

**AS DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO SÃO CONSTITUCIONAIS? A POSIÇÃO DA DOCTRINA E DOS TRIBUNAIS<sup>1</sup>**

***THE DIFFERENCES OF CIVIL UNION AND MATRIMONY ON INHERITANCE SUCCESSION ARE CONSTITUTIONAL? THE POSITION OF DOCTRINE AND COURTS***

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Doutora e Livre docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: hironaka@uol.com.br

Convidada

Doi: 10.5585/rdb.v13i6.372

**RESUMO:** O presente trabalho partiu de uma indagação muito constante, no meio jurídico dos familiaristas e sucessionistas brasileiros: “As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais?” Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm se debruçado sobre esta dúvida, desde o momento em que o Código Civil foi promulgado em 2002, e por esta razão, encontramos respostas judiciais variadas para casos semelhantes, o que é um retrato devastador do mínimo senso de justiça que obrigatoriamente deve prevalecer numa nação. Para concluir o estudo da forma como o concluí, isto é, dizendo que “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”, a pesquisa estendeu-se, principalmente, a respeito da análise do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, primeiro numa investigação que buscou encontrar o critério que fora tomado pelo legislador como fator de diferenciação entre casamento e união estável, e que teria sido o fundamento da diversidade das normas referentes à sucessão do cônjuge sobrevivente e à do companheiro sobrevivente. E o critério (forma solene apenas para o casamento) não teve peso suficiente para sustentar a tese da diferenciação legislativa. Em segundo momento, a investigação procurou entender se havia uma correlação lógica entre fator de discriminação (forma solene para o casamento) e a diferenciação feita entre casamento e união estável. Não foi possível encontrar esta correlação lógica. E, em terceiro e último lugar, produziu-se uma investigação quanto à consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição. Mais uma vez, a resposta foi negativa. Assim, a resposta final àquela pergunta inicial é a que afirma ser inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil brasileiro.

**Palavras-Chave:** Direitos sucessórios do companheiro; Direitos sucessórios do cônjuge; Concorrência sucessória; Inconstitucionalidade do art. 1.790 CC; Tabela de diferenças de direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro.

**ABSTRACT:** This paper started from a very often question of family and succession practitioners in Brazil: “Are the differences of civil union and matrimony on inheritance

<sup>1</sup> Palestra proferida no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, em Belo Horizonte, no dia 22 de outubro de 2015.

succession constitutional?”. Both doctrine and jurisprudence have faced this issue since the Civil Code of 2002 was promulgated. There have been different judicial answers to the same problem, so this fact is the lack of a minimum sense of justice that should prevail in the Nation. It concludes that there is no consonance between the discriminatory criteria elected by the legislator of article 1790 of Civil Code and the equalitarian and dignifying interests of the Federal Constitution. This assertion was based on the analysis of the juridical content of the principle of equality, in two focus. Firstly it aimed to find the criteria adopted by legislator to differentiate matrimony and civil union, claimed to be the reason of diversity of norms regarding the position of succession of the surviving spouse and the surviving common-law partner. It found that the criteria elected (solemn form only for matrimony) is not enough to justify the legislative distinction. Secondly the research aimed to find if there could be a logical correspondence of the criteria chosen (solemn form of matrimony) and the distinction of marriage and civil union, and this could not be found. In sum, it assessed that there is no correspondence of the discrimination with the interested enshrined by Constitution. Therefore, this essay concludes that the article 1790 is unconstitutional.

**Keywords:** Succession rights of the common-law partner; Succession rights of the spouse; Succession competition; Table of differences of the succession rights of spouse and common law partner.

**Sumário:** 1. Os caminhos que foram percorridos até a edição do art. 1.790 do Código Civil. 2. Breves linhas sobre o conteúdo jurídico da sucessão. 3. Concorrência do cônjuge sobrevivente. 4. Sucessão de pessoa que houvesse sido unida estavelmente. 5. Tabela de diferenças sucessórias entre o cônjuge e o companheiro. 6. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

## 1. OS CAMINHOS QUE FORAM PERCORRIDOS ATÉ A EDIÇÃO DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

“Querendo ser mestres da lei, e não entendendo nem o que dizem nem o que afirmam. Sabemos, porém, que a lei é boa, se alguém dela usa legitimamente.”

*(1ª Epístola de Paulo a Timóteo. 1:7-8)*

Desde a promulgação do Código Civil esta questão é debatida: se o art. 1.790 é constitucional ou inconstitucional. E desde esta época – vale dizer, desde a da nossa Lei Civil – considerável parte dos doutrinadores e pensadores do direito inquiriram de inconstitucionalidade o referido dispositivo legal.

No ano de 2002, durante o período da *vacatio*, portanto, a Ouvidoria-Geral da Câmara dos Deputados fez acontecer, em Brasília, um seminário que se denominou “Novo Código Civil Brasileiro – o que muda na vida do cidadão”, com o intuito de “discutir com a sociedade brasileira e fazer chegar a todos aqueles que se interessam pelo assunto” – conforme disse o Ouvidor-Geral Dr. Luiz Antonio Fleury Filho, na

abertura do evento<sup>2</sup> – ao qual compareceu e esteve presente durante as duas semanas de duração, S.Exa. o Prof. Miguel Reale, que presidiu a comissão de notáveis que elaborou o projeto da Lei Nova.

No que diz respeito ao V Livro da Parte Geral do Código – Direito das Sucessões – apresentamo-lo Zeno Veloso e eu, ele para dizer a respeito da sucessão testamentária, e eu, a respeito da sucessão legítima.

