

# O DIREITO DE ESCOLHA COMO CONSEQUÊNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE E O POSSÍVEL TRATAMENTO IGUALITÁRIO NA SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Camila Victorazzi Martta<sup>1</sup>.

## 1. Considerações iniciais

Diante de várias mudanças havidas nos direitos das famílias e das sucessões, muito ainda se luta para equilibrar as normas legais às realidades sociais das relações humanas. A Constituição da República tem quase trinta anos, mas ainda existem fantasmas e pré-conceitos rondando o inconsciente coletivo dos cidadãos brasileiros. Faz-se necessário ratificar que o poder do pai foi substituído pelo poder familiar, que filhos são todos iguais, que o fim do casamento independe de culpa, que os cônjuges ou os unidos estavelmente exercem em conjunto a administração da família, entre outros tabus.

Esses novos conceitos que estão sendo incorporados pela sociedade brasileira, especialmente os de direito de família também produzem alguns reflexos no aspecto sucessório, dentre os quais se destaca o regime sucessório diferenciado do cônjuge e do companheiro. Ou seja, núcleos familiares assimétricos, com regramentos próprios, mas ao argumento da doutrina dominante tido por inconstitucional se interpretado à luz da Constituição Federal.

É incontestável que a Constituição Federal de 1988 protagonizou um divisor de águas no direito, uma vez que trouxe com o Estado Democrático de Direito todos seus consectários, a fim de preservar o cidadão e o próprio ordenamento jurídico. Dentre tantos fundamentos, garantias e direitos fundamentais destacam-se os princípios da dignidade da pessoa humana e o direito de liberdade, sendo este último expressamente contido no preâmbulo da Constituição Federal<sup>2</sup>, e também constitui um dos objetivos fundamentais<sup>3</sup> da República Federativa do Brasil.

---

<sup>1</sup> **Camila Victorazzi Martta**. Advogada. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela UNIASSELVI; em Direito da Economia e da Empresa pela FGV/RJ. Membro da Comissão de Estudos de Direitos Sucessórios do IBDFAM/RS. Professora convidada. E-mail: camila@camilamartta.adv.br

<sup>2</sup> PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a **liberdade**, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>3</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade **livre**, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da Constituição Federal. Como princípio, traz às pessoas a unidade de direitos e garantias fundamentais. Ensina Alexandre de Moraes<sup>4</sup> que esse fundamento “*afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.*” Assevera ainda que.

*(...) a dignidade é inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar (...).*

Nesse sentido, afirma-se que o Estado garante direitos fundamentais e basilares a fim de prevalecer o respeito à personalidade humana e, conseqüentemente, de suas famílias, principalmente quando se transporta o fundamento da dignidade da pessoa humana ao direito de família e das sucessões, também. Rolf Madaleno<sup>5</sup>, ao discorrer sobre este fundamento, cita Beatriz Helena Braganholo, que assim dispõe:

*O Direito Constitucional é, mais do que nunca, responsável por regular as relações humanas, antes ditas meramente privadas e enquadradas como reguladas pelo Direito Civil. Seus interesses individuais são correspondentes a necessidades fundamentais do homem, tendo o dever de propiciar meios que levem a viver e a relacionar de uma forma mais solidária, com respeito pelo outro.*

Vale lembrar que a dignidade humana se sustenta justamente no princípio da igualdade. O princípio da igualdade prevê que todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei. Ou seja, o que se veda são diferenciações arbitrárias e discriminações absurdas<sup>6</sup>, pois o tratamento desigual, de situações desiguais, na medida dessa desigualdade é a exigência tradicional do próprio conceito de justiça.

No caso em exame, a lei diferencia o que é diferente. Entende-se, a *contrario sensu*, que igualar o que é desigual, também causará um afronta o princípio da igualdade.

Ainda que o preâmbulo da Constituição Federal não tenha força normativa, sendo apenas um documento de intenções é importante ressaltá-lo, pois ele marca a ruptura de um ordenamento anterior e a inauguração de um novo sistema constitucional, trazendo novos paradigmas.

O direito à liberdade é um desses paradigmas, do qual nascem a autonomia da vontade e o direito de escolha. Quem é livre detém esta autonomia, é quase um direito-poder.

---

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 20.ed. São Paulo: Atlas,2006. P.16.

