UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Marcelo Fonseca Salles

A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Belo Horizonte
2015

Marcelo Fonseca Salles

A união estável como entidade familiar e a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002

Monografia em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edgard Audomar Marx Neto.

Belo Horizonte
2015

FICHA CATALOGRÁFICA

SALLES, Marcelo Fonseca. *A união estável como entidade familiar e a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002*. Local: Belo Horizonte. Minas Gerais – Brasil.
2015.
Número de Páginas: 35.
Monografia apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Edgard Audomar Marx Neto.
Palavras chave: Sucessões, Família, União Estável, Casamento, Princípios Constitucionais.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Marcelo Fonseca Salles

A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito no curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, com a seguinte banca examinadora:

_____

_____

_____

Belo Horizonte
2015

Dedico este trabalho aos meus pais Carluce e Márcio e a minha namorada Neyrislaine, uma vez que foram de inestimável importância para consecução do mesmo. Essa difícil fase foi superada em boa parte como fruto da exigência, apoio, força, inspiração e motivação vinda dessas pessoas especiais para mim.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus por me dar forças para vencer esses desafios, pois a fé é uma inexplicável fonte que sempre iluminou meu caminho, mesmo nos momentos mais obscuros e sombrios.

Agradeço ao Professor Dr. Edgard Audomar Marx Neto, cujos valiosos ensinamentos, confiança e compreensão em horas difíceis foram preponderantes para realização desse trabalho.

Agradeço carinhosamente aos meus pais, cujo exemplo ilibado de caráter, honestidade, perseverança e luta me orientaram no decurso desses anos e serviram como ferramenta nas minhas conquistas mais felizes e, com muita fé, em outras que virão no futuro. Verdadeiramente, eles representam o mais sagrado alicerce da minha pessoa.

Agradeço a minha namorada Neyrislaine por estender a mão quando eu mais precisava e atravessava uma crise emocional que tanto me abalou, pelo fiel companheirismo na mais ampla acepção e pela imensurável alegria que trouxe à minha vida.

Agradeço aos meus familiares: avós Valdívia e Ana Maria, tias Aparecida e Maristela, padrinho Miltinho, madrinha Sebastiana, tio Alan, primos Cristiane e Pedro, visto que sempre me deram uma energia muito positiva e especial durante essa desgastante jornada.

Agradeço aos meus grandes amigos Carlos Oliveira e Mário Munhoz, porque, entre tantos que eu vim a conhecer, foram de valiosa ajuda e cuja amizade perdurou mesmo com o passar dos anos.

Por fim, os meus sinceros agradecimentos ao Dr. Túlio Freitas e à Dra. Maria Socorro, que me auxiliaram significativamente no crescimento profissional/ técnico e pessoal.

A todos, muito obrigado!

“*Não adianta olhar pro Céu com muita fé e pouca luta”.*

(GABRIEL PENSADOR)

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o tratamento diverso trazido pela Lei nº 10.406/02 (Código Civil Brasileiro) quanto aos direitos sucessórios conferidos aos cônjuges e companheiros após o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988. O objetivo é verificar se esse tratamento diverso fere direitos constitucionais. No intuito de alcançar a finalidade proposta, faz-se uma reflexão acerca dos direitos sucessórios conferidos aos institutos do casamento e união estável constantes no referido diploma, principalmente quanto ao artigo 1790, e aos princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e vedação ao retrocesso social.

Palavras chave: Sucessões, Família, União Estável, Casamento, Princípios Constitucionais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....09

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITO DAS SUCESSÕES 11

2.1 A evolução da união estável e seu reconhecimento como entidade familiar..... 14

2.2 Princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito de Família.....16

2.2.1 Dignidade da pessoa humana..... 16

2.2.2 Igualdade..... 18

2.2.3 Liberdade..... 19

2.2.4 Vedação ao retrocesso social..... 20

3 O INSTITUTO DO CASAMENTO 21

3.1 Conceito.....21

3.2 Direitos sucessórios do casamento 22

4 DIREITOS SUCESSÓRIOS DA UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002..... 27

4.1 Conceito 27

4.2 Direitos sucessórios da união estável..... 28

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO ATUAL CÓDIGO CIVIL.....31

6 CONCLUSÃO..... 34

REFERÊNCIAS..... 35

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal e as desigualdades que o artigo 1790 do atual Código Civil trouxe quanto aos direitos sucessórios decorrentes do casamento e da união estável.

Pretende-se verificar no Direito das Sucessões se essas desigualdades entre os referidos institutos ferem direitos constitucionais, privilegiando um em detrimento do outro.

Para tanto, é necessário uma análise da forma de sucessão entre os dois institutos, abordando quatro princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família que vão de encontro às distinções trazidas pelo atual Código Civil.

Em uma sociedade democrática a liberdade de escolha não pode ser influenciada ou desestimulada pelo próprio ordenamento jurídico.

Ademais, a união estável é um claro exemplo de como o ordenamento jurídico deve acompanhar as mudanças ocorridas com a sociedade. As relações familiares evoluíram, deixando de considerar apenas o casamento como forma de constituição legítima de família, exigindo do direito que acompanhe essas mudanças e lhe dê a devida proteção e regulamentação, sempre em conformidade com os princípios da liberdade de escolha, isonomia e dignidade da pessoa humana.

No entanto, ao analisar os direitos sucessórios daqueles que vivem sob a égide do casamento e da união estável, percebe-se que o atual Código civil não acompanhou a evolução ocorrida no Direito de Família, vez que trouxe tratamento diverso entre os referidos institutos, colocando o companheiro em condição inferior e discriminatória.

Tal tratamento não encontra amparo legal, pois a Constituição Federal de 1988, acompanhando os anseios e mudanças ocorridas na sociedade, admitiu outras espécies de constituição familiar, reconhecendo a união estável como uma delas, trazendo a esta a devida proteção do Estado e não dispondo de qualquer permissão para tratamento diverso, que colocasse o referido instituto em patamar inferior.

Dessa forma, o Código Civil Brasileiro, Lei n° 10.406/02, no que se refere aos direitos sucessórios do cônjuge e companheiro, vai de encontro ao disposto na Constituição Federal, especificamente quanto ao artigo 226, e nas Leis 8.971/94 e 9.278/96 que regulamentam a união estável.

Isso pode ocasionar o desestímulo de constituição familiar através da união estável, privilegiando o casamento, pois este soa como mais vantajoso quanto aos direitos sucessórios.

O que leva à constituição familiar é o afeto, não cabendo ao ordenamento jurídico interferir indiretamente de forma a incentivar e privilegiar um instituto em detrimento do outro. Deve-se primar pela liberdade de escolha, uma vez que se trata de um Estado Democrático de Direito e por isso, os indivíduos têm autonomia para escolher o que melhor atende seus anseios, submetendo-se posteriormente às normas decorrentes.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITO DAS SUCESSÕES

O Direito de Família regulamenta as relações recíprocas de natureza pessoal e patrimonial entre os indivíduos, sejam eles cônjuges ou companheiros, ascendentes ou descendentes e parentes, abrangendo também os institutos da curatela e tutela, pois são conexos com o Direito de Família. No entendimento de GONÇALVES (2013), abrange todas as pessoas ligadas por vínculos de sangue bem como pela afinidade ou adoção.

