



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR  
MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO  
EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**RE 878.694-MG (em Repercussão Geral)**

*“Entidade familiar’ não significa algo diferente de ‘família’, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão ‘entidade familiar’ não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da subfamília, família de segunda classe ou família ‘mais ou menos’” (relembrando o poema de Chico Xavier).”*

(Trecho do voto do Ministro Ayres de Brito na ADI nº 4.277/2011)

**O INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS**, com a sigla IAB, associação sem fins lucrativos, de caráter nacional, com personalidade jurídica de direito privado, fundado em sete de agosto de 1843, considerado de utilidade pública pelo Decreto Legislativo nº 4.753-A, de 28 de novembro de 1923, CNPJ nº 02.571.616/0001-48, com sede na cidade do Rio de Janeiro na Av. Marechal Câmara n. 210, 5º andar, através de seus procuradores, e esperando trazer importantes suplementos para justa solução do feito em epígrafe, vem requerer a Vossa Excelência sua admissão no presente Recurso Extraordinário nº 878.694-MG, na condição de **AMICUS CURIAE**, pelos fatos e fundamentos que se seguem.



## I. DA POSSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO.

Proclama o artigo 138 do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015):

*“Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.*

*Art. 1.035 do CPC/2015: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...) § 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> “Tendo em vista que a fixação do entendimento sobre a existência ou não de repercussão geral relativamente a tese jurídica discutida no RE poderá tornar-se paradigma, isto é, *decisão-quadro* para casos futuros (RISTF), a norma permite que o STF admita a participação de terceiros em manifesta subscrita por procurador habilitado, mediante decisão irrecorrível do relator do RE, de ofício ou a requerimento, no prazo que fixar (RISTF 323 § 2º). Esse terceiro admitido no processo funcionará como *amicus curiae*, auxiliar do STJ na discussão da repercussão geral, tal como ocorre no processo da ADIn (LADin 7º).” NERY JUNIOR e ANDRADE NERY, Rosa Maria, *Comentários ao*



Por sua vez, dispõe o Regimento Interno do Pretório Excelso:

*“Art. 323 § 2º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: **Mediante decisão irrecorrível, poderá o Relator admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado sobre a repercussão geral.**”*

A propósito, o ora requerente destaca os seguintes trechos doutrinários, da pena de respeitáveis doutrinadores:

*“A partir dessa regulamentação legal, pode-se afirmar que o amicus curiae é um colaborador do juiz, a quem compete, com exclusividade, admitir seu ingresso no processo (art.138 § 2º). Essa conclusão é respaldada pelo fato de ser irrecorrível a decisão que admitir ou não o amicus curiae (art.138), assim como pelo motivo que cabe ao magistrado a delimitação de sua atuação, pois será quem estabelece os poderes que o amicus curiae irá exercitar (art.13 §2º), na medida que entender necessário para auxiliá-lo.”*  
*(...) “A fim de sanar esse vácuo legislativo, bem como algumas incongruências da jurisprudência a respeito do tema, o Novo Código de Processo Civil regula, em capítulo próprio, o instituto do amicus curiae (capítulo V, art.138), dispondo sobre a forma e os requisitos que autorizam a sua intervenção e os respectivos poderes. É preciso entender que a expressão representatividade adequada não exige que o amicus curiae seja o porta-voz de um grupo ou de um determinado segmento social, mas sim que tenha conhecimento e idoneidade para colaborar para o esclarecimento das questões em debate. O novo Código não exige que o amicus curiae seja um sujeito imparcial, ou melhor um terceiro imparcial. Esta questão, ademais, é absolutamente irrelevante, até porque,*

---

*Código de Processo Civil, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p.1.035.*



*assim fosse, a sua intervenção sempre poderia ser questionada e impugnada - por suspeita de interesse na causa, v.g.- pela parte prejudicada. O importante é que ele possa, na forma da lei, cooperar com o juízo.”<sup>2</sup>*

**“O amicus curiae é um terceiro que ingressa no processo para fornecer subsídios ao órgão jurisdicional para o julgamento da causa. Pode ser pessoa natural ou jurídica, é até mesmo órgão ou entidade sem personalidade jurídica (art.13). Exige a lei, para que se possa intervir como amicus curiae, que esteja presente a representatividade adequada, isto é, deve o amicus curiae ser alguém capaz de representar, de forma adequada, o interesse que busca ver protegido no processo (FPPC, enunciado 12: “A representatividade adequada exigida do amicus curiae não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa”). Registre-se aqui, então, aqui, um ponto relevante: o amicus curiae não é um “terceiro imparcial”, como é o Ministério Público que intervém como fiscal da ordem jurídica. O amicus curiae é um sujeito parcial, que tem por objetivo ver um interesse (que sustenta) tutelado. Dito de outro modo, ao amicus curiae interessa que uma das partes saia vencedor na causa, e fornecerá ao órgão jurisdicional elementos que evidentemente se destinam a ver essa parte obter resultado favorável. O que o distingue do assistente (que também, intervém por ter interesse em que uma das partes obtenha uma sentença favorável) é a natureza do interesse que legitima a intervenção.”**

Esse Pretório Excelso já havia se manifestado no sentido de não restringir o instituto *do amicus curiae* às ações onde o controle é concentrado.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cesar. Comentários ao Novo Código de Processo Civil, coordenadores Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Gen/Editora Forense, 2015, p.250/251.

<sup>3</sup> RE 415454/SC, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 08/02/07. Publ. 26/10/07.



Não menos importante, já fora decidido pela nossa E. Corte Maior:

*“[...] a exigência de repercussão geral da questão constitucional tornou definitiva a objetivação do julgamento do Recurso Extraordinário e dos efeitos dele decorrentes, de modo a que a tese jurídica a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal seja aplicada a todos os casos cuja identidade de matérias já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) ou pelos juízos e tribunais de origem (art. 543-B do Código de Processo Civil), ainda que a conclusão de julgamento seja diversa de cada caso. Essa nova característica torna mais legítima a presença de ‘amicus curiae’, ainda que não se tenha disposição legal expressa.”<sup>4</sup>*

Considerando a pertinência entre o tema a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal e as atribuições institucionais do IAB (Estatuto e Regimento Interno anexo ao presente), percebe-se a importância de sua atuação no feito, ainda que posterior ao reconhecimento da repercussão geral sobre a matéria, conforme a interpretação adotada por esta Egrégia Corte no aludido RE nº 565.714: *“A presença do amicus curiae no momento em que se julgará a questão constitucional, cuja repercussão geral fora reconhecida, não só é possível como desejada.”*

Não é possível esquecer, outrossim, que, segundo o IBGE, em pesquisa divulgada em 2012 (na atualidade esse número vem crescendo) sob o título **“1/3 dos casais no Brasil vive junto sem oficialização”** (temos hoje, como é sabido, cerca de 200 milhões de habitantes). Assim, **expressivo número de membros de nossa sociedade que vivem em união estável será alcançado com a relevante decisão a ser prolatada no presente feito**, sendo de se destacar que em alguns Estados, *o percentual atinge número superior ao de casais consorciados em matrimônio, verbis:*

---

<sup>4</sup> STF, RE 565.714/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em 30.04.2008.



*“Mais de um terço das uniões no Brasil são consensuais, sem casamento civil ou religioso. De acordo com levantamento divulgado nesta quarta-feira (17) pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com base em dados do Censo de 2010, este tipo de relacionamento aumentou de 28,6%, em 2000, para 36,4% do total, no último levantamento.*

*No mesmo período, o percentual de unidos por casamento civil e religioso caiu de 49,4% para 42,9%. Em 2010, as ligações somente por casamento civil representavam 17,2% do total de relacionamentos. As uniões registradas apenas pelo casamento religioso, segundo o IBGE, eram 3,4%.*

*O estudo mostra que a união sem formalização é mais frequente em classes sociais mais baixas, representando 48,9% das ligações na população com rendimento de até meio salário mínimo, e entre brasileiros de até 39 anos. Conforme o rendimento do casal aumenta, a representatividade da união estável consensual diminui.*

*O Amapá foi o estado que apresentou o maior percentual de uniões consensuais: 63,5% do total de pares.”*

([g1.globo.com/brasil/.../mais-de-um-terco-de-unioes-no-pais-e-consensua...pesquisa](http://g1.globo.com/brasil/.../mais-de-um-terco-de-unioes-no-pais-e-consensua...pesquisa) em 28.04.2016). (destaques do requerente)

Diante desse importante quadro e da evolução interpretativa do *amicus curiae*, extraem-se os fundamentos necessários para justificar a intervenção no presente procedimento do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Destarte, seja pela relevância da matéria discutida, seja pela representatividade do postulante como entidade centenária que tem dentre seus objetivos primordiais, a defesa do Estado Democrático de Direito, o estudo do Direito, a difusão dos conhecimentos jurídicos e o culto à justiça, a *colaboração e*





atuação, por todos os meios admissíveis, na manutenção e no aperfeiçoamento da ordem jurídica legítima e democrática, sendo fundamental para realização de seus fins, entre outras, promover a discussão de assuntos jurídicos e sociais e *propor e intervir em ações judiciais, inclusive como amicus curiae* (art. 2º, incisos I, II, III, IV e art. 3º, incisos I e VII do seu Estatuto).<sup>5</sup>

No mais, crê o requerente que a pertinência dos argumentos ora apresentados autoriza sua admissibilidade, a permitir inclusive a desejada pluralização e a democratização do importante debate, sob o ponto de vista social e jurídico versando sobre a indesejada distinção de tratamento sucessório *entre cônjuge e o companheiro sobreviventes*, ambos integrantes de entidades familiares fundamentais à sociedade, objetivando uma comunhão de vida íntima em caráter de permanência, baseada no afeto, publicidade e solidariedade, não se podendo igualmente olvidar que existem atualmente no nosso país, mais casais vivendo em união estável do que na seara do matrimônio.<sup>6</sup>

A guisa de reforço, o Instituto dos Advogados Brasileiros vem solicitar sua participação tendo como pretensão única oferecer subsídios para o julgamento do aludido Recurso Extraordinário em Repercussão Geral, *na defesa da tese da inconstitucionalidade do art.1.790 do CC*, haja vista o centenário dever do Instituto de estudar, aprofundar e pugnar na seara de temas jurídicos relevantes

---

<sup>5</sup> Estatuto do IAB: TÍTULO II - Dos Fins do IAB.

“(…)

**Artigo 2º. São fins do IAB:**

*I. A defesa do Estado Democrático de Direito e seus princípios fundamentais;*

*II. O estudo do Direito, a difusão dos conhecimentos jurídicos e o culto à justiça;*

*III. A colaboração e atuação, por todos os meios admissíveis, na manutenção e no aperfeiçoamento da ordem jurídica legítima e democrática;*

(…)

**Artigo 3º. Para a realização de seus fins, o IAB deverá:**

*I. Promover a discussão de assuntos jurídicos e sociais; (...)*

*VII. Propor e intervir em ações judiciais, inclusive como amicus curiae (...);”*  
(destacamos)



à nossa sociedade, tarefa, *in casu* que foi atribuída à Comissão de Direito de Família e Sucessões, devendo ser materialmente concluída, porém através da efetiva integração judicial, essa voltada à perseguição de seus objetivos maiores.<sup>7</sup>

Assim, o Instituto dos Advogados Brasileiros, sempre voltado para o aperfeiçoamento de uma ordem jurídica legítima, vem, respeitosamente, requerer a Vossa Excelência sua admissão no feito, na qualidade de *amicus curiae*, apresentando desde logo os fundamentos de fato de e de direito a seguir nominados.

## **II. RESUMO DO PRESENTE FEITO**

A título de resumo do presente feito traz o requerente texto extraído do site desse Excelso Tribunal, em pesquisa realizada em 23.04.2015 (Notícias do STF de 20 de abril de 2015):

*“Constitucionalidade de direitos sucessórios diferenciados para companheiro e cônjuge será discutida pelo STF. O Supremo Tribunal Federal (STF) irá decidir se é constitucional a regra do Código Civil (CC) que prevê regimes sucessórios diferentes para cônjuge e companheiro (a). O tema teve repercussão geral reconhecida por unanimidade pelo Plenário Virtual da Corte e será analisado no Recurso Extraordinário (RE) 878694, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. No caso dos autos, sentença de primeira instância reconheceu a companheira como herdeira universal do falecido, dando tratamento paritário ao*

---

<sup>7</sup> Capítulo VI do Regimento Interno do IAB. Das Comissões: (...) “Artigo 78. As Comissões Permanentes têm por objetivo principal o estudo dos temas a elas correlatos provenientes de indicação aprovada pelo Presidente ou pelo Plenário, de que resultará parecer elaborado por relator indicado, devidamente aprovado pela Comissão.”





*instituto da união estável em relação ao casamento. Contudo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG), ao reconhecer a constitucionalidade do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil, reformou tal decisão. De acordo com essa norma, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus, a título de herança, unicamente a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluída sua participação como herdeiro dos bens particulares da pessoa falecida. No STF, a recorrente sustenta que o artigo 1.790 do Código prevê tratamento diferenciado e discriminatório à companheira em relação à mulher casada e alega violação aos artigos 5º, inciso I, e 226, parágrafo 3º, ambos da Constituição. Aponta, ainda, violação à dignidade da pessoa humana, pois o acórdão do TJ-MG permitiu a concorrência de parentes distantes do falecido com o companheiro sobrevivente e pede a aplicação do artigo 1.829 do CC (que define a ordem para a sucessão legítima) com a finalidade de equiparar companheiro e cônjuge. Manifestação. O ministro Barroso observou que, além do caráter constitucional, a controvérsia possui relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Segundo o ministro, a natureza constitucional reside no debate sobre a validade dos dispositivos do Código Civil que preveem direitos sucessórios distintos ao companheiro e ao cônjuge, distinguindo a família proveniente do casamento e da união estável, especialmente à luz do princípio da isonomia e do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição, que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar para efeito da proteção do Estado. O relator destacou que, do ponto de vista social, a discussão também tem relevância por tratar da proteção jurídica das relações de família num momento de particular gravidade (perda de um ente querido), podendo resultar numa situação de desamparo emocional e financeiro. Verificou*



*também a repercussão no âmbito jurídico porque relacionado à especial proteção conferida pelo Estado à família, como prevê o artigo 226, caput, da Constituição de 1988. ‘Por fim, a discussão é passível de repetição em inúmeros feitos, impondo-se o julgamento por esta Corte a fim de orientar a atuação do Judiciário em casos semelhantes. ”A decisão, assim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa”, frisou o relator em manifestação pelo reconhecimento da repercussão geral, entendimento que foi seguido por unanimidade em deliberação do Plenário Virtual da Corte.”*

Com efeito, a discussão em questão envolve o tratamento diferenciado conferido pelo Código Civil aos cônjuges e aos companheiros quanto à sucessão hereditária, fundamental sob o ponto de vista jurídico a envolver a cláusula pétrea contida no inciso XXX do art. 5º da Carta da República: “É garantido o direito à herança”.

Em outras palavras, a questão jurídica ora *sub judice* trata constitucionalidade ou não da atribuição de direitos sucessórios diversos ao casamento e à união estável pela atual normativa infraconstitucional, nos moldes do disposto nos artigos 1º, inciso III, 5º, *caput*, inciso I, e 226, *caput*, §§ 1º a 3º da Constituição Federal, como se passa a analisar.

### **III. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790, CAPUT, I, II E III DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**<sup>8</sup>

O Código Civil de 2002 procurou inovar e, infelizmente,

---

<sup>8</sup> As considerações aqui expendidas e atualizadas foram extraídas da obra de VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. *Direito das Sucessões*, 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 375-411. Luiz Paulo Vieira de Carvalho é o Presidente da Comissão de Direito de Família e Sucessões do IAB.



retrocedeu<sup>9</sup> ao dispor sobre o direito sucessório dos companheiros sobreviventes,<sup>10</sup> em seu art. 1.790:

*“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:*

**<sup>9</sup> Antes do Código Civil de 2002 entrar em vigor, os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro sobrevivente eram rigorosamente iguais a nível legislativo e doutrinário, sendo ambos herdeiros facultativos em propriedade e titulares de usufruto legal e direito real de habitação, obedecidos os requisitos legais (arts. 1.603, III, 1.611, §§ 1º e 2º e 1.725 do CC/16, Lei nº 8.971/94, art. 2º, I, II e III, e parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/96). No entanto, infelizmente, no atual diploma civil tal similitude foi desconsiderada pelo legislador, como se verificará ao longo da presente exposição.**

<sup>10</sup> A utilização das expressões companheiros significa que o direito sucessório legal, sob tal perspectiva, se extrai da morte de componentes da entidade familiar denominada de *União Estável* pelo legislador constituinte (art. 226 e seu § 3º da CRFB e, na atualidade, art. 1.723, §§ 1º e 2º, do CC) e não de um simples *namoro*, *noivado* ou *relações sexuais eventuais*, devidamente reconhecida pelos interessados na sucessão hereditária, ou judicialmente, se houver oposição e não reconhecimento consensual. A propósito, se traz à baila a seguinte decisão: *“Direito de família. Reconhecimento de união estável. Impossibilidade. Relacionamento afetivo que se caracteriza como namoro. Ausência de objetivo de constituição de família. Recurso não provido. Não é qualquer relacionamento amoroso que se caracteriza em união estável, sob pena de banalização e desvirtuamento de um importante instituto jurídico. Se a união estável se difere do casamento civil, em razão da informalidade, a união estável vai diferir do namoro, pelo fato de aquele relacionamento afetivo visar à constituição de família. Assim, um relacionamento afetivo, ainda que público, contínuo e duradouro não será união estável, caso não tenha o objetivo de constituir família. Será apenas e tão apenas um namoro. Esse traço distintivo é fundamental dado ao fato de que as formas modernas de relacionamento afetivo envolvem convivência pública, contínua, às vezes duradoura, com os parceiros, muitas vezes, dormindo juntos, mas com projetos paralelos de vida, em que cada uma das partes não abre mão de sua individualidade e liberdade pelo outro. O que há é um **eu** e um **outro** e não um **nós**. Não há nesse tipo de relacionamento qualquer objetivo de constituir família, pois para haver família o **eu** cede espaço para o **nós**. Os projetos pessoais caminham em prol do benefício da união. Os vínculos são mais sólidos, não se limitando a uma questão afetiva ou sexual ou financeira. O que há é um projeto de vida em comum, em que cada um dos parceiros age pensando no proveito da relação. Pode até não dar certo, mas não por falta de vontade. Os namoros, a princípio, não têm isso. Podem até evoluir para uma união estável ou casamento civil, mas, muitas vezes, se estagnam, não passando de um mero relacionamento pessoal, fundados em outros interesses, como sexual, afetivo, pessoal e financeiro. Um supre a carência e o desejo do outro. Na linguagem dos jovens, os parceiros se curtem”* (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AC 1.0145.05.280647-1/001, Rel. Des. Maria Elza, publicado em 29.1.2009).



*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 1/3 (um terço) da herança;*

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

O termo consignado pela Lei 9.278/1996 era *convivente*; o Código Civil de 2002 retomou a expressão *companheiro* (arts. 1.723, 1.725 e 1.726).

No *caput* deste art. 1.790 do Código Civil, o legislador está cometendo, no entender do ora requerente, ao menos duas inconstitucionalidades.

**A primeira delas, ao discriminar o companheiro e/ou a companheira na união estável quanto aos direitos sucessórios, comparativamente ao cônjuge sobrevivente, ferindo, ab initio, o valor maior da dignidade da pessoa humana, o princípio da proibição da vedação do retrocesso** (anteriormente os direitos sucessórios entre ambos eram idênticos, até mesmo por força da **cláusula pétrea** a garantir o **Direito à Herança**, art.5º, XXX da CRFB), da *igualdade de tratamento às pessoas em situação congênere*, e da *solidariedade*, pois a família de qualquer natureza (*in casu*, **casamento** e **união estável**), embora instituições diversas, porém, com os mesmos objetivos (formação de família através da manifestação e intenção de seus parceiros, de sexo diverso ou não), deve ter idêntica proteção constitucional, com simetria de direitos (vide arts. 1º, inciso III; art.3º, I, 5º, *caput* (*princípio da igualdade*), e seu inciso XXX; art. 226, *caput*, e seu § 3º, 1ª parte, todos da CRFB),<sup>11</sup> sabendo-se, porém, que o cônjuge recolhe

---

<sup>11</sup> Art. 226, *caput*, da CRFB/88: “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.”



seu quinhão sobre todos os bens integrantes do acervo hereditário adquiridos onerosamente ou não.

