8213/uniao-estavel-e-direitos-sucessorios-a-luz-do-direito-civil-constitucional> e acesso em 02/04/2017.

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 320

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas, deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais, quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial: “a liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”<sup>45</sup>

Neste contexto, é possível afirmar que as disposições da sucessão do companheiro, previstas no artigo 1.790 representam um retrocesso se comparadas com as legislações anteriores que regulamentaram o tema, quais sejam, lei 8.971/1994 e 9.27/1996, tendo em vista que nestas os direitos previstos beneficiavam a companheiro.

Portanto, as limitações do artigo 1.790 do Código Civil, além de em desacordo com a Constituição Federal, representam um retrocesso na condição sucessória do companheiro e a decisão de inconstitucionalidade do REx 878.694-MG vai corrigir esse retrocesso.

#### **4.1 Artigo 1.790 do Código Civil de acordo com a doutrina e a jurisprudência**

Na doutrina, assim como na jurisprudência é possível identificar defensores da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, sob argumento de que a previsão do artigo 226, § 3º não teve a pretensão de igualar as espécies de entidades familiares ali previstas, especialmente até porque a própria Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de conversão da união estável em casamento, de maneira facilitada, sendo cada um instituto próprio dotado de regulamentação exclusiva.

Neste sentido, é possível colacionar o teor do Recurso 2009.00.2.001862-2, acórdão 355.492 da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal de Relatoria do Desembargador Natanael Caetano, cuja argumentação se expõe:

A Constituição Federal não equiparou o instituto da união estável ao do casamento, tendo tão somente reconhecido aquele como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF/1988). Dessa forma, é possível verificar que a legislação civil buscou resguardar, de forma especial, o direito do cônjuge, o qual possui prerrogativas que não são asseguradas ao companheiro. Sendo assim, o tratamento diferenciado dado pelo Código Civil a esses institutos, especialmente no tocante ao direito sobre a participação na herança do companheiro ou do cônjuge falecido, não ofende o princípio da isonomia, mesmo que, em determinados casos, como o dos presentes autos, possa parecer que o companheiro tenha sido privilegiado. O artigo 1.790 do Código Civil, portanto, é constitucional, pois não fere o princípio da isonomia.

Na mesma linha de entendimento, segue o incidente de inconstitucionalidade suscitado ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de número 70029390374, que

---

<sup>45</sup> VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

decidiu pela constitucionalidade do inciso III do polêmico artigo, no qual a maioria dos Desembargadores acompanharam o voto de divergência proferido pela Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, que utilizou como principal argumento o fato de que o legislador constituinte não equiparou o casamento e a união estável, conforme abaixo:

Ao determinar a facilitação da conversão da união estável em casamento, distinguiu o Constituinte o casamento da união estável. Não há, portanto, equiparação constitucional entre a união estável e o casamento. Tivesse assim feito, não seria necessária a sua conversão em casamento, se assim fosse de interesse das pessoas. Teriam status de casadas todas as pessoas que mantivessem união estável.<sup>46</sup>

Na linha contrária, está pendente de julgamento o Recurso Extraordinário 878.694-MG, o qual teve Repercussão Geral reconhecida em decorrência da relevância social e jurídica acerca do tema e discute a inconstitucionalidade de todo o artigo 1.790 do CCB.

O Relator, Ministro Roberto Barroso votou pelo provimento do Recurso para “reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, por violar a igualdade entre as famílias, consagrado no artigo 226 da Constituição Federal, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação do retrocesso e da proteção deficiente”, sendo reconhecido o direito da companheira em participar da herança, com observância das disposições do artigo 1.829 do Diploma Civil.

O voto do Relator foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachim, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Melo e Carmem Lucia. O Ministro Dias Toffoli, pediu vistas antes de proferir seu voto, utilizando-se da justificção apresentada pelo legislador do Código Civil de 2002, para divergir do posicionamento do Relator, argumentando que o tratamento diferenciado na sucessão do companheiro e do cônjuge, prima pelo respeito a liberdade, pela autonomia da vontade dos conviventes. Aduzindo ainda que não há hierarquia entre o casamento e a união estável, mas que o legislador procurou evidenciar serem estas formas diferentes de entidades familiares. Com base nesse fundamento, o voto do Ministro Dias Toffoli culminou pelo reconhecimento da constitucionalidade do artigo 1.790. Após o voto do Ministro Dias Toffoli, o Ministro Marco Aurélio pediu vistas dos autos, sendo que dia 19 de abril de 2017 esse recurso foi incluído para julgamento na pauta do dia 10 de maio de 2017<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> TJRS. Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029390374. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu pela constitucionalidade do inciso III do polêmico artigo, no qual a maioria dos Desembargadores acompanharam o voto de divergência proferido pela Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. Julgado em: 09/11/2009.