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 17) também leciona que "é de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas proveem de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável". Dessa forma, resta claro que os laços não se subordinam necessariamente à família tradicional, constituída unicamente pelo casamento, mas também àquela constituída pela união estável, que confere maior valorização de cada membro com maior autonomia e liberdade de ação.

Em sua obra, Carlos Roberto Gonçalves ensina que:

> O direito de família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável, ou pelo parentesco, bem como os institutos complementares da tutela e curatela, visto que, embora tais institutos de caráter protetivo ou assistencial não advenham de relações familiares, têm, em razão de sua finalidade, nítida conexão com aquele (GONÇALVES, 2013, p.19).

Sua previsão legal se encontra no livro IV do Código Civil de 2002, nos artigos 1.511 a 1.783, e na Constituição Federal de 1988 nos artigos 226 a 230, dispondo que a família é a base da sociedade e que deve ter especial proteção do Estado. Assim, verifica-se que a família constitui a base do Estado, sendo realidade sociológica e o alicerce mais sólido da organização social e, conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2013), possui como objeto o complexo de disposições relações pessoais e patrimoniais.

Não obstante, entende Maria Berenice Dias:

> O próprio Estado tem interesse na mantença da família, pois com isso se desonera do compromisso de garantir aos seus cidadãos o leque de direitos que lhes é assegurado constitucionalmente. E, se a própria família dispõe de meios para garantir o sustento de seus membros, o Estado de vê livre desse encargo. Alias, não é por outro motivo que a família é considerada a base da sociedade, sendo lhe assegurada proteção especial (DIAS, 2013, p.28).

Destarte, como todos os ramos do direito, precisou adaptar-se a evolução social. Atualmente o conceito de família é amplo, mas nem sempre foi assim. Antes da promulgação da Constituição Federal a família era basicamente aquela reconhecida pela instituição do casamento. Havia um viés protetivo a ela e discriminatório às demais. Dessa forma, o atual Código civil procurou adaptar-se nessa evolução, principalmente quanto ao reconhecimento da união estável como entidade familiar que ocorreu através da vigente Constituição. Carlos Roberto Gonçalves em sua obra leciona que:

> O Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas ultimas décadas do século passado. Adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais (GONÇALVES, 2013, p.21).

O atual código Civil não poderia negar a realidade social, onde o conceito de família está mais relacionado aos laços de afeto. Lourival Serejo (2014, p.26) em sua obra leciona que "ao longo dos anos a família sofreu uma evolução considerável, em consonância com o desenvolvimento social e econômico da época. Da família patriarcal, patrimonializada, extensa, chegou-se à família nuclear, marcada pela valoração das expressões afetivas da convivência familiar (...)".

Nesse sentido, também entende Carlos Roberto Gonçalves:

> O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação (GONÇALVES, 2013, p.32).

Apesar de procurar se adaptar à nova realidade, principalmente com o reconhecimento pela Constituição Federal de novas espécies de constituição familiar, o atual Código Civil acabou por criar importantes distinções entre os institutos do casamento e da união estável no que se refere aos direitos sucessórios, inclusive revogando tacitamente disposições de leis anteriores que traziam regulamentação mais benéfica, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> Restaram, porém, tacitamente revogadas as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o titulo referente á união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1.713 a 1.727), os princípios básicos das aludidas

> leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1.694) (GONÇALVES, 2013, p.189).

Ressalta-se que o direito de família é ramo do Direito Civil e, portanto, privado, havendo autonomia dos indivíduos para escolher a forma de constituição familiar que melhor lhe atender, submetendo-se, depois, às normas cogentes e imperativas do Estado. Nesse sentido fica evidenciada a liberdade de escolha assegurada pelo atual Código Civil que em seu artigo 1513 determina ser defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na vida familiar.

Desta feita, evidencia-se que viver em família gera suas vantagens e também obrigações. E é por isso que não há como falar em direito de família sem falar de alguns de suas relações patrimoniais, como as decorrentes do falecimento de um componente da entidade familiar, pois mesmo com a morte alguns direitos se perpetuam.

Nesse sentido, leciona Maria Berenice Dias:

> O direito sucessório tem sua razão de ser no direito de propriedade conjugado ao direito das famílias. Trata da transmissão de bens, direitos e obrigações, em razão da morte de uma pessoa, aos seus herdeiros, que, de um modo geral, são seus familiares. O elemento familiar é definido pelo parentesco e o elemento individual caracterizado pela liberdade de testar. São esses os dois fulcros em que se baseiam as normas da sucessão (DIAS, p.33).

Isso porque o direito sucessório está relacionado com o vínculo familiar existente entre o de cujus e seu sucessor, sendo que a família lhe confere o caráter de legitimidade consubstanciada na comunhão de vidas que lhe é inerente.

O Direito das Sucessões tal como o Direito de Família atravessou as evoluções ocorridas na sociedade. Consequentemente também precisou se adequar, pois sempre que o conceito de família amplia acaba interferindo nas relações patrimoniais, incluindo as *post mortem*. Um claro exemplo dessa evolução, conforme ensinamentos de Maria Berenice Dias (2013), foi o reconhecimento da união estável na Constituição Federal de 1988, pois até então era considerada concubinato e não reconhecida como família e, por isso, o parceiro sobrevivente não fazia jus aos direitos sucessórios.

Apesar da necessidade de acompanhamento das mudanças sociais, Maria Berenice Dias (2013, p.31) entende que não foi o que ocorreu “com o Código Civil, que, em sede de direito sucessório, praticamente copiou o código anterior. Limitou-se a reduzir a ordem de vocação hereditária. Antes o direito sucessório alcançava os colaterais até o sexto grau. Agora somente os parentes até o quarto grau podem ser contemplados (...)”.

2.1 A evolução da União Estável e seu reconhecimento como entidade familiar

A união estável, após longo calvário, foi finalmente reconhecida como entidade familiar através da Constituição Federal de 1988, precisamente em seu artigo 226, que admitiu diversas espécies de constituição familiar, não dispondo de quaisquer distinções entre elas.

Primeiramente, cumpre pontuar que anteriormente à Constituição Federal de 1988 não havia o reconhecimento da União Estável como entidade familiar. O Código Civil de 1916 reconhecia como família exclusivamente a constituída pelo casamento indissolúvel, possuindo um flagrante viés protetivo à família matrimonial. Já a união estável era conhecida como concubinato, sofrendo forte preconceito da sociedade que considerava a união fora do casamento como sendo imoral, ilegítima, não havendo, inclusive, intervenção e proteção do Estado.

