



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Mariele Rodrigues Garcia

Sucessão na união estável: a inconstitucionalidade na concorrência
sucessória entre companheiro sobrevivente e parentes colaterais.

Brasília – DF

2013

Mariele Rodrigues Garcia

Sucessão na união estável: a inconstitucionalidade na concorrência
sucessória entre companheiro sobrevivente e parentes colaterais.

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília como
requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Professor Doutor
Frederico Henrique Viegas de Lima

Brasília – DF

2013

Mariele Rodrigues Garcia

Sucessão na união estável: a inconstitucionalidade na concorrência sucessória entre companheiro sobrevivente e parentes colaterais.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Professor Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima

Aprovado em: __/__/____

Banca Examinadora

Professor Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima

Professor Carlos Tadeu de Carvalho Moreira

Mestranda Aimée Guimarães Feijão

“A verdadeira família é aquela unida
pelo espírito e não pelo sangue.”

Luiz Gasparetto

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a minha família que permitiram que esse sonho se realizasse.

À minha mãe por conta do seu amor e sua paciência, além dos lanches noturnos preparados para enfrentar as noites de estudo.

Ao meu pai pelo incentivo, apoio e lições de vida dadas.

Ao meu irmão pelo apoio e ajuda diante das dificuldades da vida e das complicações com os computadores.

Ao Professor Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima por aceitar ser meu orientador nesse Trabalho de Conclusão de Curso.

Aos mestres pelos ensinamentos e aos colegas da UnB por compartilhar essa conquista.

A todos que diretamente ou indiretamente contribuíram para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a concorrência sucessória entre companheiro sobrevivente e parentes colaterais, discutindo-se a constitucionalidade do art. 1790, III, do Código Civil de 2002. O legislador optou pelo tratamento diferenciado na concorrência sucessória entre cônjuges e companheiros, indo contra o entendimento consolidado, anteriormente ao Código Civil de 2002, onde na falta de parentes na linha reta do de cujus, o companheiro sobrevivente era herdeiro, afastando colaterais e o Estado. Após apresentar o instituto da união estável e suas características pertinentes, realiza-se a apresentação da concorrência sucessória do companheiro antes e depois do Código Civil de 2002. Na terceira parte se realiza uma análise sobre a constitucionalidade do art. 1790, III, do Código Civil de 2002, baseando-se nos princípios da proibição do retrocesso social, da igualdade e da afetividade.

Palavras-chaves: Direito das sucessões. União estável. Companheiro. Parentes Colaterais. Inconstitucionalidade.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo analizar la competencia y la sucesión entre compañero sobreviviente de los parientes colaterales, discutiéndose la constitucionalidad del artículo 1790, III, del Código Civil de 2002. El legislador ha optado por el tratamiento distinto entre la sucesión de los cónyuges y las uniones estables de hecho, en contra de la comprensión consolidada antes del Código Civil de 2002, donde en ausencia de parientes en línea recta de los fallecidos, el compañero sobreviviente era el heredero, alejándose los parientes colaterales y el Estado. Después de presentar el instituto de la unión estable de hecho y sus características pertinentes, lleva a cabo la presentación de la competencia sucesoria de los compañeros antes y después de que el Código Civil de 2002. En la tercera parte, se analiza la constitucionalidad del art. 1790, III, del Código Civil 2002, basado en los principios de la prohibición del regreso social, la igualdad y afectividad.

Palabras clave: Derecho de las sucesiones. Unión estable de hecho. Compañero. Parientes colaterales. Inconstitucionalidad.

SUMÁRIO

Introdução	10
Capítulo 1 – União estável	13
1.1. Noções gerais	13
1.2. Conceitos	14
1.3. Elementos constitutivos da união estável	15
1.3.1. Elementos subjetivos	15
1.3.1.1. Convivência <i>more uxorio</i>	15
1.3.1.2. <i>Affectio maritalis</i>	16
1.3.2. Elementos objetivos	17
1.3.2.1. Diversidade de sexo	17
1.3.2.2. Notoriedade	18
1.3.2.3. Continuidade	18
1.3.2.4. Estabilidade	19
1.3.2.5. Inexistência de impedimentos matrimoniais	19
1.3.2.6. Monogamia	20
1.4. Deveres dos companheiros	20
1.5. Direitos dos companheiros	22
1.6. Contrato de convivência	23
Capítulo 2 – Sucessão na união estável	25
2.1. Noções gerais	25
2.2. Legislações anteriores ao Código Civil de 2002	26
2.2.1. Código Civil de 1916.....	26
2.2.2. Lei n. 8.971, de 1994	27
2.2. Lei n. 9.271, de 1996	27
2.3. Código Civil de 2002	29
2.3.1. Direito real de habitação	31
2.4. Companheiro é herdeiro necessário?	31

Capítulo 3 – Inconstitucionalidade na concorrência sucessória entre companheiro sobrevivente e parentes colaterais.....	34
3.1. Noções gerais	34
3.2 Princípios Constitucionais	35
3.2.1. Dignidade da pessoa humana	35
3.2.2. Igualdade	36
3.2.3. Proibição do retrocesso social	37
3.3. Inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do CC	38
Conclusão	45
Referências	48

INTRODUÇÃO

A sucessão do companheiro sobrevivente é um dos temas controvertidos na atualidade devido à redação do art. 1790, do Código Civil de 2002, que retrocedeu nos direitos já consolidados e concedidos aos companheiros a partir da edição das leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, que regulavam os direitos sucessórios dos companheiros.

Existe a possibilidade de realizar uma análise da totalidade do art. 1790, contudo optou-se o recorte de estudo para examinar somente a situação de concorrência sucessória entre o companheiro sobrevivente e os parentes colaterais, discutindo-se a constitucionalidade do art. 1790, III, do Código Civil de 2002. Para o entendimento do tema, o estudo foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo se apresenta o instituto da união estável, demonstrando as suas características e conceitos, fazendo contraponto ao casamento onde for pertinente. Também tratará do reconhecimento da união estável como entidade familiar.