<sup>47</sup> Andamento processual do Recurso Extraordinário nº 878.694-MG. Pleno do STF, Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004> e acesso em 25/04/2017.

Tendo em vista, que 07 dos 11 ministros que integram o Supremo Tribunal Federal já votaram pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro, com a aplicação das regras sucessórias aplicáveis a vocação legítima previstas nos arts. 1.829 e seguintes do mesmo Diploma Legal e como é incomum a retratação (alteração de voto) de ministro que já tenha votado, a provável decisão do RE 878.694-MG deve ser dirigida pelo voto do Relator Min. Roberto Barroso pela inconstitucionalidade total do art. 1.790 do Código Civil.

Como a eficácia da declaração de inconstitucionalidade é *ex tunc* e como a repercussão geral possui efeitos *erga omnes*, importante apontar a necessidade da modulação dos efeitos da decisão a ser proferida no RE 878.694-MG e passa-se a analisar essa imperiosa modulação de efeitos e as consequências na sua omissão.

#### **4.2 A necessidade da modulação de efeitos do RE 878.694-MG e as consequências da sua omissão**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal deverá retomar o julgamento do Recurso Extraordinário, com Repercussão Geral, nº 878.694-MG e confirmando-se a decisão de inconstitucionalidade total do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro e com a consequência aplicação das regras sucessórias da vocação hereditária, os efeitos dessa decisão serão *ex tunc*<sup>48</sup> e terão abrangência *erga omnes*, em face da ocorrência de um *overruling*<sup>49</sup> na jurisprudência sobre essa matéria.

Assim a provável decisão do RE 878.694-MG de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil resultará em uma grave insegurança jurídica, pois poderá ensejar a discussão sobre a reabertura de partilhas de inventários que tenham companheiro como herdeiro ocorridos entre os anos de 2003 (morte do autor da herança a partir de 10/01/2003) a 2017, com base na relativização da coisa julgada inconstitucional<sup>50</sup>.

Destaca-se, que a hipótese da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado de constitucionalidade a Lei nº 9.868/1999 estabelece em seu artigo 27 que:

---

<sup>48</sup> O efeito *ex tunc* estabelece que os efeitos de um ato ou decisão retornam ao momento da sua edição. Ver: MATHIAS, Maria Ligia Coelho; Lourenço, José. **Efeitos ex tunc e ex nunc na mudança de regime de bens no casamento e na união estável**. RJLB, Ano 2017, nº 01, Pags. 509/544. Disponível em: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/1/2017\\_01\\_0509\\_0544.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0509_0544.pdf) e acesso em 25/04/2017.

<sup>49</sup> *Overruling* é a técnica proveniente do Common Law, que designa a modulação de efeitos temporais quando da alteração de um precedente da Corte, em controle difuso de constitucionalidade. Ver: WAGNITZ, Ana Beatriz Rocha. **O prospective overruling aplicado ao Direito Brasileiro: um estudo à luz da segurança jurídica**. Disponível em: [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/8923/1/2014\\_AnaBeatrizRochaWagnitz.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/8923/1/2014_AnaBeatrizRochaWagnitz.pdf) e acesso em 25/04/2017.

<sup>50</sup> A coisa julgada inconstitucional se verifica quando uma sentença, transitada em julgado, encontra-se motivada em interpretação ou aplicação de lei tida pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição. CANCELLA, Carina Bellini. **Da relativização da coisa julgada inconstitucional**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521838> e acesso em 25/04/2017.

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

Embora, a Lei nº 9.868/1999 regule a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado de constitucionalidade, entende-se que o Supremo Tribunal Federal poderá modular os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade em controle difuso de constitucionalidade, como é o caso do julgamento do RE 878.694-MG, conforme leciona Antônio de Pádua Soubhie Nogueira em sua tese de Doutorado defendida perante a USP<sup>51</sup>.

Inclusive, em alguns precedentes, como por exemplo: HC 70.514/RS (prazo em dobro para a Defensoria Pública); HC 82.959-7/SP (execução da pena nos crimes hediondos) e INQ 687-4 (foro privilegiado), o Supremo Tribunal Federal realizou um *overruling*<sup>52</sup> na sua jurisprudência e nesses casos determinou a aplicação da decisão concedida em controle difuso de constitucionalidade para todos os casos a partir dessas decisões.