<sup>5</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2015. P.50.

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2006. P.31.

E é justamente neste ponto que se quer chegar, o ser humano livre com o poder de escolha de seus atos, logicamente com os limites impostos pela lei, como um freio, objetivando a organização e manutenção da ordem na sociedade.

Ultrapassadas as questões constitucionais pertinentes ao tema, importa adentrar justamente no ponto central do presente artigo. A possível declaração pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, a fim de igualar a sucessão do companheiro à do cônjuge.

Vem de longa data o debate doutrinário e jurisprudencial acerca dos direitos do companheiro no campo do direito sucessório brasileiro. A discussão emerge sob o argumento que a Constituição Federal<sup>7</sup> trouxe o princípio da igualdade, e por isso determina que cônjuge e companheiro devam ser tratados de forma igualitária, eis que ambos são entes participantes de relações de conjugalidade com o fim de constituir família.

Em 31 de agosto do corrente ano o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento do RE 878.694<sup>8</sup>, com repercussão geral reconhecida – tema 809, em que se busca a igualdade de tratamento de cônjuge e companheiro, para as questões sucessórias e, conseqüentemente, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. O julgamento não se concluiu, pois o Ministro Dias Toffoli pediu vista.

Com base nos fundamentos, direitos e garantias constitucionais já referidas, interessa então enfrentar justamente a questão da inconstitucionalidade ou não, do tratamento diferenciado dos partícipes de conjugalidade diferentes na origem, mas com igual finalidade, a de formar uma família.

Essa diferença traz um imenso desconforto da doutrina nacional, uma vez que ainda existem inúmeros casos de uniões estáveis oriundas da antiga relação de concubinato, e também muitas situações de pessoas que não querem casar, por razões de foro íntimo; porque já casou uma vez; porque a família é muito religiosa e um segundo casamento seria uma ofensa, ou ainda, pela simples preguiça de se sujeitar a um novo processo de habilitação para o casamento.

Não se pretende esgotar o tema, a intenção é o contrário. A de fomentar o debate, pelo menos enquanto o Supremo não conclui o julgamento. De qualquer forma, a ideia é justamente argumentar no sentido de que não há inconstitucionalidade no artigo 1.790 do

---

<sup>7</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...).

<sup>8</sup> Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que dava provimento ao recurso, nos termos do seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes, e, nesta assentada, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Falaram, pelos amici curiae Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, a Dra. Ana Luiza Maia Nevares, e, pelo amicus curiae Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, a Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva. Presidência da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 31.08.2016.

CC. Ao igualar tudo, o Supremo promoverá a supressão de direito tão fundamental quanto o da igualdade, que é o direito à liberdade de escolha. E é nesse sentido a linha de raciocínio do presente artigo.

## 2. O Casamento e A União Estável

A natureza jurídica do casamento é controvertida. No direito canônico, casamento é um sacramento e um contrato natural<sup>9</sup> Pontes de Miranda admitia a natureza contratual do instituto<sup>10</sup>. Silvio Rodrigues afirmava ser um *contrato de direito de família*<sup>11</sup>. Na doutrina de Planiol e Ripert<sup>12</sup> o casamento tinha a natureza de instituição, como ensina Silvio Rodrigues, nessa concepção:

*O casamento constitui um conjunto de regras impostas pelo Estado, que forma um todo e ao qual as partes têm apenas a faculdade de aderir, pois, uma vez dada a referida adesão, a vontade dos cônjuges se torna impotente e os efeitos da instituição se produzem automaticamente.*

Não restam dúvidas que o casamento é um ato formal. Tão formal que requer um processo de habilitação prévio, entre outros requisitos. A sua prova se dá pela certidão emitida pelo registro civil. A autonomia da vontade se opera pela escolha do futuro cônjuge e, em algumas situações, pela escolha do regime de bens. Conrado Paulino da Rosa traz o conceito de Dimas Messias de Carvalho<sup>13</sup> que diz que o matrimônio (casamento) é a “*união legal de duas pessoas com intuito de constituir família, vivendo em plena comunhão de vida e em igualdade de direitos e deveres*”.

Já a união estável, que teve seu berço de origem no concubinato, é baseada na convivência, nos fatos, na teoria da aparência, daquilo que se vê. Conrado Paulino da Rosa<sup>14</sup> afirma que a união estável “*acontece*”.