Mostramos, desde aquele remoto dia de novembro de 2002 nossa enorme surpresa com a inserção esdrúxula e malposta do dispositivo legal que cuidaria da sucessão do companheiro no capítulo referente às Disposições Gerais da Lei, e não no capítulo da Sucessão Legítima, que é o *habitat* das disposições que regulam a sucessão daquele que foi casado com o falecido, e que agora a este sobrevive.

Anteriormente à Constituição de 1988, quando ainda se falava em concubinato e a reação social a este tipo de relacionamento afetivo era de recriminação e rejeição social, a jurisprudência já ganhava certo destaque e força, e com a Lei n. 6.858/80, garantiu direito sucessório à convivente sobrevivente sobre bens de origem previdenciária, assim como bens de pequeno valor. Quando a Constituição entrou em vigor e garantiu a legitimação da união estável, causando uma verdadeira revolução de costumes e afastando a recriminação, não foi demais, naquele momento histórico, propugnar pela equalização dos direitos e deveres dos companheiros àqueles mesmos direitos e deveres assegurados às pessoas unidas pelo casamento.

As leis infraconstitucionais que se seguiram, na década de 1990 – exatamente a Lei n. 8.971/1994 e a Lei n. 9.278/1996 – avançaram muitíssimo neste campo de reconhecimento e regulamentação de direitos aos companheiros, mormente em seara de direitos sucessórios, fechando (por assim dizer), no século XX, a incansável batalha sociojurídica que havia se iniciado à volta dos anos 30, deste mesmo século, sob a égide jurisprudencial, principalmente. Contudo, enquanto isso, tramitava, entre nós, desde 1972, o então Anteprojeto de Código Civil, que se converteu em Projeto no ano de 1975, tendo sido depois aprovado na Câmara dos Deputados, em 1984. Todavia, este corpo de leis não previa qualquer regra relativamente à sucessão de pessoas relacionadas exclusivamente pelos laços do afeto. Foi o Senador Nelson Carneiro, em sua incessante luta pelo reconhecimento de arranjos familiares, além daqueles oriundos do casamento, que apresentou emenda no sentido de se garantir direitos sucessórios aos conviventes. Esta emenda, como lembra Zeno Veloso, foi claramente inspirada no Projeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes, na década de 60 do anterior século.

O resultado desse percurso, quase sempre desastroso e muitas vezes de cariz retrógrado e preconceituoso, foi a edição do art. 1.790 do Código Civil de 2002, dispositivo este – na minha visão – claramente inconstitucional. É verdade que assiste razão aos que dizem que, em determinadas situações, o regramento legal da sucessão do companheiro pode até ser mais vantajosa que a do cônjuge, tentando com isso justificar que poderia o legislador fazer o *discrímen*. Para mencionar um exemplo, tomo a hipótese de uma união estável com dois filhos comuns e apenas bens particulares. Nesse caso, o convivente sobrevivente receberá a meação e ainda concorrerá com os filhos na herança, o que não aconteceria se estivessem casados. Contudo, o fato de a sucessão do companheiro em raríssimas exceções poder ser mais vantajosa do que a do cônjuge apenas reforça a inconstitucionalidade, pois não cabe no invólucro constitucional

---

<sup>2</sup> Houve posterior publicação deste seminário, com todas as palestras ministradas, a respeito de todos os livros do Código Civil recém-promulgado, em 2003, pelo Centro de Documentação e Informação – Coordenação de Publicações da Câmara dos Deputados (série Ação Parlamentar n. 229).

regramento diferente para situações social e juridicamente idênticas.

Tenho me debruçado sobre esse tema, desde muito antes da promulgação da nossa atual Lei Civil, e tenho acompanhado esta trajetória histórica que terminou por produzir esta esdrúxula disposição legal acerca dos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente. Tanto estudei e tanto escrevi sobre o assunto que, na Academia, essas minhas reflexões e conclusões levaram-me a escolher, para a minha tese de professor titular na Faculdade de Direito da USP, exatamente o tema da concorrência sucessória do cônjuge e do companheiro, para buscar mostrar as abissais diferenças de tratamento que o legislador de 2002 concedeu a um e a outro, em clara desatenção ao comando constitucional de equalização dos direitos de um e de outro, mormente em matéria sucessória.

Na ocasião, escrevi minhas conclusões sobre a “concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes herdeiros do falecido”, sobre a “concorrência do cônjuge supérstite com a descendência híbrida do autor da herança”, sobre a “sucessão de pessoa que houvesse sido unida estavelmente”, e que agora sobrevive ao companheiro falecido, bem como sobre a “não equalização dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro supérstites”,<sup>3</sup> o que me permitiu concluir com vagar pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o que, de forma sintética, com outros argumentos e novo corte metodológico, também tentarei demonstrar aqui.

## 2. BREVES LINHAS SOBRE O CONTEÚDO JURÍDICO DA SUCESSÃO

“Encontra-se, pois, a origem do direito na própria natureza do homem, havido como ser social.”

(Vicente Rao, *O direito e a era dos direitos*)

Ao estudioso que principia reflexão sobre a sucessão (e aqui estou a falar unicamente da sucessão *mortis causa*), é imprescindível a inquirição do porquê o Direito se preocupa com a transmissão de bens e direitos em razão da descontinuação da vida do seu titular. E é a resposta dessa pergunta que muito significará à conclusão deste estudo, que tem a humilde, porém justa, pretensão de desnudar a flagrante inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Pois bem, mas por qual motivo interessa ao Direito a definição de regras acerca da sucessão *causa mortis*?