A propósito do art.1.790, é de se enquadrar expressiva lição do jurista, professor, autor, conferencista e emérito constitucionalista Zeno Veloso, valendo a pena sua transcrição:

*“Este artigo está mal localizado, pois integra o capítulo das Disposições Gerais da Sucessão em geral, e de disposições gerais não trata, como se conclui pela simples leitura do dispositivo. Ele regula a sucessão decorrente de união estável, e devia estar no Título II -Da Sucessão Legítima, Capítulo I - Da ordem da Vocação Hereditária.*

*Além disso, o art.1.790 do Código Civil modifica completamente a sucessão entre os companheiros, se comparado com a legislação até então em vigor-Leis n. 8.971/94 e 9.278 /96, e não havia razão para mudança e atitude tão radical do legislador.”*

*“As famílias constituídas pelo afeto, pela convivência, são merecedoras do mesmo respeito e tratamento dados às famílias matrimonializadas. A discriminação entre ela ofende, inclusive, fundamentos constitucionais.*

*O companheiro ou companheira ficam em situação de extrema inferioridade, quanto á sucessão, diante do marido e da mulher.*

*Note-se que a herança que pode caber ao companheiro sobrevivente é limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa uma restrição de calado profundo.*

*Creio ser de toda conveniência promover uma reforma legislativa, alterando o art.1.790, para que a sucessão entre os companheiros seja regulada de forma idêntica à sucessão entre cônjuges, dada a*



*evidente paridade das situações*”.<sup>12</sup>

O IAB, ora requerente, não está afirmando aqui que o casamento e a união estável são instituições sociais rigorosamente iguais, pois, embora ambas sejam modos de constituição de família, como já se disse, divergem em alguns aspectos, especialmente no que concerne à sua formação.<sup>13</sup>

O casamento é a *união de direito, solene, pomposa, com fiscalização prévia do Poder Público* (habilitação de casamento, arts. 1.525 e incisos; 1.526, parágrafo único, do CC) exigindo, como regra, a presença do Estado na sua formação, como regra, através do juiz matrimonial (art.1.535 do CC).

Por outro lado, a *união estável é um enlace informal, sem depender de ato jurídico exterior para a sua existência, portanto, não solene, constituída apenas pelos próprios companheiros*, embora, repete-se, sejam ambas núcleos familiares direcionados à constituição de uma comunhão de vida íntima com caráter de permanência, tendo por base o afeto, a convivência e a ostensividade da relação.

Nesse contexto, é de se defender, porém, que, **ao menos em relação ao conteúdo jurídico dos efeitos emanados pela formação de ambas as famílias (em especial, repisamos, no campo da cláusula pétrea do Direito à Herança - art.5º, XXX da Carta Maior) deve haver uma salutar igualdade civil-constitucional, com base no princípios da isonomia, da solidariedade e da proibição da vedação do retrocesso social, com empuxo no valor maior da dignidade da pessoa humana.**<sup>14</sup>

<sup>12</sup> *Novo Código Civil Comentado*, 1ª edição, 7ª tiragem, coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, ao P.1063-1064. (destaques do requerente)

<sup>13</sup> Ver também TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *In Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 408.

<sup>14</sup> “À *união estável como entidade familiar, aplicam-se, em conjunto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito da proteção do Estado* (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as





Como exemplo de direitos e deveres igualitários entre cônjuges e companheiros no campo do direito civil, pode-se trazer os direitos e deveres internos entre os cônjuges e companheiros, por disposições expressas (CC, arts. 1.694,<sup>15</sup> 1.618, parágrafo único,<sup>16</sup> 1.572, 1.566, incisos I a V, comparativamente ao art. 1.724,<sup>17</sup> além do arts. 616, I e 617, I do CPC/2015, e art.990 do CPC/73.<sup>18/19</sup>

---

*normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio”.* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, cit., p. 408. (destacamos) Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969, no seu art. 17.1: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.” Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 nos seus artigos XVI.3 e XVII.1: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.”

<sup>15</sup> Art. 1.694 do CC: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”

<sup>16</sup> Art. 1.618 do CC: “Só a pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode adotar. Parágrafo único. A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado 18 (dezoito) anos de idade, comprovada a estabilidade da família”.

<sup>17</sup> “Art. 1.566 do CC: “São deveres de ambos os **cônjuges**: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.” Art. 1.724. *As relações pessoais entre os **companheiros** obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”*

<sup>18</sup> “Art. 615 do CPC/2015: *O requerimento de inventário e de partilha incumbe a quem estiver na posse e na administração do espólio, no prazo estabelecido no art. 611. Parágrafo único. O requerimento será instruído com a certidão de óbito do autor da herança.* Art. 616 do CPC/2015: *Têm, contudo, legitimidade concorrente: I - o **cônjuge ou companheiro** supérstite; Art. 617 do CPC/2015: “O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem: I - o **cônjuge ou companheiro sobrevivente**, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;”*

Lei nº 12.195, de 2010: “Art. 1ª Esta Lei altera os incisos I e II do caput do art. 990 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, **com vistas a assegurar ao companheiro sobrevivente o mesmo tratamento legal já conferido ao cônjuge supérstite no que se refere à nomeação de inventariante.** NCPC, art. 615, incisos I e II.

Art. 2º Os incisos I e II do caput do art. 990 da Lei nº 5.869, de 1973 (Código de Processo Civil), passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 990. [...]

*I – o **cônjuge ou companheiro sobrevivente**, desde que estivesse convivendo com o*



Já se destacou **que se a legislação infraconstitucional anterior equiparava sucessoriamente o companheiro ao cônjuge sobrevivente**, até por força de ambas se exteriorizarem como núcleos familiares e de afeto entre seus membros, e merecerem, por isso, idêntica proteção do Estado (*caput* do art. 226 da CRFB), **é inconstitucional a nova legislação que veio a desigualá-los,<sup>20</sup> em evidente violação, é de se repetir, ao importante princípio da proibição ao retrocesso**, aceito pelos mais brilhantes constitucionalistas, implícito na Constituição da República Brasileira de 1988, em decorrência do hodierno sistema jurídico-constitucional pátrio, tendo por objetivo a vedação da supressão ou da redução de direitos fundamentais, nos mesmos níveis já alcançados e garantidos aos seus destinatários.

---

*outro ao tempo da morte deste; II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver **cônjuge ou companheiro sobrevivente** ou estes não puderem ser nomeados;*

*[...] Art. 3º Esta Lei entra em vigor após decorridos 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação oficial. Brasília, 14 de janeiro de 2010; 189 da Independência e 122 da República.” (grifos nossos)*

<sup>20</sup> Também na iluminada dicção do professor Gustavo TEPEDINO, temos: “*Existe ainda a insegurança quanto ao regime sucessório estabelecido pelo Código Civil tanto no que tange à concorrência do cônjuge com descendentes, quanto no que concerne à sucessão dos companheiros, tratados pelo Código Civil com certo desdém. A recente evolução jurisprudencial do STJ, não trouxe conforto a este estado de coisas, sendo inconstitucional, a meu ver, a diversidade de regime entre o cônjuge e companheiro, este sujeito a base de cálculo diferenciada, critérios de partilha limitadores e concurso com colaterais, herdeiros de outra classe sucessória, ao contrário dos cônjuges.*” Trecho de entrevista estampada no Boletim IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), nº 75, ano 12, julho/agosto 2012, p. 4. De igual modo, posiciona-se, com brilho, o magistrado e ex-Procurador do Estado do Rio de Janeiro SOARES, Milton Delgado: “*Mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil, inúmeras vezes surgiram para criticar a forma como estava sendo regulada a sucessão da companheira. Entendemos que a razão está com aqueles que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo (art. 1.790 do CC), uma vez que impõe tratamento desigual para pessoas que se encontram em situações equivalentes, havendo, portanto, uma desobediência ao princípio da isonomia (art. 5º, inciso I, c.c. artigo 226, § 6º, da Constituição da República), uma vez que esta deve ser vista do ponto de vista material” (O imposto sobre a transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) e sua hipótese de incidência nos procedimentos sucessórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 129).*



A propósito, expõe com toda a sua autoridade, notável constitucionalista pátrio:

*“Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”*,<sup>21</sup> a se demonstrar, destarte, sua plena aplicabilidade no sistema jurídico constitucional brasileiro.”

Na mesma esteira, temos o pronunciamento de admirado jurista de além-mar:

*“O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.”*<sup>22</sup>

Cabe ainda, nesse ponto, a par do acima referido, um parêntese para se anotar a diferença entre as expressões **concubino** e **companheiro**.

Antes da Constituição da República de 1988, o *concubino* era pessoa que vivia uma união de fato prolongada com outra pessoa, de sexo diverso, sem casamento, não proibida pelo direito, por inexistência de impedimentos

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

<sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. (grifos nossos)



matrimoniais entre os membros do casal, denominada de **concubinato puro**, ou então, proibida pelo ordenamento, presentes tais impedimentos, denominada de **concubinato impuro**.

Com a entrada em vigor da Carta Constitucional, o legislador constituinte se utilizou da expressão **companheiro** para designar a pessoa que vive em **união estável** (substitutiva do concubinato puro), uma vez que foi a partir daí alçada à categoria de entidade familiar, portanto, protegida pelo Estado e geradora de importantes direitos familiares, sucessórios e previdenciários, reservada a expressão **concubino (a)**, na acepção doutrinária e jurisprudencial, para designar pessoa que mantém relação íntima e prolongada proibida pelo ordenamento, isto é em **concubinato impuro** (em suas três modalidades: concubinato adúltero, incestuoso ou desleal).<sup>23</sup>

Assim, o Código Civil de 2002 utilizou-se da expressão **concubino** para nominar aquele (a) que vive uma relação íntima e prolongada, proibida, condenada pelo direito por razões morais e eugênicas, fora do conceito de família (art. 1.727 do CC<sup>24</sup>), sem que daí nasça para a pessoa direitos familiares (por

---

<sup>23</sup> **a)** Concubinato adúltero: o exemplo mais comum de concubinato impuro, ainda nos nossos dias, *é o da pessoa casada que convive com o seu cônjuge, porém mantém uma relação extraconjugal duradoura, em quebra continuada do dever de fidelidade* (art. 1.566, inciso I, do CC). Sendo o direito brasileiro monogâmico (art. 1.521, inciso VI, do CC), essa situação não vem tendo guarida em nossos tribunais superiores. **b)** Concubinato Incestuoso: se configura através de relação íntima e prolongada sem possibilidade de ser convertida em casamento *por virtude de incesto*, sendo como tal considerada a relação íntima entre parentes próximos. O incesto sempre foi objeto de muitas críticas, desde a antiguidade por razões eugênicas (perigo da prole nascer defeituosa), morais e sociais (desagregação da família). Os impedimentos matrimoniais envolvendo as relações incestuosas, hoje estão previstos nos incisos I a V do art. 1.521 do CC/2002. **c)** Concubinato Desleal: *ocorre quando alguém mantém comunhão de vida íntima, simultaneamente, com duas ou mais pessoas*. Tais relações, ao menos as subsequentes à primeira união, igualmente configuram o concubinato impuro, proibido, censurado, pois violam o dever de fidelidade prescrito, como dito alhures pelas regras justinianeias, não sendo possível a conversão de relações múltiplas em casamento, também em atenção ao princípio de que a ninguém é permitido constituir mais de uma família ao mesmo tempo, prestigiado pela doutrina majoritária e pelas decisões de nossos pretórios superiores (Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 789.293, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento em 16.2.2006).

<sup>24</sup> Art. 1.727 do CC: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”



exemplo, o regime de bens, art. 1.725 do CC, a proibição de doação entre os integrantes da relação concubinária, art. do CC), sucessórios (sucessão legal e testamentária, art. 1.790 e incisos, art. 1.801, inciso III, ambos do CC, a *contrario sensu*), securitários (seguro de vida, art. 793 do CC, a *contrario sensu*), e mesmo previdenciários (pensão previdenciária, nos moldes da legislação pertinente), concedidos aos integrantes da união estável.

Em decisão tomada a respeito do assunto, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, no julgamento do Recurso Extraordinário 397.762-8, julgado em 3.6.2008, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, afirmou *não haver união estável*, e sim *concubinato adulterino*, em hipótese em que homem casado (já falecido) a conviver maritalmente com o seu cônjuge, manteve uma união paralela, íntima e notória com outra mulher durante 37 (trinta e sete) anos, gerando prole.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> “*Companheira e concubina. Distinção. Sendo o direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União estável. Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão. Servidor público. Mulher. Concubina. Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.*” É de se destacar que, a respeito da monogamia, temos o preceito contido no art. 1.521, VI do CC, enquadrado como impedimento matrimonial: “*Não podem casar: VI – as pessoas casadas.*” No entanto, destacamos e reafirmamos que, em hipótese peculiaríssima, em 17.3.2015, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1185337, Rel. Min. João Otávio de Noronha, no plano do direito *inter vivos*, manteve decisão, por maioria, da 8ª CC do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apl. 70026301937, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. em 16.10.2008, onde, apesar de não reconhecida a existência de famílias paralelas, nem de sociedade de fato com partilha de bens, foi concedida pensão alimentícia a concubina idosa e necessitada, tendo em vista que durante a relação de 40 (quarenta) anos, o concubino incentivou a mesma a abandonar o emprego, assinado sua carteira de trabalho e sustentando-a, para posteriormente, na velhice desta (73 anos), cessar o auxílio material, presentes aqui, pensamos, a desleal ruptura da expectativa de amparo, bem como o *venire contra factum proprio* (proibição de comportamento contraditório). Vejamos a ementa correspondente: “*RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA × DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR*”





Assim, a Excelsa Corte, por ampla maioria, **não admitiu a tese da possibilidade do reconhecimento da existência de famílias dúplices ou paralelas**,<sup>26</sup> isto é, de um lado, um casamento com sociedade conjugal plena e, ao mesmo tempo, uma união estável, a exsurgir como protagonista, o mesmo homem, entretanto, com mulheres diferentes,<sup>27</sup> até porque o nosso direito, em matéria de família, dentro da tradição judaico-cristã, é monogâmico.

Nessa esteira, nos tempos atuais, vem se pronunciado reiteradamente o Egrégio Superior Tribunal de Justiça.<sup>28</sup>

---

*DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA.”*

<sup>26</sup> Na defesa da tese, exsurge a pena de Maria Berenice DIAS:

*“Deixar de reconhecer a família paralela como entidade familiar leva à exclusão de todos os direitos do âmbito do direito das famílias e sucessório. Assim, não há direito à herança e nem à meação dos bens adquiridos em comum. Somente divisão do patrimônio mediante a prova da participação. Algumas decisões procuram fazer justiça e dar um basta à irresponsabilidade. Assim, quando ocorre o falecimento de um dos figurantes do triangulo amoroso, é necessário identificar se havia casamento e união estável, ou se ambas as uniões eram extramatrimoniais. Na hipótese de manter o varão duas uniões estáveis concomitantes, impõe-se a divisão igualitária de todo o acervo sucessório entre os companheiros sobreviventes” (Manual dos Direitos das famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).*

<sup>27</sup> A possibilidade de reconhecimento judicial das chamadas famílias dúplices ou paralelas, embora minoritária, foi reconhecida em algumas decisões: AC 70022775605, AC 70021319421 e AC 70017709262, julgadas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e o no Superior Tribunal de Justiça no REsp 1000888 e no REsp 742685. Quanto à existência de repercussão geral acerca da admissibilidade ou não de concessão de pensão previdenciária em concubinato impuro de longa duração vide decisão do Plenário do Egrégio Supremo Tribunal federal no RE 669465, STF, Rel. Min. Luiz Fux, de 8.3.2012, ainda pendente de julgamento, não tendo sido ainda, portanto, reapreciado o fundo da questão.

<sup>28</sup> *“DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. HOMEM CASADO. OCORRÊNCIA DE CONCUBINATO. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO PROVADA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

*1. A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado.*

*2. O Tribunal de origem estabeleceu que o relacionamento entre a autora e o de cujus configura concubinato, uma vez que, conforme consignado no v. acórdão recorrido, as provas documental e testemunhal presentes nos autos não corroboram a versão de que*





*o falecido estava separado de fato no período do alegado relacionamento.*

3. *A inversão do entendimento firmado nas instâncias ordinárias, na forma pleiteada pela agravante, demandaria o reexame de provas, o que é defeso em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.*

4. *Agravo regimental não provido” (STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 748452, relator Ministro Raul Araújo, julgado em 23.02.2016). ( destaques do requerente)*

**“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO E CONCUBINATO SIMULTÂNEOS. SEPARAÇÃO DE FATO. SÚMULA N. 7/STJ. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.**

1. *Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ se o acolhimento da tese defendida no agravo regimental reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.*

2. ***A relação concubinária mantida de maneira simultânea ao matrimônio não pode ser reconhecida como união estável.***

3. *Agravo regimental desprovido” (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1336163, relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 01.12.2015). (idem)*

**“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. O IMPEDIMENTO PARA O CASAMENTO IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL E, POR CONSEQUÊNCIA, AFASTA O DIREITO AO RATEIO DO BENEFÍCIO ENTRE A COMPANHEIRA E A VIÚVA, SALVO QUANDO COMPROVADA A SEPARAÇÃO DE FATO DOS CASADOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

1. *Esta Corte Superior já pacificou o entendimento de que a existência de impedimento para o casamento disposto no art. 1.521 do Código Civil impede a constituição de união estável e, por consequência, afasta o direito ao recebimento de pensão por morte, salvo quando comprovada a separação de fato dos casados, o que, contudo, não configura a hipótese dos autos.*

2. *Agravo Regimental desprovido” (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1418167, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24.03.2015). (negritos do requerente)*

**“AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESTATUTÁRIA. COMPANHEIRA. CONCUBINATO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada. 2. A relação concubinária, paralela ao casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável, salvo se configurada a separação de fato ou judicial entre os cônjuges. 3. Existência de impedimento para a convalidação da relação concubinária em união estável. 4. Agravo regimental improvido” (Superior Tribunal de Justiça, Turma, AgRg no REsp 1147046, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26.5.2014). (idem)**

**“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO IMPOSSIBILIDADE. CASAMENTO E CONCUBINATO SIMULTÂNEOS. 1. A orientação jurisprudencial desta Corte é firme no sentido de que a relação concubinária, paralela a casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável, salvo se configurada separação de fato ou judicial entre os cônjuges. 2. Agravo regimental não provido” (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma,**



Note-se, entretanto que, se a pessoa é casada (homem ou mulher), porém separada de fato ou judicialmente, restando caracterizada assim a ausência de *affectio maritalis* (o amor, a afeição entre os consortes), a partir do momento em que passa a viver com outra pessoa como se casado fosse, preenchendo os requisitos presentes no *caput* do art. 1.723 do Código Civil, haverá união estável (anteriormente denominada de concubinato puro), nos termos do parágrafo

---

AgRg no REsp 1235648, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 4.2.2014). (idem)

**“DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96. 1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012. 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido”** (Resp 1348458, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 8.5.2014). (idem)

**“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELAÇÃO DE CONCUBINATO. CAUSA IMPEDITIVA DE UNIÃO ESTÁVEL. 1. Não se desconhece a jurisprudência desta Corte no sentido de que, configurada a união estável entre o de cujus e a companheira, rever tal entendimento demandaria o exame fático-probatório dos autos. 2. O simples fato de a agravante exercer uma relação de concubinato com o falecido, por si só, constitui fundamento suficiente para o indeferimento de pensão por morte, haja vista ser causa impeditiva para o recebimento do benefício. 3. Agravo regimental não provido”** (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1359304, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 21.3.2013). (idem)



primeiro da citada norma,<sup>29</sup> não se podendo aqui falar-se em concubinato impuro, pelo que afastada a regra do art. 1.727 do Código Civil.<sup>30</sup>

Destarte, essa posição, consagrada pela maior parte da doutrina e da jurisprudência, inclusive no Egrégio Superior Tribunal de Justiça,<sup>31</sup> agora está prevista no novo diploma substantivo civil, e continua sendo adotada por nossos pretórios.