A par dos conceitos não se pretende classificar um em detrimento do outro. A própria Constituição Federal não o fez, senão preservou a obrigação de proteção do Estado a toda e qualquer entidade familiar. As relações familiares podem ter origens pelo casamento ou pela convivência. Lembrando que a união estável pode ser convertida em casamento a

---

<sup>9</sup> Contrato natural decorrente da natureza humana, em que os direitos e deveres estão fixados pela natureza e não podem ser alterados nem pelas partes nem pela autoridade, sendo perpétuo e indissolúvel. In VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Volume VI*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. P.28.

<sup>10</sup> WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro – volume IV – Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. P.48.

<sup>11</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Direito de Família. Vol.6*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, p.17.

<sup>12</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Direito de Família. Vol.6*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, p.18.l

<sup>13</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família Contemporâneo*.1.ed. Salvador: Juspodivm. 2016, p.39.

<sup>14</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família Contemporâneo*.1.ed. Salvador: Juspodivm. 2016, p.71.

qualquer tempo, conforme autorização constitucional, e desde que respeitadas às regras de impedimentos e causas suspensivas contidas nos artigos 1.521 a 1.524 do Código Civil<sup>15</sup>.

Também, vale lembrar, que após o julgamento das ADI 4277/DF e ADPF132/RJ<sup>16</sup> o STF reconheceu a possibilidade de uniões estáveis e o do casamento inclusive para as uniões homoafetivas.

---

<sup>15</sup> Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Art. 1.522. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.

Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo.

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Art. 1.524. As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser argüidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consangüíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consangüíneos ou afins.

<sup>16</sup> 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do

### 3. A Sucessão do Cônjuge

---

direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ.

Para melhor compreensão do tema proposto, é importante que se lembre do regime sucessório do cônjuge. Pois, em sendo provido o RE 878.694, os direitos sucessórios do companheiro passarão a ser exatamente iguais aos do cônjuge.

Com o advento na nova lei civil, o Código Civil de 2002 colocou o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário.<sup>17</sup> Assim, na ordem de vocação hereditária, o cônjuge aparece como herdeiro concorrente com os descendentes, ou, em não havendo descendentes, mas havendo ascendentes, com estes. Dessa forma, a legítima o alcança.

Inexistindo descentes nem ascendentes, o cônjuge sobrevivente herdará a totalidade do patrimônio deixado pelo *de cujus*, independentemente do regime de bens escolhido por ocasião de seu casamento.

A concorrência havida entre o cônjuge e os descendentes é um pouco confusa, eis que a técnica legislativa deixou a desejar. O legislador preferiu expressar a exceção ao invés da regra geral, e com isso causando um debate na doutrina e na jurisprudência.

De antemão já se exclui qualquer concorrência entre cônjuge e descendentes se o regime de bens adotado por ocasião do casamento for o da comunhão universal de bens ou o da separação obrigatória. Dito de outra forma, só concorrerá com os descendentes se casados pelos regimes da comunhão parcial de bens, desde que haja bens particulares; da separação convencional (pacto antenupcial)<sup>18</sup> ou o da participação final dos aquestos<sup>19</sup>.

A celeuma vem a partir do regime de comunhão parcial de bens. E mais, em existindo ou não bens particulares do cônjuge falecido. A doutrina já está dividida. A maioria, dentre os quais se destacam Christiano Cassettari, Flávio Tartuce, Giselda Maria Fernandes Hironaka, José Fernando Simão, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Zeno Veloso<sup>20</sup> defendem a ideia de que o cônjuge herda apenas os bens particulares.

Francisco José Cahali, Maria Helena Diniz, Roberto Carvalho de Faria<sup>21</sup> entendem que o cônjuge herda os bens particulares e os bens comuns. Isoladamente, Maria Berenice Dias<sup>22</sup> assevera que o cônjuge herda somente os bens comuns.

Com a devida vênia à doutrina minoritária, mas não se pode imaginar como um herdeiro receberá algo que já é seu. Ou seja, faz sentido herdar algo que não lhe pertence. Por este viés parece que a doutrina majoritária está com a razão. Se for para ser herdeiro (necessário ou não), que seja daqueles bens que não lhe pertencem.

---

<sup>17</sup> Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Código Civil.