A morte é, por excelência e em regra, fato jurídico com termo incerto, já que não é dado, às pessoas, saberem exatamente quando irá suceder o inevitável evento da morte. E parece não haver dúvida de que a vida é um contínuo de fatos, situações e atos jurídicos, estando as pessoas constantemente expostas e sujeitas aos seus efeitos. Se é assim, certo também é que a imprevisibilidade do evento morte faz com que fique potencialmente descoberta de efetividade uma série de direitos e deveres que dependiam da personalidade jurídica da pessoa que se finda. É assim com os contratos firmados pelo morto; com os danos por ele sofridos ou cometidos; com os bens que a ele pertenciam ou que deveriam ser transmitidos a terceiros; com as obrigações legais que ele tinha que cumprir. Por isso, e em razão desses fatos da vida, não é precipitado dizer

<sup>3</sup> A minha tese de professor titular, defendida em 2010, converteu-se, depois, no livro *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

que o conteúdo jurídico da sucessão se preenche pela necessidade de a personalidade jurídica do falecido se findar sem que acarrete danos a outros e sem que suas titularidades jurídicas fiquem alijadas de um titular, para o que se faz imprescindível a transmissão daquela posição jurídica até então presidida pelo *de cuius*.

Todavia, não só. Há outro conteúdo inerente e por demais caro à sucessão: a presunção de que o falecido, acaso soubesse o instante do falecimento, provavelmente transmitiria seus bens às pessoas que lhe eram mais próximas, preterindo as mais remotas, em atenção ao princípio da afetividade. Além disso, a afetividade também impõe restrição à autonomia da vontade do autor da herança, mediante imposição do Estado legiferante, pois não pode ele privar seus parentes próximos de participarem do acervo hereditário, já que o afeto não é direito subjetivo de cada pessoa, correspondendo a gostar apenas daqueles que deseja. Afeto não é mero gosto, simples preferência ou vil interesse. O princípio do afeto carrega também carga ativa de imposição de deveres entre aqueles que se relacionam juridicamente em matéria familiar, provavelmente em razão do vínculo amoroso ou consanguíneo, de tal modo que resta imposto, ao *de cuius*, uma quota patrimonial mínima que deve, necessariamente, ser destinada aos seus herdeiros necessários. Trata-se da chamada “legítima dos herdeiros necessários”.

Ninguém discute que entre herdeiros de uma mesma classe não há mais distinção depois de 1988, como sucede no caso dos filhos ditos legítimos, adulterinos e adotados, que antes eram tratados de forma desigual, já que há muito superamos aquele entendimento hediondo de que era possível fazer acepção de pessoas em idêntica posição jurídica, unicamente por um preconceito social para lá de retrógrado e que, no passado e ainda hoje, gerava consequências nefastas a estas pessoas, à comunidade e às instituições (inclusive as jurídicas).

Por isso, antes de entrar efetivamente nas razões que, no meu pessoal modo de entender, apontam para a insofismável inconstitucionalidade do famigerado art. 1.790 do Código Civil, passo ao detalhamento das diferenças criadas pela lei – mas repudiadas pela Constituição – entre o cônjuge e o companheiro supérstites.

### 3. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

O art. 1.829 do Código Civil enumera os vocacionados à sucessão dita legítima. Não foi sem resistência que o cônjuge se manteve como herdeiro preferencial, concorrendo com os descendentes e ascendentes, visto que durante a tramitação do Projeto de Código Civil, o Deputado Rafael Faraco apresentou proposta – posteriormente rejeitada – com a seguinte sugestão: “Suprima-se a expressão final do inciso II do art. 1.876: ‘em concorrência com o cônjuge’”. O então relator parcial, Deputado Celso Barros, opinou pela rejeição daquela proposta, apresentando bela justificativa:

Não se trata de eliminar a concorrência do cônjuge, como pretende a emenda, mas tão somente dispô-la de modo mais compreensível.

A concorrência do cônjuge, mesmo restrita, é uma conquista em nosso direito e em relação sobretudo aos ascendentes torna-se ela necessária, tendo em vista o papel que desempenha a mulher na formação do patrimônio familiar. Se aceita a emenda, ter-se-ia de frustrar os avanços até aqui alcançados, embora timidamente, o que quebraria a sistemática do Projeto, alicerçada

naquela concorrência.<sup>4</sup>

E de fato a concorrência do cônjuge com os ascendentes e descendentes foi uma conquista, pois no Código Civil de 1916 o cônjuge só herdava se não houvesse o autor da herança deixado descendentes ou ascendentes, a teor do art. 1.603, inciso III, daquele Código. Apenas com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962) é que foram incluídos no art. 1.611 do Código Civil de 1916 os §§ 1º e 2º, que disciplinaram: (i) a hipótese de o cônjuge não ser casado pelo regime da comunhão total de bens (não sendo meeiro, portanto), quando teria o cônjuge supérstite direito de usufruto da quarta parte dos bens do falecido (se houvesse filhos exclusivos do falecido ou do casal), ou usufruto sobre a metade do patrimônio deixado pelo autor da herança caso não existissem filhos, mas apenas ascendentes. De qualquer forma, fato é que o cônjuge não era herdeiro necessário; (ii) o direito real de habitação ao cônjuge supérstite casado no regime da comunhão universal sobre o imóvel de residência da família, desde que fosse o único a partilhar e reservada a meação que já pertencia ao cônjuge sobrevivente. De todo modo, fato é que não era o cônjuge herdeiro necessário, pois esses benefícios sucessórios extinguíam-se ou com a morte do viúvo ou com a cessação da viuvez com novo casamento.