Cumprе ressaltar que, como anteriormente afirmado, quando a Constituição da República afirma que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º, 2ª parte), o faz apenas porque o legislador, historicamente conservador, socialmente prefere o casamento.

Essa constatação **não quer dizer que haja, data máxima vênia, insiste-se, superioridade hierárquica entre famílias constitucionalizadas**, de molde a prejudicar as pessoas que, por permissão expressa da Lei Maior, livremente optaram por constituir de uma união estável, isto é, uma família igualmente digna de tutela e socialmente relevantíssima, sendo sabido, voltamos a destacar, que **milhares de brasileiros se encontram nessa situação jurídica**.<sup>32/33</sup>

<sup>29</sup> Art. 1.723, *caput*, do CC: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.”

<sup>30</sup> Art. 1.727 do CC: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

<sup>31</sup> “União estável. Partilha de bens. Mulher separada de fato. Precedentes da Corte. 1. Provada a separação de fato e a longa e estável união, cabível é que a mulher partilhe os bens adquiridos durante a convivência, não impedindo tal pretensão a circunstância de não ter havido a separação judicial. 2. Recurso especial conhecido e provido” (Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 202.278, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento em 17.5.2001).

<sup>32</sup> Não o concubinato, como já se demonstrou. A propósito, relevante opinião: “De qualquer forma, deve-se lembrar que a união estável, assim como o casamento, constitui uma entidade familiar, base da sociedade, nos termos do art.226, *caput*, do Texto Maior, não havendo hierarquia entre os institutos”. (cf. Lôbo, Paulo, *Famílias*



Destarte, a **União Estável é relevante entidade familiar (não o concubinato**, como já demonstrado), substancialmente protegida e regulada pelo Estado, com direitos e deveres fundamentais conferidos aos seus membros (igualmente dignos) e que devem ser substancialmente idênticos, insistimos, aos das pessoas casadas (arts. 1<sup>o</sup>, inciso III, e 5<sup>o</sup>, *caput* e seu inciso XXX, c/c 226, *caput*, e seu § 3<sup>o</sup>, 1<sup>a</sup> parte, da CRFB/88).<sup>34</sup>

---

...2008, p.151; SIMÃO, José Fernando. Efeitos..., In: \_\_\_\_; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge; ZUCCHI, Maria Cristina (Coord.) *Direito...*,2010, p.351). Esse , aliás, é o posicionamento capitaneado pelo Instituto Brasileiro de direito de Família , o IBDFAM, e seguido por este autor. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, 6, direito das sucessões, 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Gen/Editora Método2015, p.254.

<sup>33</sup> A respeito, afirma HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes *in AS DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO SÃO INCONSTITUCIONAIS. A POSIÇÃO DA DOCTRINA E DOS TRIBUNAIS*, 2015, p.24-25 (no prelo). “Não há dúvida de que o interesse da Constituição Federal é proteger a união estável como entidade familiar idêntica ao casamento (§3<sup>o</sup>, art. 226 da CF), não havendo qualquer respaldo constitucional a discriminação sucessória dos partícipes da união, especialmente em razão da morte de um dos conviventes. É essa também a conclusão de Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira: “Também restou previsto no §3<sup>o</sup> do art. 226 o dever do Estado de facilitar a conversão da união estável em casamento – literalidade utilizada por muitos para sustentar uma hierarquia entre as entidades familiares, com a superioridade axiológica do casamento em relação à união estável. Esta argumentação não deve ser prevalecente, uma vez que a única diferença existente entre eles é a formalidade e oficialidade do casamento, pois a base fática é a mesma, de modo a não se justificar que a união estável seja tratada pelo ordenamento jurídico de maneira diferenciada e discriminatória. ”Sendo assim, não há a menor consonância entre o critério discriminatório eleito pelo legislador do art. 1.790 do Código Civil com os interesses igualitários e dignificantes da Constituição Federal.”

<sup>34</sup> Valemo-nos também das precisas palavras de Ana Luiza Maia NEVARES ao indagar e incitar hierarquização axiológica entre as entidades familiares consagradas constitucionalmente, *verbis*: “*Este questionamento, no entanto, tem resposta imediata diante da concepção instrumental da família: se todas as entidades familiares desempenham a mesma função, qual seja, promover o desenvolvimento da pessoa de seus membros, como pensar que uma é superior à outra? As formações sociais que constituem a família merecem a mesma intensidade da proteção estatal. A Carta Magna, ao determinar que a família tem especial proteção do Estado, em seu art. 226, caput, não estabelece diferenciações quanto à maneira pela qual a comunidade familiar foi constituída.*” Essa autora, do mesmo modo, conclui pela equiparação de direitos entre o casamento e a união estável, mesmo que entre si encerrem situações diversas, sem antes deixar de citar afirmação de MORAES, Maria Celina Bodin no sentido de que “*Todas as pessoas são igualmente dignas*”, declarando, por fim, lapidarmente: “*A equiparação de direitos dá-se em virtude do princípio da igualdade substancial, cânone do sistema constitucional cuja aplicação garante a atuação do princípio fundador do ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana*” (Ob. cit., p. 381-382).



O respeitado professor Gustavo Tepedino, com a proficiência habitual, ao analisar o § 3º do art. 226 da Constituição da República de 1988, adverte:

*“Ou seja, quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certo de que, com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares. Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classe, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares, que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo que a estas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às relações formais”<sup>35</sup>.*

Na mesma direção, extraímos trecho da ADI 4.277, julgada procedente pelo plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal em 05.05.2011, à unanimidade dos eminentes julgadores presentes, onde o brilhante Ministro Carlos Ayres Britto, relator da matéria, de maneira magistral, ao analisar os direitos e deveres e os tipos de família (formada pelo casamento e pela união estável), consagra idêntico raciocínio.

Vejamos o que diz, com extrema felicidade, sua excelência, na função ímpar de guardião maior da nossa *Lex Fundamentalis*:

*“II. 3. que a terminologia ‘entidade familiar’ não significa algo diferente de ‘família’, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão ‘entidade familiar’ não foi usada para designar um tipo inferior de unidade*

---

<sup>35</sup> *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 430-431.





*doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexiste essa figura da subfamília, família de segunda classe ou família ‘mais ou menos’ (relembrando o poema de Chico Xavier). [...] O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, uma nova ‘entidade familiar’, seja constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos.”*

Como mesmo ideário, pronuncia-se igualmente o sempre mencionado doutrinador paraense Zeno Veloso:

*“Convém esclarecer que a Constituição, ao sinalizar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, não está estabelecendo hierarquia, precedência ou preferência entre essas formas de constituição de família. Uma conclusão neste sentido não tem base histórica ou sociológica e se choca com os fundamentos, o todo orgânico, o próprio ideário, liberal e igualitário, solidário e democrático da Carta Magna. O que ela quer, simplesmente, é que, se os conviventes resolverem casar, que este objetivo seja facilitado, dispensando-se os que já vivem juntos, em união estável, como entidade familiar, de algumas exigências que são prescritas para os que não exibem essa condição.”<sup>36</sup>*

Logo, ao entendermos que a entidade união estável é igualmente

---

<sup>36</sup> *Direito sucessórios dos cônjuges*. Pará: ANOREG/PA, 2008. p. 9. (destaques do requerente)





uma família, na melhor acepção da palavra e, portanto, com *status* jurídico símile à família constituída pelo casamento, com inegável igualdade constitucional, **conclui-se que o art. 1.790 está restringindo inconstitucionalmente os direitos do companheiro e da companheira.** E por quê?

Porque o companheiro não foi contemplado, em especial no direito sucessório,<sup>37</sup> com igualdade de direitos em relação ao cônjuge sobrevivente, pois, independentemente de sua **meação** (já vimos alhures que **meação não é herança**, bem como que, na falta de contrato escrito em contrário, aplica-se à união estável o regramento da comunhão parcial – art. 1.725 do CC),<sup>38</sup> “participará da sucessão

---

<sup>37</sup> Art.5º, XXX da CRFB: “É garantido o direito à herança”.

<sup>38</sup> Art. 1.725 do CC: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA E SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE E CORRETA FORMAÇÃO DO RECURSO. RESERVA DE BENS SOBRE A PROVÁVEL MEAÇÃO DA EX-COMPANHEIRA ANTERIORMENTE DEFERIDA. POSSE E ADMINISTRAÇÃO DOS BENS QUE A INTEGRAM. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Consiste o litígio entre o inventariante, sobrinho do falecido, e aquela que afirma ser ex-companheira do autor da herança, pelo período de 37 anos, até seu falecimento, tendo por base fática a estabelecida pelo TJ/BA, no sentido de que é alta a probabilidade de que a união estável perdurou o tempo aludido, pendente ainda de julgamento ação para o seu reconhecimento. 2. A administração pelo inventariante do acervo hereditário, tornado indivisível pelas regras do Direito das Sucessões, não esbarra no direito de meação, este oriundo do Direito de Família, e que é conferido ao companheiro quando da dissolução da união estável ou pela morte de um dos consortes. 3. O art. 1.725 do CC/02 estabelece o regime da comunhão parcial de bens para reger as relações patrimoniais entre os companheiros, excetuando estipulação escrita em contrário. Assim, com a morte de um dos companheiros, do patrimônio do autor da herança retira-se a meação do companheiro sobrevivente, que não se transmite aos herdeiros do falecido por ser decorrência patrimonial do término da união estável, conforme os postulados do Direito de Família. Ou seja, entrega-se a meação ao companheiro sobrevivente, e, somente então, defere-se a herança aos herdeiros do falecido, conforme as normas que regem o Direito Sucessório. 4. Frisa-se, contudo, que, sobre a provável ex-companheira, incidirão as mesmas obrigações que oneram o inventariante, devendo ela requerer autorização judicial para promover qualquer alienação, bem como prestar contas dos bens sob sua administração. 5. Recurso especial conhecido, mas não provido” (REsp 975.964/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 15.2.2011, DJe 16.5.2011 – grifou-se). Acrescente-se, por fim, que, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, “inviável o conhecimento do recurso especial pela alínea ‘c’ do permissivo constitucional quando não demonstrada, como no caso vertente, a similitude fática entre as hipóteses confrontadas, inviabilizando a



do outro” apenas “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” (aludido art. 1.790 do CC).

Ou seja, pela letra crua e fria da lei infraconstitucional, o sobrevivente na união estável só participa da sucessão legal do seu ex-companheiro sobre eventuais aquestos deixados pelo falecido, isto é, bens adquiridos, a título oneroso, sem sub-rogação, na constância da união, por qualquer dos companheiros (aquestos típicos, art. 1.660, inciso I, do CC).<sup>39</sup>

Há quem entenda, porém, que o companheiro sobrevivente, além de sua eventual meação, recolherá, a título de herança, todos os bens havidos pelo falecido não derivados de doação ou herança, isto é, todos aqueles não provenientes de aquisição gratuita (art. 1.660, II a V do CC) estariam incluídos no conceito de aquisição onerosa esculpido no prefalado *caput* do art. 1.790 do Código Civil para efeitos de direito sucessório, incluindo-se aí, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.<sup>40</sup> Em tal direção caminhou a 4ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por maioria, no REsp 887990.<sup>41</sup>

---

*análise da divergência de interpretação da lei federal invocada. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 29 de maio de 2014. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Relator.” (grifamos)*

<sup>39</sup> Art. 1.660 do CC: “*Entram na comunhão: I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; [...]*”.

<sup>40</sup> Cfr. TARTUCE, Flavio. In: Sucessão do Companheiro. O polêmico art. 1.790 do Código Civil e suas Controvérsias Principais. Porto Alegre, *Revista Magister de Direito Civil e de Direito Processual Civil*, ano 7, v. 39, 2010, p. 102.

<sup>41</sup> ”**RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. ARTS. 1.659, VI, E 1.790, II, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. DISTINÇÃO ENTRE HERANÇA E PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE CONJUGAL. PROPORÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA EM RELAÇÃO AO DO DESCENDENTE EXCLUSIVO DO AUTOR DA HERANÇA.**

*1. Os arts. 1.659, VI, e o art. 1.790, II, ambos do Código Civil, referem-se a institutos diversos: o primeiro dirige-se ao regime de comunhão parcial de bens no casamento, enquanto o segundo direciona-se à regulação dos direitos sucessórios, ressoando inequívoca a distinção entre os institutos da herança e da participação na sociedade conjugal.*

*2. Tratando-se de direito sucessório, incide o mandamento insculpido no art. 1.790, II, do Código Civil, razão pela qual a companheira concorre com o descendente exclusivo do autor da herança, que deve ser calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo*



De todo modo, exsurge, como antes mencionado, a desigualdade numa situação de iníqua inferioridade de direitos entre o companheiro na união estável e a pessoa casada, violando de modo cristalino, o princípio da vedação ao retrocesso e outros valores e princípios de índole constitucional,<sup>42</sup> tais quais o da dignidade da pessoa humana (valor maior do ordenamento)<sup>43</sup> e

---

*falecido durante a convivência, excetuando-se o recebido mediante doação ou herança. Por isso que lhe cabe a proporção de 1/3 do patrimônio (a metade da quota-parte destinada ao herdeiro).”*

3. *Recurso especial parcialmente provido, acompanhando o voto do Relator”* (4ª Turma, relator para acórdão Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 24.5.2011).

<sup>42</sup> *“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas, a todo um sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade; representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos valores fundamentais”* (REBELLO, Rodrigo César apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de, através de EVANGELISTA, Anderson Pereira; MADEIRA, Anderson Soares; GUERRA, Lilian Dias Coelho Lins de Menezes. *Curso de Direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 349).

<sup>43</sup> *“No âmbito do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra, inúmeras Constituições incluíram a proteção da dignidade humana em seus textos. A primazia, no particular, tocou à Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade humana, dando lugar a uma ampla jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao status de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional. Diversas outras Constituições contêm referência expressa à dignidade em seu texto – Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, em meio a muitas outras – ou em seu preâmbulo, como a do Canadá. E mesmo em países nos quais não há qualquer menção expressa à dignidade na Constituição, como Estados Unidos e França, a jurisprudência tem invocado sua força jurídica e argumentativa, em decisões importantes. A partir daí, as cortes constitucionais de diferentes países iniciaram um diálogo transnacional, pelo qual se valem de precedentes e argumentos utilizados pelas outras cortes, compartilhando um sentido comum para a dignidade. Trata-se de uma integração em que os atores nacionais, internacionais e estrangeiros se somam (...)*

**A dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico. De sua natureza de princípio jurídico decorrem três tipos de eficácia, isto é, de efeitos capazes de influenciar decisivamente a solução de casos concretos. A eficácia direta significa a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio, permitindo a sua aplicação mediante subsunção. A eficácia interpretativa significa que as normas jurídicas devem ter o seu sentido e alcance determinados da maneira que melhor realize a dignidade humana, que servirá, ademais, como critério de ponderação na hipótese de colisão de normas. Por fim, a eficácia negativa paralisa, em caráter geral ou particular, a incidência de**



da **solidariedade familiar**<sup>44</sup> (por acaso é mais digno quem se casa perante aquele

---

regra jurídica que seja incompatível – ou produza, no caso concreto, resultado incompatível – com a dignidade humana. 3. São conteúdos mínimos da dignidade o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. O valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros. A inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que servem de justificação para essa condição singular. Do valor intrínseco decorrem direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. 4. A autonomia da vontade é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. Ínsita na autonomia está a capacidade de fazer valorações morais e de cada um pautar sua conduta por normas que possam ser universalizadas. A autonomia tem uma dimensão privada, subjacente aos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, sobre a qual se apóiam os direitos políticos, isto é, o direito de participar do processo eleitoral e do debate público. Condição do exercício adequado da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas. 5. O valor comunitário é o elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo. Nesta acepção, ela está ligada a valores compartilhados pela comunidade, assim como às responsabilidades e deveres de cada um. Vale dizer: a dignidade como valor comunitário funciona como um limite às escolhas individuais. Também referida como dignidade como heteronomia, ela se destina a promover objetivos sociais diversos, dentre os quais a proteção do indivíduo em relação a atos que possa praticar capazes de afetar a ele próprio (condutas autorreferentes), a proteção de direitos de outras pessoas e a proteção de valores sociais, dos ideais de vida boa de determinada comunidade. Para minimizar os riscos do moralismo e da tirania da maioria, a imposição de valores comunitários deverá levar em conta (a) a existência ou não de um direito fundamental em jogo, (b) a existência de consenso social forte em relação à questão e (c) a existência de risco efetivo para direitos de terceiros. **A identificação da dignidade como um princípio jurídico e a determinação de seus conteúdos mínimos pode servir, dentre outras coisas, e em primeiro lugar, para unificar a utilização da expressão no âmbito doméstico e internacional.** Facilita-se, assim, o seu emprego no discurso transnacional, pela uniformização, mediante convenção terminológica, das ideias que estão abrigadas na noção de dignidade humana. **Em segundo lugar, ela contribui para estruturar o itinerário argumentativo na solução de casos difíceis, permitindo que se identifique cada um dos elementos relevantes, agrupando-os de acordo com cada conteúdo associado à dignidade. Isso poderá dar maior transparência ao processo decisório, possibilitando um controle social mais eficiente.**” BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.* [www.luisrobertobarroso.com.br/.../Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/.../Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf), (pesquisa em 02.05.2016).

<sup>44</sup> “Solidariedade, pelo qual a sociedade deve primar pela colaboração mútua entre os seus integrantes, à luz dos ensinamentos do art. 3º, I, CRFB” (EVANGELISTA, Anderson Pereira; MADEIRA, Anderson Soares; GUERRA, Lilian Dias Coelho Lins de Menezes. Ob. cit., p. 3).





que por escolha legal preferiu viver em união estável? Este último merece menos solidariedade no amparo do que o primeiro?), além da igualdade formal e substancial de pessoas situadas em posição jurídica similar.<sup>45</sup>

Na mesma senda, os doutos **Pablo Stolze** e **Rodolfo Pamplona** afirmam de modo categórico: “O mal localizado, pessimamente redigido e inconstitucional art. 1.790 confere à (ao) companheira(o) viúva(o) – em total dissonância com o tratamento dispensado ao cônjuge-um direito sucessório limitado aos bens adquiridos *onerosamente* no curso da união (o que poderia resultar na aquisição de parte da herança pelo próprio Município, além de colocá-la(o) em situação inferior aos colaterais do morto (um tio ou um primo, por exemplo).”<sup>46</sup>

Se uma pessoa for casada pela *comunhão parcial*, só concorre na sucessão com o(s) descendente(s) do falecido se esse deixar bens particulares,<sup>47</sup> a

---

<sup>45</sup> Enunciado Programático aprovado no IX Congresso Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), em 22.11.2013: “***Em face do princípio da igualdade das entidades familiares, é inconstitucional tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro***”. (destaques do requerente) VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Companheiros *in* *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, a propósito, assim se manifesta: “Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a União Estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e o companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.”

<sup>46</sup> *Direito Civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 424. (grifos nossos e dos autores)

<sup>47</sup> “**RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERDEIRO NECESSÁRIO. EXISTÊNCIA DE DESCENDENTES DO CÔNJUGE FALECIDO. CONCORRÊNCIA. ACERVO HEREDITÁRIO. EXISTÊNCIA DE BENS PARTICULARES DO DE CUJUS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA.**”

*1. Não se constata violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando a Corte de origem dirime, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram submetidas. Havendo manifestação expressa acerca dos temas necessários à integral solução da lide, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte, fica afastada qualquer omissão, contradição ou obscuridade.*



par da existência ou não de aquestos (típicos, art. 1.660, inciso I, do CC, bem como atípicos, art. 1.660, incisos II a V, do CC, que irão compor sua meação); se, no entanto, existirem somente aquestos deixados pelo falecido, ela não concorrerá com tal(ais) descendente(s).

Já o companheiro sobrevivente, repetimos, de acordo com a letra fria da lei, somente concorre com o(s) sucessor(es) do falecido somente quando existirem aquestos típicos (ou mesmo atípicos),<sup>48</sup> uma vez que o Código Civil não o contempla com bens particulares (incomunicáveis) deixados pelo ex-companheiro.

