

**LegisFácil - Pesquisa Integrada à Legislação e Orientação Tributária****CONSULTA INTERNA Nº 015/2019**

Assunto: ITCD - União Estável

Origem: Helvécio Henrique de Souza

Consultante: SRF/Divinópolis

Exposição/Pergunta:

O tema referente à sucessão de companheiros já vinha suscitando vários questionamentos sendo ponto relevante a possibilidade de ser declarada a sua inconstitucionalidade sobre a sucessão de bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

Em 2017, o STF, por maioria, reconheceu de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 e para fim de repercussão geral, foi aprovada a seguinte tese:

“No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil” (STF, RE nº 646.721 e RE nº 878.694).”

E na mesma linha, recentemente, o STJ reforçou esse entendimento, afirmando que o tratamento diferenciado acerca da participação na herança do companheiro ou cônjuge falecido conferido pelo art. 1.790 do Código Civil/2002 ofende frontalmente os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso.

Pelas decisões, conclui-se que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, estendendo, por conclusão, esses efeitos, também, independentemente de orientação sexual.

Ocorre que, apesar das decisões do STF terem sido proferidas em sede de repercussão geral, não têm efeito vinculante, pois as declarações de inconstitucionalidade se deram em sede de controle difuso, ou seja, vinculando-se apenas as partes que litigaram em juízo.

Apesar disso, as decisões no controle difuso têm se aproximado com o sistema de controle concentrado (*erga omnes*), em princípio, o único apto a gerar efeitos vinculantes e obrigatórios de seus julgados. Este fenômeno vem sendo chamado pela doutrina de Teoria da Abstrativização do controle difuso, cuja finalidade é prover aspectos objetivos a esse tipo de controle. Isso significa compatibilizar os efeitos de sua decisão àqueles oriundos do controle concentrado (abstrato) de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Diante disso, questiona-se:

Para fins de ITCD, na divisão patrimonial deve-se considerar que àqueles que vivem em união estável quando do óbito de companheiro ou companheira, na partilha, observar as regras do regime da comunhão parcial de bens dentro das regras do art. 1.829 do Código Civil? Ou devemos entender que a repercussão geral não tem efeito vinculante mantendo a aplicação do art. 1.790 do Código Civil, ainda que seja possível aplicar a Teoria da Abstrativização?

Resposta:

Conforme afirmado pelo Consultante, “apesar das decisões do STF terem sido proferidas em sede de repercussão geral, não têm efeito vinculante para a Fazenda Pública, pois as declarações de inconstitucionalidade se deram em sede de controle difuso, ou seja, vinculando-se apenas as partes que litigaram em juízo”.

Por outro lado, considerando-se o disposto no art. 1.030 do Código de Processo Civil (Lei federal nº 13.105/2015), é certo que a orientação firmada em repercussão geral se impõe na solução de todas as idênticas controvérsias submetidas ao Poder Judiciário.

Ainda, vale mencionar que o STF modulou os efeitos da decisão tomada em repercussão geral no RE 878.694, assim dispondo:

Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da

igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. **4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.** 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002".

Diante disso e considerando-se que a matéria em questão é de Direito Civil, tendo reflexo apenas indireto na aplicação da legislação tributária, a Fazenda Pública poderá realizar o cálculo do ITCD admitindo que a divisão patrimonial, na hipótese de existir união estável quando do óbito de companheiro ou companheira, seja feita à luz das regras do art. 1.790 ou do art. 1.829, ambos do Código Civil, conforme informado na DBD, salvo se houver decisão judicial *inter partes* determinando a aplicação do art. 1.829, ou sobrevier decisão judicial sobre o tema com efeitos *erga omnes*.

DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 3 de junho de 2019.

Marcela Amaral de Almeida
Assessora
Divisão de Orientação Tributária

Ricardo Wagner Lucas Cardoso
Coordenador
Divisão de Orientação Tributária

De acordo.

Ricardo Luiz Oliveira de Souza
Diretor de Orientação e Legislação Tributária