O tratamento discriminatório era tamanho que, conforme explicado por Inacio de Carvalho Neto (2007, p.162) “em principio, os tribunais não reconheciam qualquer direito à concubina quando da dissolução da sociedade conjugal, baseados na idéia de que o concubinato era uma ligação imoral e que de atos imorais não podem decorrer vantagens protegidas pelo direito”.

Esse viés protetivo à família constituída por meio do casamento ocorria por disposições do Código Civil de 1916. Nesse sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> O Código Civil de 1916 proclamava, no art. 229, que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato, proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida (GONÇALVES, 2013,p.28).

Esse concubinato era classificado como puro ou impuro. Puro era o nome dado às uniões ocorridas entre pessoas que eram desimpedidas de se casar, enquanto o impuro era para as uniões entre pessoas que tinham algum tipo de impedimento.

Atualmente, o termo concubinato está previsto no atual Código Civil, precisamente no artigo 1727, fazendo referencia às relações não eventuais entre homem e mulher que são impedidos de casar. Tal termo não alcança as pessoas casadas que se encontram separadas, conforme previsão no artigo 1723, §1º, pois elas podem constituir união estável, sendo,

inclusive, esse o nome atribuído às relações existentes entre aqueles que não têm impedimentos e decidem constituir família.

Ademais, o concubinato não é considerado como modalidade de constituição familiar, e, por ser considerado como sociedade de fato, recebe as regras dos direitos das obrigações e não do direito de família.

Como o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela CF não encontrava amparo no código civil de 1916, vigente na época, e também pelo constituinte ter deixado a cargo do legislador ordinário a tarefa de definir conceitos e requisitos para sua configuração, foram editadas e promulgadas duas leis a fim de regulamentar a norma constitucional, principalmente em relação a direitos sucessórios. Foram elas: a Lei 8.971 de 1994, que regulava o direito dos companheiros a alimentos e sucessão, e posteriormente a Lei 9.278 de 1996 – Lei da União estável, que assegurava aos companheiros, dentre outros direito, o de herdar.

As leis em comento significaram significativo avanço, conforme leciona Inacio de Carvalho Neto:

> Somente em 1994, como vimos, por meio da Lei 8.971/1994, reconheceu-se o direito sucessório aos companheiros. (...). Estabeleceu-se, aí, portanto, direito sucessório e direito ao usufruto vidual, em condições muito semelhantes às do cônjuge. (...) completando tal disposição, o art. 7º, parágrafo único, da lei 9.278/1996 dava ao companheiro o direito real de habitação, também em condições muito parecidas com as do cônjuge. Estava assim completada a igualdade de tratamento entre cônjuges e companheiros em termos de direitos sucessórios (neto, 2007, p.179).

Entretanto, o atual Código Civil não acompanhou as mudanças do direito de família, pois tratou de forma distinta vários direitos decorrentes da sucessão na união estável e no casamento, inclusive revogando tacitamente as leis mencionadas, suprimindo direitos até então adquiridos, num flagrante retrocesso de direitos sociais. Em sua obra, aponta Carlos Roberto Gonçalves:

> Restaram, porém, tacitamente revogadas as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o titulo referente á união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1.713 a 1.727), os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1.694) (GONÇALVES, 2013, p.189).

Com o advento do referido diploma, os direitos sucessórios decorrentes da união estável passaram a ser tratados em seu artigo 1790, figurando nas disposições gerais do direito

sucessório, e não no capítulo da vocação hereditária, que é onde deveria estar. Consequentemente, por não estar inserido no artigo 1845, o companheiro ficou como sucessor legítimo, e não necessário. Além disso, não trouxe previsão do direito real de habitação, dentre outras distinções.

Desta forma, a união estável, após longos anos, ganhou o direito de proteção de Estado através de seu reconhecimento, porém, recebeu tratamento diferenciado e discriminatório no Código civil de 2002 no que se refere a direitos sucessórios, tendo o legislador beneficiado o instituto do casamento.

2.2 Princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família

Os princípios são norteadores da conduta humana, o alicerce das normas, e por isso, o legislador ao elaborar as leis deve pautar-se neles e nas disposições contidas na Constituição Federal.

Nos ensinamentos de Lourival Serejo (2014, p.7) “No Brasil, a Constituição de 1988 inaugurou um sistema de novos princípios para fundamentar relações familiares e servir de orientação hermenêutica para afastar inclusive normas de legislação ordinária que destoam dessa nova orientação”.

Dentre esses princípios, destacam-se alguns, principalmente por sua relação com o direito de família. São eles: Dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e vedação ao retrocesso social.

Contudo, o Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos sucessórios dos cônjuges e companheiros, acabou trazendo importantes distinções, o que vai de encontro aos princípios citados e destoam da orientação constitucional.

2.3.1 Dignidade da pessoa humana

A reflexão acerca da ideia de Dignidade da Pessoa Humana circundou um longo período da historia da humanidade.

De acordo com estudiosos, os confucionistas na China Imperial do século IV a. C. já defendiam cada ser humano já possuía uma dignidade inerente resultante de um ato de natureza divina, segundo o qual ninguém poderia ser submetido à condição de mero instrumento por outros.

Alguns doutrinadores, incluindo Bernardo Gonçalves Fernandes (2011), lecionam que no período da Antiguidade se inaugurou um conceito mais vinculado à condição do individuo em meio à sociedade, enquanto, no decurso da Escolástica, Santo Tomás de Aquino apresentou uma teoria da dignidade baseada no homem visto como projeção divina, o que lhe conferia plena liberdade por natureza.

No Iluminismo alemão, Kant se inclina sobre a autonomia moral do indivíduo para aferir o reconhecimento da singularidade e individualidade de cada pessoa, preceitos fundamentais na concepção jurídica. Já Hegel tentou sofisticar a noção de dignidade humana a deduzindo como um complexo mecanismo do reconhecimento derivado do processo de luta correlacionada ao fator da reciprocidade.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p.219) ainda ensina que "(...) a dignidade seria um superprincípio, como uma norma dotada de maior importância e hierarquia que as demais, que funcionaria como elemento de comunhão entre o direito e a moral, na qual o primeiro se fundamenta na segunda, encontrando sua base de justificação social".

No Brasil, em tempos atuais, o referido princípio está previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, constituindo um dos fins do Estado Democrático de Direito e a base da comunidade familiar. É um dos mais importantes princípios constitucionais, abrangendo inúmeros valores que existem e regem a sociedade.

De acordo com Serejo:

> No Brasil, a Constituição de 1988 inaugurou um sistema de novos princípios para fundamentar relações familiares e servir de orientação hermenêutica para afastar inclusive normas de legislação ordinária que destoam dessa nova orientação. Logo de inicio, no seu artigo primeiro, a Constituição destaca o principio da dignidade da pessoa humana, que serve de paradigma maior para a aplicação de todos os institutos do Direito de Família (SEREJO, 2014, p.7).