Então, indaga-se, pela dicção legal: se **A** e **B** são companheiros, em união estável há 10 (dez) anos, e **A** adquire onerosamente dois apartamentos na constância dessa união, sem sub-rogação, qual a situação jurídica de **B**, quando **A** vier a falecer?

Quando **A** adquiriu os dois apartamentos, a metade de cada um comunicou-se a **B**, pela presunção de colaboração do art. 1.725 do Código Civil de 2002 (art. 5<sup>o</sup>, *caput*, da Lei 9.278/1996), salvo contrato escrito em contrário, agora soberanamente mediante *presunção absoluta e não relativa*. Por quê? Diz o dispositivo do diploma civil: “*Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.*”

Outrora, discutia-se, por força da redação do art. 5<sup>o</sup>, *caput*, da Lei 9.278/1996, se a expressão “*os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por*

---

2. *Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares.*

3. *A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do de cujus.*

4. *Recurso especial provido*” (STJ, 2<sup>a</sup> Seção, Resp 1368123, relator para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 22.04.2015). (grifamos)

<sup>48</sup> Bens adquiridos onerosamente na constância do casamento sem sub-rogação de bens particulares (art. 1.660, inciso I c/c art. 1.659, incisos I e II, do CC).





*ambos os conviventes na constância da união estável e a título oneroso são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum*” implicava uma presunção absoluta (*iure et de iure*) ou uma presunção relativa (*iuris tantum*) de colaboração. Embora prevalecesse a opinião de que a presunção seria absoluta, portanto, insuscetível de ser derrubada, algumas vezes asseveravam ser possível desfazer essa comunicação, esse condomínio, provando-se que não houve colaboração do outro companheiro na aquisição (presunção relativa).

Agora, a posição do Código Civil de 2002 está clara, nos termos do art. 1.725, pois no regime da comunhão parcial, presume-se de modo inexorável (*iure et de iure*), quanto à aquisição de bens aquestos, a colaboração do não adquirente, automaticamente neles considerado meeiro.<sup>49</sup>

Assim, se não se fizer o *contrato escrito em contrário*, quando quaisquer dos companheiros adquirir na constância da união um bem classificado como aquesto,<sup>50</sup> haverá presunção absoluta de colaboração do outro, gerando, em regra, a comunhão no referido bem, salvo se a aquisição decorrer de sub-rogação (substituição de bem particular por outro).

Em tais termos, além da sua meação nos aquestos (ou mesmo outra eventual meação a depender do regime patrimonial *inter vivos* escolhido), mesmo não existindo bens particulares deixados pelo falecido, consoante a dicção do *caput* do art. 1.790 do Código Civil,<sup>51</sup> **o companheiro sobrevivente B**

<sup>49</sup> Conclusão do Enunciado 115 extraído da I Jornada de Direito Civil (CEJ-STJ), ocorrida em setembro/2002 – Brasília, DF: “Há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extra matrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão de bens.”

<sup>50</sup> Art. 1.660 do CC: “*Entram na comunhão: I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III – os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.*”

<sup>51</sup> Art. 1.790, *caput*, do CC: “*A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:*” (...)



**concorrerá à herança com os demais sucessores do morto (sendo, portanto, meeiro e coerdeiro), ao contrário de um cônjuge sobrevivente na mesma situação, somente considerado meeiro.**

Até porque, quando o casamento tiver sido celebrado pelo regime da comunhão parcial e só existam aquestos compondo a herança do cônjuge falecido, o cônjuge sobrevivente, em havendo descendentes do hereditando, **não concorre a essa herança** (repetimos, nos moldes da doutrina e jurisprudência que se entende majoritária). Do mesmo modo, se o regime for o da comunhão universal.

Nesse ponto, no sentir do ora requerente, estampa-se **a segunda inconstitucionalidade: a lei estaria conferindo mais direitos à (ao) companheira(o) do que à pessoa casada, o que não se pode admitir, devido à igualdade jurídica entre ambos.**<sup>52</sup>

Apreciando a questão ora objeto de análise, a 3ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na relatoria da sempre admirada Ministra Nancy Andrighi, pronunciou-se inicialmente em tal direção.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. A nova ordem da vocação hereditária, publicado na *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2003, nº 15, p. 107-132 e na *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 57, Editora Espaço Jurídico, 2004, p. 40-61. SOARES, Milton Delgado. *O imposto de transmissão causa mortis e doação* (ITCMD). Ob. cit., p. 130-131, também comunga de tal ideia.

<sup>53</sup> “Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Inventário. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1.829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial.

*Afirmção de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento. Medida liminar parcialmente deferida, apenas para determinar a partilha, no inventário, da parcela incontroversa do patrimônio, promovendo-se reserva de bens.*

– O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do de cujus que vivia em união estável com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança,



Entretanto, ao ser proferida a decisão final correspondente no REsp 1.117.563, julgado em 17.12.2009, antes trazido à baila, a douta relatora modificou sua opinião, sendo acompanhada pelos demais eminentes Ministros presentes na seção de julgamento da Egrégia 3<sup>a</sup> Turma, entendendo não haver inconstitucionalidade sob tal aspecto, porquanto os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente que fora casado pelo regime da comunhão parcial (art. 1.829, inciso I, parte final, do CC) e do companheiro sobrevivente (art. 1.790, *caput*, do CC), seriam, em propriedade, rigorosamente iguais, isto é, em concorrência com os descendentes do falecido só recolheriam a título de herança, bens adquiridos onerosamente na constância da sociedade conjugal, jamais bens particulares.<sup>54</sup>

---

*calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência. Trata-se de regra oposta à do art. 1.829 do CC/02, que, para a hipótese de ter havido casamento pela comunhão parcial entre o de cujus e a companheira, estabelece que a herança do cônjuge incida apenas sobre os bens particulares.*

*– A diferença nas regras adotadas pelo código para um e outro regime gera profundas discrepâncias, chegando a criar situações em que, do ponto de vista do direito das sucessões, é mais vantajoso não se casar.*

*– A discussão quanto à legalidade da referida diferença é profundamente relevante, de modo que se justifica o deferimento da medida liminar pleiteada em ação cautelar, para o fim de reservar os bens controvertidos no inventário sub judice, admitindo-se a partilha apenas dos incontroversos. Medida liminar parcialmente deferida” (MC 14.509, julgamento em 21.8.2008). (grifos nossos)*

<sup>54</sup> *“Direito das sucessões. Recurso especial. Inventário. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1.829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento. – O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do ‘de cujus’ que vivia em comunhão parcial com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência. – A regra do art. 1.829, I, do CC/02, que seria aplicável caso a companheira tivesse se casado com o ‘de cujus’ pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controvertida na doutrina, identificando-se três correntes de pensamento sobre a matéria: (i) a primeira, baseada no Enunciado 270 das Jornadas de Direito Civil, estabelece que a sucessão do cônjuge, pela comunhão parcial, somente se dá na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, incidindo apenas sobre esses bens; (ii) a segunda, capitaneada por parte da doutrina, defende que a sucessão na comunhão parcial também ocorre apenas*



Apesar das douradas conclusões do aresto supra e reconhecendo a excelência da argumentação ali expendida, *data máxima vênia*, insistimos na nossa postura anterior, até porque não esposamos a tese da possibilidade dos efeitos do regime de bens escolhido pelo casal (em vida) persistir após a morte de um dos cônjuges (*ultratividade* do regime de bens), a ponto de influenciar decisivamente na concorrência sucessória entre descendentes do *de cuius* e o cônjuge sobrevivente.

Trata-se de entendimento divorciado do pensamento da doutrina dominante e também dos termos expressos no Código Civil de 2002<sup>55</sup> levar à similitude os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente que fora casado pelo regime da comunhão parcial com o companheiro sobrevivente.

Isto porque, é de se repetir que a escolha do regime de bens, sendo

---

*se o 'de cujus' tiver deixado bens particulares, mas incide sobre todo o patrimônio, sem distinção; (iii) a terceira defende que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares. – Não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil.*

*– É possível encontrar, paralelamente às três linhas de interpretação do art. 1.829, I, do CC/02 defendidas pela doutrina, uma quarta linha de interpretação, que toma em consideração a vontade manifestada no momento da celebração do casamento, como norte para a interpretação das regras sucessórias.*

*– Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. – Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorria à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02. – Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes. Recurso especial improvido.”*

<sup>55</sup> Inciso I do art. 1.571 do CC e seu § 1º, logo adiante reproduzidos.



ato *inter vivos* só produz efeitos patrimoniais em vida dos declarantes. Rompido o vínculo matrimonial pela morte de um dos cônjuges (art. 1.571, *caput*, inciso I, e parágrafo único, do CC),<sup>56</sup> cessam os efeitos da referida escolha e, desse modo entendemos não possa influenciar as regras pertinentes à ordem da vocação hereditária, de ordem pública e, portanto, de caráter imperativo.

Ainda acerca do *caput* do art. 1.790, conferir mais direitos ao companheiro sobrevivente do que ao cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial, vale o registro da *opinio* do eminente Ministro Luís Felipe Salomão pinçado do REsp 1.135.354 adiante mencionado, por ocasião do julgamento ocorrido em 27.5.2011, no âmbito da 4<sup>a</sup> Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na seguinte direção: “A sua vez, da leitura do art. 1.829, inciso I, *fine*, percebe-se que o cônjuge supérstite não concorre com descendentes na hipótese de remanescer apenas bens comuns do casal (‘salvo se [...] no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares’), recebendo apenas sua meação – ou seja, exatamente quando o companheiro sobrevivo ‘participa da sucessão’. Nesse passo, cogitando-se da hipótese de os cônjuges, casados pelo regime legal, e em paralelo os companheiros, somente possuírem bens comuns – adquiridos onerosamente na constância do relacionamento –, algo que acontece com frequência, o cônjuge sobrevivente não participa da herança (art. 1.829, I, *fine*), amealhando apenas 50% do patrimônio comum, ao passo que ao companheiro supérstite tocará, além de sua meação, a sua “participação” na herança em concorrência com os demais herdeiros. *Em tal hipótese, o Código Civil, de forma iníqua e canhestra, aquinhoou o companheiro com parcela superior à que tocaria ao cônjuge, circunstância que faz a doutrina acusar que, por vezes, a união estável confere mais direitos aos conviventes do que o casamento aos cônjuges.*”<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Art. 1.571 do CC: “A sociedade conjugal termina: I – pela morte de um dos cônjuges; II – pela nulidade ou anulação do casamento; III – pela separação judicial; IV – pelo divórcio. § 1<sup>o</sup> O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.”

<sup>57</sup> A propósito, em 11.6.2013 a Egrégia 4<sup>a</sup> Turma do STJ, no REsp 1.291.636, na





Adentrando na análise mais aprofundada do art. 1.790, seus incisos assim dispõem:

*“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*

---

relatoria do mesmo Ministro Luis Felipe Salomão, suscitou Incidente de Inconstitucionalidade, com a seguinte ementa: *“RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME SUCESSÓRIO, ART. 1.790, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade do art. 1.790, caput, do Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria.”*

Em notícias do STJ, encontramos: *“Pedido de vista suspende julgamento sobre constitucionalidade de sucessão na união estável O julgamento sobre herança em união estável pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi suspenso devido a pedido de vista da ministra Nancy Andrighi, em preliminar levantada pelo relator do recurso, ministro Luis Felipe Salomão.*

*O colegiado vai analisar a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que trata das regras de direito sucessório aplicáveis à união estável. Como também há neste caso um recurso extraordinário que já foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o ministro João Otávio de Noronha considerou não ser conveniente o julgamento do recurso especial pelo STJ.*

*‘Temos de suspender o julgamento e encaminhar o recurso extraordinário para o STF’, afirmou Noronha, o que levou o ministro Salomão a suscitar preliminar sobre o prosseguimento da análise da questão na Corte Especial. Os ministros Noronha e Felix Fischer votaram pelo não prosseguimento do julgamento. O ministro Gilson Dipp votou pela continuidade.’ Estado atual do feito: “01.10.2014: Proclamação Parcial de Julgamento: Prosseguindo no julgamento, após a declaração de impedimento da Sra. Ministra Nancy Andrighi e o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz acompanhando, preliminarmente em questão de ordem, o voto do Sr. Ministro Relator, pediu vista o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que retirou o voto proferido em sessão anterior. Petição Nº IJ516/2013 – AI no REsp 1291636 (3001). Em 07.10.2014: ‘Conclusos para julgamento ao Ministro João Otávio de Noronha após pedido de vista’”. Pesquisa em 26.1.2015. (Fonte STJ em 26.1.2015).*





*um terço da herança;*

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

Desde logo, é preciso alertar que a expressão “filhos comuns” presente no inciso I nos parece deve ser interpretada como “descendentes comuns”, de maior abrangência consoante os termos do Enunciado 266 da III Jornada de Direito Civil (CJF – STJ): “*Art. 1.790: Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.*”

Então, se o companheiro sobrevivente concorrer com descendentes comuns quanto aos bens aquestos típicos deixados pelo falecido (adquiridos onerosamente na constância da sociedade conjugal), terá direito à mesma quota que o descendente receber.

Se houver dois descendentes comuns, a partilha da herança se faz dividindo a herança líquida por três (por cabeça). Porém, é de se indagar: Que herança? Dentro da literalidade da regra em comento, se tecnicamente o inciso está vinculado ao *caput*, o direito sucessório legal do companheiro sobrevivente limita-se aos eventuais aquestos típicos? Os demais bens hereditários caberão apenas aos descendentes do autor da herança?

Se existirem a inventariar outros bens que o falecido obteve antes do matrimônio a qualquer título, ou os obteve durante a sociedade conjugal a título gratuito, ou os adquiriu nos termos dos incisos II a V do art. 1.660 do Código Civil (aquestos atípicos), só quem os vai recolher, literalmente, por força do disposto no *caput* do artigo ora em comento, serão os filhos ou os descendentes comuns, dentro do princípio de que os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação (art. 1.833 do CC).<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Art. 1.833 do CC: “*Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação.*”



Em prosseguimento, dispõe o inciso II que, “*se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles*”.

Exemplificando, **A** e **B** vivem em união estável com os elementos que a caracterizam, a saber, a intenção de constituir família, como elemento subjetivo,<sup>59</sup> e a convivência íntima comum, duradoura, continuada e pública assemelhada ao casamento, como elementos objetivos.<sup>60</sup>

Supondo-se que **A** (falecido) viveu em união estável com **B**, mas antes foi casado, e desse casamento nasceu um filho, em tal hipótese, consoante o inciso II do art. 1.790, **B**, a companheira, receberá apenas a metade do que aquele filho receber sobre os aquestos típicos, sendo os demais bens hereditários recolhidos apenas por esse filho.

Se concorresse, entretanto, nesses aquestos típicos com um filho comum (inciso I), teria direito a uma quota igual a que, por lei, for atribuída ao filho.

Mas o que acontece se há filho(s) comum(ns) a **A** e **B** e outro(s) somente de **A**, **em hipótese de filiação híbrida?**

Nesse caso, poder-se-ia entender que a companheira sobrevivente

---

<sup>59</sup> O jurista Paulo LÔBO entende que tal elemento é **objetivo**, aduzindo: “*Objetivo é alvo, finalidade, destinação que todas as entidades familiares – e não apenas a união estável – devem realizar. A constituição de família é o objetivo de entidade familiar, para diferenciá-la de outros relacionamentos afetivos, como a amizade, a camaradagem entre colegas de trabalho, as relações religiosas. É aferido objetivamente e não a partir da intenção das pessoas que as integram. Portanto, não se confunde com os requisitos ou elementos de existência da entidade familiar. Nesse sentido, o objetivo da constituição de família não apresenta características subjetivas, devendo ser aferido de modo objetivo, a partir dos elementos de configuração real e fática da relação afetiva (a exemplo da convivência duradoura sob o mesmo teto), para se determinar a existência ou não de união estável*” (As famílias. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 153-154).

<sup>60</sup> Art. 1.723, caput, do CC: “*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.*”



**B**, ao concorrer com os parentes mais próximos do falecido, recebe a metade cabível a cada um dos descendentes (art. 1.790, inciso II, do CC), que entre si recolhem a mesma quota (art. 227, § 6º, da CRFB), uma vez que os descendentes estão em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, não podendo o filho não comum restar patrimonialmente prejudicado pelo companheiro sobrevivente, o que ocorreria se fosse aplicado o inciso I da mencionada regra.

No entanto, preferimos, dentro do **princípio da igualdade constitucional** antes mencionado, seja aplicado o inciso I desse artigo, garantindo-se ao companheiro sobrevivente quota idêntica a dos descendentes do falecido, à semelhança do cônjuge (art. 1.832, 1ª parte, do CC).

Além do mais, sob outro ponto de vista, no dispositivo ora apreciado o legislador utiliza a expressão “*se concorrer com descendentes só do autor da herança*”, levando-nos à conclusão de que a restrição patrimonial alcança o companheiro sobrevivente *apenas* quando concorrer sucessoriamente com prole exclusiva do autor da herança.

Todavia, como o legislador, no inciso I do art. 1.790 do Código Civil, se refere tão somente a filhos comuns e no inciso II do mesmo artigo, menciona exclusivamente os descendentes do autor da herança, há quem entenda, minoritariamente, que deva ser aplicado, na hipótese de descendência híbrida, bem como na situação de concorrência com outro(s) descendente(s) comum(ns), que não sejam filhos(s) do hereditando (por exemplo, netos), o inciso III do artigo em questão, garantindo-se ao companheiro sobrevivente, em ambas as hipóteses, 1/3 (um terço) da herança e aos demais sucessores a fração de 3/4 (três quartos).<sup>61</sup>

Se compararmos as situações jurídicas acima descritas com a situação do cônjuge sobrevivente, veremos que esse além de recolher a herança na sua plenitude, nunca recebe menos que o descendente. *Ocorre aqui também flagrante discrepância em relação ao companheiro que também poderá ser*

---

<sup>61</sup> Nos moldes da opinião minoritária, FARIA, Mário Roberto Carvalho de, ob. cit., p. 151.



considerada inconstitucional, em se aplicando os princípios fundamentais antes mencionados.<sup>62</sup>

O citado inciso III do art. 1.790 do Código Civil dispõe que “se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da

---

<sup>62</sup> “ACORDAM os integrantes da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, unanimidade de votos, em arguir a inconstitucionalidade do artigo 1.790, II, do Código Civil, com remessa dos autos ao Órgão Especial, nos termos do voto e sua fundamentação. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ABERTURA DE INVENTÁRIO DECISÃO DE 1ª GRAU QUE AFASTOU A APLICAÇÃO DO ARTIGO 1790, II, DO CÓDIGO CIVIL POR ENTENDÊ-LO INCONSTITUCIONAL E APLICOU À COMPANHEIRA AS REGRAS DE DIREITO SUCESSÓRIO PERTINENTES AOS CÔNJUGES EM REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. RECURSO QUE QUESTIONA A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790, II, DO CÓDIGO CIVIL. NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO DO ÓRGÃO ESPECIAL ACERCA DO TEMA. INCOMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS PARA DECLARAR DISPOSITIVOS DE LEI INCONSTITUCIONAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 97, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 270, DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL. REMESSA DO FEITO AO ÓRGÃO ESPECIAL A FIM DE QUE SEJA DELIBERADO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DO ARTIGO 1790, II, DO CÓDIGO CIVIL”. (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 12ª CC, AI 878130-2, Rel. Des. Ivanise Maria Tratz Martins, julgado em 25.7.2012).