O segundo capítulo trata diretamente do direito sucessório do companheiro sobrevivente. Apresenta-se o tratamento dado antes do Código Civil de 2002, com as leis pertinentes à época. Posteriormente é demonstrado como ocorre o tratamento sucessório do companheiro com o Novo Código Civil de 2002.

Por fim, o terceiro capítulo trata da inconstitucionalidade do art. 1790, III, do CC/02 que determina a concorrência com os colaterais na situação de não haver ascendentes nem descendentes, onde a possibilidade de recebimento da totalidade da herança ocorre somente quando não houver nenhum herdeiro sucessível. Nesse capítulo também são demonstrados alguns acórdãos pertinentes à temática da concorrência do companheiro em relação às questões levantadas acerca desse art. 1790, III, do CC/02. Também serão abordadas diretamente as questões levantadas pelo problema identificado, da possível supervalorização da família oriunda do casamento em relação à união estável, olvidando-se da afetividade, e a hipótese da inconstitucionalidade do artigo 1790, III, do CC/02.

Observa-se que o posicionamento anterior dava aos companheiros o tratamento similar dado aos cônjuges, sem a possibilidade de concorrer com os colaterais diante da inexistência de parentes de linha reta. Contudo, houve um retrocesso com o Código Civil de 2002, que possibilitou a concorrência do companheiro sobrevivente com colaterais sucessíveis, ou seja, parentes até o 4º grau, estabelecendo a quota parte de um terço para o companheiro e dois terços para os colaterais.

A Constituição Federal de 1988 representou um avanço na cidadania, introduzindo princípios a serem aplicado no direito de família, não se podendo mais analisar o direito civil sem a observação da Carta Magna. A Constituição prevê em seu art. 226, § 3º o reconhecimento da união estável como entidade familiar, recebendo proteção do Estado, reconhecendo uma realidade social já discutida pela sociedade e pelos tribunais.

Existe divergência doutrinária no tocante à possibilidade de tratamento diferenciado entre companheiros e cônjuges. A possibilidade (ou não) de tratamento distinto se baseia na equiparação da união estável ao casamento.

Existem aqueles que defendem a constitucionalidade fundamentando-se que casamento e união estável são institutos diferentes, não havendo a equiparação da união estável ao matrimônio, baseando-se na possibilidade de conversão da união estável em casamento.

O outro posicionamento entende que o simples reconhecimento da união estável como entidade familiar possibilita aos companheiros mesmos direitos estabelecidos aos cônjuges, uma vez que a Carta Magna enumera um rol de entidades familiares, não realizando distinção entre elas nem hierarquização.

Ao elevar a união estável como entidade familiar, a Constituição consagrou a sua proteção estatal, ao lado do casamento, como instituição. Porém, no tratamento sucessório o Código Civil estabelece tratamento diferenciado, destacando-se a questão acerca da participação do colateral na concorrência sucessória. Em relação à sucessão do cônjuge, não existe a concorrência junto aos colaterais; porém na situação de existência de união estável, o companheiro concorreria com os colaterais na situação de não existirem descendentes nem ascendentes.

Nota-se que o tratamento diferenciado, onde se tem a concorrência com colaterais somente na sucessão do companheiro, pode-se considerar uma (possível) valorização da família de origem do casamento em relação à da união estável. Também é possível observar a situação de valorização de laços sanguíneos distantes em relação ao afeto que rege a união estável.

Existe a possibilidade de relacionar essa diferenciação com uma valorização da família oriunda do casamento, indo contra aos preceitos constitucionais que reconheceu a união estável como entidade familiar, não possibilitando uma hierarquia entre diferentes tipos de origem familiar, ofendendo os princípios da igualdade, dignidade humana e proibição de retrocesso.

CAPÍTULO 1 – UNIÃO ESTÁVEL

1.1. NOÇÕES GERAIS

O reconhecimento da união estável como entidade familiar se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CFRB), que enuncia em seu art. 226, § 3º “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável como entidade Familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Esse posicionamento foi inovador, rompendo com “os preconceitos existentes contra a família fora do matrimônio”¹.

A figura de entidade familiar possibilitou a ampliação do conceito de família para efeitos da tutela estatal, não cabendo somente à família oriunda do casamento (civil ou religioso com efeitos civis) a proteção do Estado, mas também a de origem na união estável, e a família monoparental (art. 226, §4º, da CFRB/88), ou seja, aquela formada por um ascendente e seus descendentes.

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 acarretou modificação significativa no Direito de Família. BIANCO (2007) destaca que a família deixou de ser unicamente entidade jurídica para ser considerada como uma entidade natural, aquela família que advém de união sem casamento.

O posicionamento de reconhecer a união estável como entidade familiar permitiu a visibilidade de situações de fato que estavam limitadas à clandestinidade, onde a “união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada, durante longo período histórico de concubinato”². A família não se limita àquela constituída através dos sagrados laços do matrimônio com o intuito de gerar filhos, mas sim a uma pluralidade de formas de composição, fundamentando-se no afeto.

Historicamente se sabe que uniões livres entre homem e mulher sempre existiram, sendo objeto de discriminações e preconceitos pela sociedade onde a família legítima era aquela de origem no casamento.

¹ BIANCO (2007)

² GONÇALVES (2012, p. 602).

A essas uniões extramatrimoniais se utilizava o termo de concubinato para designá-las de forma indistinta. Somente com a evolução do direito se observou a distinção entre o concubinato e o companheirismo, possibilitando o tratamento diferenciado nas relações sem origem no casamento.³

1.2. CONCEITOS

A existência de uniões de fato entre pessoas não casadas sempre ocorreu ao longo da história nas sociedades mais antigas.