Esse avanço que vivenciamos com a consideração do cônjuge como herdeiro preferencial foi mantido no Código Civil de 2002 da seguinte forma:

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

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

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais. (Grifo nosso)<sup>5</sup>

Desse modo, apesar de o cônjuge constar em terceiro lugar no rol de vocação hereditária, posicionou-se no Código Civil de 2002 igualmente favorecido em concorrência com as duas primeiras classes, tudo porque era imprescindível que se reconhecesse por lei a importância que o morto presumidamente nutria em relação aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge sobrevivente, assim como também se objetivava proteger e perpetuar a continuidade da família (em atenção ao comando constitucional do art. 226, que determina ao Estado a especial proteção do núcleo familiar). Também por isso é que a quota do cônjuge aumenta de acordo com a classe em que se encontra (art. 1.832 do CC) e que, de acordo com o inciso I do art. 1.829 do Código Civil, não será chamado a herdar concorrentemente o cônjuge viúvo que houver sido casado com o autor da herança pelo *regime da comunhão universal de bens* (arts. 1.667 a 1.671 do CC), ou pelo *regime da separação obrigatória de bens* (arts. 1.687 e 1.688 do CC, combinado com o art. 1.641 do CC), ou, ainda, pelo *regime da comunhão parcial de bens* (art. 1.640 do CC), se, porventura, o falecido não houvesse deixado bens particulares. Isso significa que o cônjuge sobrevivente será herdeiro preferencial e necessário sobre uma quota-parte dos bens exclusivos do cônjuge falecido, parcela esta a ser calculada e acrescentada à própria meação do viúvo (quando houver patrimônio

<sup>4</sup> Cf. PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2014, v. 4, p. 908.

<sup>5</sup> Destaco o inciso I do dispositivo, posto que é este o campo delimitado para as observações que dizem respeito ao presente estudo.

comum do casal).

A partir do arrolamento vocatário e das designações de critérios que estão contidos no art. 1.829 do Código Civil, passa o legislador, em artigo posterior (art. 1.832 do CC) a estipular o modo pelo qual se deve proceder à partilha dos quinhões entre os herdeiros que concorrem, os descendentes e o cônjuge viúvo, determinando que:

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

Esse comando concentra a enorme dúvida relacionada à matemática dos quinhões, esmiuçando casos de concorrência do cônjuge supérstite com descendência comum, com descendência exclusiva e com descendência híbrida do falecido. Toda essa confusão matemática e legal já foi por mim exaustivamente enfrentada na suprarreferida tese defendida na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, para concurso de Professor Titular, e que se converteu no livro *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*,<sup>6</sup> especificamente no capítulo 8, para onde remeto o leitor que quiser se aprofundar, já que não é o cerne do que este presente estudo se dispõe a realizar.<sup>7</sup>

De toda forma, o que aqui importa é evidenciar a regra geral prevista no art. 1.829 do Código Civil de igualdade entre os herdeiros de igual posição jurídica, tal como ocorre na sucessão por filhos consanguíneos, adotados e socioafetivos,<sup>8</sup> cumulada com também regra geral de especial proteção da família pelo privilégio à pessoa que acompanhou o *de cuius* até o último instante de vida, cuja índole é eminentemente constitucional e que orienta por vezes e deve(ria) orientar sempre a legislação ordinária em matéria sucessória.

#### 4. SUCESSÃO DE PESSOA QUE HOUVESSE SIDO UNIDA ESTAVELMENTE

<sup>6</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>7</sup> Apenas como registro, a respeito da sucessão do cônjuge supérstite casado sob o regime da comunhão parcial de bens, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acabou por chancelar a posição que venho defendendo há mais de 15 anos, qual seja, de que o monte partível é composto pelo conjunto dos bens particulares (se existentes) deixados pelo autor da herança, sobre o qual haverá concorrência do cônjuge. Confira-se o julgado: “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 cuius*. 4. Recurso especial provido.” (REsp 1368123/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22.04.2015, DJe 08.06.2015).

<sup>8</sup> Confira-se: “6. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 7. A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação. 8. Todos os filhos são iguais, não sendo admitida qualquer distinção entre eles, sendo desinfluyente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar. 9. Recurso especial desprovido.” (STJ - REsp: 1274240 SC 2011/0204523-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08.10.2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15.10.2013).

“Não é desejável cultivar pela lei o mesmo respeito que cultivamos pelo Direito. [...] A lei jamais tornou os homens mais justos, e, por meio de seu respeito por ela, mesmo os mais bem-intencionados transformam-se diariamente em agentes da injustiça.”