“ACORDAM os Julgadores integrantes da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso de Apelação, para excluir o Apelado da divisão da legítima, em razão de não ser razoável a distinção de tratamento em relação ao direito sucessório atribuído ao cônjuge, garantindo-se o direito à meação, nos termos da fundamentação. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. ARTIGO 1.790, II, DO CÓDIGO CIVIL. CONCORRÊNCIA DO **COMPANHEIRO** COM O DESCENDENTE DA AUTORA DA HERANÇA. TRATAMENTO DESIGUAL EM RELAÇÃO AO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE. OFENSA AO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. BENEFÍCIO PREVISTO NO ART. 7º, DA LEI Nº 9.278/96. 1. O art. 1.790, II, do Código Civil é incompatível com o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, uma vez que promove tratamento desigual entre o direito sucessório do **companheiro** e o do cônjuge. 2. Afastada a incidência do art. 1.790, II, do Código Civil em razão da incompatibilidade com a Constituição Federal, impõe-se a aplicação da regra destinada ao cônjuge sobrevivente, prevista no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, excluindo-se o **companheiro** meeiro da divisão da legítima, porque, na hipótese dos autos, a autora da herança não deixou bens particulares. 2. Não havendo prova de que o convivente constituiu nova união estável, impõe-se a manutenção da sentença que lhe conferiu o direito real de habitação, com amparo no art. 7º, da Lei nº 9.278/96. APELO PARCIALMENTE PROVIDO” (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 11ª CC, Ap. Cív. 837.796-4, Rel. Des. Vilma Régia Ramos de Rezende, julgada em 8.2.2012).



herança”.

**Quais são os outros parentes sucessíveis, fora as hipóteses acima aventadas?**

Os ascendentes e os colaterais até o 4<sup>o</sup> grau (irmãos, sobrinhos e tios, primos, sobrinhos-netos e tios-avôs). Desse modo, em princípio, se o falecido tiver deixado pais, avós, bisavós, irmãos, sobrinhos, primos, tios-avôs ou sobrinhos-netos, esses vão recolher, guardada as preferências legais específicas de classe e de grau (arts. 1.834 a 1.843 do CC), 2/3 (dois terços) do direito sucessório onde se opera a concorrência e o companheiro tão somente 1/3 (um terço), **em mais um evidente equívoco do novel legislador civil.**<sup>63</sup>

Ainda dentro dessa literalidade (*caput* e inciso III do art. 1.790 do CC), se o acervo inventariado for composto exclusiva ou parcialmente de bens

---

<sup>63</sup> Absurdo mais evidente ainda quando é sabido que a Lei 8.971/1994, em seu art. 2<sup>o</sup>, inciso III, ao regulamentar o direito sucessório do companheiro, em propriedade, o inseriu ao lado do cônjuge, ambos como herdeiros facultativos, ocupando o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, à frente dos colaterais do falecido, regra vigente mesmo após a entrada em vigor da Lei nº 9.278/96 (revogação parcial), como ensina OLIVEIRA, José Maria Lopes de. *Alimentos no casamento e na união estável e sucessão* – Lei nº 9.278/96, 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 211-217. Em sentido adverso, com a aplicação do inciso II do art. 1.790 do CC, p. ex., temos:

“*RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. ARTS. 1.659, VI, E 1.790, II, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. DISTINÇÃO ENTRE HERANÇA E PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE CONJUGAL. PROPORÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA EM RELAÇÃO AO DO DESCENDENTE EXCLUSIVO DO AUTOR DA HERANÇA. 1. Os arts. 1.659, VI, e o art. 1.790, II, ambos do Código Civil, referem-se a institutos diversos: o primeiro dirige-se ao regime de comunhão parcial de bens no casamento, enquanto o segundo direciona-se à regulação dos direitos sucessórios, restando inequívoca a distinção entre os institutos da herança e da participação na sociedade conjugal. 2. Tratando-se de direito sucessório, incide o mandamento insculpido no art. 1.790, II, do Código Civil, razão pela qual a companheira concorre com o descendente exclusivo do autor da herança, que deve ser calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência, excetuando-se o recebido mediante doação ou herança. Por isso que lhe cabe a proporção de 1/3 do patrimônio (a metade da quota-parte destinada ao herdeiro). 3. Recurso especial parcialmente provido, acompanhando o voto do Relator” (REsp 887.990/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 24.5.2011).*



adquiridos antes do início da união estável ou na sua constância, contudo, à título gratuito (por exemplo, doação ou herança), o companheiro sobrevivente deles estará excluído, porquanto serão entregues “aos outros parentes sucessíveis” que pode ser, inclusive, um primo distante do hereditando, que, quiçá, nem o conhecia!

Comentando sobre a absoluta iniquidade da aplicação literal da disposição legal ora em análise, exemplifica e pondera com indignação Zeno Veloso, com a inteligência que lhe é peculiar:

*“Vejam o absurdo que pode decorrer deste dispositivo legal nesses dois exemplos: 1. O companheiro morreu, deixou muitos bens, todos adquiridos antes do início da convivência: a companheira não é meeira e nem participa da herança do falecido; 2. O companheiro faleceu e os bens foram comprados durante a união estável, o de cujus não tem descendentes, nem ascendentes, mas deixou um primo: esse longínquo parente da linha colateral do 4º grau, terá direito a 2/3 da herança, e a companheira sobrevivente a 1/3, apenas. [...] Nas sociedades contemporâneas, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos netos) [...]. E o novo Código Civil brasileiro, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o quarto grau do de cujos. Temos que convir: isto é demais! [...]. Haverá alguma pessoa, neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa?”<sup>64</sup>*

Em outra passagem, o festejado doutrinador paraense, com extrema felicidade, qualifica ainda mais o seu pensamento:

---

<sup>64</sup> *Direito sucessório dos cônjuges*. Pará: Anoreg (Associação dos Notários e Registradores do Estado do Pará), 2008. p. 12. (realces do requerente)





**“Por que privilegiar a este extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que é em tudo comparável à família conjugal do hereditando)?”**<sup>65</sup>

É de salientar, ainda, que tanto o inciso III, como o inciso IV do art. 1.790 do Código Civil utilizam o termo “herança” de modo genérico, *verbis*: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: [...] III – se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a 1/3 (um terço) da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

Ora, com efeito, a expressão herança abrange todo o conjunto de bens, direitos e obrigações transmissíveis do falecido (é universalidade de direito e coisa indivisa até a partilha – arts. 91 e 1.791 do CC) e não se restringe apenas a eventuais bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

Então, os incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil seriam autônomos, independentes do *caput*, apesar de certa imperfeição técnica,<sup>66</sup> de molde a amparar e permitir ao companheiro sobrevivente, no mínimo, na hipótese do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, recolher 1/3 (um terço) *sobre todos os bens deixados a título de herança pelo falecido, adquiridos a qualquer título (de modo gratuito ou oneroso), antes ou depois do início da união estável, malgrado*

---

<sup>65</sup> Do Direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2003. p. 293. (idem)

<sup>66</sup> Sabe-se que os incisos estão, via de regra, vinculados ao *caput* (que é cabeça da norma e, portanto, a diretriz da mesma). No entanto, manifesta-se na mesma direção Caio Mário da Silva Pereira, através de seu culto atualizador, o professor Carlos Roberto Barbosa Moreira, in *Instituições de Direito Civil, direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 16. ed., 2ª tiragem, 2008. v. VI, p. 167. Opinando contrariamente, na direção da vinculação plena de todos os incisos do art. 1.790 do CC ao seu *caput*, ver Silvio Rodrigues. *Direito Civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7, atualizado pelo professor Zeno Veloso, p. 118-119.



*a possibilidade da aplicação integrada das regras em comento.*

E, se autônomos, isto é, desvinculados do *caput*, na hipótese específica do inciso IV do art. 1.790 do Código Civil, não havendo ascendentes, descendentes e colaterais, pensamos que o companheiro sobrevivente não concorre com o Poder Público, sobrepõe a esse, recolhendo toda a herança legal deixada pelo falecido, incluindo-se aí os bens particulares e comuns deixados pelo morto, independentemente da meação por ele obtida por força de ato *inter vivos* (sendo sabido que, como já dito, na falta de acordo em contrário, o regime patrimonial de bens nos tempos atuais aplicável à união estável é o regime da comunhão parcial).<sup>67</sup>

Com efeito, é de se sopesar que, os claros termos do art. 1.844 do Código Civil só permitem ao Poder Público recolher a herança legal na falta de cônjuge, companheiro, ou de parente sucessível ou, então, tendo eles renunciado à herança,<sup>68</sup> conforme se verifica mediante sua simples transcrição: “Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.”<sup>69</sup>

Vagando na mesma direção, vaticina abalizada doutrina nas doudas

---

<sup>67</sup> No mesmo sentido, ao menos em relação à aplicabilidade ampla do inciso IV do art. 1.790 em favor do companheiro, *vide* opinião dos especialistas Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao Novo Código Civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 966. Quanto à apuração da meação/participação do companheiro na união estável o Enunciado 346 da IV Jornada de Direito Civil (CJF – STJ) declara: “*Na união estável o regime patrimonial obedecerá à norma vigente no momento da aquisição de cada bem, salvo contrato escrito.*”

<sup>68</sup> Ou, esclareça-se, se forem excluídos da sucessão em virtude de deserção ou por força de indignidade, conforme o caso.

<sup>69</sup> Em posição diversa, porém, minoritária, temos, por exemplo, em sede doutrinária, a opinião de Inácio de Carvalho Neto. *In Direito sucessório do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Método, 2007. p. 191-192: “*Ou seja, a herança será parcialmente vacante se, mesmo havendo companheiro, não tiver o de cujus deixado outros herdeiros, deixando, contudo, bens anteriores à união ou adquiridos a título gratuito. Não socorre a redação do art. 1.844, que deve ser interpretado também em consonância com o caput do art. 1.790.*”



palavras de José Luiz Gavião de Almeida e José Pedro Makowski Gavião de Almeida: “Por isso o art. 1.790 deve ser interpretado como contendo dois comandos, embora em regra deva ser premissa para todos os incisos. Nos dois primeiros incisos vale a regra de sucessão apenas sobre os bens adquiridos na constância da união estável e a título oneroso. Mas para os dois últimos incisos (III e IV) essa restrição não se aplica. Agora, sobre todo o patrimônio do falecido haverá a concorrência, ou a adjudicação em benefício do companheiro. [...] O Código parece assim querer, tanto que nos dois primeiros incisos fala em quota do herdeiro necessário e nos dois últimos em partilha da herança, com certeza aqui entendida como um todo.”<sup>70</sup>

Se os ex-companheiros, através de pacto de convivência, escolheram um regime patrimonial que não permitiu entre eles a comunicação de bens *inter vivos* (por exemplo, o regime da separação de bens), mesmo que não haja meação a favor do companheiro sobrevivente, ao encamparmos o pensamento acima, esse também recolherá toda a herança legal.

Apesar de todas as considerações a respeito, parte da doutrina,<sup>71</sup> e mesmo parcela da jurisprudência, como será visto em seguida, vem se pronunciando pela **constitucionalidade do art. 1.790 e seus incisos**, sob a alegação de que decorre da própria Carta Constitucional de 1988 a não equiparação sucessória entre o casamento e a união estável, de vez que o legislador constituinte, ao afirmar que “*a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento*” (§ 3º do art. 226), estaria, no fundo, declarando ter o matrimônio maior *status* jurídico do que a união estável, sendo essa apenas um

---

<sup>70</sup> A concorrência do cônjuge e companheiro na sucessão legítima. *Direito de família e sucessões: temas atuais*. Coordenação de HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE Flávio; e SIMÃO, José Fernando. São Paulo: Gen/Método, 2009. p. 515. (grifos nossos)

<sup>71</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 50-51; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, p. 146-147.



meio para se chegar à família primeira.<sup>72</sup>

A respeito, é amiúde lembrado o pronunciamento do ínclito processualista e ex-Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, José Carlos Barbosa Moreira:

*“[...] Não ocorreu, porém, equiparação entre os dois institutos, ao contrário do que se apressaram a sustentar alguns: a família resultante da união estável coexiste com a fundada no casamento, mas aquela não se identifica com esta. Tanto assim, que, segundo o texto constitucional, a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento – o que não teria sentido se uma e outro já estivessem iguais. Por conseguinte, quem viva em união estável e se case com outra pessoa não cometerá o crime de bigamia, definido no artigo 235 do Código Penal como o fato de ‘contrair alguém, sendo casado, novo casamento’. Não se exclui, convém observar, que a lei equipare a união estável ao casamento, para determinados efeitos: o Código Civil de 2002 o faz em mais de um dispositivo, v. g., no artigo 1.595, onde se estende às relações entre um dos companheiros e os parentes do outro o vínculo da afinidade, nas mesmas condições previstas para os cônjuges [...]”.*

---

<sup>72</sup> “Vamos examinar agora o art. 1.790, que é um artigo que traz inúmeras dificuldades. A *companheira ou companheiro participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável nas condições seguintes*. Em primeiro lugar, essa regra é, a meu ver, duplamente inconstitucional, como veremos adiante. Não o é, porém, para aqueles, como o digno relator Ricardo Fiuza – que ‘graças a Deus’ está mudando de opinião – ao afirmar que o casamento é uma instituição fim e a união estável é uma instituição meio, ou seja, uma instituição de segunda classe, em sentido jurídico, dizendo, com todas as letras, no seu relatório, que está discriminando sim e que pode discriminar porque o objetivo do legislador é proteger o casamento.” CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Sucessão dos descendentes, sucessão do cônjuge e sucessão na união estável. *Revista EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), número especial, 2003. *Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil*, parte I, fevereiro a junho 2002, número especial, 2004. *Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil*, parte II, julho/2002 a abril/2003.



Destarte, no campo jurisprudencial, são trazidas decisões no sentido do **reconhecimento da constitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil**:

*“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1.790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1.725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA.” (Incidente de Inconstitucionalidade 570029390374 julgada pelo Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 9.11.2009).*

*“Incidente de Inconstitucionalidade: Direito de Família – União Estável – Sucessão - Companheiro sobrevivente – Artigo 1.790, inciso III do Código Civil. O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro encontra guarida na própria Constituição Federal, que distinguiu entre as duas situações jurídicas. Não é*

---

<sup>73</sup> Novo Código Civil e a União Estável, extraído do sítio na rede mundial de computadores. Disponível em: <[margotdeeliassgomes.com.br/pdf/novocodigo.pdf](http://margotdeeliassgomes.com.br/pdf/novocodigo.pdf)>. Acesso em: 13 jan. 2011.



*inconstitucional o artigo 1.790, III, do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com outros parentes sucessíveis, o direito a 1/3 da herança dos bens comuns.”* (**Arguição de Inconstitucionalidade 1.0512.06.032213-2/002**, julgada pela Egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rel. Des. Paulo César Dias, julgamento em 9.11.2011, publicação em 1.2.2012).

*“União estável. Direito sucessório. Sucessão da companheira. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. Disparidade de tratamento entre união estável e casamento e ou das distintas entidades familiares. Inocorrência de violação a preceitos e princípios constitucionais. Incidente desprovido.”* (INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 990.10.359133-0, julgado em 14.9.2011 pelo **Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**).<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> E, ainda, nessa esteira, por exemplo, os arestos a seguir anotados:

*“Apelação. Sucessão. União estável. Matéria decidida pelo Órgão Especial desta Corte no sentido da constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Companheiro sobrevivente que, além da metade dos bens adquiridos durante a união estável por força da meação, participará também da sucessão da companheira falecida quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união, com direito a 1/3 da herança, porque concorre com outros parentes sucessíveis. Aplicação do art. 1.725 e art. 1.790, inciso III, ambos do Código Civil. Sentença reformada. Recurso provido, com determinação”* (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 0103907-18.2005.8.26.0001, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, julgada em 28.5.2014).

*“INVENTÁRIO. Nulidade – Inocorrência. Alegação de ausência de manifestação das agravantes acerca da impugnação às primeiras declarações – Matéria abordada na decisão agravada que é unicamente de direito, comportando apreciação nos autos do inventário – Preliminares rejeitadas. INVENTÁRIO. União estável. Direito de herança reconhecido ao companheiro. Constitucionalidade do art. 1.790, do CC. Inaplicabilidade do art. 1.829, do CC, ao caso. Diferenciação dos regimes sucessórios, por se tratar de hipóteses distintas – Agravo provido, na parte conhecida”* (Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 2012477-36.2014.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Antônio de Godoy, julgado em 6.5.2014).

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO DAS SUCESSÕES – UNIÃO ESTÁVEL – ART. 1.790, CÓDIGO CIVIL – CONSTITUCIONALIDADE. 1 – A opção do legislador em dispensar tratamento díspar para regular a sucessão do companheiro, que está*





prevista no art. 1.790, CC, não viola a Constituição da República. 2 – Recurso provido” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 1.0024.12.177175-2/001, Rel. Des. Jair Varão, julgado em 27.3.2014).

“**INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO.** 1. A constitucionalidade do art. 1.790 do CC já foi reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de São Paulo e deve prevalecer. Em razão da cláusula constitucional de reserva de plenário e da súmula vinculante nesse sentido, somente o Tribunal Pleno pode declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal em referência, de modo que, já decidido em sentido contrário pelo Órgão Especial do Tribunal de São Paulo, não se admite solução diferente, cumprindo ao órgão de jurisdição fracionário de segundo grau aplicar a norma declarada constitucional. 2. O companheiro supérstite tem direito apenas à meação e à herança sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (art. 1.790 do CC), devendo ser afastada a pretensão de concorrer na herança quanto aos bens particulares do de cujos, ressalvado eventual direito real de habitação (Lei nº 7.278/96). Recurso provido para afastar a incidência do art. 1.829, inc. III, do Código Civil, rejeitando-se a pretensão da agravada de concorrer na herança quanto aos bens particulares do companheiro morto” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 10ª CDP, AI 2025769-25.2013.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, julgado em 12.11.2013).

“**AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. HABILITAÇÃO DE COMPANHEIRA DE UM DOS HERDEIROS FALECIDO. DEFERIMENTO. DECISÃO REFORMADA.** Recurso contra decisão que deferiu a habilitação de companheira sobrevivente no inventário dos bens dos pais do **companheiro** falecido, ao fundamento de ser inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil. Dispositivo legal que não padece de inconstitucionalidade, devendo ser aplicado ao caso. Assim, o companheiro sobrevivente participa da sucessão do outro tão somente quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Hipótese em que o único bem inventariado foi adquirido por herança; logo, não foi adquirido onerosamente na vigência da união estável, não fazendo jus a agravada a herdar qualquer quinhão. Provimento do recurso” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 13ª CC, AI 0032299-11.2012.8.19.0000, Rel. Des. Jorge Luiz Habib, julgado em 26.2.2013).

“**Companheiro sobrevivente. Existência de colaterais. Não afastamento da regra do art. 1.790, III, do Código Civil. Dispositivo declarado constitucional pelo órgão especial do tribunal. Não é inconstitucional o art. 1.790, III, do Código Civil, ao dispor que o(a) companheiro(a), concorrendo com outros parentes sucessíveis do companheiro, terá direito a um terço da herança, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela. Aplicação do art. 1.787 do Código Civil. Recurso provido”** (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª CC, AI 70032581530, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, julgamento em 17.12.2009).\

“**Inventário. Ida dos autos ao partidor com determinação sobre o quinhão de companheira. Conhecimento do recurso, porque antes não houve disposição sobre a partilha. Ausência de decisão sobre os bens próprios da companheira, adquiridos pelo convívio. Diversidade de tratamento entre o cônjuge e o companheiro prevista pelo Código Civil. Revogação das normas sucessórias anteriores. Constitucionalidade das novas regras. Agravo conhecido em parte e não provido”** (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado, AI 6418614800, Rel. Des. Maurício Vidigal, julgamento em 25.8.2009).



No entanto, *data máxima vênia*, esse raciocínio, a par da cultura jurídica de seus defensores, é de se repisar, fere de morte, no sentir do requerente, da melhor doutrina e de respeitáveis pronunciamentos judiciais, o importantíssimo princípio da vedação ao retrocesso, enfatizando ainda a culta professora Ana Paula de Barcellos:

*“A modalidade de eficácia jurídica denominada de vedativa do retrocesso pressupõe logicamente que os princípios constitucionais que cuidam de direitos fundamentais são concretizados através de normas infraconstitucionais, isto é: os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio de legislação ordinária. Além disso, pressupõe também, com base no direito constitucional em vigor, que um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos em questão [...]. Partindo desses pressupostos, o que a eficácia vedativa do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.”<sup>75/76</sup>*

---

<sup>75</sup> *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 68 (grifos nossos). Relembramos que, sob o império do CC/1916 e das Leis nºs 8.971/1994 e 9.278/1996, os direitos sucessórios legais do cônjuge sobrevivente e do companheiro sobrevivente eram rigorosamente iguais: ambos figurando em 3<sup>a</sup> lugar na ordem da vocação hereditária e considerados herdeiros facultativos, igualmente titulares de usufruto legal sucessório e direito real de habitação, obedecidos os pressupostos legais.