Para identificar aqueles sujeitos submetidos à união estável, a legislação utiliza os termos companheiro e convivente, sendo que o legislador optou no Código Civil a palavra companheiro. Contudo também se utiliza dos termos convivente e concubino.⁴

Maria Helena Diniz apresenta como conceito de união estável a “união duradoura de pessoas livres e de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil”⁵. A autora também faz uma distinção entre as espécies de uniões de fato: concubinato puro ou união estável, referente à relação duradoura entre homem e mulher sem impedimentos matrimoniais, que não está ligada através do casamento; e concubinato impuro (ou simplesmente concubinato – “relação não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar”⁶), que pode ser adúltero, na situação de pelo menos um dos concubinos for casado, e incestuoso, na hipótese de parentesco próximo.

Guilherme Calmon Nogueira Gama define a união estável como a união “extramatrimonial monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor da família, estabelecendo uma comunhão de vida e d’almas, nos moldes do casamento, de forma duradoura, contínua, notória e estável”⁷.

³ FERRIANI (2010, p. 31-32)

⁴ DIAS (2013, p. 179).

⁵ DINIZ (2012a, p. 473).

⁶ DINIZ, (2012a, p. 427).

⁷ NOGUEIRA *apud* FERRIANI (2010, p. 34-35).

Rodrigo da Cunha Pereira define como “a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adúltera e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil”⁸.

Nota-se a dificuldade de se definir a união estável. Nem mesmo o Código Civil de 2002 realizou essa tarefa, mas apenas assinalando os elementos que a constituem como entidade familiar, diante do relacionamento entre um homem e uma mulher cuja convivência é pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família.

Contudo, observa-se que nem as definições dadas pelos doutrinadores, nem os elementos apontados pelo Código Civil abordam a questão das uniões homoafetivas. Essa realidade social será abordada mais a frente do texto.

1.3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável é reconhecida pela ausência de formalismo na sua constituição, possuindo alguns elementos para a sua caracterização, sendo esses requisitos de ordem objetiva e subjetiva. De acordo com a doutrina, temos na ordem subjetiva a convivência *more uxorio* e a *affectio maritalis*; e na ordem objetiva são diversidade de sexos, notoriedade, estabilidade, continuidade, inexistência de impedimentos matrimoniais.

1.3.1. ELEMENTOS SUBJETIVOS

1.3.1.1. CONVIVÊNCIA *MORE UXORIO*

Convivência *more uxorio* consiste na apresentação dos indivíduos como se casados fossem. Gonçalves exemplifica que

⁸ PEREIRA *apud* FERRIANI 2010, p. 35).

Envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas à entidade familiar.⁹

Normalmente a coabitação ou vida comum sob o mesmo teto configura elemento marcante na união estável, por mais não existe previsão expressa no art. 1.723¹⁰, do Código Civil de 2002 (CC). Mas existe a possibilidade de se configurar a união estável mesmo com os parceiros vivendo em locais diferentes.

Assim, a união estável, como aponta Zeno Veloso¹¹, decorre da aparência de casamento, a demonstração de sinal exterior de constituição de família. Mesmo na situação de o casal morar em locais distintos, mas com o ânimo de constituir família e com atitudes adotadas perante o meio social tomam posse do estado de casados, caracteriza-se a situação de convivência *more uxorio*.

1.3.1.2. *AFFECTIO MARITALIS*

O *affectio maritalis* constitui o ânimo ou objetivo de constituir família, sendo essencial para configurar a união estável. Desta forma, além do afeto é necessário que as pessoas convivam com o propósito de constituir uma família.

Gonçalves destaca que existe dificuldade em provar esse elemento subjetivo, sendo que não configurará união estável nas situações de

(...) encontros amorosos mesmo constantes, ainda que os parceiros mantenham relações sexuais, nem viagens realizadas a dois ou o comparecimento junto a festas, jantares, recepções etc., se não houver da parte de ambos o intuito de constituir uma família.¹²

⁹ GONÇALVES (2012, p. 612)

¹⁰ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2o As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

¹¹ VELOSO apud GONÇALVES (2012, p. 612-613 e 614)

¹² GONÇALVES (2012, p. 615).

Assim, a *affectio maritalis* consiste no elemento volitivo de constituição e manutenção da família.

1.3.2.ELEMENTOS OBJETIVOS

1.3.2.1. DIVERSIDADE DE SEXOS

A doutrina tradicional indica a necessidade de diversidade de sexo por se tratar de um modo de constituição de família que se assemelha ao casamento, que exige a heterossexualidade. Diante de uma relação entre pessoas do mesmo sexo haveria somente uma sociedade de fato.

Contudo, doutrinadores começaram a apontar a necessidade de se atribuir às uniões homoafetivas reconhecimento do direito de constituir família. O reconhecimento das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo ocorreu com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

Veloso relembra que aos poucos foram reconhecidos alguns direitos às uniões homoafetivas, como direitos previdenciários; partilha de bens cuja aquisição partiu do esforço comum; receber pensão por morte; inclusão como dependente em plano de saúde etc. O doutrinador ainda destaca que as maiorias das decisões em relação às uniões de parceiros do mesmo sexo se basearam no direito das obrigações, com resolução de disputas patrimoniais, e não questões de direito de família, sendo a mesma via que as questões dos casais heterossexuais que mantinham relação sem serem casados civilmente.¹³

Também se faz necessário apontar a Resolução n. 175, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que possibilitou o casamento entre parceiros do mesmo sexo, proibindo que autoridades competentes se recusem a habilitar, celebrar casamento civil ou converter união estável em casamento.

¹³ VELOSO (2010, p. 194).

1.3.2.2. NOTORIEDADE

No art. 1723 do CC/02 temos que o reconhecimento da união estável como entidade familiar, além da convivência contínua e duradoura, exige-se o elemento da convivência pública. Desta forma, se a relação for mantida em segredo, sem o conhecimento do meio social, não configurará união estável.