Trata-se de um princípio extramente abrangente, possuindo, inclusive, relação com os demais princípios aplicáveis ao direito de família. Leciona Bernardo Gonçalves Fernandes:

> (...) a dignidade da pessoa humana, na realidade, busca conciliar os princípios da igualdade e da liberdade, afirmando duas dimensões de dignidade: 1ª) através do reconhecimento da importância de cada projeto de vida individual; e 2ª) através da proteção à autonomia individual na persecução desse projeto de vida. Para tanto, falar em dignidade da pessoa humana somente faz sentido se entendido como vista pelo prisma da garantia de *iguais liberdades subjetivas para ação*. Partindo dessa perspectiva, podemos tentar recolocar a dignidade da pessoa humana como condição de legitimação não apenas dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico (FERNANDES, 2011, p.269).

Na atual concepção de Direito de Família, que prega as relações familiares pelo afeto e a valorização de cada membro da entidade familiar, acentua-se a autonomia e liberdade de ação dos indivíduos, sendo a dignidade da pessoa humana seu ponto de apoio, refletindo a ideia de respeito aos direitos fundamentais, assegurando os efeitos jurídicos pertinentes.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p.315) "respeita-se a dignidade da pessoa quando o individuo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes".

Desta feita, resta claro que a dignidade da pessoa humana deve reger todas as relações jurídicas, inclusive aquelas decorrentes do direito de família, uma vez que ela é a base da República Federativa do Brasil.

2.3.2 Igualdade

Princípio com previsão no artigo 5º da atual Constituição Federal, cuja acepção assegura que todos, indistintamente, são iguais perante a lei, sendo vedadas distinções discriminatórias e arbitrárias, com exceção das distinções constitucionalmente autorizadas.

Conforme abordado por Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p.293) "todavia, sua construção, no entendimento da maioria da doutrina constitucional, parece se reduzir à afirmação da necessidade de tratar os iguais de maneira igual, e os desiguais na medida de sua desigualdade".

Desta forma, observa-se que o legislador, na elaboração das leis e atos normativos, é impedido de criar tratamento abusivamente diferenciado às pessoas que se encontrem em patamar idêntico. Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes (2011), o legislador, no processo de formação do ato legislativo, não pode incluir fatores de discriminação que afastem o principio da igualdade, sob pena de tais atos serem eivados de inconstitucionalidade.

O princípio da igualdade deve ser observado em todas as manifestações do Poder Público, inclusive para impedir discriminações e privilégios. Busca assegurar a igualdade na lei e perante a lei. Bernardo Gonçalves Fernandes em sua obra cita a posição do Ministro Celso de Mello:

> (...) A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de formação do ato legislativo, nele não poderá incluir fatores de discriminação responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. (...) A igualdade perante a lei, de outro lado, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que

> ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador, em qualquer das dimensões referidas, imporá, ao ato estatal por ele elaborado e produzido, a eiva de inconstitucionalidade (MELLO 2008, apud FERNANDES, 2011, p.295).

Desta feita, ao analisar o artigo 226 da Constituição Federal, verifica-se que ela, ao tratar das formas de constituição familiar não trouxe qualquer permissão para que fosse conferido tratamento distinto aos institutos previstos. Ela não dispôs que as formas de constituição familiar são iguais, mas as colocou no mesmo patamar de proteção jurídica, garantindo que lhes fossem conferidos tratamentos e direitos iguais.

2.3.3 Liberdade

Assegurado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, precisamente em seu artigo 1513 que determina ser defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Para Bernardo Gonçalves Fernandes (2011), a liberdade constitui o maior direito do ser humano, sendo o único direito inato daquele e compreendida em uma de suas vertentes como a autonomia, ou seja, a capacidade de autodirigir a própria vida e suas escolhas. Representa um direito dirigido ao Estado no sentido de vedação, limitando sua interferência na vida da sociedade.

Ele também nos ensina que:

> A primeira concepção sobre a liberdade, ou seja, liberdade como não intervenção ou ausência de constrangimento, remonta ao pensamento de autores modernos como Hobbes e Locke, revelando uma ideia de que liberdade apresenta um status negativo. Nesse sentido, representa um direito dirigido ao Estado no sentido de uma vedação, limitando seu poder de interferência na vida da sociedade. Aqui, a legitimidade dos atos estatais estaria dependente da criação de um direito que conserve um equilíbrio entre liberdade de membros da sociedade, sem que uma interfira na do outro, ao mesmo tempo em que também está ligada à noção de que o poder coercitivo estatal somente se justifica para harmonizar e garantir essas liberdades (FERNANDES, 2011, p.277).

Sendo fundamentos do Estado Democrático de Direito, a liberdade e a igualdade formam elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana. Paulo Gustavo Gonet Branco em sua obra leciona que:

> As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam guarnecidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas

> que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instancia de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades (BRANCO, 2012, p.298).

Assim, na visão do Direito de Família, a pessoa é livre para escolher o que melhor atende seus anseios, não podendo o Estado intervir ou influenciar nessa liberdade de escolha, impondo restrições ou imposições na constituição familiar.

2.3.4 Vedação ao retrocesso social

Consiste na proibição do legislador em reduzir, suprimir, diminuir, mesmo que parcialmente, o direito já materializado em âmbito legislativo e positivado na sociedade, sendo um dos princípios fundamentais que rege o Direito de Família e o alicerce dos direitos constitucionais.

Possui correlação com os princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade das normas constitucionais e da segurança jurídica.

Tal princípio assegura que nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente. Conforme abordado por Maria Berenice Dias (2013), a lei não pode limitar direitos já consagrados em sede constitucional e que já estavam assegurados em legislação anterior. Tal afirmação reforça o entendimento de que os direitos sucessórios garantidos à união estável não poderiam ser suprimido por legislação posterior.

Nesse sentido, ela também entende que:

> Diante da equiparação entre casamento e união estável levada a efeito pela Constituição e pela própria sociedade, não pode a lei suprimir direitos consagrados em sede constitucional e que já estavam assegurados na legislação pretérita. Tal postura afronta um dos princípios fundamentais que rege o direito das famílias, que veda o retrocesso social. Ressalta Lenio Streck que nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituinte. O legislador precisa ser fiel ao tratamento isonômico garantido na Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências (DIAS, 2013, p.73).

Assim, verifica-se que o atual Código Civil retrocedeu direitos sociais já delimitados em legislação anterior que regulamentava o instituto em comento. Desta feita, cumpre analisar a forma de sucessão do casamento e da união estável, enfatizando as distinções discriminatórias e os direitos suprimidos desta.

3 O INSTITUTO DO CASAMENTO

3.1 Conceito

O casamento é a entidade familiar mais tradicional do direito brasileiro e por muito tempo foi considerado como a única forma de constituição da família legítima, principalmente através do Código Civil de 1916 que trazia tal disposição. Por causa disso, aquela que fosse constituída fora dele era considera ilegítima, imoral, e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições ao concubinato, denominação dada àqueles que constituíam família fora do formalismo do casamento.

Conceitua-se como a relação jurídica solene existente entre duas pessoas, com a finalidade de constituição familiar, estabelecendo comunhão plena de vida com a direção conjunta de ambos os cônjuges. Sua previsão legal se encontra na Constituição Federal de 1988 e no atual Código Civil.

Nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2013) o casamento constitui uma grande instituição social que nasce das vontades dos contraentes, mas que recebe da lei suas formas, normas e efeitos. Trata-se de ato de autonomia privada, presente na liberdade de escolha dos cônjuges, inclusive quanto ao regime de bens a vigorar no casamento, porém, dentro dos limites constitucionais e legais.

Dentre os diversos caracteres do casamento destacam-se que: é ato eminentemente solene cuja formalidade visa garantir sua validade e lhe conferir maior segurança, sendo que sua inobservância torna o ato inexistente; as normas que o regulamentam são de ordem pública, constituído de um conjunto de normas imperativas com o objetivo de dar à família uma organização social moral de acordo com as aspirações do Estado; estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges; representa união permanente entre as pessoas e não comporta termo ou condições por ser negócio jurídico simples.

Com o advento do atual Código Civil, reforçando o disposto no artigo 226 da Constituição Federal, o casamento deixou de ser a única forma de constituição familiar e teve seus direitos regulamentados, inclusive recebendo tratamento altamente privilegiado quanto aos direitos sucessórios. Dentre algumas disposições benéficas vale ressaltar o direito real de habitação sobre imóvel destinado à residência da família e garantia de quota estabelecida em percentual não inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer, dentre outros.

Em sua obra, Maria Berenice Dias explica que:

> Agora o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário. Não pode ser excluído, pois faz jus à legitima: metade da herança se não existirem nem descendentes nem ascendentes. Preserva a qualidade de herdeiro independentemente do regime de bens do casamento e da vontade do *de cujus*. Ainda que o casamento tenha ocorrido pelo regime da separação convencional ou obrigatória de bens, sua condição de herdeiro persiste. Herda mesmo que os bens do cônjuge sejam incomunicáveis. Ao menos é o que diz a lei. O STJ exclui o cônjuge da condição de herdeiro necessário quando o regime é o da separação convencional de bens, mas a posição não é uniforme. Também foi brindado o viúvo com o que passou a se chamar de direito de concorrência: direito a uma fração da herança mesmo se existirem herdeiros que o antecedam no direito à sucessão. A depender do regime de bens, concorre com os descendentes. Inclusive pode ser contemplado com quinhão maior do que os próprios filhos, pois lhe é garantida a quarta parte da herança. Já com os ascendentes, o cônjuge concorre sempre, seja qual for o regime de bens (DIAS, 2013, p.54).

Portanto, o casamento foi contemplado com disposições benéficas no ramo do Direito das Sucessões, mas para analisar tais direitos, é necessário verificar o regime de bens do casamento e fazer a distinção entre herança e meação.

3.2 Direitos sucessórios do casamento

Conforme analisado, o atual Código Civil trouxe ao instituto do casamento disposições mais benéficas no que se refere aos direitos sucessórios. O Código Civil de 1916 dispunha que o cônjuge era somente herdeiro legitimo, apesar de figurar na terceira posição na ordem sucessória. Isso tornava sua condição frágil, vez que podia ser afastado da sucessão pela simples manifestação do cônjuge através de testamento. Não era necessária nem justificativa para sua exclusão. Ademais, além de excluir o cônjuge da sucessão, podia doar todo o seu patrimônio a quem quisesse.

Sob a égide do novo diploma, ocorreu maior segurança jurídica a este instituto. O cônjuge foi reconhecido como herdeiro necessário, não podendo ser excluído da legitima.

A legítima significa que uma parte do patrimônio de quem deixa herdeiros necessários é indisponível. Ela corresponde à 50% da herança, e somente a outra metade é disponível para que o testador livremente deixe para quem quiser. Assim, os herdeiros necessários previstos no artigo 1845 do atual Código Civil – descendentes, ascendentes e cônjuge - têm direito a essa fração indisponível, independente da vontade do *de cujus*.

Ela significa um meio termo entre a liberdade do testador e a proteção do sucessor. Entretanto, a lei abre exceções à inviolabilidade da legítima ao conferir ao testador a possibilidade de deserdar seu herdeiro ou impor restrições através de cláusulas de

inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, e também através de exclusão por declaração de indignidade. Quanto à exclusão, Maria Berenice Dias leciona que:

> Só existe a possibilidade de o herdeiro necessário ser excluído da sucessão quando for reconhecido que agiu de modo indevido. Quem atenta contra a vida, a honra ou a liberdade do seu antecessor tanto pode ser **deserdado** por meio de testamento (CC 1.961), como pode ser declarado **indigno** (CC 1.814). Pela mesma motivação, o direito de concorrência do cônjuge e do companheiro pode ser afastado. O alijamento do herdeiro precisa ser reconhecido judicialmente, quando comprovadas praticas que justifiquem a exclusão (CC 1.962 e 1.963) (DIAS, 2013, p.275).

Assim, verifica-se que o novo diploma trouxe restrições à liberdade de testar e maior proteção aos herdeiros necessários.

Todavia, para analisar os direitos sucessórios do casamento é necessário verificar o regime de bens e os parentes com os quais o cônjuge supérstite concorrerá à herança, além de distinguir herança de meação.

Nos ensinamentos de Maria Berenice Dias (2013), é necessário frisar que legitimidade sucessória não se confunde com meação, pois esta é instituto do Direito de Família e condicionada ao regime de bens do casamento, enquanto aquela se dá no âmbito do Direito das Sucessões e tem origem com a morte, sendo a herança transmitida aos sucessores conforme previsão legal em caso de sucessão legitima ou por vontade do testador em caso de sucessão testamentária.

Se o regime do casamento for o da comunhão parcial de bens, a meação incidirá sobre o patrimônio adquirido durante o período de vida em comum. Se for o regime de comunhão universal, a meação corresponderá à metade de todos os bens que compõem o acervo hereditário. Quanto ao regime de participação final nos aquestos, a meação será sobre os bens adquiridos a titulo oneroso na constância do casamento. Por fim, se for separação obrigatória, não haverá direito à meação, pois não haverá bens comuns.

A parte da meação que couber ao *de cujus* constituirá seu acervo hereditário, onde 50% serão indisponíveis (legítima) caso tenha herdeiros necessários. O cônjuge sobrevivente vai herdar em conformidade com a previsão contida no artigo 1829 do atual Código Civil. Isso significa que para herdar dependerá da ordem de vocação hereditária, vez que em concorrência com descendentes do *de cujus*, seu direito estará condicionado ao regime de bens do casamento.

Desta feita, em análise ao artigo 1829, conclui-se que o cônjuge não concorrerá à herança com os descendentes se era casado com o falecido no regime de comunhão universal, no regime de separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da

herança não houver deixado bens particulares.

A esse respeito leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> (...) A participação na herança se dá nos seguintes casos: a) se o regime de bens era o da separação convencional; b) se o regime de bens era o da comunhão parcial e o *de cujus* tinha bens particulares- hipótese em que o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro meeiro, incidindo meação apenas sobre o patrimônio comum; c) se o regime de bens era o da participação final nos aquestos (CC, art. 1672), com direito também à herança e meação (art.1685) (GONÇALVES, 2013, p.189).