<sup>76</sup> “Agravado de instrumento. Direito sucessório. Decisão que afastou a inventariança da irmã do *de cuius* para nomear a sua companheira, declarada como única herdeira na mesma decisão. **Inconstitucionalidade do inciso III, do art. 1790 do Código Civil reconhecida pelo Colendo Órgão Especial desta Corte ao acolher arguição de inconstitucionalidade suscitada neste recurso. Equiparação de direitos entre cônjuge e companheira. Vedação ao retrocesso social. Se a legislação anterior avançou para conferir à companheira a integralidade da herança na falta de herdeiros necessários (art. 2º, III, da Lei 8.971/94), é defeso à legislação posterior retroagir, suprimindo o**



Consciente da divergência que grassa no seio da doutrina e da jurisprudência acerca do tema, até mesmo, pela defeituosa regulamentação legal da matéria, embora respeitando as opiniões em contrário, **está convencido o requerente, até por força dos princípios da proibição do retrocesso social, da igualdade formal e substancial de pessoas na mesma situação jurídica,<sup>77</sup> da**

---

**direito para colocar a companheira em situação inferior à do cônjuge. Recurso ao qual se nega provimento**” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 14ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0032655-40.2011.8.19.0000, relator Desembargador Luciano Rinaldi, julgado em 12.08.2015). (destaques do requerente)

<sup>77</sup> **Investigação quanto à correlação lógica entre fator de discrimen e a diferenciação feita entre casamento e união estável.**

Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo, “ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado.” Também quanto a esse ponto padece de inconstitucionalidade por afronta à isonomia o tratamento discriminatório da legislação para cônjuges e conviventes em matéria sucessória. Isso porque não há a mínima correlação lógica entre o fator de discrimen (forma solene) e o resultado da desigualdade de tratamento jurídico dispensado. Ainda nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Melo: ‘é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto’. Com o devido respeito aos que pensam de forma contrária, não se pode achar qual é a lógica em se pensar que uma mera formalidade na constituição de um casamento, ou a falta dela com o início de uma união estável, poderia gerar distintos resultados, para fins sucessórios entre o cônjuge e companheiro, especialmente quando todos os demais fatores essenciais lhes são absolutamente iguais. Pela precisão, vale aqui o exemplo dado por Bandeira de Melo: “suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Em exame perfunctório parecerá que o vício de tal lei, perante a igualdade constitucional, reside no elemento fático (compleição corporal) adotado como critério. Contudo, este não é, em si mesmo, fator insuscetível de ser tomado como fato deflagrador de efeitos jurídicos específicos. O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de discrimen e os efeitos jurídicos atribuídos a ela. Não faz sentido algum facultar aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso porque entre uma coisa e outra não há qualquer nexos plausível. Todavia, em outra relação, seria tolerável considerar a tipologia física como elemento discriminatório. Assim, os que excedem certo peso em relação à altura não podem exercer, no serviço militar, funções que reclamem presença imponente.” E essa é exatamente a hipótese aqui perscrutada, pois, se não, *qual seria então o nexos plausível* que justifique núcleos familiares constitucionalmente isonômicos receberem da legislação ordinária tratamento diferente quanto ao aspecto sucessório, unicamente porque um núcleo foi formalizado perante o Oficial de Registro Civil, enquanto o outro não o fez. O que realmente se vê do art. 1.790 do Código Civil e sua justificativa legislativa é uma discriminação gratuita e preconceituosa, crendo-se numa suposta superioridade do casamento em relação à união



*proteção às famílias, especialmente as que formam sociedade conjugal, da proibição do retrocesso social e desrespeito ao valor maior da dignidade da pessoa humana, deva ser o art. 1.790, caput, e seus incisos I, II e III, do Código Civil, considerados inteiramente inconstitucionais, hipótese em que, in concreto, devam ser aplicadas, analogicamente a favor do companheiro sobrevivente, as disposições sucessórias previstas no art. 1.829, incisos I a III, do Código Civil (ab initio, destinada apenas aos descendentes, ascendentes e ao cônjuge do falecido),<sup>78</sup> alertando, para os efeitos na parte final do inciso I da*

---

estável, chegando ao absurdo de o legislador justificar a diferenciação que fazia dizendo que a união estável seria uma instituição-meio menos estável do que o casamento (que, na visão do legislador, seria a instituição-fim). Contudo, esse entendimento absolutamente anacrônico é, em verdade, insondável pela lógica mais vulgar (...) **Investigação quanto à consonância da discriminação com os interesses protegidos na constituição.** Este último critério investigativo da isonomia é ainda mais evidente, porque foi exatamente a lógica discriminatória do antigo direito positivo pensado por castas e por solenidades que a nova ordem constitucional superou e ainda está a superar, tudo por meio do diuturno embate na tentativa de se colocar novamente na centralidade de todo o sistema jurídico a pessoa humana, com tanto menos predicado quanto possível, com atenção única e primordial à sua realização digna, expurgando todo e qualquer tipo de benefício ou prejuízo odioso, assim como a discriminação gratuita que atenta claramente contra o princípio da igualdade e contra a pessoa humana mesma. A igualdade de todos os membros da família humana não é apenas um direito fundamental, cláusula pétrea da nossa Constituição Federal de 1988, mas também e sobretudo direito humano, tanto que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A(III) da Assembleia Nacional das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, já no seu preâmbulo declara: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os **membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis** é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (d.n.) **Não há dúvida de que o interesse da Constituição Federal é proteger a união estável como entidade familiar idêntica ao casamento (§3º, art. 226 da CF), não havendo qualquer respaldo constitucional a discriminação sucessória dos partícipes da união, especialmente em razão da morte de um dos conviventes.**” Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes no proficiente ensaio *AS DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO SÃO INCONSTITUCIONAIS. A POSIÇÃO DA DOUTRINA E DOS TRIBUNAIS*, São Paulo, 2015, p. 18 (no prelo). (grifos da autora e do requerente)

<sup>78</sup> O Código Civil mexicano, bem mais feliz, já o fez, porém, *verbis*: “***De la Sucesión de los Concubinos. Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente,* aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará’.**” (destacamos)



aludida norma que, na falta de convenção em contrário acerca do estatuto patrimonial vigente entre os companheiros, é de se impor, no que couber, o regime da comunhão parcial (art. 1.725 do CC).<sup>79</sup>

Compartilhando também desse posicionamento, temos o culto magistrado e ex-Procurador do Estado do Rio de Janeiro, professor Milton Soares Delgado: “Diante de tais discussões e da inexistência de jurisprudência firme em um determinado sentido, somos que a melhor posição é aquela que dá tratamento equivalente para a sucessão dos companheiros e do cônjuge, devendo, portanto, o ITDMD ser calculado para o companheiro da mesma forma como ele é calculado para o cônjuge, inclusive com o desconto da meação, aplicando-se analogicamente, o artigo 1.839 do CC, a teor do que já vinha sendo feito pela jurisprudência pátria antes do advento do novo Código Civil, **sob pena de violação aos princípios da isonomia e da vedação de retrocesso.**”<sup>80</sup>

Em reforço desse raciocínio, é sempre bom recordar, que uma quantidade infindável de brasileiros, devidamente autorizados e protegidos pelo legislador constituinte, optou por constituir uma família denominada de união estável e aguarda da doutrina e da jurisprudência pátria a efetivação dos direitos dela oriundos.

Uma vez mais, valemo-nos da opinião do Ministro **Carlos**

---

<sup>79</sup> “*Inventário – Direito Sucessório – União Estável – Igualdade Substancial – Companheira – Herdeiros Colaterais – Inaplicabilidade do art. 1.790 CC/2002 – Extensibilidade – Art. 1.838 CC/2002 e art. 226, § 3º, CF/88 – Sucessão por inteiro – Direito – Desprovinamento. Faz-se mister, frente ao entendimento constitucional de equiparação da união estável ao casamento, como entidade familiar, que todos os direitos infraconstitucionais assegurados aos cônjuges sejam aos companheiros estendidos. Destarte, havendo expressa previsão legal (art. 1.838, CC/2002) de que na ausência de descendentes e ascendentes será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, tal direito também assiste à companheira, sendo despicienda qualquer verificação acerca da data que os bens foram adquiridos, uma vez que a norma protetiva consubstanciada no art. 1.838 CC/2002 não traz essa menção restritiva quando estiver em jogo o interesse da cônjuge/companheira em detrimento dos herdeiros colaterais, cabendo àquela, neste caso, a sucessão por inteiro*”. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível 1.0024.06.220350-0/001(1), Rel. Des. Geraldo Augusto, julgada em 16.8.2011). (grifos nossos)

<sup>80</sup> Ob. cit., p. 131. (destaques do requerente)





**Maximiliano**, ao comentar acerca da importância da *equidade* para o Direito, onde primorosamente declara: “Como generalizar o postulado que Domat fixara para as leis naturais, ter-se-á o preceito seguinte: se, adaptado um texto a uma espécie que ele parece compreender, resulta de cisão contrária à *Equidade*, é de se presumir que o Direito está sendo mal aplicado, e o caso em apreço deve ser julgado por outro dispositivo. *Ubi cequitas evidens poscit, subveniendum est – Intervenha-se amparadamente onde equidade manifesta o reclame.*”<sup>81</sup>

Em seguida, *traz-se à baila outros valiosos posicionamentos doutrinários, da pena de reconhecidos juristas, a embasar a tese de defendida pelo ora requerente a favor da Declaração da Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, em especial de seus incisos III, I e II.*

A uma, o festejado PAULO LÔBO aduz:

“As desigualdades de direitos sucessórios perpassam todo o art. 1.790, tornando inviável a interpretação em conformidade com a Constituição, nomeadamente com os princípios da igualdade, da liberdade, e da não discriminação. Acresce que o artigo viola o princípio da vedação do retrocesso, porquanto reduz os direitos sucessórios do companheiro conferidos pela Lei 8.971, de 1994. A desigualdade alcança o patrimônio sucessível, pois os bens particulares estão incluídos para o cônjuge e excluídos para o companheiro, para o qual o dispositivo reserva apenas os adquiridos onerosamente; o reconhecimento explícito do cônjuge como herdeiro necessário e a omissão em relação ao companheiro; a ordem de vocação hereditária, pois o cônjuge vem em terceiro lugar após as classes dos descendentes e ascendentes e o companheiro após todos os herdeiros colaterais até o quarto grau; a sucessão concorrente, pois são díspares as quotas atribuídas ao cônjuge e ao companheiro quando concorrem com

---

<sup>81</sup> Ob. cit., p. 142.



*descendentes e ascendentes e distintas as bases de cálculo sobre a herança, participando o cônjuge sobre os bens particulares em determinados regimes de bens e o companheiro sobre a totalidade da herança, mas a este não se assegurando o direito daquele à quota mínima de um quarto; os direitos à herança dos filhos do de cujos, que variam em razão de ser o genitor sobrevivente cônjuge ou companheiro, pois estes recebem quotas distintas que refletem nos direitos daqueles, para mais ou para menos”.*<sup>82</sup>

E ainda, da inspiração do mesmo especialista:

**“Considerando-se inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, não há vazio legal quanto aos direitos sucessórios do companheiro. Aplicam-se as mesmas regras do Código Civil sobre os direitos sucessórios do cônjuge. De acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia. A lei é considerada omissa quando a norma nela existente é considerada inconstitucional. Entre todas as entidades familiares existentes, a que mais se aproxima da união estável é a união conjugal, pois ambas são compostas de casais com ou sem filhos, em convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, distinguindo-se apenas pela existência ou não do ato jurídico do casamento. Portanto, são equiparados os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente e do companheiro sobrevivente, inclusive quanto à ordem de vocação hereditária e à qualificação como herdeiro necessário”.**<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> *Direito civil: sucessões.* São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 151-152. Na mesma direção, vide o também festejado Luiz Edson Fachin *in* Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 48, out./dez. 2011. Rio de Janeiro: Padma, p. 256.

<sup>83</sup> *Direito civil. Sucessões.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152. (grifamos)



Disso não discorda a íclita professora e autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

**“Outros pontos controvertidos comparativamente, entre direito sucessório de cônjuge e direito sucessório de companheiro, residem no fato de que este último também não encontrou guarida no dispositivo legal (art. 1.845) que elencou as pessoas que perfazem a categoria dos chamados herdeiros necessários. Lá está o cônjuge, alçado que foi a este status pelo legislador do novo código. Mas lá não está o companheiro. [...] A falta de equalização entre uns e outros de novo marca a presença e, de novo, faz dividir a doutrina, acerca de se saber se a leitura e a interpretação do rol devem ser realizadas restritivamente, ou se o companheiro pode ser considerado, ele também, herdeiro necessário. Nesta seara, pessoalmente tendo a entender que o companheiro pode ser considerado integrante do rol dos herdeiros necessários, tendo em vista que o art. 1.850 apenas permite a exclusão, por testamento, dos parentes colaterais, nada referindo à pessoa do companheiro”**<sup>84</sup>.

Merece ainda ser mencionado o entendimento posicionamento da proficiente professora Rose Melo Vencelau Meireles:

**“Herdeiros necessários. O art. 1.845 do Código Civil considera herdeiros necessários o descendente, o ascendente e o cônjuge. Embora louvável a inovação do Código Civil vigente em comparação com o Código Civil de 1916 que qualificava de herdeiros necessários apenas o descendente e o ascendente (CC 1916, 1.721), questionável a exclusão do companheiro. Ora, se a reserva legitimária se sustenta com fundamento na tutela da família e a união estável é reconhecida como entidade familiar,**

<sup>84</sup> Direito Sucessório e Constituição: Controvérsias e Tendências, In: HIRONAKA, Giselda. *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. São Paulo: Gen/Método, 2009, p. 460.



*inclusive constitucionalmente, não se justifica essa distinção. Tanto o casamento quanto a união estável têm como objetivo a constituição da família. Realmente, são institutos estruturalmente diversos, mas funcionalmente iguais: ambos visam à formação familiar. [...] “Com o respaldo em Pietro Perlingieri pode-se afirmar que é de máxima importância identificar a estrutura (‘como é’) e a função (‘para que serve’) do fato jurídico, e, ainda, que uma mesma função (constituição da família) pode ser realizada através de várias estruturas (casamento, união estável, por exemplo).”<sup>85</sup>*

A quatro, preleciona o culto Tarlei Lemos Pereira:

*“Resumindo, **o art. 1.790 do Código Civil Brasileiro é inteiramente inconstitucional** porquanto: (i) fere os princípios constitucionais da pluralidade e igualdade das formas de constituição de família, eis que as famílias assentadas na união estável ou no casamento são idênticas nos vínculos de afeto, solidariedade e respeito mútuo; (ii) a lei não pode aviltar a família constituída pela união estável, para forçar conviventes a se casarem; (iii) basta tão só a Constituição Federal para se reconhecer direito sucessório ao convivente sobrevivente, equiparando-o analogicamente ao cônjuge supérstite; (iv) **descabe ao legislador infraconstitucional conferir tratamento desigual a cônjuges e conviventes sob pena de violação à Lei Maior, bem como aos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia, direito fundamental à herança e da proibição do retrocesso social.**”<sup>86</sup>*

---

<sup>85</sup> *Direito Civil: direito das sucessões.* SOARES, Milton Delgado (Coord.). São Paulo: Lumen Juris, 2009. p. 725.

<sup>86</sup> *Direito sucessório dos conviventes na união estável: uma abordagem crítica ao art. 1.790 do Código Civil Brasileiro.* São Paulo: Letras Jurídicas, 2013. p. 261.



A cinco, o respeitado professor, autor e Desembargador Federal **Guilherme Calmon Nogueira da Gama** vaticina:

*“Deve-se considerar, sobre o tema, que o dispositivo (art. 1.790, NCC) é inconstitucional materialmente, porquanto no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo (art. 226, § 3º, da Constituição Federal) ele retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros. Diante de tais ponderações, cabe à doutrina e à jurisprudência corrigir os vícios e detectar no curso do processo legislativo e, desse modo, proceder à combinação das disposições contidas no art. 2º da Lei nº 8.971/94, com as relativas aos cônjuges no art. 1.829, incisos I, II e III, CC, sob pena de flagrantes inconstitucionalidades a serem cometidas contra as pessoas dos companheiros.”*<sup>87</sup>

A seis, opina judiciosamente a digna professora e defensora pública **Claudia de Almeida Nogueira**, embora com argumentos diversos aos por nós esposados:

*“A inconstitucionalidade, data vênia, não reside em conceder menos herança para os companheiros, mas no tratamento diferenciado dispensado aos parentes por causa da origem desta família. A Constituição não igualou o companheiro ao cônjuge. Mas garantiu a mesma proteção à família, independentemente da sua origem. Todos são iguais perante a lei. Não tem qualquer sentido os parentes daquele que vivia em união estável receberem menos ou mais herança que os parentes da pessoa casada. [...] Considerando-se a inconstitucionalidade, face à lacuna da lei, melhor admitir como solução menos traumática a aplicação por analogia do art. 1.829 aos companheiros que sucederiam nas mesmas condições que o cônjuge.”*<sup>88</sup>

<sup>87</sup> *Direito Civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 46.

<sup>88</sup> Ob. cit., p. 186-188.





A sete, temos a digressão do íncrito jurista, autor e conferencista paulista Euclides de Oliveira, com a argúcia que lhe é peculiar:

*“Há de se levar em conta o fato de a Constituição Federal, no trato do ente familiar e de sua proteção jurídica, dar-lhe ampla conceituação, admitindo que se origine não só do casamento civil ou religioso, mas também da união estável entre o homem e a mulher, além de fazer menção à família monoparental, constituída por qualquer dos pais e seus descendentes. **Sob este enfoque é realmente lamentável a diferenciação conduzida no plano sucessório entre as duas espécies de família em exame, ou seja, a originária do casamento e a provinda da união estável: significa uma clara afronta ao princípio constitucional isonômico.** Acrescente-se que o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana acaba sofrendo violação quando não se observa a aplicação do direito de herança, na sua integralidade, ao sobrevivente de uma união familiar, por fato ligado à forma de sua constituição, ou seja, por não advir do casamento”*.<sup>89</sup>

A oito, do mesmo modo, doutrina lapidarmente a respeitada especialista gaúcha Maria Berenice Dias:

*“O companheiro nem foi incluído na ordem de vocação hereditária. O seu direito hereditário encontra-se previsto entre as disposições da sucessão em geral, em um único artigo com quatro incisos (CC 1.790). **Esse tratamento diferenciado não é somente perverso. É flagrantemente inconstitucional. A união estável é reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal (CF, 226, § 3º), que não concedeu tratamento diferenciado a qualquer das formas de constituição da família. Conforme Zeno Veloso, o art. 1.790 merece censura e crítica severa porque é***

---

<sup>89</sup> Ob. cit., p. 188.



deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco. Mais do isso, a norma é materialmente inconstitucional, porquanto, no lugar de dar especial proteção a família fundada no companheirismo, retira direitos e vantagens anteriormente existentes a favor dos companheiros. [...] é que a legislação infraconstitucional que regulou a união estável deferiu tratamento igual em matéria sucessória de cônjuges e companheiros como: (a) sucessores; (b) titulares de usufruto legal; e (c) direito real de habitação (L. 8.971/1994 e 9.278/1996). Diante da equiparação entre casamento e união estável levada a efeito pela Constituição e pela própria sociedade, não pode a lei limitar direitos dos consagrados em sede constitucional e que já estavam assegurados na legislação pretérita. Tal postura afronta um dos princípios fundamentais que rege o direito de família, que veda o retrocesso social. [...] O companheiro foi inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária. Pelo jeito, a lei considera que no casamento o amor é mais intenso do que na união estável. Supõe que os companheiros têm mais afeto pelos parentes colaterais. Isso porque o cônjuge tem preferência sucessória. É convocado antes dos irmãos, tios, sobrinhos e primos. Estes, no entanto, antecedem o companheiro na hora de herdar. Esta diferenciação de tratamento – que não existia na legislação pretérita – configura injustificável retrocesso social e gera flagrante discriminação entre casamento e união estável. Há outras incongruências. Como o cônjuge é necessário, pode ser deserdado (CC 1.961), mas o companheiro não estaria sujeito à deserdação. No máximo, à possibilidade de ser afastado caso venha a ser reconhecido judicialmente como indigno (CC 1.814).”<sup>90</sup>

<sup>90</sup> Manual das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 66 e 69-70.