Em outras palavras, é necessário que os companheiros se apresentem à sociedade como se fosse marido e mulher, configurando a notoriedade ou publicidade.

Álvaro Villaça de Azevedo mostra que a união estável, como um fato social, é exposta tanto quanto o casamento, onde os companheiros são reconhecidos e apresentam-se como se casados fossem no meio social em que vivem, onde “em sua linguagem autentica, que só falta aos companheiros ‘o papel passado’”¹⁴.

Maria Helena Diniz¹⁵ aponta que a notoriedade não significa exatamente publicidade. A autora relembra as lições de Cunha Gonçalves que considera a possibilidade de uma ligação concubinária ser notória e discreta, sendo o conhecimento de tal relacionamento restrito a um determinado circulo de pessoas íntimas que poderiam atestar a relação. Assim, continua a autora, a discricção é o meio-termo entre a publicidade e notoriedade, conforme pondera Caio Mario Silva Pereira.

1.3.2.3. CONTINUIDADE

Para que a convivência entre o casal adquira o status união estável é necessário que seja contínua, sem interrupções, além de ser pública e duradoura (art. 1.723, do CC/02). Assim, a solidez da relação é demonstrada através da estabilidade e do caráter contínuo do relacionamento.

¹⁴ AZEVEDO apud GONÇALVES (2012, p. 619).

¹⁵ DINIZ (2012a, p. 417-418).

Na vida a dois é possível ocorrer desentendimentos no casal, com breve ruptura e reconciliação posterior. Euclides de Oliveira ¹⁶ ensina que se o rompimento sério que perdura no tempo e representa a ruptura da vida em comum, acarretará a dissolução da união estável, caso já havia tempo suficiente para caracterização da união estável. Se não havia tempo suficiente na convivência para ser considerada duradoura, não será considerada como união estável e diante de uma reconciliação com retorno do compartilhamento da vida em comum, a contagem do tempo se dará a partir do reinício da convivência. Caberá o juiz decidir no caso concreto se a situação apresenta configura (ou não) união estável.

1.3.2.4. ESTABILIDADE

A união estável, de acordo com a redação do art. 1.723, do CC/02, está vinculada a ideia de que o relacionamento dos companheiros possui duração prolongada, ou seja, tenha estabilidade ou se estenda no tempo.

O Código Civil de 2002 não estabeleceu um prazo temporal para caracterização da união estável. A Lei n. 8.791, de 1994, exigia a convivência de no mínimo cinco anos ou existência de prole para caracterizar a união estável. A Lei n. 9.278, de 1996, omitiu a exigência de prazo temporal ou a existência de prole.

1.3.2.5. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

Existe a previsão no §1º do art. 1.723, do CC/02, não será constituída a união estável diante da ocorrência de impedimento do art. 1.521, ressalvando o inciso VI caso a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Resumidamente, não podem constituir união estável ascendentes com descendentes (seja civil ou natural o parentesco); os afins de linha reta; os irmãos,

¹⁶ OLIVEIRA apud GONÇALVES (2012, p. 621).

unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais até terceiro grau; o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Maria Berenice Dias ¹⁷ lembra que por contar da exigência de chancela do Estado para a celebração do casamento, existe a possibilidade de impedir o casamento. Porém a união estável não dispõe de qualquer condicionante, nascendo do afeto e da vontade de constituir família, inexistindo qualquer formalidade.

1.3.3.6. MONOGAMIA

Gonçalves aponta a monogamia como aspecto caracterizador da união estável, como ocorre também nas relações entre cônjuges. “Não se admite que pessoa casada, não separada de fato, venha a constituir união estável, nem que aquela que convive com um companheiro venha a constituir outra união estável” ¹⁸.

Somente diante de uma situação em um dos convives esteja de boa-fé, na ignorância de saber que o outro é casado ou já vive em outra união estável, existe a possibilidade de reconhecimento.

1.4. DEVERES DOS COMPANHEIROS

A união estável, mesmo não possuindo formalidades na sua constituição, possui deveres e direitos a serem observados entre os companheiros, como também ocorre com os cônjuges no casamento.

Temos no art. 1.724, do CC/02, a regulação das relações pessoais entre os companheiros. Assim, “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

¹⁷ DIAS (2012b).

¹⁸ GONÇALVES (2012, p. 623).

Gonçalves ¹⁹ aponta que a lealdade, respeito e assistência são direitos e deveres recíprocos e embora o Código Civil não fale sobre fidelidade, esse dever recíproco está implícito na lealdade e respeito.

Maria Helena Diniz aponta, ao tratar da fidelidade ou lealdade entre os amantes, que não havendo fidelidade nem relação monogâmica o relacionamento será considerado uma “amizade colorida”, não podendo ser considerado como união estável.
20

Em relação à fidelidade, Maria Berenice Dias aponta a diferenciação entre casamento e a união estável. Enquanto entre os companheiros são deveres a lealdade, respeito e assistência ²¹, no casamento os deveres são de fidelidade recíproca, vida no domicílio conjugal e mútua assistência ²². Nota-se que o legislador não explicitou o dever de ser fiel entre os companheiros.

Portanto, autorizando a lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de **vínculos paralelos**. Se os companheiros não têm o dever de ser fieis nem de viver juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas ²³.

Respeito envolve questões de considerar o outro e sua individualidade, não ofendendo a sua dignidade. A falta de respeito é capaz de acarretar desequilíbrio na família por conta dos conflitos, podendo por fim no relacionamento.

Assistência, também presente no casamento com a mútua assistência entre os cônjuges, obriga os companheiros o auxílio recíproco, seja material, moral etc. Assim, a assistência está relacionada com a ideia de socorrer o outro nos momentos difíceis, seja qual for o aspecto.

¹⁹ GONÇALVES (2012, p.625)

²⁰ DINIZ (2012a, p. 420).

²¹ Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

²² Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

²³ DIAS (2013, p. 186-187). *Grifo da autora*.