Quanto ao regime de comunhão universal, o legislador entendeu que a confusão patrimonial já ocorre desde a celebração do casamento, garantindo a devida proteção ao cônjuge através da meação, não fazendo sentido que herdasse a outra metade em concorrência com filhos do *de cujus*.

Já regime de separação obrigatória, conforme também entende Carlos Roberto Gonçalves (2013), é imposto por lei às pessoas que contraírem matrimônio com inobservância de causas suspensivas, dependerem de autorização para se casar ou forem maiores de 70 anos. O direito de concorrer com os descendentes é afastado com o intuito de evitar qualquer forma de burlar a imposição legal. O cônjuge não poderia receber por herança bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição matrimonial.

Entretanto, vale ressaltar que a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal dispõe que no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Em relação ao regime de comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não receberá herança em situações em que o *de cujus* não tenha deixado bens particulares pelo fato de já ter direto à metade do patrimônio comum através da meação, cabendo aos descendentes o direito de herdar a metade que cabia ao falecido.

No entanto, só faz sentido verificar o regime de bens quando o cônjuge concorrer com descendentes do *de cujus*. Pois, conforme a ordem de vocação hereditária, ele tem direito de concorrer à herança com os ascendentes independente do regime de bens do casamento. Se concorrer com ascendentes de primeiro grau, terá direito a um terço da herança; se concorrer com apenas um ascendente ou se o grau for maior, terá direito a metade da herança.

Não obstante, se a concorrência se der com descendentes em comum do falecido e do sobrevivente, o cônjuge supérstite receberá quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, tendo a garantia de receber quota não inferior à quarta parte da herança.

Dispõe Maria Berenice Dias:

> Além da meação, o cônjuge recebe parte da herança junto com os herdeiros que o antecedem na ordem de vocação hereditária, a título de concorrência sucessória. Concorrendo com os descendentes, o seu direito está condicionado ao regime de bens do casamento (CC 1.829 I). Já na concorrência com os ascendentes, desimporta o regime de bens (CC 1.832). Faz jus sempre a fração da herança (DIAS, 2013, p. 141).

Se a concorrência for com descendentes exclusivos do *de cujus*, o cônjuge sobrevivente não tem direito à quarta parte da herança, e sim, a quinhão igual ao que couber a estes.

Entretanto, caso o *de cujus* não tenha descendente ou ascendente, não haverá concorrência, recebendo o cônjuge sobrevivente a totalidade da herança, inclusive independente do regime de bens. Isso ocorre pelo fato de que os parentes colaterais estão em quarto lugar na ordem de vocação hereditária e o cônjuge em terceiro, sendo que os mais próximos excluem os mais remotos. Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves, apenas se não houver cônjuge sobrevivente é que os colaterais herdam a totalidade do acervo hereditário.

Além dos direitos sucessórios, o cônjuge foi beneficiado no novo Código com o direito real de habitação sobre imóvel destinado à residência da família. Leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> O art. 1.831 do Código Civil de 2002 assegura ao cônjuge supérstite, "*qualquer que seja o regime de bens"* e sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o *"direito real de habitação"*, desde que o imóvel seja destinado à residência da família e o único daquela natureza a inventariar. Se houver dois ou mais imóveis residenciais, não se pode falar em direito real de habitação. O novo diploma ampliou, pois, o alcance da benesse, ao admiti-lo "qualquer que seja o regime de bens" (GONÇALVES, 2013, p.190).

Nesse mesmo sentido, discorre Maria Berenice Dias (2013, p. 141), "além dos direitos assegurados sobre o acervo sucessório, a lei garante ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação, ou seja, de continuar na posse do bem que servia de residência da família, independente do regime de bens (CC 1.831)".

O Código Civil anterior previa que o direito real de habitação só vigoraria se o supérstite não constituísse nova união. No entanto, o novo diploma não faz qualquer limitação, nem em relação ao regime de bens do casamento, tendo o cônjuge o direito de continuar na posse do bem que servia de residência familiar, não perdendo tal direito caso

venha constituir novo matrimônio ou união estável.

Desta feita, verifica-se que o atual diploma trouxe tratamento mais benéfico e privilegiado em direitos sucessórios ao instituto do casamento. Aquele que escolher constituir família através desse instituto tem a garantia de proteção do Estado e de disposições benéficas em caso de sucessão. No entanto, o instituto da união estável, apesar de ter recebido a garantia de proteção do Estado, recebeu direitos distintos, que o coloca numa posição inferior e menos benéfica.

4 DIREITOS SUCESSÓRIOS DA UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

4.1 Conceito

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, trazendo em seu artigo 226 expressamente o cônjuge e o companheiro no mesmo patamar de direitos e obrigações, não dispondo de qualquer permissão para tratamento inferior ou discriminatório.

A união estável consiste na convivência pública, contínua e duradoura de duas pessoas, ligadas pelo afeto, com o objetivo de constituir família, sem o formalismo e rigor da lei, sem vínculo matrimonial, podendo ser convertida em casamento a qualquer tempo por previsão constitucional. De acordo com Rui Ribeiro de Magalhães:

> A constituição de uma entidade familiar pela união estável não depende de qualquer ato solene, bastando para tanto a vontade dos conviventes direcionadas para esse fim, ao contrário do casamento, cuja consumação se submete ao rigor da lei e dos atos solenes que envolvem a sua celebração, sob pena de nulidade (MAGALHÃES, 2003, p.292).

Pelo conceito do referido instituto, verifica-se que o legislador deu mais ênfase ao critério social do que jurídico, estendendo a proteção do Estado a essas entidades constituídas pelo afeto, sem formalismos.

As primeiras regulamentações ocorridas após o reconhecimento pela Constituição foram através das Leis 8.971/94 e 9.278/96 que traziam certas disposições sobre direitos sucessórios.

No entanto, essas Leis foram tacitamente revogadas em face da inclusão da matéria no Código Civil de 2002. O efeito patrimonial sucessório ficou a cargo dos Direitos das Sucessões, que em seu artigo 1790 dispôs que esses direitos se limitam aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

O referido artigo foi de encontro ao que já estava garantido no ordenamento jurídico, pois, restringiu o direito à herança aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, retirou o direito real de habitação e o usufruto vidual que estavam previstos nas referidas leis, e determinou a concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes, ascendentes e até mesmo colaterais do *de cujus*.

Desse modo, o referido diploma acabou colocando o companheiro em condição inferior ao cônjuge. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.191) “enquanto as

citadas leis que disciplinaram a união estável caminharam no sentido de igualar os direitos do companheiro aos do cônjuge, o Código Civil de 2002 tomou direção oposta".