Em outra obra de sua autoria, arremata com clareza solar a festejada autora:

***“No entanto, há sério risco de a jurisprudência deixar de reconhecer a permanência de ditos direitos na união estável, bem como afastar todos e quaisquer tratamentos desigualitários entre casamento e união estável. Seria uma severa limitação às relações extramatrimoniais, além de uma injustificável afronta aos princípios constitucionais. Devem as diferenciações ser afastadas do sistema jurídico. Mas, até que seja corrigido tal equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao Juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo a sua inconstitucionalidade. Essa é a única forma de evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes às uniões que merecem a proteção do Estado”***.<sup>91</sup>

A dez, assevera com firmeza o culto magistrado e professor Aldemiro Rezende Dantas Junior:

*“A nós parece que o art. 1.790 é ofensivo ao texto constitucional, porque agride a igualdade da proteção que a lei deve deferir a todas as espécies de famílias, uma vez que não aceitamos a alegada superioridade de qualquer das famílias sobre as demais. [...] **Pensamos que o art. 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.** [...] O que fazer para suprir a lacuna que se abrirá em relação à sucessão causa mortis na união estável? Ora, na verdade, não haverá lacuna alguma, pois já existe disposição tratando da ordem em que se defere a sucessão legítima (art. 1.829), e tal disposição deverá ser aplicada diretamente aos*

---

<sup>91</sup> *Conversando sobre direito de família, sucessões e o novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 106.



*sucessores causa mortis na união estável.*”<sup>92</sup>

A onze, veja-se a digressão da culta Patrícia Karinne de Deus Ciríaco:

*“Viver em união de facto não é uma indignidade. É uma opção de vida, manifestação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O direito pode estabelecer diferenças entre esse instituto e o casamento, simplesmente porque não são iguais, **mas discriminar a pessoa humana e negar-lhe direitos por conta da entidade familiar a que se vinculou é absolutamente repulsivo e atinge, sem dúvida, a máxima da dignidade da pessoa humana.**”* (destaques do requerente)<sup>93</sup>

A doze, e para encerrar no campo doutrinário, trazemos a afirmação e críticas do sempre admirado jurista e professor Gustavo Tepedino:

*“Existe ainda a insegurança quanto ao regime sucessório estabelecido pelo Código Civil tanto no que tange à concorrência do cônjuge com descendentes, quanto no que concerne à sucessão dos companheiros, tratados pelo Código Civil com certo desdém. A recente evolução jurisprudencial do STJ, não trouxe conforto a este estado de coisas, **sendo inconstitucional, a meu ver, a diversidade de regime entre o cônjuge e companheiro, este sujeito à base de cálculo diferenciada, critérios de partilha limitadores e concurso com colaterais, herdeiros de outra classe sucessória, ao**”*

---

<sup>92</sup> Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VII, nº 29, IBDFAM/Síntese, p. 141. Visando pôr fim à desigualdade ora denunciada, o IBDFAM propôs e o Deputado Sérgio Barradas Carneiro apresentou em plenário, o PL 508/20 (renumerado) dispondo sobre a igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável. (grifos do ora postulante)

<sup>93</sup> Dignidade humana e sucessão do companheiro: conexão necessária para o grito em apelo à mudança legislativa in *Revista IBDFAM Família e Sucessões*, v. 0, Belo Horizonte: IBDFAM, 2013, p. 128, apud PITÃO, José António de França.



*contrário dos cônjuges.*<sup>94</sup> (destaques do requerente )

Ainda a propósito, trazemos à colação importantes decisões no sentido do acima propalado, isto é, **aduzindo ser inconstitucional o art. 1790, em especial, o seu inciso III.**

No âmbito do **Egrégio Superior Tribunal de Justiça**, por ocasião do julgamento do REsp 1.135.354, ocorrido em 24.5.2011, o ínclito relator, Ministro Luis Felipe Salomão suscitou Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do art. 1.790, incisos III e IV, do Código Civil, sendo esse acolhido à unanimidade pela Egrégia 4<sup>a</sup> Turma nos seguintes termos:

*“INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada.”*

Do corpo da referida decisão, pinçamos o primoroso raciocínio a seguir, do qual estamos inteiramente de acordo:

*“Por exemplo, no caso dos autos, a autora conviveu em união estável com o falecido durante 26 (vinte e seis) anos, com sentença declaratória passada em julgado, e ainda assim seria, em tese, obrigada a concorrer com irmãos do autor da herança (cunhados da autora), ou então com tios, primos ou ‘tio-avô’ do de cujus. Tal solução também é pela mencionada doutrina acoimada com a pecha de inconstitucionalidade, basicamente, por três linhas de raciocínio: (a) a Constituição Federal não diferenciou as famílias*

---

<sup>94</sup> Trecho de entrevista estampada no *Boletim IBDFAM* (Instituto Brasileiro de Direito de Família), nº 75, ano 12, jul./ago. 2012, p. 4.





*havidas a partir do casamento daquelas cuja matriz é a união estável; a possibilidade de conversão da união estável em casamento não permite ao legislador conferir menos direitos à primeira; ambas as formas de família possuem a mesma dignidade constitucional; (b) ainda que pudesse o legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada a sucessão do companheiro comparativamente com a sucessão do cônjuge, o art. 1.790 do CC ofenderia a dignidade da pessoa humana, ao permitir a concorrência de parentes distantes do de cujus com o companheiro sobrevivente, junto de quem construiu o patrimônio a ser partilhado; violaria o direito fundamental à herança e, além do mais, a diferenciação por que optou o legislador ofenderia os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade; (c) tendo em vista que a Lei n. 8.971/94 previu a concorrência do companheiro somente com descendentes e ascendentes do de cujus ('na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança', art. 2º, inciso III, da Lei), silenciando quanto ao tema a Lei n. 9.278/96, **as disposições do art. 1.790 violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais**, princípio amplamente sufragado pela doutrina constitucionalista, doméstica e estrangeira. Frise-se, desde já, que o STF, em duas oportunidades, anulou acórdãos proferidos por tribunais estaduais que, por fundamento constitucional, deram interpretação demasiadamente restritiva ao mencionado artigo, sem submeter a questão da constitucionalidade ao órgão competente, prática vedada pela Súmula Vinculante n. 10. Nesse sentido confirmam-se: Rcl. 10.813 MC/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, e RE 597.952/RS, Relator Ministro Carlos Ayres Brito. 5. Com efeito, diante desses elementos, tanto por inconveniência quanto por inconstitucionalidade, afigura-se-me que está mesmo a merecer exame mais aprofundado, pelo*



*órgão competente desta Corte, a questão da adequação constitucional do art. 1.790 do CC/02. [...] Como dito antes, tem-se acusado a inconstitucionalidade de todo o art. 1.790 do Código Civil, do caput aos incisos. Porém, em sede de controle incidental de constitucionalidade, a relevância da decisão acerca da adequação constitucional da norma constitui pressuposto de admissibilidade do incidente, de modo a ser ‘inadmissível a arguição impertinente, relativa à lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa’. Vale dizer, em sede de controle concreto, somente se declara a ‘inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa’” (MENDES, Gilmar Ferreira [et al.]. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.013-1.024). (grifos do requerente)*

Contudo, para quem pensa como nós, infelizmente no julgamento em exame não se chegou ao mérito da questão, uma vez que, por maioria de votos, não se conheceu da Arguição de Inconstitucionalidade em apreço:

*“CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 1.790 DO CC/2002. NÃO CONHECIMENTO. 1. O manifesto descabimento do recurso especial – que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição –, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido. 2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.”*

Porém, por sua vez, o **Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reconheceu a inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil**, no âmbito da Arguição de Inconstitucionalidade 536.589-9/01, julgada em 4.12.2009, na relatoria do eminente Desembargador Sérgio Arenhart, *in litteris*:



“ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes do *Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*, por maioria de votos, em julgar procedente o incidente de declaração de *inconstitucionalidade*. EMENTA: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. INQUINADA AFRONTA AO ARTIGO 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE CONFERE TRATAMENTO PARITÁRIO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL EM RELAÇÃO AO CASAMENTO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE LEI INFRACONSTITUCIONAL DISCIPLINAR DE FORMA DIVERSA O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ELEVÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO “STATUS” DE ENTIDADE FAMILIAR. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. CONHECIMENTO DO INCIDENTE, DECLARADO PROCEDENTE. 1. Inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil por afronta ao princípio da igualdade, já que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal conferiu tratamento similar aos institutos da união estável e do casamento, ambos abrangidos pelo conceito de entidade familiar e ensejadores de proteção estatal. 2. A distinção relativa aos direitos sucessórios dos companheiros viola frontalmente o princípio da igualdade material, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, tendo contribuído diretamente para o desenvolvimento econômico da entidade familiar.” (destaques do postulante)

No Estado do Rio de Janeiro, caminhou-se pela mesma estrada.



O Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça, ao julgar em 11.6.2012, a **Arguição de Inconstitucionalidade 0032655-40.2011.8.19.0000**, tendo como arguente a 14<sup>a</sup> Câmara Cível, através da relatoria do eminente Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto, igualmente **reconheceu a inconstitucionalidade incidenter tantum do inciso III do art. 1.790 do Código Civil**, cuja ementa se reproduz:

*“Arguição de inconstitucionalidade. Art. 1.790, inciso III, do Código Civil. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. Violação à isonomia estabelecida pela Constituição Federal entre cônjuges e companheiros (art. 226 § 3º). Enunciado da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Incabível o retrocesso dos direitos reconhecidos à união estável. Inconstitucionalidade reconhecida. Procedência do incidente.”*

No mesmo caminho direcionou-se o referido **Egrégio Órgão Especial** ao julgar procedente a **Arguição de Inconstitucionalidade 0019097-98.2011.8.19.0000**, em 6.8.2012, tendo como arguente a Egrégia 5<sup>a</sup> Câmara Cível, na relatoria do mesmo eminente Desembargador fluminense, em acórdão assim ementado:

*“Família. União estável. Sucessão do companheiro. Restrição contida no artigo 1.790, inciso III, do novo Código Civil. Norma que faz prevalecer as relações de parentesco sobre aquelas da afetividade. Dispositivo que contraria a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a consagração constitucional da união estável. Restrição que é rejeitada pela doutrina dominante, bem como se afasta da jurisprudência da Suprema Corte sobre a ‘nova família’. **Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente por maioria de votos.** Inaplicável o efeito vinculante do art. 103 do*



*Regimento Interno, por não ter sido atingido o quórum necessário.”<sup>95</sup> (grifos do requerente)*

<sup>95</sup> De resto, ainda na direção da propalada inconstitucionalidade, com a consequente equiparação dos direitos sucessórios do cônjuge ao companheiro, trazemos alguns exemplos extraídos da pena de Egrégios Tribunais Estaduais:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. EXCLUSÃO DOS COLATERAIS DO INVENTARIADO DA SUCESSÃO. RECONHECIMENTO DA **COMPANHEIRA** COMO ÚNICA HERDEIRA DO FALECIDO. AUSÊNCIA DE DESCENDENTE E ASCENDENTE. DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790, III DO CC PELO ÓRGÃO ESPECIAL, EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. Não há preclusão *pro iudicato* quanto a disciplina da ordem de sucessão. Norma de natureza cogente que não pode ser alterada pela vontade das partes. Declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, pelo Órgão Especial deste Tribunal, do art. 1.790, III do CC que estabelece concorrência entre o companheiro sobrevivente e os parentes sucessíveis do autor da herança. Violação à isonomia entre as entidades familiares estabelecida pela Constituição Federal. Reconhecimento da união estável entre o autor da herança e a agravada. Aplicação das regras dos artigos 1.829 e 1.838 do CC para se deferir a sucessão à agravante, em razão da inexistência de descendentes ou ascendentes. Manutenção da decisão que exclui as irmãs do autor da herança e habilitou como herdeira universal a **companheira** reconhecida por sentença judicial. Desprovimento dos pedidos subsidiários. Conhecimento e desprovimento do recurso” (TJRJ, 22ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0014000-78.2015.8.19.0000, relator Desembargador Rogerio de Oliveira Souza, julgado em 12.05.2015).

“Direito civil. Sucessão. Companheira. Exegese do disposto no artigo 1.790 do Código Civil. Concorrência com colaterais. Decisão agravada que reconheceu a companheira sobrevivente como única herdeira legitimada a figurar como parte na ação de inventário, deferindo sua habilitação e a nomeando inventariante. Afastamento da irmã do falecido para concorrer à herança. Em que pese o casamento e a união estável encerrarem situações algo diversas, ambos constituem entidades familiares com especial proteção do Estado, consoante o disposto no artigo 226 da Constituição Federal e, portanto, devem receber o mesmo tratamento em tema de sucessão ‘causa mortis’. Segundo a lei, a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decretou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 1.790, III do Código Civil, em decisão vinculativa para os demais órgãos fracionados desta Corte, a teor do disposto no artigo 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Assim, os direitos sucessórios da companheira se equiparam à situação legal do cônjuge sobrevivente, conforme previsto no artigo 1.829, III do Código Civil. Recurso desprovido” (TJRJ, Agravo de Instrumento 0051766-05.2014.8.19.0000, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim, julgado em 23.10.2014).

“APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM*. PRETENSÃO SUCESSÓRIA DOS COLATERAIS. TOTALIDADE DA HERANÇA QUE DEVE SER DEFERIDA AO **COMPANHEIRO**. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, III, DA LEI 8971/94. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE





JUSTIÇA. ENTENDIMENTO QUE DEVE SER APLICADO TAMBÉM QUANDO A ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRER NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. **DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO ART. 1790, III, DO CÓDIGO CIVIL. DISPOSIÇÃO LEGAL QUE, REDUZINDO A PROTEÇÃO CONFERIDA PELO ORDENAMENTO À UNIÃO ESTÁVEL, VIOLA O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CONSUBSTANCIADA NO DESPRESTÍGIO DA UNIÃO ESTÁVEL ENQUANTO ENTIDADE FAMILIAR DESTINATÁRIA, POR FORÇA DA CONSTITUIÇÃO, DE PROTEÇÃO EFETIVA PELO ESTADO (CF, ART. 226, CAPUT).** 1. Com o advento da Lei 8.971/1994, os **companheiros** excluem os colaterais na linha sucessória, recebendo a totalidade da herança do **companheiro** falecido (art. 2º, III), à semelhança do que ocorre com o tratamento conferido pelo Código Civil ao casamento (Código Civil, art. 1.829, III). 2. A regra do art. 1.790, inciso III, do Código Civil, por sua vez, ao reduzir a proteção conferida ao **companheiro** na linha sucessória, viola o princípio da isonomia, cujo vício de inconstitucionalidade material foi reconhecido pelo egrégio Órgão Especial no julgamento da representação nº 0019097-98.2011.8.19.0000. 3. Esse entendimento não destoa das diferenças que o casamento guarda, evidentemente, com a união estável, pois segundo entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, são institutos inconfundíveis e com características próprias, cuja principal distinção repousa sobre os caracteres de formalidade e solenidade (Informativo nº 535). 4. A principal diferença entre o casamento e a união estável diz respeito à formalidade e solenidade do ato jurídico porque, enquanto no primeiro a lei é extremamente rigorosa ao estabelecer uma complexa forma sacramental dotada de alto grau de publicidade, no outro a lei não exige nenhuma formalidade, apenas elencando alguns impedimentos que nem se comparam com aqueles previstos para o casamento (Código Civil, art. 1.723, § 1º). 5. A formalidade e solenidade do casamento produz efeitos *intra partes* e *erga omnes*: dentre os primeiros, visa assegurar aos nubentes prova cabal acerca do início da relação jurídica e dos efeitos que lhe são tipicamente previstos na lei; dentre os segundos, a forma sacramental do casamento visa dotar o ato da devida publicidade, de forma a permitir sua oponibilidade a terceiros e evitar a prática de atos inconvenientes ao patrimônio comum. 6. Uma coisa é a lei prever efeitos jurídicos diferenciados ao casamento, levando em conta que, por ser um ato formal e solene, seus efeitos seriam oponíveis *erga omnes* e como ocorreu no julgamento da controvérsia acerca da aplicação da Súmula 332 do STJ (REsp 1299866-DF). Outra coisa muito diferente, e aí repousa a inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do Código Civil, é a lei prever efeitos jurídicos diferenciados para o casamento e a união estável, sem que essa distinção de tratamento esteja lastreada por suas diferenças. 7. Se a diferença entre o casamento e a união estável relaciona-se à sua formalidade e solenidade, não pode a lei diferenciar essas entidades familiares naquilo que elas não são diferentes, sob pena de se conceber um modelo de entidade familiar estigmatizado, violando-se o princípio da isonomia. 8. Recurso que se nega seguimento. Art. 557, *caput*, do CPC” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível 0036166-09.2012.8.19.0001, [HYPERLINK “http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300190823”](http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300190823), Rel. Des. Mario Guimarães Neto, julgada em 31.3.2014). (grifos no original e nossos)

**“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO E PARTILHA. NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 1.790, III, DO CC, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO AO COMPANHEIRO E AO CÔNJUGE. INCONSTITUCIONALIDADE DO**



DISPOSITIVO RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. COMPANHEIRA TEM DIREITO A TOTALIDADE DOS BENS DO *DE CUJUS*, EM NÃO HAVENDO ASCENDENTES E DESCENDENTES. EXCLUSÃO DOS HERDEIROS COLATERAIS. RECURSO PROVIDO” (Tribunal de Justiça do Paraná, 12ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 1186890-5, Rel. Des. Mário Helton Jorge, julgamento em 28.5.2014). (grifos nossos e no original)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DECISÃO QUE DETERMINOU A HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS COLATERAIS PARA CONCORREREM COM A COMPANHEIRA, COM BASE NO ART. 1.790 DO CC. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA E. CORTE EM VIRTUDE DA INJUSTIFICADA DISCRIMINAÇÃO QUE IMPÕE ENTRE **SUCCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO**. DIREITO SUCESSÓRIO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A MEAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO” (Agravo de Instrumento 0040289-19.2013.8.19.0000, 17ª CC, Rel. Des. Marcia Alvarenga, julgado em 30.10.2013).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO ENTRE COMPANHEIROS. CONCORRÊNCIA ENTRE COMPANHEIRO SOBREVIVENTE E COLATERAIS. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL NA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0019097-98.2011.8.19.0000 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA DO ARTIGO 1.790, III DO CÓDIGO CIVIL, ANTE A VIOLAÇÃO DA ISONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DEVENDO PREVALECER AS REGRAS SUCESSÓRIAS CONSTANTES DO ARTIGO 1.829 E SEGUINTE DO CÓDIGO CIVIL. **INCIDÊNCIA DO ARTIGO 226, §3º DA CR/88. DESSA FORMA, SE NA SUCESSÃO ENTRE COMPANHEIROS NÃO HÁ DESCENDENTES OU ASCENDENTES É O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE HERDEIRO UNIVERSAL DOS BENS DEIXADOS PELO *DE CUJUS*. RECURSO PROVIDO, PARA EXCLUIR OS PARENTES COLATERAIS DA SUCESSÃO ABERTA**” (Agravo de Instrumento n. 0053202-67.2012.8.19.0000, 20ª CC, Rel. Des. Inês da Trindade, julgado em 3.4.2013).

“Direito Sucessório. Decisão que deferiu a habilitação dos colaterais na sucessão do falecido. Insurgência da companheira. Sucessão da companheira. Aplicação do art. 1.790 do Código Civil à sucessão da companheira. Impossibilidade. Princípio da igualdade. O art. 226, § 3º, da Constituição Federal equiparou a união estável ao casamento, reconhecendo-a como instituição familiar. Arguição de inconstitucionalidade no Órgão Especial acolhendo o incidente para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790, III do Código Civil. Arguição de inconstitucionalidade nº 0019097-98.2011.8.19.0000. Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto. Família. União estável. Sucessão do companheiro. Restrição contida no artigo 1.790, inciso III, do novo Código Civil. **Norma que faz prevalecer as relações de parentesco sobre aquelas da afetividade. Dispositivo que contraria a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a consagração constitucional da união estável. Restrição que é rejeitada pela doutrina dominante, bem como se afasta da jurisprudência da Suprema Corte sobre a “nova família”. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente por maioria de votos.** Inaplicável o efeito vinculante do art. 103 do Regimento Interno, por não ter sido atingido o quórum necessário. – Data de Julgamento: 06/08/2012. Provimento do recurso” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 6ª CC, AI 0014366-25.2012.8.19.0000, Rel. Des. Nagib Slaibi, julgamento em 24.10.2012).