A guarda, o sustento e a educação dos filhos dos companheiros se assemelham à situação dos cônjuges. Remete à ideia do dever de ambos os conviventes de se envolver na criação e educação da prole.

1.5. DIREITOS DOS COMPANHEIROS

Conforme indicado no tópico anterior, além de deveres, existem entre os companheiros direitos àqueles que vivem num união estável. Entre os direitos aos companheiros temo a meação, alimento e a sucessão hereditária.

Meação está relacionada com o regime de bens. Na vigência da união estável existe a possibilidade de constituições de patrimônio. Conforme o art. 1.725, do CC/02, será aplicado o regime de comunhão parcial de bens na união, salvo contrato que estabeleça outro regime.

No regime parcial de bens se excluem da comunhão os bens adquiridos anteriormente à união estável, sendo que entram na comunhão somente aqueles adquiridos onerosamente, excluindo-se bens adquiridos por causa anteriores à união. Desta forma, se durante a constância da união foram adquiridos bens onerosamente, estes pertencerão a ambos os companheiros, serão indivisíveis, mas diante de uma dissolução do relacionamento será realizada a divisão de tais bens.

O direito ao alimento está previsto no art. 1.694²⁴, do CC, onde prevê a reciprocidade do direito aos alimentos entre os companheiros, ou seja, diante da dissolução da união estável, o companheiro terá direito ao alimento, além da partilha dos bens, diante da necessidade e possibilidade do outro.

A sucessão hereditária na união estável está limitada aos bens adquiridos onerosamente, preservando-se a meação em razão do regime de comunhão parcial de

²⁴ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1o Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2o Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

bens. O tratamento dado pelo Código Civil de 2002 estabelece que diante de filhos comuns, o companheiro sobrevivente terá direito a uma quota equivalente; filhos exclusivos do *de cuius*, o companheiro receberá metade no que couber a cada um dos descendentes; diante de parentes sucessíveis (ascendentes ou colaterais), receberá um terço; e diante da inexistência de parentes sucessíveis receberá a totalidade da herança. O modo como está disciplinada a sucessão hereditária do companheiro é objeto de críticas pela doutrina e será detalhado em seus aspectos gerais no capítulo seguinte.

1.6. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA

O Código Civil estabelece a possibilidade dos companheiros determinarem as relações patrimoniais. Caso não realizem essa opção por contrato escrito, caberá as regras do regime da união estável.²⁵

Essa possibilidade de estipularem o regime de bens, de acordo com as lições de Maria Berenice Dias, mostra a ampla liberdade que os conviventes possuem para estipularem no contrato de convivência.

Esse contrato de convivência, conforme as lições de Francisco José Cahali, é o instrumento pelo qual os companheiros determinam como serão regulamentados os reflexos da relação²⁶, não criando a união estável, não podendo ser considerado como instrumento de sua constituição, mas sim um indício de sua existência.

Em relação ao chamado “contrato de namoro”, Carlos Roberto Gonçalves salienta que

O denominado “contrato de namoro” tem, todavia, eficácia relativa, pois a união estável é (...) um fato jurídico, um fato da vida, uma situação fática, com reflexos jurídicos, mas que decorrem da convivência humana. Se as aparências e a notoriedade do relacionamento público caracterizarem uma união estável, de nada valerá contrato dessa espécie que estabeleça o

²⁵ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

²⁶ CAHALI *apud* GONÇALVES (2012, p. 638)

contrário e que busque neutralizar a incidência de normas cogentes, de ordem pública, infestáveis pela simples vontade das partes.²⁷

Maria Berenice aponta como única possibilidade de se firmar um contrato de namoro caso se trate de matéria patrimonial pretérita e presente. Assim, buscar uma incomunicabilidade futura de bens não é possível, pois se a relação entre os namorados possuir os requisitos de uma união estável, este relacionamento obedecerá as regras da união estável, uma vez que ao considerar eficaz o contrato de namoro corre-se o risco de estar diante de uma hipótese de enriquecimento ilícito.²⁸

²⁷ GONÇALVES (2012, p. 641).

²⁸ DIAS (2013, p. 194).

CAPÍTULO 2 – SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

2.1. NOÇÕES GERAIS

A palavra sucessão, de forma ampla, significa o ato de substituir a pessoa, assumindo o lugar da outra. Em sentido estrito, no direito das sucessões, significa a transmissão de patrimônio por causa da morte de alguém, ou seja, uma forma de aquisição de propriedade. Desta forma, o direito das sucessões, conforme Orlando Gomes é “a parte especial que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte”²⁹.

O fundamento para sucessão se encontra na ideia de continuidade da família, da vida, considerando-se as gerações. O patrimônio acumulado, podendo ser créditos, débitos, bens, direitos e obrigações, que eram de titularidade do falecido recebe o nome de herança e esta será transmitida aos seus herdeiros ou legatários.

Entende-se como herdeiro aquele que recebe a herança, e a legislação brasileira utiliza diversas nomenclaturas, sendo que temos os herdeiros legítimos, que possuem o direito de herdar de acordo com a lei no caso de sucessão legítima³⁰; herdeiros necessários, possui previsão no art. 1.845, do CC/02, "São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge", não podendo ser excluídos da sucessão por vontade do falecido; herdeiros testamentários, que possuem o quinhão a ser recebido definido no testamento. O legatário é aquele que receberá um legado, ou seja um bem específico, coisa certa e determinada.

A sucessão na união estável por um período não foi regulamentada por se considerar essas situações de fato baseadas no afeto à margem da lei, onde não havia previsão legal por conta de preconceito e discriminação. As demandas oriundas dessas parcerias eram resolvidas fundamentadas no direito das obrigações, em questões patrimoniais, e não no direito de família.

²⁹ GOMES apud GONÇALVES (2011, p.20).