Em face disso, as partilhas em inventários que tiveram companheiros como herdeiros estarão sob à égide de uma coisa julgada inconstitucional, eis que realizadas com base no art. 1.790 do Código Civil, o qual estará sendo julgado inconstitucional pela Corte Suprema.

Sinale-se, que a existência da coisa julgada inconstitucional permite que o manto sagrado da imodificabilidade das decisões judiciais seja relativizado pelo Poder Judiciário, como aponta Humberto Theodoro Junior, cujo entendimento se evidencia:

[...] A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é, entre nós, uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a ideia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional.<sup>53</sup>

Portanto, ao retomar o julgado do RE 878.694-MG o Plenário do Supremo Tribunal Federal deverá modular os efeitos dessa decisão, pois haverá grave insegurança jurídica e existirá notório e excepcional interesse social, os quais são os requisitos exigidos pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99, sob pena de viabilizar a discussão da reabertura das partilhas inconstitucionais realizadas nas sucessões do companheiro realizadas entre a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (vigência: **10/01/2003**) e a publicação dessa decisão pelo STF.

---

<sup>51</sup> NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. **Modulação de efeitos das decisões no Processo Civil**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-28082015-0> e acesso em 25/04/2017.

<sup>52</sup> WAGNITZ, Ana Beatriz Rocha. **O prospective overruling aplicado ao Direito Brasileiro: um estudo à luz da segurança jurídica**. Disponível em: [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/8923/1/2014\\_AnaBeatrizRochaWagnitz.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/8923/1/2014_AnaBeatrizRochaWagnitz.pdf) e acesso em 25/04/2017.

<sup>53</sup> THEODORO JR., Humberto. Sentença inconstitucional: nulidade, inexistência, rescindibilidade, *In: Revista Dialética de Direito Processual*. V. 63. Ano: 2014. São Paulo: Dialética. p.46.

Embora, as partilhas ocorridas nas sucessões que tinham companheiros sejam extremamente injustas e inconstitucionais, em face dos princípios trabalhados no decorrer deste trabalho, acredita-se que a Suprema Corte, através da aprovação de 2/3 de seus membros, vai modular os efeitos da decisão do RE 878.694-MG para que a mesma seja aplicada com efeitos *erga omnes* para as partilhas que não tenham sido ultimadas até essa decisão, sendo que essa seria a hipótese mais justa e lógica ao sistema jurídico pátrio ou que esse julgamento, somente, terá efeitos para as demais pessoas a partir do trânsito em julgado desse precedente, tutelando, assim, a segurança jurídica e preservando as partilhas já realizadas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela explanação realizada, resta evidente a forma de tratamento diferenciada prevista na sucessão do companheiro, se comparada àquela que regulamenta a sucessão do cônjuge, esta diferenciação decorre da forma atropelada com que os artigos atinentes à sucessão da união estável foram inseridos no Código Civil de 2002, a qual não analisou o tema com a profundidade devida, bem como sem observar os ditames de preceitos constitucionais.

Esta diferenciação acarreta contradições na prática, ao passo que a Constituição afirma ser dever do Estado a proteção da família ao mesmo tempo em que sujeita o companheiro sobrevivente a dividir os bens amealhados por toda uma vida ao lado do *de cuius* com parentes distantes que frequentemente não possui convivência próxima.

A corrente que defende a constitucionalidade do artigo 1.790 sob argumento de que é necessário respeitar a autonomia da vontade daqueles que optam por viver em união estável, considerada informal, cai por terra a partir do momento em que a todo modo, legislação e Estado interferem igualmente quando da sucessão, estabelecendo normas que interferem na autonomia da vontade, que acabam por impor um formalismo em um momento em que a sociedade contemporânea não deseja em sua expressiva parcela.

Desta forma, não há como aceitar a previsão de normas que privilegiem parentes distantes em prejuízo do companheiro. Utilizar-se desta argumentação parece no mínimo contraditório, na medida em que se defende o respeito a informalidade da união estável, ao mesmo tempo em que se prega o respeito de normas violadoras de princípios constitucionais que autorizam diferenciação às entidades familiares.