Igualmente, o **Egrégio Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça de Sergipe**, ao decidir o Incidente de Inconstitucionalidade n. 2010114780, em 30.03.2011, tendo como relatora a eminente Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho, **manifestou-se pela inconstitucionalidade do art.1.790 do Código Civil**, nos seguintes termos:

*“Constitucional e Civil - Incidente de Inconstitucionalidade - União Estável – Direito Sucessório do Companheiro - Art. 1.790*

---

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. INVENTÁRIO. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. EX-COMPANHEIRA. COLATERAIS. Agravo de instrumento contra decisão que, tendo em vista o reconhecimento judicial da união estável entre o *de cujus* e a Agravante, determinou a retificação das primeiras declarações a fim de aplicar a regra do artigo 1.790, III, do Código Civil. O *de cujus* não deixou descendentes nem ascendentes, habilitando-se à **sucessão** seus irmãos, herdeiros colaterais. O E. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça decretou incidentalmente a **inconstitucionalidade** da norma que prevê a concorrência à **sucessão** entre o ex-companheiro e os herdeiros colaterais do *de cujus*. **O decreto de inconstitucionalidade implica em afastar a incidência da referida norma, e no vácuo de preceito disciplinando especificamente a situação jurídica da companheira impõe-se equiparar o direito sucessório do ex-companheiro à situação legal do cônjuge sobrevivente como previsto no artigo 1829 do Código Civil que regula a ordem de vocação hereditária e dá preferência a este com relação aos colaterais. Recurso provido**” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 17ª CC, AI 0043489-68.2012.8.19.0000, Rel. Des. Henrique de Andrade Figueira, julgamento em 3.10.2012). (destaques nossos)

Sob o ponto de vista da legislação infraconstitucional e a lógica do sistema familiar sucessório, ancorado na solidariedade e na proteção aos membros da família do *de cuius*, temos: “Agravo de Instrumento. Inventário. Companheiro que deve herdar preferencialmente aos colaterais. Interpretação lógico-sistemática do artigo 1.790 do CC. Decisão revista. Agravo provido” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 0174792-16.2012.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Godoy, julgado em 19.2.2013). Do aresto em questão, pinçamos significativo trecho da lavra do douto relator: “Convenha-se, todavia, bem o que se daria a se admitir que, particularmente para a situação hereditária, cônjuge e companheiro se diferenciasssem, ao revés de tantas outras passagens da ordenação destas entidades familiares em que nenhuma diferenciação, do ponto de vista intrínseco, a atual lei civil fez. E sem qualquer causa lógico-racional que o justificasse, insista-se, à luz da ordenação dos institutos, na sua feição interna, dentro do próprio Código Civil. Pior, e por fim, tudo isto levando a uma quebra do próprio valor que anima o regramento da sucessão legítima. Sabe-se que o valor básico a amparar as regras da sucessão legal é a *solidariedade* familiar (v. g. Massimo Bianca. *Diritto civile*. 4. ed. Giuffrè, 2005, p. 2, p. 534). **A alternativa de aplicação literal do artigo 1.790, a rigor, cria uma distinção injustificável, na lógica do CC, entre a solidariedade havida entre os cônjuges e os companheiros, distinguindo os direitos hereditários que, sob um mesmo fundamento, lhes compete**”. (destacamos)



*do Código Civil de 2002 - Ofensa aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana - Art. 226, 3º da CF/1988 - Equiparação entre Companheiro e Cônjuge - Violação - Inconstitucionalidade Declarada. I - A questão relativa à sucessão na união estável e a consequente distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido, conforme previsão do art. 1.790 do Código Civil de 2002, reclama a análise da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, pois este, ao dispor sobre o direito sucessório da companheira sobrevivente, ignorou a equiparação da união estável ao casamento prevista no art. 226, 3º da CF,96 configurando ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; II - Incidente conhecido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002”.*

(TJSE, IIN 2010114780 SE, Relª, Desª Marilza Maynard Salgado de Carvalho, Tribunal Pleno, j. 30/03/2011)

Por fim, quanto à manutenção do disposto no artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, no aparato jurídico nacional, o **Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** declarou a inconstitucionalidade do dispositivo na **Arguição de Inconstitucionalidade em Agravo de Instrumento n. 2008.064395-2**, rel. Des. João Henrique Blasi, *in verbis*:

---

<sup>96</sup> Não é de se olvidar ainda que o tratamento claramente discriminatório contido na sofrível redação do aludido art.1.790 do CC igualmente afronta o art. 17.1 do Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.”, bem como o art.XVI.3 da Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana de 1948: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.”, sendo sabido que esses dois Tratados Internacionais de Direitos Humanos tem envergadura supra legal e estão acima do Código Civil.



*“ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL. TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO ÀQUELE DISPENSADO AO CASAMENTO. INADMISSIBILIDADE. INCISO III DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA QUE, NA SUCESSÃO, AO CONCORRER COM OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS FAZ JUS A APENAS UM TERÇO DA HERANÇA. DISCIPLINA DESALINHADA COM O DISPOSTO NO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. Na condição de núcleo familiar constitucionalmente albergado, tanto a união estável, quanto o casamento - quanto, ainda, o arranjo monoparental, ostentam idêntica natureza (art.226 da Carta da Republica), substanciando-se na comunhão de vidas alicerçada em valores como afetividade, conforto emocional e solidariedade. Nesse sentido, a facilitação, prevista na Constituição Federal para convolar-se a união estável em casamento (§ 3º, do art. 226/CF), não implica um minus da primeira em comparação com o segundo, nem que seja aquela um rito de passagem ou um degrau inferior em relação a este, senão que avulta como instrumento para dar mais segurança jurídica aos próprios companheiros e a terceiros, haja vista as formalidades cartoriais intrínsecas a este último, devendo, porém, ser reverenciada, antes e acima de tudo, a enunciação igualitária de que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" (caput do art. 226/CF). Afinal, mais relevante do que o modelo pelo qual a família é constituída, é o modo pelo qual se a protege juridicamente. Como corolário, tem-se que o inc.III do art. 1.790 do Código Civil afastou-se do primado da proteção estatal assegurado à entidade familiar, ao conferir tratamento diferenciado e detrimetoso ao convivente em união estável, no caso de sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos*





*onerosamente na constância da convivência, na disputa com outros parentes sucessíveis, em desalinho, portanto, com a regra protetiva ditada pela Constituição da República. Impende, por isso, reconhecer a inconstitucionalidade desse preceptivo (inc. III do art. 1.790 do Código Civil). (TJSC – Arguição de Inconstitucionalidade em AI nº 2008.064395-2/0001.00(6), Rel. Des. João Henrique Blassi, Órgão Especial 12 de janeiro de 2015).*

No bojo da v. decisão em tela, dentre vários argumentos, destaca o requerente:

*“[...] Tal distinção de tratamento, aliás, além de impor manifesta discriminação à condição afetiva do companheiro, pode, caso a caso, render ensejo às mais diversas formas de iniquidade e injustiça, a exemplo de o convivente herdar 1/3 da herança e um sobrinho-neto, talvez desconhecido do próprio falecido, ser destinatário de todo o restante, obtendo para si fração equivalente ao dobro da quota que compete ao companheiro. Essa particularidade, é de notar, impõe severa diminuição da relevância jurídica da união estável em face do casamento, e, bem assim, flagrante discriminação do companheiro sem que haja fundamento constitucional ou mesmo lógico-racional para tanto, ainda mais porque, como se sabe, a ordem de vocação hereditária pressupõe a existência de um escalonamento de afinidades e afetuosidade entre os membros da família, e, se a própria Constituição equipara o casamento e as demais formas de conglomerado familiar (art. 226, § 3.º), todas como modelos de estruturação familiar que exigem idêntica proteção jurídica, não há cabimento algum em hierarquizar a afetividade inerente a cada qual destes institutos. Assim, não havendo critério legítimo de *discrímen* entre os termos pelos quais são regidas as sucessões dos cônjuges e dos companheiro, não há razão para que se estabeleçam direitos*



*desiguais, padecendo, pois, de flagrante inconstitucionalidade, o art. 1.790, inc. III, do Código Civil, devendo, em vez dele, ser aplicado ao companheiro supérstite, neste particular, o art. 1.829, inc. III, do mesmo Diploma, o qual prevê ao cônjuge sobrevivente a totalidade da herança no caso de o falecido não deixar descendentes ou ascendentes”.* (Voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, fls. 408-409) [...]

Como fecho, sob o ponto de vista legislativo, em sintonia com as manifestações jurisprudenciais *ut supra*, transita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 508/2007 e suas subseqüentes alterações, visando a revogação do art. 1.790 do Código Civil, para o fim de igualar os direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro, justificando-se nos seguintes termos: “*Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes.*”<sup>97/98</sup> Em idêntica esteira, igualmente tramita

---

<sup>97</sup> É de se destacar, a propósito quadro comparativo com a devida explicação doutrinária, *in verbis*: “Segue abaixo tabela desnudando as abissais e ignominiosas diferenças legislativas entre o cônjuge e companheiro quanto à sucessão:



<b>DIREITOS DO CÔNJUGE</b>	<b>DIREITOS DO COMPANHEIRO</b>
<p><b>Art. 1.829.</b> A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:</p> <p><b>I</b> - 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 (<u>art. 1.640, parágrafo único</u>); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;</p> <p><b>II</b> - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;</p> <p><b>III</b> - ao cônjuge sobrevivente;</p> <p><b>IV</b> - aos colaterais.</p>	<p><b>Art. 1.790.</b> A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:</p> <p><b>I</b> - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;</p> <p><b>II</b> - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;</p> <p><b>III</b> - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;</p> <p><b>IV</b> - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.</p>
O cônjuge é um dos herdeiros necessários.	O companheiro não está entre os herdeiros necessários.
O cônjuge sempre será herdeiro ou meeiro	O companheiro poderá não ser herdeiro e nem meeiro
O cônjuge só sofre limitação à herança para determinados regimes de bens e somente quando está concorrendo com os descendentes	Pouco importa o regime de bens que eventualmente os conviventes tenham convencionado, pois só haverá sucessão sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável. <sup>97</sup>
O cônjuge sobrevivente, na concorrência com os descendentes comuns, tem reservada uma quarta parte do monte partível (art. 1.832).	O companheiro sobrevivente não tem um mínimo resguardado a título de herança.



<p>O cônjuge concorre com os descendentes sem qualquer diferenciação.</p>	<p>O companheiro, na concorrência com os descendentes comuns, herdará uma quota equivalente à do descendente;</p> <p>O companheiro, na concorrência com os descendentes exclusivos do autor da herança, receberá apenas metade do que couber a cada um deles.</p>
<p>O Código Civil previu a concorrência do cônjuge com os descendentes, sem qualquer diferenciação entre os descendentes (se comuns ou exclusivos).</p>	<p>O Código Civil silenciou quanto à maneira que o companheiro deve concorrer na hipótese corriqueira de existirem concomitantemente tantos os descendentes comuns quanto os exclusivos.</p>
<p>O cônjuge, se não existir descendentes ou ascendentes, herdará toda a herança, não concorrendo com os demais parentes sucessíveis.</p>	<p>O companheiro concorrerá com “outros parentes sucessíveis” e terá direito a um terço da herança, o que significa dizer que haverá concorrência com os irmãos do falecido, com seus ascendentes e colaterais mais afastados (v. g., o tio-avô), que ficarão com 70% da herança.</p>
<p>O cônjuge herda também todos os bens particulares caso não haja descendentes e nem ascendentes.</p>	<p>Se existirem bens particulares do autor da herança e ele não tiver nenhum herdeiro sucessível, esses bens particulares deverão por absurdo ir para o Poder Público, já que o <i>caput</i> do art. 1.790 é claro em dizer que o companheiro só participará da herança quanto aos bens particulares adquiridos onerosamente.</p>
<p>O cônjuge tem direito real de habitação</p>	<p>O companheiro não tem direito real de habitação (o que vem sendo corrigido por algumas decisões judiciais).</p>

Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes no ensaio *AS DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO SÃO INCONSTITUCIONAIS. A POSIÇÃO DA DOCTRINA E DOS TRIBUNAIS*, São Paulo, 2015, p. 18 (no prelo).

<sup>98</sup> Disponível em: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)> (Acesso em: 13 jan. 2009). Substitutivo aos Projetos de Lei 508, de 2007; 2.528, de 2007; e 3.075, de 2008 (SBT 3 CSSF), da relatoria do Deputado Roberto Britto.



---

“O Congresso Nacional decreta:

Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, ou de um companheiro a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança (NR).

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente, salvo se o regime adotado for o da comunhão universal, ou da separação obrigatória de bens (art. 1.641); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

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

III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais. (NR).

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados (NR).

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, ou ao companheiro 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 (NR).

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça (NR).

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

Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente (NR).

Art. 1.839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau (NR).

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes, o cônjuge ou companheiro sobrevivente (NR).

Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes, do cônjuge ou companheiro sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuíam os bens doados. Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes, do cônjuge ou companheiro sobrevivente, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade. (NR). Art. 3º Revoga-se o art. 1.790 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”. Na mesma trilha, vide o PL4908/2012, de autoria do Deputado Federal Hidekazu Takayama, inspirado nos estudos do jurista Inácio de Carvalho Neto.

“No direito comparado, conforme antes afirmado, veja-se o **Código Civil Mexicano**:





há algum tempo perante o Senado Federal o Projeto de Lei 267/2009 que, igualmente, tem como objetivo extirpar do ordenamento jurídico o mesmo dispositivo legal ora criticado, **diante de sua latente inconstitucionalidade face aos princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana.**<sup>99</sup>

---

*‘De la Sucesión de los Concubinos. Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará.’*”

Do mesmo modo dispara o **Código Civil boliviano**: “ARTÍCULO 1108. (SUCESIÓN DEL CONVIVIENTE EN LAS UNIONES CONYUGALES LIBRES).- Las uniones conyugales libres o de hecho reconocidas por la Constitución Política del Estado y el Código de Familia, **producen, respecto a los convivientes, efectos sucesorios similares a los del matrimonio.**”

Também proclama na mesma direção o **Código Civil equatoriano**: “Art. 231.- Las reglas contenidas en el Título II, Libro Tercero de éste Código, **referentes a los diversos órdenes de la sucesión intestada en lo que concierne al cónyuge, se aplicarán al conviviente que sobreviviere**, del mismo modo que los preceptos relacionados a la porción conyugal. “ (destaques do requerente)

<sup>99</sup> “Esta proposição visa a alterar dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, para corrigir o injusto e discriminatório tratamento que a lei conferiu ao direito sucessório dos companheiros, na união estável. Inicialmente, o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, no que se refere ao tratamento da família, preconiza que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. De fato, o texto constitucional não deixa dúvida de que tanto a família constituída pelo casamento, quanto a formada pela simples união de fato de homem e mulher merecem a proteção legal, em homenagem ao princípio da igualdade. Inclusive no que se refere à sucessão, cônjuge e companheiro devem ter paridade de tratamento. [...] Ademais, é possível até sustentar a inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, por ofensa ao princípio da igualdade. Realmente, o art. 1.838 do Código prevê que, em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente. Portanto, falecendo pessoa casada, sem deixar ascendentes nem descendentes, o cônjuge sobrevivente receberá todos os bens da herança. O paralelismo traçado na Constituição, no entanto, confere às pessoas em uniões estáveis igual tratamento legal dispensado às pessoas casadas. Insistir na aplicação literal da regra prevista no art. 1.790, inciso III, da nova Lei Civil, é afrontar o princípio constitucional da igualdade, além de deslustrar o da vedação do enriquecimento sem causa, o que ocorrerá quando o parente colateral sucessível do autor da herança adquirir a maior parte dos bens do acervo patrimonial deixado em detrimento do companheiro supérstite, com quem o falecido convivia pública e notoriamente. O Código Civil de 2002, quando tratou da sucessão dos companheiros, rebaixou o status do companheiro em relação ao do cônjuge sobrevivente, pois



A respeito, a Lei de Introdução do Código Civil de 1916, em sua primitiva redação (atualmente denominada de LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em seu art. 6º, assim dizia: “*A lei que abre exceção às regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica.*”

Embora encoberto pelo Decreto-lei 4.657, de 1942, que alterou a sua redação, esse princípio, mesmo em nossos dias, ostenta plena aplicabilidade, de acordo com a leitura, sempre atual, do mesmo Carlos Maximiliano e também pela doutrina logo a seguir apontada.

Aduz o saudoso mestre:

*“A regra exarada no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 não foi reproduzida na nova Lei de Introdução (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Tal proceder, porém, não importa em eliminarem virtualmente o brocardo vetusto, apenas assinala preferência pela corrente que exclui da legislação os ditames da hermenêutica; deixa-os sobreviver no campo vasto e iluminado da doutrina. A ideia concretizada pelo art. 6º, de 1916, continua de pé, universal, firme na sua essência. [...] Interpretação. As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social [...] Atingido aquele escopo, nada se deve aditar ou nem suprimir. Todo o acréscimo seria inútil; toda a restrição prejudicial. Logo é caso de exegese estrita. Não há margem para a interpretação extensiva, e muito menos para analogia.”<sup>100</sup> [...] Em*

---

*diferenciou o quinhão da herança que toca a cada um deles, no caso de falecimento sem ascendentes e descendentes. Trata-se, pois, de dispositivo que pode ser inquinado de inconstitucional, porquanto ofendeu os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. É que, para a execução de norma constitucional de caráter programático, o legislador não pode fazer retroceder valor socioeconômico por meio de edição de lei de menor hierarquia, superveniente, com a redução do alcance da norma constitucional”.* Trecho extraído do site <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>, na rede mundial de computadores (acesso em: 13 jan. 2009).

<sup>100</sup> Ob. cit., p. 193 e 181-182.



*matéria de privilégios, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia.*<sup>101</sup>

Outro mestre de escola, o pranteado J. M. Carvalho Santos, em outra obra clássica premiada pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), ao analisar o mesmo dispositivo, afirma: *“Interpretação analógica e extensiva. Já mostramos que o campo da analogia é bem diverso da interpretação restrita da lei. Por isso mesmo a Lei, embora restrinja direitos, pode ser interpretada extensivamente, se bem que não o possa ser analogicamente.”*<sup>102</sup>

### **III. DO PEDIDO**

Com base em todo o exposto, requer o Instituto dos Advogados Brasileiros-IAB, confiando na extrema sensibilidade social e jurídica de Vossa Excelência, e também de acordo com o que dispõe o art. 2º, incisos I, II, III, IV e o art. 3º, incisos I e VII de seu Estatuto, antes destacados, o seguinte:

- a) Sua admissão no presente feito na qualidade de *Amicus Curiae*;
- b) A permissão ao requerente, na qualidade de auxiliar do Excelso Pretório na presente questão, a entrega de memoriais, bem como de proferir sustentação oral através de seus advogados.
- c) Por fim, seja o pleito contido no presente Recurso Extraordinário em Repercussão Geral julgado procedente, reconhecida pelo Plenário dessa Excelsa Corte a atual disparidade e iniquidade de tratamento

---

<sup>101</sup> Ob. cit., p. 174.

<sup>102</sup> *Código Civil brasileiro interpretado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. XXVI, p. 64.



jurídico entre os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente em relação ao companheiro sobrevivente, com a declaração, via de consequência, da inconstitucionalidade do art.1.790 e incisos I, II e III do Código Civil em vigor, a alcançar, em proveito e com lúdima Justiça, milhares de jurisdicionados.

Nestes termos

P. deferimento,

Do Rio de Janeiro para Brasília, 16 de junho de 2016.

**TÉCIO LINS E SILVA**

Presidente Nacional do IAB

OAB/RJ 16.165 e OAB/DF 32.138