<sup>18</sup> Sempre que o casamento for regido pelo regime da separação de bens necessariamente essa opção será formalizada por meio da escritura pública de pacto antenupcial. No dizer de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald se trata do *estatuto patrimonial do casamento*, caracterizado pelo complexo de regras a nortear a gestão/divisão do patrimônio entre os casados. In FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. *Análise Econômica do Divórcio – Contributos da economia ao Direito de Família*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. P. 37.

<sup>19</sup> Participação final dos aquestos – conceitos e nunca vi ninguém usar este regime

<sup>20</sup> CASSETARI, Christiano. *Elementos de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.624.

<sup>21</sup> CASSETARI, Christiano. *Elementos de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.624.

<sup>22</sup> CASSETARI, Christiano. *Elementos de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.624.

Dessa forma, a herança recebida necessariamente tem de ser dos bens particulares do cônjuge morto. Até porque, sobre os bens comuns, não haverá herança, e sim meação. O cônjuge sobrevivente já é coproprietário dos bens comuns através da meação.

Depois de saber se concorre ou não com descendentes, ascendentes e parentes colaterais, têm-se as regras atinentes a cada espécie de concorrência.

Inicia-se então com a concorrência do cônjuge com os descendentes. De acordo com o posicionamento da doutrina dominante, havendo descendentes comuns, o cônjuge receberá sua meação e mais uma cota parte da herança do cônjuge falecido. Ou seja, a divisão será igualitária, sendo a cota igual aos que sucedem por cabeça. Concorrendo com dois filhos comuns, além da meação (casamento realizado pelo regime da comunhão parcial de bens, com bens particulares) receberá 1/3 da herança. E cada filho receberá 1/3. Cota igualitária.

Existe a reserva legal prevista no artigo 1.832 do Código Civil<sup>23</sup>, o qual prevê que o cônjuge sobrevivente não poderá receber menos que 1/4 da herança deixada pelo *de cuius*. Ou seja, havendo seis filhos comuns, por exemplo, ao invés da herança ser dividida por sete partes iguais, o cônjuge sobrevivente receberá a sua reserva legal de 1/4, enquanto os demais filhos comuns receberão os 3/4 da herança divididos por cinco partes iguais.

A reserva legal não incide quando os filhos são híbridos, ou seja, são descendentes tão-somente do cônjuge falecido. Assim, a herança será dividida em tantas partes forem os filhos mais o cônjuge sobrevivente. É a posição majoritária da doutrina brasileira.

Havendo concorrência com ascendentes o regime de bens adotado pelo casamento é indiferente. O cônjuge sobrevivente concorrerá com os seus sogros em igualdade de condições e cotas. A diferença vai ocorrer, se os sogros forem pré-mortos e os avós do cônjuge falecido ainda estiverem vivos. Nessa hipótese, o cônjuge sobrevivente receberá metade da herança. E a outra metade será partilhada entre os seus ascendentes sobreviventes (avô, avó materno ou paterno, etc.).

Não havendo descendentes nem ascendentes, o cônjuge sobrevivente receberá a integralidade da herança. Eis o regramento legal para fins sucessórios do cônjuge.

#### **4. A Sucessão do Companheiro**

O companheiro sobrevivente não era herdeiro até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ainda que a Carta Constitucional tivesse reconhecido a união estável como entidade familiar, não havia estendido os direitos sucessórios ao companheiro.

---

<sup>23</sup> Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes ([art. 1.829, inciso I](#)) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.



Para minimizar essa lacuna os tribunais admitiam a divisão igualitária do patrimônio adquirido conjuntamente durante a união estável. Com o tempo o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380, que dispunha exatamente sobre o tema:

*Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.*

Essa divisão poderia interferir na partilha de bens hereditários, como bem ensinado por Silvio Venosa<sup>24</sup>:

*Quando, por exemplo, tivesse havido o chamado concubinato impuro ou adúlterino e o autor da herança falecesse no estado de casado, com eventual separação de fato. Cabia ao juiz separar os bens adquiridos pelo esforço comum dos pertencentes à meação ou herança do cônjuge.*

Disso tudo resultava um extenso processo judicial, envolvendo necessariamente questões de prova. E quando não se conseguia provar o esforço comum, a jurisprudência da época indenizava a *concubina* pelos serviços domésticos prestados<sup>25,26,27</sup>.