(Henry David Thoreau, *A Desobediência Civil*)

A ordem de vocação hereditária do companheiro é estabelecida pelo art. 1.790 do Código Civil, que deve ser lido em consonância com o art. 1.829 do mesmo diploma. O artigo específico está redigido da seguinte maneira:

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

O histórico desse dispositivo demonstra divergências ideológicas entre os próprios senadores, cujas emendas constam do quadro comparativo dos projetos de leis até a promulgação do Código Civil de 2002:<sup>9</sup>

PL 634/1975 (Emendas na CD)	PLC 118/1984 (Emendas no SF)	PL 634-C/1975 [1998] (CD 2º Turno)	Lei nº 10.406/2002 (Texto Promulgado)
[ Dispositivo inexistente no projeto de lei original ]	[ Dispositivo inexistente na redação do 1º turno da Câmara ] Emendas dos Senadores: 358 Emendas do Senado Federal: 300	Art. 1.802. Na vigência da união estável, a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, nas condições seguintes: Subemendas de Redação: 56  <b>Na vigência da união estável:</b> a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:	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:
[Nota: O assessor do Deputado Ricardo Fiuzza afirma que a inclusão do termo "onerosamente" foi incluído depois que o texto havia sido votado na comissão e no plenário. DELGADO, Mário Luiz. Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 394. E, na verdade, não foi localizada nenhuma emenda para este dispositivo.]			
[ Dispositivo inexistente no projeto de lei original ]	[ Dispositivo inexistente na redação do 1º turno da Câmara ] Emendas dos Senadores: 358 Emendas do Senado Federal: 300	[ art. 1802 ] I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; Subemendas de Redação: 56  se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma <b>cota</b> <b>quota</b> equivalente à que por lei for atribuída ao filho;	[ art. 1790 ] I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
[ Dispositivo inexistente no projeto de lei original ]	[ Dispositivo inexistente na redação do 1º turno da Câmara ] Emendas dos Senadores: 358 Emendas do Senado Federal: 300	[ art. 1802 ] II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; Subemendas de Redação: 56	[ art. 1790 ] II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
[ Dispositivo inexistente no projeto de lei original ]	[ Dispositivo inexistente na redação do 1º turno da Câmara ] Emendas dos Senadores: 358 Emendas do Senado Federal: 300	[ art. 1802 ] III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; Subemendas de Redação: 56	[ art. 1790 ] III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
[ Dispositivo inexistente no projeto de lei original ]	[ Dispositivo inexistente na redação do 1º turno da Câmara ] Emendas dos Senadores: 358 Emendas do Senado Federal: 300	[ art. 1802 ] IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. Subemendas de Redação: 56	[ art. 1790 ] IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.
<b>CAPÍTULO II - DA HERANÇA E DE SUA ADMINISTRAÇÃO</b> Art. 1.838. A herança se defere como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Emendas dos Deputados: 998 Emendas do Rel. Parcial: 46	<b>CAPÍTULO II - DA HERANÇA E DE SUA ADMINISTRAÇÃO</b> Art. 1.814. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Emendas dos Senadores: 355 Emendas do Senado Federal: 301	<b>CAPÍTULO II - DA HERANÇA E DE SUA ADMINISTRAÇÃO</b> Art. 1.803. A herança defere-se como uma totalidade, ainda que vários sejam os herdeiros.	<b>CAPÍTULO II - DA HERANÇA E DE SUA ADMINISTRAÇÃO</b> Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Note-se da Emenda n. 358 do Senador Nelson Carneiro, de 1984, que, apesar de declaradamente não saber onde sugerir aquela inclusão, tanto que constou um “onde convir”, referindo-se ao local onde deveria ser incluída, acabou por justificar aquela emenda tratando as companheiras como “legiões de esposas unidas simplesmente pelo

<sup>9</sup> Excelente compilação sobre o processo legislativo do Código Civil de 2002 pode ser consultada em: PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 1, p. 556.



matrimônio religioso, e que com os maridos partilham nos campos, nas indústrias, no comércio, em múltiplas atividades no lar e fora dele, os dias de sol e os de sombra”.<sup>10</sup>

No mesmo sentido, o parecer final do Senador Josaphat Marinho, já sob a vigência da Constituição de 1988, deixou claro que o objetivo daquela emenda era assegurar a equivalência no tratamento entre os cônjuges e companheiros, *in verbis*:

Contudo, no inciso III reduz-se a participação da companheira, ou companheiro, na herança, para que não fique em situação superior à do cônjuge, em hipótese semelhante (art. 1.864). Além disso, no inciso IV, em que não há parentes sucessíveis, é injustificável limitar a participação da companheira ou do companheiro, na herança, a dois terços. Eleva-se a solução para a totalidade da herança, como se afigura mais conciliável com a tendência do direito de hoje. Note-se que, com a segurança do direito da companheira ou companheiro à sucessão, se tem o cuidado de estabelecer que tal se dará na vigência da união estável, para assegurar tratamento equivalente ao do art. 1.853, em relação aos cônjuges.<sup>11</sup>

Entretanto, andou para trás o estranhamente preconceituoso parecer final com emenda substitutiva do Deputado Ricardo Fiúza, que disse ser a união estável um

caminho para o matrimônio, ou quando muito, um matrimônio incompleto [...]. As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio, quanto o casamento – enquanto instituição-fim, na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura. Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento.<sup>12</sup>

À toda evidência, faltou melhor reflexão quanto à deliberação do art. 1.790 do Código Civil, que representou flagrante retrocesso em matéria sucessória para o companheiro se levadas em conta as leis até então em vigor (Lei n. 8.971/94 e Lei n. 9.278/96), tanto é que o próprio Deputado Ricardo Fiúza, tão logo promulgado o Código Civil, apresentou projeto de lei para, encampando sugestão de Zeno Veloso, mudar drasticamente o então aprovado art. 1.790, sob o argumento de que, “tal como posto, significa um retrocesso na sucessão entre companheiros”, sugerindo no Projeto de Lei n. 6.920/02 a seguinte redação (que fora arquivado em razão do prazo legislativo e reproposto pelo Deputado Arnaldo Faria de Sá pelo Projeto de Lei n. 699/2011, ainda em trâmite perante a Câmara dos Deputados)<sup>13</sup>:

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

<sup>10</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 3, p. 236.