Também entende Inacio de Carvalho Neto:

> Tal como em relação ao cônjuge, também a sucessão do companheiro sofreu profundas alterações no novo código. Algumas positivas, justamente as que seguiram a linha de sucessão do cônjuge; outras, todavia, extremamente negativas, verdadeiros retrocessos na sucessão do companheiro. A primeira crítica a se fazer ao novo Código é o tratamento distinto da matéria. Não havia razão para diferenciar o cônjuge e companheiro em matéria sucessória, sobretudo porque a igualdade já tinha sido alcançada anteriormente (Neto, 2007, p182).

Entretanto, ao analisar o artigo 226 da Constituição Federal, verifica-se que não há amparo legal para esse retrocesso de direitos. Não há qualquer cláusula permissiva de tratamento distinto entre os institutos do casamento e da união estável. Não há disposição legal que permita tratamento diferenciado entre as formas de constituição familiar. Se não há previsão legal, não poderia a norma infraconstitucional impor tratamento discriminatório, sob pena de afronta aos princípios aplicáveis ao Direito de Família e à própria Constituição Federal.

Assim, mostra-se oportuno analisar os direitos sucessórios da união estável no atual Código Civil a fim de delimitar em que medida esse tratamento desigual fere direitos constitucionais.

4.2 Direitos sucessórios da união estável

Conforme citado acima, o tratamento desigual entre os institutos se inicia no momento em que o atual Código Civil, em seu artigo 1790, atribui ao companheiro o direito sucessório apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável. Não obstante, o de cujus tem que ter falecido durante a constância da união. Já o cônjuge sobrevivente tem direito sucessório mesmo que esteja separado até dois anos quando da morte do seu consorte, conforme previsão do artigo 1829.

Inacio de Carvalho Neto (2007) compartilha do entendimento que ao estipular que o direito sucessório do companheiro é apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, o Código Civil de maneira injustificada, traz distinções de graves consequências, pois, se o *de cujus* não tiver descendentes, ascendentes ou colaterais, e a herança for exclusivamente de bens adquiridos antes da união, será considerada vacante e o companheiro nada receberá.

Em contrapartida, muitos doutrinadores entendem, inclusive Maria Berenice Dias (2013), que o companheiro faz jus à totalidade do acervo sucessório caso o falecido não tenha nenhum parente. Compartilham da ideia de que quando o artigo 1790 em seu inciso IV dispõe que se não houver parentes sucessíveis recebe a totalidade da herança, não deixa dúvidas de que abrange todos os bens, sem limitações, de forma a evitar injustiça de deixar o companheiro em total desamparo.

De qualquer forma, esse tratamento é extremamente prejudicial ao companheiro, pois, enquanto o cônjuge tem, por lei, assegurado o direito de receber a totalidade caso não haja descendentes e ascendentes, o companheiro só herda todo o patrimônio se não houver ninguém. Assim, basta a existência de um primo ou sobrinho-neto para que o companheiro tenha que concorrer ao acervo. E isso se o acervo for constituído de bens adquiridos onerosamente durante a união estável, pois, do contrário, nada receberá.

Parte da doutrina, incluindo Maria Berenice Dias (2013), tem entendimento contrário, defendem que a limitação de bens adquiridos onerosamente durante a união estável só se aplicaria quando ocorrer concorrência com descendentes, e nos demais casos concorreria a totalidade do acervo.

Não obstante, tendo em vista que na união estável o regime de bens é o da comunhão parcial, no silencio dos conviventes, o companheiro já tem direito à metade dos bens adquiridos onerosamente durante a união através da meação, então, não faz sentido o legislador não permitir que concorra quanto aos bens particulares. Se o *de cujus* possuir apenas bens particulares, ou bens adquiridos a titulo gratuito, o companheiro nada receberá, quando, na verdade, deveria beneficiar-se da herança sobre os bens particulares do falecido assim como ocorre com o cônjuge sobrevivente.

Isso mostra que a lei deixa margem para discussões, pois, o artigo 1790, não faz menção de que seria apenas quando em concorrência com descendentes, num claro tratamento prejudicial para a união estável.

Ademais, verifica-se que o companheiro não foi inserido na ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1845 do Código Civil vigente, diferentemente do cônjuge, e por isso, é sucessor legitimo, mas não necessário, podendo ser excluído da legitima por mera vontade de seu companheiro. Além disso, o companheiro foi inserido no título I, que trata das disposições gerais do livro destinado ao Direito das Sucessões, e não no título II, que trata da sucessão legítima.

Dentre tantas distinções, o referido diploma não deu ao companheiro a garantia de receber quota não inferior à quarta parte da herança quando concorrer com descendentes.

Assim, quando concorre com filhos comuns, o companheiro terá direito à quota equivalente à que for atribuída aos filhos; se concorrer com filhos apenas do *de cujus*, receberá metade do que for atribuído a cada um.

O companheiro é colocado novamente em desvantagem em relação ao cônjuge sobrevivente, pois seu quinhão da herança será inferior até mesmo quando concorrer com ascendentes e parentes colaterais até o quarto grau do *de cujus*: um terço da herança.

Enquanto o companheiro concorre com os colaterais e só tem direito a um terço da herança, o cônjuge herda todo o acervo preterindo os colaterais; enquanto o cônjuge tem direito à metade em caso de concorrência com um só ascendente ou se ele for de grau maior, o companheiro só tem direito a um terço.

O atual Código Civil mais uma vez trouxe tratamento diferenciado e discriminatório ao companheiro, quando não lhe conferiu direito real de habitação. Isso é um claro exemplo de retrocesso aos direitos sociais, pois, a Lei 9.278/96 previa em seu artigo 7º previa tal direito. Dessa forma, para não cometer injustiças, muitos doutrinadores entendem que o direito ainda existe.

Assim entende Maria Berenice Dias:

> O código civil só faz referencia ao direito real de habitação do cônjuge, olvidando-se do companheiro. Para não chancelar injustiça enorme, a saída foi emprestar sobrevida à lei que regulamentava a união estável (L 9.278/96 7.º) e que assegura o mesmo direito ao companheiro. Porém, o seu direito estaria sujeito à condição resolutiva: o casamento ou a constituição de nova união estável o obrigaria a abandonar o imóvel que serviu de residência enquanto vivia com o falecido. O companheiro sobrevivente só poderia continuar usufruindo a residência da família enquanto continuasse sozinho (DIAS, 2013, p.65).

Essa limitação soaria como dever de fidelidade mesmo depois da morte. Porém, em face do principio da igualdade, essa restrição tem sido afastada, assim como acontece com o cônjuge.

Diante do exposto, verifica-se que o novo Código trouxe tratamento distinto e discriminatório à união estável, apesar de não haver previsão legal para tanto, sobretudo porque a igualdade já tinha sido alcançada anteriormente.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO ATUAL CÓDIGO CIVIL

Ao analisar as disposições trazidas pelo artigo em comento, mostra-se patente o tratamento discriminatório injustificável conferido ao instituto da união estável.