Em 1994 quando a Lei nº 8.971 foi promulgada sem qualquer discussão do tema no Congresso Nacional, trouxe inúmeras dúvidas acerca da sua interpretação. No entanto, inseriu, pela primeira vez, o companheiro na ordem de vocação hereditária. A crítica da doutrina à época era que o legislador poderia ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento em matéria sucessória, mas não o fez.

Passados dois anos de embates doutrinários, em 1996 vem ao mundo jurídico a Lei nº 9.278, que poderia aclarar a questão sucessória, mas confundiu ainda mais, determinando apenas o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente do imóvel destinado à residência familiar, enquanto não constituísse nova união.

---

<sup>24</sup> VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil – Vol. VII*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. P.148.

<sup>25</sup> CONCUBINATO. **Indenização por serviços domésticos prestados**. Sentença confirmada. (Apelação Cível Nº 5034, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Boeckel Velloso, Julgado em 15/08/1968).

<sup>26</sup> ACAO DE **INDENIZACAO**. PROVADO O CONCUBINATO PLENO, POR CERCA DE 6 ANOS, E NEGADO O DIREITO A MEACAO, POR FALTA DE PROVA DE CONTRIBUICAO PARA FORMACAO DO PATRIMONIO COMUM, RECONHECESE A CONCUBINA O DIREITO A UMA **INDENIZACAO** PELOS TRABALHOS **DOMESTICOS PRESTADOS**. PRECEDENTES DESTA CORTE. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 500423595, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Oscar de Souza, Julgado em 01/12/1982).

<sup>27</sup> EMBARGOS INFRINGENTES. SOCIEDADE DE FATO INCONTROVERSA EXTINTA PELA MORTE DE UM DOS CONCUBINOS, VERDADEIRA RELACAO DE DIREITO OBRIGACIONAL, GERA, NO CASO DE DISSOLUCAO JUDICIAL A PARTILHA DO PATRIMONIO CONSTITUIDO PELA CONJUGACAO DO ESFORCO E APROVEITAMENTO COMUM, E NO CASO DE INEXISTIR CONTRIBUICAO DA MULHER NA FORMACAO NO PATRIMONIO DO AMASIO GERA DIREITO A **INDENIZACAO** PELOS **SERVICOS PRESTADOS** JA NO AMBITO DOMESTICO, JA NO AMBITO DAS RELACOES AFETIVAS 'LATU SENSU'. CONCUBINA AMPARADA JA PELO RECEBIMENTO DE SEGUROS E DE PERCEPCAO MENSAL DE BENEFICIOS PREVIDENCIARIOS PUBLICO E PRIVADO, NAO TEM DIREITO A **INDENIZACAO** A SER SUPORTADA PELO ESPOLIO. EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS, VENCIDO O DES. NELSON OSCAR DE SOUZA. (Embargos Infringentes Nº 588037218, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Aymoré Barros Costa, Julgado em 17/03/1989)

Novamente a doutrina se debateu para entender se a última havia revogado a primeira, ou se ambas coexistiam, tendo prevalecido o segundo entendimento.

Nesse cenário confuso, o artigo 1.790 do Código Civil trouxe as regras sucessórias do companheiro. Que, no dizer de Silvio Venosa, o colocou como uma figura híbrida, uma mistura de herdeiro e partícipe da herança<sup>28</sup>.

Assim restou desenhada a sucessão do companheiro que participará da sucessão do outro apenas e tão-somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Se, todavia, concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for do filho. Ou seja, não entram nessa partilha os bens particulares, nem herdados, nem recebidos por doação, por exemplo.

O inciso II consagra que se o companheiro concorrer com os filhos do autor da herança, situação bastante comum; caberá ao companheiro sobrevivente a metade do que couber a cada filho. Dito de outra forma, se cada filho receber dez, o companheiro sobrevivente receberá cinco.

A concorrência com outros parentes sucessíveis (irmãos, sobrinhos, tios e primos) vem expressa no inciso III. Nessa situação, o companheiro sobrevivente herdará 1/3 da herança.

E, por fim o inciso IV do artigo 1.790 do CC expressamente consagra que em não havendo parentes sucessíveis (colaterais – até 4º grau) a totalidade da herança será do companheiro sobrevivente.