<sup>11</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 3, p. 238.

<sup>12</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012, v. 3, p. 525-6.

<sup>13</sup> Para acompanhar a tramitação do projeto, acessar o *link* <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>> Acesso em: 5 fev. 2016.

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, 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.

Forçoso é concluir, diante desse conturbado, insubsistente e irrefletido processo legislativo no que se refere à sucessão *mortis causa* do companheiro sobrevivente, que o que há mesmo é uma clara inconstitucionalidade, já que trata desigualmente situações equipolentes e equalizadas pela ordem constitucional, a saber, as entidades familiares oriundas do casamento e da união estável. E não é só, pois o tal art. 1.790 do Código Civil ainda apresenta outros defeitos e desequilíbrios, quando comparado ao art. 1.829 do mesmo Código, como, por exemplo, o fato de ter colocado em ordem vocatória privilegiada os parentes colaterais do falecido, favorecendo-os antes do próprio companheiro de vida e de afeto daquele que, agora, é o autor da herança.

Ao jurista não é dado ignorar a realidade fático-social, pelo contrário, pois a própria lei impõe que na interpretação (e por óbvio também na feitura) de qualquer norma se deve atender aos fins sociais e exigências do bem comum, a teor do art. 5º da LINDB. E não há nada socialmente relevante à personalidade humana que ganhe importância com mera forma burocratizada. Tanto é que dois dos atributos dos direitos da personalidade são seu absolutismo (valendo contra todos) e generalidade (já que conferidos às pessoas de forma geral, independentemente de suas características individuais). Uma criança não deixará de ser pessoa por eventual ausência de registro. Um filho afetivo que não tenha sofrido processo de adoção não deixará de ter todos os direitos do filho formalmente adotado. Um convivente não ficará desamparado pela previdência ou assistência social pelo mero fato de não ser casado. Foi-se o tempo em que os termos postos em um papel sobrepujavam em relevância a realidade fático-social-jurídica da relação que se ali estava tendo. Nem mesmo em matéria contratual há essa relevância toda, mormente o art. 112 do Código Civil determinar que vale muito mais nos negócios jurídicos a causa sinalagmática do negociar, do que os termos frios e literais pelos quais fora redigido. De igual lógica, o cônjuge e os companheiros não podem ter direitos diferentes em razão da existência de um mero papel tabular.

Além disso, o legislador e ainda o jurista não podem partir da premissa de que todos os brasileiros vivem em uma grande megalópole com amplo conhecimento e discernimento das leis, imaginando que as pessoas que resolvem se unir estavelmente estariam deliberadas e conscientemente ponderando todas as diferenças que a lei impõe aos dois institutos em matéria sucessória. Primeiro, porque ninguém se une imaginando ou querendo prever consequências para a morte, que a rigor é verdadeiro tabu ainda na nossa sociedade. Segundo, porque se nem mesmo os juristas que vivem nos grandes centros urbanos e frequentaram prestigiosos bancos acadêmicos chegam a um consenso sobre a interpretação da lei, o que se dirá ou exigirá dos brasileiros que povoam pequenos vilarejos, cidades em que não há sequer cartório? E mais, o que se pode exigir

daqueles que há décadas vivem como marido e mulher sem se atinar que uma previsão ou interpretação arditosa da lei poderia lhes preterir em direitos, transferindo – na hipótese de uma fatalidade – o patrimônio usufruído pela família para primos distantes que nunca viram? A lei – não é possível que nos esqueçamos disso nem um único segundo sequer – não foi feita para os doutos, mas foi feita para cada um e todos os cidadãos, que deverão entendê-la clara e imediatamente, assim que a ela forem apresentados. Seguramente, este não é o caso do assunto que vem sendo aqui tratado...

E não é só: havendo diferença na sucessão entre o cônjuge e companheiro, e sendo essa a única diferença substancial entre os institutos familiares (pois as demais diferenças são unicamente formais, como a maneira como se prova e se dissolve cada instituto), basicamente impõe o legislador que as pessoas passem a ter e pressionar, no curso do relacionamento familiar, atos puramente argentários com manipulação dos institutos jurídicos, visando obter benefício patrimonial com o falecimento do outro. A função dos institutos jurídicos é regular situações fáticas distintas e não ofertar às pessoas possibilidades de, diante de uma única situação fática, encaixar-se em uma ou outra regra legal. A lei não é um caminho a ser eleito pelo vil interesse das pessoas, mas sim baliza, ao comportamento humano, que se subsuma ao texto legal, pouco importando a vontade do agente. E o que sucede em matéria sucessória é que há duas normas legais regulando o mesmo fato social, qual seja, a sucessão familiar.

Os julgados dos tribunais acerca dessas temáticas ainda têm oscilado muito, ora por uma linha hermenêutica, ora por outra, tanto que a controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal com afetação à Repercussão Geral no RE n. 878694/MG, em 16.04.2015, bem como Repercussão Geral no RE n. 646721/RS, em 10.11.2011, conforme ementas abaixo:

Ementa: DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida.

(RE 878694 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 16.04.2015, PROCESSO ELETRÔNICO *DJe* 092 DIVULG 18.05.2015 PUBLIC 19.05.2015)

UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIROS – SUCESSÃO – ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil.