³⁰ Para Orlando Gomes ocorrerá a sucessão legítima na situação do falecido não dispor validamente, via testamento, todo ou em parte de seus bens. “Verifica-se necessariamente, em parte, quando há herdeiros aos quais destine a lei determinada porção da herança.” GOMES. (2008, p. 8).

Atualmente, o companheiro possui o seu direito de sucessão regulada pelo Código Civil de 2002. Contudo, o tratamento dado pela norma é objeto de críticas pela doutrina. Existe divergência de posicionamento sobre a constitucionalidade (ou não) do art. 1790, CC, que regula a ordem de vocação hereditária na união estável.

2.2. LEGISLAÇÕES ANTERIORES AO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

2.2.1. CÓDIGO CIVIL DE 1916

Em relação aos direitos sucessórios dos companheiros, O Código Civil de 1916 nada dispunha sobre o tema. Essa situação decorria do fato do não reconhecimento da união estável como instituto jurídico.

O Código Civil de 1916 possuía dispositivos que restringiam a união livre fora do casamento, onde se proibia “por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida”³¹.

Assim, entendia-se que enquanto não houvesse determinação que regulasse a situação dos companheiros na sucessão hereditária, os conviventes não teriam direitos sucessórios por não constarem na ordem de vocação hereditária.

Nesse entendimento, tem-se como exemplo a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sede de Recurso Especial, de relatoria do Min. Ruy Rosado Aguiar

UNIÃO ESTAVEL. SUCESSÃO. LEI VIGENTE. ANTES DA EDIÇÃO DA LEI 8.971/94, O COLATERAL DO "DE CUJUS" RECEBIA A HERANÇA, A FALTA DE DESCENDENTE E DE ASCENDENTE (ART. 1.603 DO CC).RECURSO PROVIDO EM PARTE. (REsp 79511 / GO, Rel Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 28.02.1996, publicação 22.04.1996).

³¹ GONÇALVES (2011, p. 187).

Contudo com o passar do tempo, houve evolução na legislação com o reconhecimento de direitos, iniciando-se com a legislação previdenciária.

2.2.2. LEI N. 8.971, DE 1994

A lei n. 8.971, de 1994, instituiu a sucessão na união estável expressamente. Em seu art. 2º³², previa a possibilidade de participação do companheiro na sucessão do outro, onde na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro terá direito à totalidade da herança.

Também previa, em seu art. 1º, que para a configuração da união estável era necessário prazo de cinco anos de convivência ou existência de prole, determinando que os companheiros fossem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos.

Em relação à existência de descendentes (filhos comuns ou não), o companheiro sobrevivente teria o direito ao usufruto de um quarto dos bens. E diante da existência de ascendentes, o companheiro teria direito ao usufruto de metade dos bens. Nota-se que o direito ao usufruto estava limitado enquanto não constituísse nova união.

Ainda em seu art. 3º, se os bens deixados pelo *de cujus* forem resultado da colaboração do companheiro sobrevivente, este terá o direito à metade dos bens.

2.2.3. LEI N. 9.278, DE 1996.

A Lei n. 9.278, de 1996, veio modificar os pressupostos que configuravam a união estável, não prevendo mais um prazo específico nem se referia a situação civil

³² Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

dos companheiros. Conforme o seu art. 1º reconhecia-se “como entidade familiar a convivência duradora, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituir família”.

Em relação à matéria sucessória, a lei previu o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente em relação ao imóvel que era destinado à residência da família. O companheiro teria esse direito real de habitação enquanto vivesse ou era limitado enquanto não constituísse nova união ou casamento.

A lei de 1996 possuía redação genérica em seu art. 11, onde se revogava as disposições em contrário. Essa disposição causou dúvidas sobre a revogação da Lei n. 8.971, de 1994.

Luciana de Paula Assis Ferriani³³ destaca que apesar de parecer superada essa discussão com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, é preciso lembrar que a lei vigente na época da morte que regulará a sucessão e a legitimidade de suceder. A autora aponta que a discussão possui duas correntes.

A primeira corrente (minoritária) considerava que a lei posterior revoga a anterior quando regula matéria tratada na lei anterior, fundamentando no art. 2º, da Lei de Introdução às normas brasileiras (Decreto-lei n. 4.657, de 1942). Assim, a Lei n. 8.971, de 1994, que assegurava a totalidade da herança ao companheiro sobrevivente diante da situação de inexistência de descendentes ou ascendentes, estaria revogada pela Lei n. 9.278, de 1996, que regulava somente o direito real de habitação como único direito sucessório.

A segunda corrente (majoritária) considerava que a primeira lei tratava de alguns direitos e a lei posterior tratava de outros, com a inclusão do direito real de habitação. Também para esse posicionamento como não havia a revogação expressa, a Lei n. 8.971, de 1994, continuaria vigorando onde fosse compatível com a Lei n. 9.278, de 1996.

Desta forma, em relação aos direitos sucessórios não há incompatibilidade entre as leis, uma vez que o direito à totalidade da herança diante da falta de descendentes e ascendentes ou direito ao usufruto (um quarto dos bens se existir filhos

³³ FERRIANI (2010, p. 52-53).

comuns ou não, e a metade se existisse somente ascendentes) poderia existir harmonicamente com o direito real de habitação.

Essa segunda posição foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo que não houve revogação expressa da parte referente à sucessão no acórdão do REsp 418365 SP.

União estável. Direito da companheira à herança. Lei nº 8.971/94. Lei nº 9.278/96.

1. O advento da Lei nº 9.278/96 não revogou o art. 2º da Lei nº 8.971/94, que regulou o direito da companheira à herança de seu falecido companheiro, reconhecida a união estável.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 418365 SP, Rel Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21.11.2002, publicação 28.04.2008).

Assim, o período anterior à vigência do Código Civil de 2002, as Leis n. 8.971, de 1994. E n. 9.278, de 1996 estavam vigentes simultaneamente nas partes que não eram incompatíveis, ou seja, o direito do companheiro sobrevivente à herança estava em vigor.