De todas as dúvidas diante do mal versado artigo de lei, a que mais pulsa é saber se as leis anteriores ainda seguem vigendo, considerando que a lei geral nada referiu sobre os temas lá desenhados. Arrisca-se a afirmar que as legislações ainda estão em vigor, já que não houve a revogação expressa pelo Código Civil de direitos já consagrados e, também devido à proibição de retrocessos.

## **5. O Artigo 1.790 do Código Civil**

Com advento do Código Civil, em 2002, o cônjuge passou a ser herdeiro necessário, e a união estável perdeu forças, já que nas legislações especiais<sup>29-30</sup> que tratavam do tema o companheiro, aparentemente, era titular de mais direitos sucessórios que o cônjuge.

---

<sup>28</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. P. 156.

<sup>29</sup> Lei Federal nº 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes e ascendentes.

<sup>30</sup> Lei Federal nº 9.278/96 concedeu ao companheiro o direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união.

O Código Civil de 2002 apenas considerou o companheiro herdeiro dos bens onerosamente adquiridos na constância da união estável, sem preservar os direitos já consagrados pelas legislações esparsas<sup>31</sup>.

Debate-se na doutrina se as legislações de 1994 e 1996 foram ou não revogadas pelo Código Civil. Matérias como direito real de habitação e o usufruto vidual não estão dispostos na lei civil, o que se poderia concluir que as Leis n.ºs 8.971/94 e 9.278/96 estão em plena vigência.

Outro argumento sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790<sup>32</sup> do CC diz respeito à possível discriminação do companheiro frente ao cônjuge no que tange a posição daquele na Lei Civil. Sequer se considerou o companheiro como um herdeiro necessário, a lei assim considera o cônjuge, que está no rol do artigo 1.845 do Código Civil<sup>33</sup>. As regras atinentes à sucessão do companheiro estão no título I, da sucessão em geral, do Livro das Sucessões, ao passo que as regras da sucessão do cônjuge estão no título II, que traz a sucessão legítima.<sup>34</sup> Nesse passo, o cônjuge sempre será herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes e o companheiro não.

Ainda que a finalidade do casamento e da união estável seja igual, a origem e seus efeitos são diversos. O tratamento igualitário de desiguais traz tantos prejuízos quanto o desigual para situações análogas.

Em que pese a suspensão do julgamento do RE 898.694, tudo indica que o recurso extraordinário será provido para reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC. Todavia, para argumentar e fomentar o debate ousa-se discordar desse possível resultado.

## 6. Críticas à Possível Inconstitucionalidade do Artigo 1.790 do Código Civil

Conforme já se referiu acima, casamento e união estável não se equiparam, ainda que sejam reconhecidos e protegidos constitucionalmente como núcleos familiares que

---

<sup>31</sup> Leis Federais n.º 8.971/94 e 9.278/96.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

<sup>34</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões Ilustrado*. São Paulo: Saraiva 2014.p.659. Sobre a diferenciação que existe entre a sucessão legítima (lei) da sucessão testamentária (ato de disposição de vontade). Rodrigo da Cunha Pereira conceitua a sucessão legítima como sendo “o mesmo que sucessão legal ou hereditária. É aquela que se dá por força de lei, ou seja, não havendo testamento a sucessão se fará de acordo com a ordem de vocação hereditária estabelecida em lei (art. 1.790 e 1.829 do CCB).”

os são. O texto constitucional os trata de forma desigual, tanto que admite a conversão da união estável em casamento<sup>35</sup>.

O princípio da igualdade não tem por finalidade o tratamento igualitário a todas as pessoas. Mas sim, em tratar de forma igual todos àqueles que estão na mesma situação. Todos os cônjuges serão herdeiros necessários. Todos os companheiros herdarão os bens que onerosamente adquiriram durante a vigência da união estável. Conforme as peculiaridades de caso a caso, a regra geral é essa.

De mais a mais, a Constituição Federal equiparou os institutos como entidades familiares, mas em momento algum determinou que seu regramento infraconstitucional fosse o mesmo. Como exemplo, por analogia ao que se pretende como assegurar ao possuidor de um imóvel o mesmo tratamento legal conferido ao proprietário? Ainda que pareçam iguais, não são e, portanto, o regramento deve ser diverso.