(RE 646721 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 10.11.2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO *DJe* 232 DIVULG 06.12.2011 PUBLIC 07.12.2011)

Apenas para demonstrar a expressividade da divergência encontrada nos tribunais, vale a menção do caso que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, julgado pela Corte Especial por meio da Arguição de Inconstitucionalidade em Recurso Especial n. 1.135.354/PB, em 03.10.2012, que discutia a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil. Naquele julgamento, o Relator sorteado

Min. Luis Felipe Salomão conheceu da arguição e reconheceu a inconstitucionalidade, sob o argumento de que não tem amparo constitucional o fato de o legislador, a pretexto de conferir tratamento diferenciado à união estável, acabar por discriminar as famílias a partir dela constituídas. No entanto, o Ministro Cesar Asfor Rocha divergiu do relator para não conhecer da arguição de inconstitucionalidade e, se superado o não conhecimento, declarar constitucionais os referidos dispositivos, pois, no entender do Ministro Asfor Rocha:

Sem dúvida alguma, a equiparação do(a) companheiro(a) ao cônjuge, além de não encontrar amparo na letra do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, esvaziaria por completo o instituto da união estável e retiraria do casal o direito de escolher o tipo de sua união – se casamento ou união estável – e os efeitos patrimoniais respectivos conforme a sua conveniência e com toda a liberdade, dentro, evidentemente, dos limites traçados pela norma infraconstitucional.

O então Ministro do STJ (e hoje do STF), Teori Albino Zavascki, acompanhou às inteiras o voto do Ministro Asfor Rocha. O Ministro Sidnei Beneti, por sua vez, acompanhou integralmente o Relator Luis Felipe Salomão, acolhendo a arguição de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil. Ao fim, o incidente de inconstitucionalidade não foi conhecido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, com placar apertado, conforme certidão abaixo:

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer não conhecendo do incidente, os votos dos Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Benedito Gonçalves, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo, no mesmo sentido, e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti conhecendo do incidente, a Corte Especial, por maioria, não conheceu da arguição de inconstitucionalidade.

Vencidos os Srs. Ministros Relator, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo.

Ainda no Superior Tribunal de Justiça, há outros julgados que, embora tratando apenas do direito real de habitação do convivente sobrevivente (que no Código Civil de 2002 só foi previsto para o cônjuge), tem-se entendido que a Constituição Federal criou uma “moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento”, consoante se depreende do REsp 821.660/DF, de Relatoria do Ministro Sidnei Beneti, julgado em 14.06.2011, bem como do REsp 1.249.227/SC, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 17.12.2013.

## **5. TABELA DE DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS ENTRE O CÔNJUGE E COMPANHEIRO**

Segue 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 (art. 1.640, parágrafo único); 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>14</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.
O cônjuge concorre com os descendentes sem qualquer diferenciação.	<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>
O Código Civil previu a concorrência do cônjuge com os descendentes, sem qualquer diferenciação entre os descendentes (se comuns ou exclusivos).	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.
O cônjuge, se não existir descendentes ou ascendentes, herdará toda a herança, não concorrendo com os demais parentes sucessíveis.	O companheiro concorrerá com “outros parentes sucessíveis” e terá direito a um terço da herança, o que significa dizer que haverá concorrência com os irmãos do falecido, com seus

<sup>14</sup> Ver HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano*, p. 207, principalmente.

	ascendentes e colaterais mais afastados (v.g., o tio-avô), que ficarão com 70% da herança.
O cônjuge herda também todos os bens particulares caso não haja descendentes e nem ascendentes.	Se existirem bens particulares do autor da herança e ele não tiver nenhum herdeiro sucessível, esses bens particulares deverão por absurdo ir para o Poder Público, já que o <i>caput</i> do art. 1.790 é claro em dizer que o companheiro só participará da herança quanto aos bens particulares adquiridos onerosamente.
O cônjuge tem direito real de habitação.	O companheiro não tem direito real de habitação (o que vem sendo corrigido por algumas decisões judiciais).

Eis a questão que não quer calar: que diferença viu o legislador brasileiro entre o cônjuge e o companheiro, no que respeita à *ambiência da conjugalidade* – e mesmo, principalmente, na *ambiência da afetividade*, ambiência suprema nas relações familiares –, se a própria Carta Magna brasileira, promulgada em 1988, condecorou o princípio da igualdade material entre todas as pessoas em idêntica situação jurídica?

## 6. O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

É sabido que o princípio da isonomia não inibe o *discrímen* feito por meio de lei, pois é função principal da lei impor tratamento diferente às situações e relações jurídicas essencialmente desiguais. Repita-se, tratamento diferenciado para aquilo que é em essência desigual. Mas qual seria a essência jurídica do casamento e da união estável senão a de vínculo afetivo constituidor de família? E como se faz para saber quando uma lei está ferindo o princípio constitucional da isonomia?

Aqui vale a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao escrever sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.<sup>15</sup>

Passa-se, então, ao enfrentamento uma a uma das questões acima, cuja conclusão, adianta-se, revelará a flagrante inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

<sup>15</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade* 3. ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21.