Como é possível verificar, o teor do artigo 1.790 do Código Civil gera muita discussão, existindo argumentação contrária e favorável a sua inconstitucionalidade, e com relação a esta, ainda há divisão quanto àqueles que entendem ser inconstitucional o artigo inteiro e outros defendem a inconstitucionalidade apenas o inciso III, o fato é que em breve ocorrerá a conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário 868.694-MG pelo Supremo Tribunal Federal e com isso a matéria será pacificada, restando aos interpretadores e aplicadores do Direito concretizar os efeitos desta decisão.

Inclusive, acredita-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal deverá julgar o Recurso Extraordinário, com Repercussão Geral, nº 878.694-MG, confirmando a decisão de inconstitucionalidade total do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro e aplicando as regras sucessórias da vocação hereditária e devido a existência dos efeitos *ex tunc* naturais da declaração da inconstitucionalidade, aponta-se que é imperiosa a modulação dos efeitos dessa decisão pelo Corte Suprema, sob pena de gerar uma grave insegurança jurídica em nosso país.

Reitera-se, que embora as partilhas ocorridas nas sucessões das uniões estáveis sejam extremamente injustas e inconstitucionais, acredita-se que o STF deverá modular os efeitos da decisão do RE 878.694-MG para que a mesma seja aplicada para as partilhas não concluídas até a data dessa decisão ou que os efeitos desse julgamento, somente, ocorrerão a partir do trânsito em julgado desse *overruling*, respeitando e tutelando, assim, a segurança jurídica das partilhas ultimadas sob à égide do malfadado art. 1.790 do Código Civil Brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Sucessões. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BRASIL. Constituição Federal. Código Civil. Leis da União Estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996). Lei da ADI/ADC (Lei nº 9.868/99). Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).

CANCELLA, Carina Bellini. **Da relativização da coisa julgada inconstitucional**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521838> e acesso em 25/04/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.  
\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 22ª ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões Brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima**. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pPPPJKkY4gmcJ:seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/article/view/692+&cd=2&hj=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pPPPJKkY4gmcJ:seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/692+&cd=2&hj=pt-BR&ct=clnk&gl=br) e acesso em 27/10/2014.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Sucessões**. V. XXI. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2014.  
\_\_\_\_\_. **A Repersonalização das Relações Familiares**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5201> e acesso em 16/12/2014.

MADALENO, Rolf. **Conferência sucessória e o trânsito processual**. Disponível em: [http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=42](http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=42) e acesso em: 28/09/2010.

MATHIAS, Maria Ligia Coelho; Lourenço, José. **Efeitos ex tunc e ex nunc na mudança de regime de bens no casamento e na união estável**. RJLB, Ano 2017, nº 01, Pag. 509/544. Disponível em: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/1/2017\\_01\\_0509\\_0544.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0509_0544.pdf) e acesso em 25/04/2017.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. **Modulação de efeitos das decisões no Processo Civil**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-28082015-0> e acesso em 25/04/2017.

SANTOS, Fernanda Moreira. **União estável e direitos sucessórios à luz do Direito Civil-Constitucional**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8213/uniao-estavel-e-direitos-sucessorios-a-luz-do-direito-civil-constitucional> e acesso em 02/04/2017.

SILVEIRA, Diego Oliveira da. Namoro e união estável: como diferenciar essas relações? *In*: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (Coordenadores). **Família e Sucessões sob um Olhar Prático**. Coletânea editada pelo IBDFAM/RS - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013.

STF. Precedentes: HC 70.514/RS, HC 82.959-7/SP e INQ. 687-4 e Andamento processual do Recurso Extraordinário nº 878.694-MG. Pleno, Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004> e acesso em 25/04/2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

THEODORO JR., Humberto. Sentença inconstitucional: nulidade, inexistência, rescindibilidade, *In: Revista Dialética de Direito Processual*. V. 63. Ano: 2014. São Paulo: Dialética.

TJDF. Recurso nº 2009.00.2.001862-2 - Acórdão 355.492, da Primeira Turma Cível, Relator: Des Natanael Caetano.

TJRS. Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029390374. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu pela constitucionalidade do inciso III do polêmico artigo, no qual a maioria dos Desembargadores acompanharam o voto de divergência proferido pela Des<sup>a</sup>. Maria Isabel de Azevedo Souza. Julgado em: 09/11/2009.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WAGNITZ, Ana Beatriz Rocha. **O *prospective overruling* aplicado ao Direito Brasileiro: um estudo à luz da segurança jurídica**. Disponível em: [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/8923/1/2014\\_AnaBeatrizRochaWagnitz.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/8923/1/2014_AnaBeatrizRochaWagnitz.pdf) e acesso em 25/04/2017.