Importa destacar que ao igualarem-se os institutos do casamento e da união estável, mesmo que para fins sucessórios, será retirada do cidadão a autonomia da vontade desdobrada através do direito de escolha. Atualmente, o sujeito pode optar em casar ou unir-se estavelmente. Com a equiparação, não se poderá mais optar entre um ou outro. Como bem explanado na promoção do Procurador da República Dr. Rodrigo Janot<sup>36</sup>,

*O que se verifica é o respeito à autonomia da vontade, tanto para quem assumiu o ônus do casamento, tanto para quem não o assumiu, e viveu em união estável, estando ambas as situações regulamentadas e protegidas (...).*

Além disso, o direito sucessório também traz o regramento da sucessão testamentária, cujo testador poderá incluir como herdeiro universal o próprio companheiro sobrevivente, já que em se tratando de concorrência com colaterais, estes não estarão sujeitos à legítima.

Portanto, sente-se que ao igualar esse regramento sucessório entre cônjuge e companheiro irá, sem dúvida, retirar do cidadão o direito de escolha decorrente da autonomia da vontade já consagrado e enraizado no inconsciente coletivo dos cidadãos.

Visto por outro ângulo, não restam dúvidas, que em assim sendo o Estado Democrático de Direito também sofrerá, e trará prejuízos futuros, principalmente, no que tange à segurança jurídica das instituições.

## **7. Considerações Finais**

---

<sup>35</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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. (...).

<sup>36</sup> Parecer da Procuradoria da República no RE 878.694.

O Estado Democrático de Direito garante aos cidadãos, entre tantos outros direitos, a plenitude existencial. Ou seja, são através das escolhas e renúncias feitas pelos sujeitos, que a autonomia da vontade aflora dando existência aos atos jurídicos. A escolha do cônjuge ou do companheiro ilustra bem a situação. Da mesma forma o casamento ou a união estável, a opção do regime de bens. Essas escolhas, que têm efeitos patrimoniais poderão ser novamente calcadas na autonomia da vontade, mas em caso negativo, o Estado as regulará, até como forma de equilibrar as relações humanas.

Ainda que a Constituição Federal tenha mudado a direção dos ventos para as novas famílias, sendo que nesta evolução, ou simplesmente mudança, a afetividade preponderou sobre as questões patrimonialistas antes enraizadas, o mote do presente debate ainda tem o pano de fundo patrimonial.

Os avanços foram e continuarão sendo muito positivos. Filhos por meio de inseminações artificiais, o próprio resultado do exame de DNA para confirmar parentalidades, mas para outras situações apenas o tempo irá mostrar o verdadeiro sentido. Os relacionamentos conjugais são um exemplo. Não se pode querer reivindicar direitos de situações tão efêmeras. Ainda que o afeto seja um aspecto que se tem levado em conta, é a finalidade familiar que deve pesar. Uma união *test-drive* não pode, por exemplo, ser parâmetro para a busca de direito sucessório, porque o “namorado” teve um trágico acidente. A finalidade de constituição de família deve ser clara.

As razões pessoais de cada um são inimagináveis. Mas hoje o cidadão sabe que tem essa possibilidade, de casar ou não, e que a Constituição Federal protege ambas as situações, de maneiras diversas.

Por fim, o ordenamento jurídico ainda dispõe de diversas formas que podem ser utilizadas para melhor proteger o companheiro sobrevivente. Hoje, amplamente divulgado o planejamento sucessório, por meio do testamento que é uma das ferramentas que pode atenuar e até afastar a concorrência da companheira sobrevivente com um primo distante, ou com um irmão, que cortou relações ao descobrir que a irmã é lésbica, por exemplo.

## REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo (Org.); CARDOSO, Simone Tassinari; KLEIN, Felipe Pastro. **Estudos de Direito Civil – Constitucional – Volume 2**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise Econômica do Divórcio – Contributos da economia ao Direito de Família**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder – Passado e Presente da Transmissão Sucessória Concorrente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KIGNEL, Luiz; PHEBO, Márcia Setti; LONGO, José Henrique. **Planejamento Sucessório: Aspectos Familiares, Societários e Tributários**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NETTO, Ernesto J. Silveira. **A Concorrência do Parceiro na Sucessão**. 1. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões Ilustrado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_ (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 1.ed. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Curso de Direito Civil – Direito de Família – Vol.6**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família – Vol. VI**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Direito das Sucessões – Vol. VII**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família – Vol. IV**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.