2.3. CÓDIGO CIVIL DE 2002.

O novo Código Civil estabeleceu o tratamento a ser dado na sucessão de companheiros determinando a participação do companheiro sobrevivente na sucessão do falecido nos bens adquiridos onerosamente durante a constância da união estável, conforme o art. 1.790, CC.

A participação na herança ocorrerá após a meação que faz jus o companheiro sobrevivente, onde, caso não exista um contrato que regule a união estável, serão consideradas as regras do regime parcial de bens.

A forma como foi estabelecida a sucessão do companheiro é objeto de discussão pela doutrina e jurisprudência, com questionamentos em relação à constitucionalidade do art. 1.790.

De acordo com o estabelecido na norma, temos:

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.

Assim, na união estável, o companheiro sobrevivente terá direito de participação da sucessão nos bens adquiridos onerosamente.

Em relação à concorrência com filhos, o artigo supracitado prevê duas situações de concorrência para o companheiro sobrevivente. Na situação de concorrer com filhos comuns, fará jus a quota equivalente à que caber a eles legalmente. Na situação de concorrer com filhos somente do *de cuius*, terá direito a metade do que couber a cada um. Essa segunda hipótese, direito à metade, se aplica aos demais descendentes.

Existe discussão em relação à constitucionalidade no tratamento dado entre filhos comuns e filhos somente do *de cuius*. A Carta Magna não faz diferenciação entre filho, sendo que à luz do *princípio da igualdade jurídica de todos os filhos*³⁴, encontrado no art. 227, §6º da CFRB/88, existe o estabelecimento de igualdade absoluta entre os filhos. Não se admite mais a diferenciação entre filhos legítimo ou ilegítimo, diante a situação de pais serem casados ou não, e adotados.

Na hipótese de concorrência com outros parentes sucessíveis, o artigo prevê que estes parentes receberão 2/3 (dois terços) e o companheiro 1/3 (um terço). Entre parentes sucessíveis estão os ascendentes e os colaterais até 4º grau.

E não havendo parentes sucessíveis, terá o companheiro o direito à totalidade da herança. Maria Helena Diniz ensina que existe quem ache que o direito à totalidade da herança está limitado aos bens adquiridos onerosamente durante a união, devido o art. 1.844, do CC/02³⁵. Para a autora, não havendo parentes sucessíveis, ou

³⁴ GONÇALVES (2012, p. 23).

³⁵ A autora cita como exemplo as lições de Zeno Veloso que pondera “A ‘totalidade da herança’, mencionada no inciso IV do artigo 1.790, é da herança a que o companheiro sobrevivente está

estes renunciarem o direito à herança, o companheiro deverá receber a totalidade da herança, seja de bens adquiridos onerosamente ou gratuitamente, podendo ser antes ou durante a vigência da união estável.

2.3.1. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O Código Civil de 2002 silenciou em relação ao direito real de habitação do companheiro, sendo previsto somente para o cônjuge ³⁶. Essa não previsão suscita dúvidas se ainda existiria esse direito.

A discussão se centraliza na questão da revogação integral da legislação anterior que tratava da união estável. O Código Civil não determinou a revogação expressamente os diplomas legais, e como aponta Maria Berenice Dias, é necessário o reconhecimento de que não foram derogadas.

Assim, diante do silêncio do Código Civil em relação ao direito real de habitação ao companheiro, permanece existindo o direito por força do art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278, de 1996.

2.4. COMPANHEIRO É HERDEIRO NECESSÁRIO?

Existe discussão na doutrina se o companheiro seria considerado (ou não) como herdeiro necessário, ou seja, se existe impedimento de afastá-lo da concorrência sucessória via testamentária.

autorizado a concorrer. Mesmo no caso extremo de o falecido não ter parentes sucessíveis, cumprindo-se a determinação do caput do art. 1.790, o companheiro sobrevivente só vai herdar bens que tiverem sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Se o *de cujus* possuía outros bens, adquiridos *antes* de iniciar a convivência, ou depois, se a título gratuito, e não podendo esses bens integrar a herança do companheiro sobrevivente, passarão para o Município ou para o Distrito Federal se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situados no Território Federal (art. 1.844)”. DINIZ (2012b, p. 173-174).

³⁶ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Para Orlando Gomes, revisado por Mario Roberto Carvalho de Faria, o companheiro não foi considerado como herdeiro necessário, onde “não tendo sido erigido à categoria de herdeiro necessário, pode o testador excluí-lo da sucessão, se desejar por disposição de última vontade (art. 1.845)”³⁷.

Esse posicionamento também é observado nas lições de Maria Helena Diniz, desconsiderando-se o companheiro como herdeiro necessário, não tendo direito à legítima, participando apenas como um sucessor regular.³⁸ Assim, via testamentária existe a possibilidade de exclusão da herança, ficando o direito do companheiro sobrevivente à meação quanto aos bens adquiridos onerosamente.

Maria Berenice Dias aponta que o cônjuge é herdeiro necessário, estando em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, enquanto o companheiro é somente u herdeiro legítimo que herdará somente depois dos parentes colaterais de quarto grau.

³⁹

Contudo, existem aqueles que divergem dessa opinião, considerando o companheiro sobrevivente como herdeiro necessário.

Carlos Roberto Barbosa Moreira, revisor do livro de direito de sucessões, volume VI, de Caio Mário aponta para a posição de considerar o companheiro como herdeiro necessário, limitando o poder de testar do *de cujus* na disposição de seu patrimônio. Para o atualizador do volume

A união estável, no direito brasileiro, constitui modalidade de família (Constituição Federal, art. 226, § 3º), à qual se estende, pois, aquela “especial proteção do Estado”, prometida no texto constitucional (art. 226, *caput*). Se, na hipótese de que ora se cogita, for permitido a um dos companheiros dispor da totalidade de seu patrimônio, o exercício dessa irrestrita liberdade de testar poderá comprometer, em muitos casos, a própria sobrevivência do *mais próximo de seus familiares* – o resultado, manifestamente indesejável, parece condenar qualquer interpretação em sentido contrário.⁴⁰

³⁷ GOMES (2008, p. 68).