Para muitos doutrinadores, dentre eles Maria Berenice Dias (2013), as distinções são de escancarada inconstitucionalidade. No mesmo entendimento, Carlos Roberto Gonçalves leciona que:

> A nova disciplina dos direitos sucessórios dos companheiros é considerada pela doutrina um evidente retrocesso no sistema protetivo da união estável, pois no regime da Lei n. 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes. No sistema do aludido art. 1.790, todavia, só receberá a totalidade dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável se não houver nenhum parente, descendente, ascendente ou colateral até o quarto grau. Se houver, concorrerá com eles, recebendo apenas um terço da herança se concorrer com ascendentes e colaterais (GONÇALVES, 2013, p.640).

A vedação ao retrocesso dos direitos sociais é um dos princípios fundamentais que rege o Direito de Família, correlacionado com os princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade das normas constitucionais e da segurança jurídica. Tem como fundamento a proibição do legislador em reduzir, suprimir, diminuir mesmo que parcialmente, o direito já materializado em âmbito legislativo e positivado na sociedade.

Percebe-se a afronta ao referido princípio quando o novo diploma suprimiu direitos até então alcançados previstos nas Leis 8.971/94 e 9.278/96 e que eram mais benéficos ao companheiro. Maria Berenice Dias aborda da seguinte forma:

> Diante da equiparação entre casamento e união estável levada a efeito pela Constituição e pela própria sociedade, não pode a lei limitar direitos consagrados em sede constitucional e que já estavam assegurados na legislação pretérita. Tal postura afronta um dos princípios fundamentais que rege o direito das famílias, que **veda o retrocesso social**. (...) nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituinte. O legislador precisa ser fiel ao tratamento isonômico garantido na Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências (DIAS, 2013, p.73).

Ele incide em inconstitucionalidade ao tratar de forma diversa a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima.

Ele traz discriminações injustificadas, e, por vezes, permitindo que a fração sucessória a qual o cônjuge tem direito seja maior que a do companheiro, em um flagrante tratamento privilegiado de um em detrimento do outro. Não obstante, suprimiu direitos já alcançados em sede de direitos sucessórios, como o direito real de habitação do (a) companheiro (a) que era previsto no art. 7º da lei 9.278/96.

A própria Constituição Federal assegurou direitos ao estabelecer a união estável como entidade familiar, trazendo avanço em direitos frente ao que era disposto no Código Civil de 1916. Assim, as normas posteriores à Constituição deveriam regulamentar e ampliar esses direitos, e não suprimi-los.

Quanto ao princípio da igualdade, Maria Berenice Dias (2013, p.78) leciona que "o tratamento diferenciado inegavelmente afronta o princípio da igualdade, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinções de ordem patrimonial".

Ela também entende (2013) que por ferir o principio da igualdade, o juiz deve deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo sua inconstitucionalidade, até que seja corrigido o equívoco contido nas normas referentes aos direitos sucessórios da união estável. Essa é a única forma de evitar que, devido sua incompatibilidade com o sistema jurídico de proteção a entidades familiares, ocorram prejuízos enormes às uniões que merecem e devem ter especial proteção do Estado.

Não obstante, a discriminação é inaceitável frente à isonomia entre os referidos institutos, a qual é assegurada no art. 226 da Constituição Federal de 1988, além de afrontar a autonomia da vontade, consoante ao princípio da liberdade.

Ante a inconstitucionalidade do referido artigo, a sucessão do companheiro deve observar as mesmas regras da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, tenha direito de herdar nos bens particulares, não nos quais já tem meação.

Não se pode negar que tanto à família formalmente constituída, como também àquela constituída por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da isonomia, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento desigual aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do referido artigo, sob pena de se incorrer em injusta diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei.

Assim, mostra-se patente a inconstitucionalidade do artigo 1790 do atual Código Civil que, ao estabelecer diferenças no direito sucessório do cônjuge e do companheiro, afronta injustificadamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, deixando de compreender a família como instituição descentralizada, igualitária, desmatrimonializada e que tem o afeto como núcleo principal.

A aplicação do referido artigo, trazendo tratamento tão distinto e discriminatório, desconfigura todo o esforço empregado, na construção legal, doutrinária e jurisprudencial do reconhecimento da união estável como entidade familiar, causando retrocesso no quadro evolutivo da família atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade.

Conforme Maria Berenice Dias:

> É preciso chamar o legislador à sua função, exigindo-lhe o cumprimento do preceito constitucional de proceder e garantir a idêntica proteção dispensada pelo Estado à entidade familiar, seja qual for a origem e a gênese de suas relações, certamente fundadas no afeto vivenciado originalmente. Todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo legislador ou pelo Judiciário mostra-se escancaradamente inconstitucional. Assim, a melhor solução é reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC e, deste modo, permitir a continuidade da lei pretérita (DIAS, 2013, p.73).

Diante do exposto, corroborando com o entendimento dos doutrinadores citados, soa como coerente declarar a inconstitucionalidade do artigo 1790, revogando-o, estendendo os mesmos benefícios do cônjuge ao companheiro, inclusive incluindo-o nas mesmas disposições testamentárias.

5 CONCLUSÃO

Após minuciosa análise do artigo 1790 do Código Civil de 2002, constata-se que com sua vigência a união estável recebeu tratamento discriminatório e prejudicial em termos de direitos sucessórios. Esse tratamento não se justifica em comparação com a posição reservada ao instituto do casamento e afronta princípios constitucionais norteadores do Direito de Família e do ordenamento jurídico brasileiro.

Após longo calvário, sendo tratada à margem da lei, finalmente foi reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como entidade familiar e, portanto, recebendo a mesma proteção jurídica que as outras formas de constituição familiar. O mesmo artigo que a inseriu não deixou nenhuma premissa que autorizasse tratamento discriminatório.

O legislador deve nortear-se na Lei Maior para elaboração das normas infraconstitucionais. Entretanto, agiu de forma diversa ao conferir tratamento distinto entre os institutos de constituição familiar, ferindo os princípios da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso social, o que é terminantemente proibido no Estado Democrático de Direito.

A Carta Magna não dispôs que os institutos previstos em seu artigo 226 são iguais, mas os colocou no mesmo patamar de proteção jurídica, não havendo justificativas para tratamento discriminatório. Se sua intenção era garantir segurança jurídica à união estável, reconhecendo sua legitimidade, tirando-a da margem da sociedade, não faz sentido lei posterior retirar-lhe direitos adquiridos e lhe conferir tratamento discriminatório.

Todavia, inúmeras são as discussões acerca desse artigo. Diante disso, por afrontar princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família, deve o referido artigo ser revogado, conferindo à união estável os mesmos direitos sucessórios garantidos ao casamento, inclusive inserindo o companheiro em todos os dispositivos que tratam da sucessão do cônjuge.

.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.656p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris. 2011. 1072p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família.** 10.ed. São Paulo: Saraiva. 2013.732p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões.** 7.ed. São Paulo: Saraiva. 2013.579p.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo código civil brasileiro**. São Paulo:Juarez de Oliveira. 2003. 292p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva. 2012. 1592p.

NETO, Inacio de Carvalho. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo:Método. 2007.224p.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da família**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2014.208p.