### a) Investigação quanto ao elemento tomado pelo legislador como fator de diferenciação

A primeira questão importante para que não se atinja a isonomia é, portanto, *identificar o elemento tomado como fator de desigualação*, já que “as diferenças de tratamento só se justificam perante fatos e situações diferentes... Afinal, há de ser nos próprios acontecimentos tomados em conta que se buscarão diferenças justificadoras de direitos e deveres distintos e não em fatores alheios a eles que em nada lhes agregam peculiaridades desuniformizadoras... Ora, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Onde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais”.<sup>16</sup>

Contudo, qual seria, então, o fator de diferenciação entre a união estável e o casamento considerado pelo legislador para criar regimes sucessórios diversos? Basicamente, o fator de desigualação eleito pelo legislador é a forma solene, porque o casamento impescinde de solenidade, enquanto a união estável a dispensa. E não há nenhum outro fator discriminatório trazido pelo legislador, pois até mesmo os impedimentos matrimoniais (art. 1.521 do Código Civil) são completamente estendidos e entendidos como requisito para a configuração de união estável.

Entretanto, *a forma não pode ser tida como legítimo fator de desigualação*, uma vez que não tem absolutamente nada com a essência do casamento, que é constituição de família por comunhão do mesmo projeto de vida. Aliás, convém lembrar que o casamento sempre foi ato essencialmente informal de união de pessoas para constituição de família, conforme se depreende desde as Institutas de Justiniano, Título IX, § 1º: “Núpcias, ou matrimônio, são a união do homem e da mulher com um costume indivisível de vida”.<sup>17</sup> A forma como requisito de validade das uniões matrimoniais foi um acidente histórico da tradição cristã, sendo certo que nunca teve nada com a causa mesma do matrimônio, que permaneceu inalterada, sendo, em verdade, segundo pesquisa do historiador John Gilissen, resposta à Reforma Protestante que rejeitava a indissolubilidade absoluta do casamento. Segundo o mesmo historiador, foi pelo Decreto *Tametsi*, datado de 11 de novembro de 1563, emanado do Concílio de Trento, que o casamento passou a ser um contrato solene com diversas formalidades para ser válido, sendo as principais formalidades ali instituídas: (i) a publicação por três vezes do anúncio do casamento pelo cura da paróquia de cada um dos cônjuges; e (ii) a celebração do casamento pelo cura da paróquia de um dos cônjuges na presença de duas testemunhas. E o objetivo era unicamente combater o casamento clandestino, que foi o grande problema da Igreja Católica na Idade Média:

O grande inconveniente e também a grande fraqueza da doutrina canônica clássica era o casamento clandestino. Como bastava o simples consentimento, não era requerida qualquer formalidade para o casamento. Os casamentos clandestinos foram um verdadeiro flagelo na Idade Média. Houve numerosos processos para estabelecer a validade do casamento, em razão do estatuto muito desfavorável criado aos filhos nascidos de pais que

<sup>16</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33-4.

<sup>17</sup> CRETELLA JR., José; CRETELLA, Agnes (Trad.). *Institutas do Imperador Justiniano – Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla*, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37.

não estivessem unidos pelos laços do casamento.<sup>18</sup>

E o que sucedeu foi que a formalidade já arraigada no sistema matrimonial se manteve hígida mesmo depois da separação entre Estado e Igreja entre os séculos XVI, XVII e XVIII, também como necessidade de transportar o poder de celebração do matrimônio que antes era do clero e que se passava ao Estado. Por isso que, ao se retirar da Igreja o monopólio de celebração dos casamentos, tiveram os Estados que regular internamente a maneira como sucederia e se validaria o casamento civil. À guisa de exemplo, no Código Civil francês de 1804, a regulação ficou na forma do art. 63<sup>19</sup> daquela codificação:

*Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera deux publications, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison commune. Ces publications, et l'acte qui en sera dressé, énonceront les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, et les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Cet acte énoncera, en outre, les jours, lieux et heures où les publications auront été faites: il sera inscrit sur un seul registre, qui sera coté et paraphé comme il est dit en l'article 41, et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement.*

De qualquer maneira, a forma do casamento nunca prescindiu e nem se descurou da sua essência, que era a união de pessoas para constituir família. Tanto isso é verdade que qualquer casamento formalmente válido sem propósito familiar e união em único projeto de vida não passa de ato jurídico simulado, nulo de pleno direito, portanto. Por via inversa, qualquer união de pessoas com propósito familiar não fica automaticamente desnaturada pelo mero defeito de forma, nos termos do art. 1.561 do Código Civil.

#### **b) Investigação quanto à correlação lógica entre fator de discrimen e a diferenciação feita entre casamento e união estável**

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “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”.<sup>20</sup>

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 Antônio Bandeira de Mello: “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”.<sup>21</sup> Com o devido respeito aos que pensam de forma contrária, não se pode achar qual é a lógica em se pensar que

<sup>18</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macáista Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 571.

<sup>19</sup> Disponível em: <<http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1804/0005/a005.pdf>> Acesso em: 7 fev. 2016.

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

<sup>21</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.



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 Mello:

[...] 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 *discrímén* 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 nexó 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.<sup>22</sup>

E essa é exatamente a hipótese aqui perscrutada, pois, se não, *qual seria então o nexó 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 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.

### **c) 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

<sup>22</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 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.<sup>23</sup> (Grifo nosso)

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. É essa também a conclusão de Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira:

Também restou previsto no §3º 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.<sup>24</sup>

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.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006.

CRETELLA JR., José; CRETELLA, Agnes (Trad.). *Institutas do Imperador Justiniano* – Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano, p. 207. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 100 p. 23-60 jan./dez. 2005**

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e Sucedor*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>23</sup> Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2016.

<sup>24</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao art. 226. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2.119.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao art. 226. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2014, v. 1 - 4.