³⁸ DINIZ (2012b, p. 170).

³⁹ DIAS (2013, p. 190-191).

⁴⁰ PEREIRA (2012, P. 150).

Nota-se que a função do direito sucessório é proteção da família, permitindo a sua continuidade. Como aponta Carlos Roberto Barbosa Moreira, a proteção será mais eficaz quanto mais favorável for, e diante de duas interpretações, caberá ao interprete optar pela posição mais favorável.⁴¹

⁴¹ PEREIRA (2012, P. 150).

CAPÍTULO 3 – INCONSTITUCIONALIDADE NA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE COMPANHEIRO SOBREVIVENTE E PARENTES COLATERAIS.

3.1. NOÇÕES GERAIS

A concorrência sucessória entre companheiro sobrevivente e parentes colaterais está regulamentado pelo art. 1.790, III, do CC/02 objeto de discussão sobre a sua constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao posicionar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, “valor nuclear da ordem constitucional”⁴². Essa consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento e a constitucionalização do direito civil possibilitou a interpretação da lei a partir da lei maior, Carta Magna. Como aponta Maria Berenice Dias, “os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas”⁴³, sendo que a dignidade da pessoa humana se relaciona, em último caso, com a igualdade de dignidade das entidades familiares.

O companheiro estava numa situação de condições melhores antes do Código Civil de 2002, não concorrendo com parentes colaterais diante na inexistência de ascendentes e descendentes, herdando a totalidade dos bens. Contudo, com a nova norma se estabeleceu o tratamento de concorrência com colaterais, limitando-se aos bens adquiridos onerosamente e determinando dois terços aos parentes sucessíveis e um terço para o convivente sobrevivente. Esse tratamento distinto, conforme serão citados doutrinadores, fere princípios constitucionais, podendo-se questionar a sua constitucionalidade.

⁴² DIAS (2013, p. 65).

⁴³ DIAS (2013, p. 60).

3.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.2.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é princípio maior, fundamento pra o Estado Democrático de Direito. Está relacionado com a ideia de promoção de direitos humanos e justiça social.

Maria Berenice Dias ensina que conforme a ordem constitucional elevou a dignidade como fundamento da ordem jurídica, houve a consequência de escolha da pessoa, relacionado todos os institutos à realização de sua personalidade.⁴⁴

Como Luís Roberto Barroso aponta

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua posituação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.⁴⁵

Barroso destaca que conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana são o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia de vontade e o valor comunitário. Valor intrínseco trata do elemento ontológico, “traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meio para a realização de metas coletivas ou propósito de terceiros”⁴⁶. A autonomia de vontade relaciona-se com a capacidade de autodeterminação do indivíduo. E o valor comunitário é o “elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo”⁴⁷.

⁴⁴ DIAS (2013, p. 65).

⁴⁵ BARROSO, (2013, p. 11).

⁴⁶ BARROSO (2013, p. 41).

⁴⁷ BARROSO (2013, p. 42).

Desta forma, em última análise a dignidade da pessoa humana é igual dignidade entre as entidades familiares, uma vez que é na família que a dignidade encontra lugar apropriado para ser desenvolvido.⁴⁸

3.2.2. IGUALDADE

O princípio da igualdade foi consagrado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, determinando que todos são iguais perante à lei. Esse princípio é fundamental para a Democracia. Desta forma, não basta a igualdade formal, mas deve-se buscar a igualdade material, sendo imprescindível que se considere todos igualmente, ressaltando as suas desigualdades.

José Afonso da Silva ensina que as nossas constituições, desde o Império, utilizaram a expressão “igualmente perante à lei” para expressar com o princípio da igualdade, onde a literalidade expressa a

(...) *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam igualmente, sem levar em conta distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais (...), e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da *isonomia material*.⁴⁹

Assim, esse princípio não está vinculado somente ao legislador, mas ao interprete também, onde da mesma forma que a lei não pode determinar privilégios, na aplicação da norma, o juiz não pode interpretar a lei de forma a gerar desigualdades.

⁴⁸ DIAS (2013, p. 66).

⁴⁹ SILVA (2013, p.218-219).

3.2.3. PROIBIÇÃO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

O princípio do não retrocesso social trata da ideia de que os direitos sociais e econômicos uma vez alcançados certo grau de realização, estes passam a ser uma garantia institucional e um direito subjetivo, conforme as lições de Canotilho. Trata-se de um princípio da democracia economia e social.

Assim, temos

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “revolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtidos um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.⁵⁰

Assim, a proibição do retrocesso social visa à proteção contra abuso e a revogação de direitos já garantidos pelo legislativo. Conforme Zeno Veloso, a formulação do princípio pode ser da seguinte maneira:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial: “a liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3. Ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, s.d., p. 326)⁵¹

⁵⁰ CANOTILHO (2000, p. 320) *Grifos do autor*.

⁵¹ VELOSO (2010, p. 182).

Desta forma, a vedação do retrocesso social impossibilita, diante de direitos sociais já garantidos, que o Estado atue de forma que não assegure a sua realização.

3.3. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790, III, DO CC

Sobre a concorrência sucessória entre companheiro sobrevivente e parentes colaterais, regido pelo art. 1.790, III, do CC, a tese de inconstitucionalidade é defendida doutrinaria e jurisprudencialmente.

Zeno Veloso é um dos defensores da inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do CC. O autor considera que o artigo que rege a concorrência sucessória do companheiro um pulo para trás, pois no direito sucessório brasileiro já estava consolidado o posicionamento de que diante da ausência de parentes de linha reta, o convivente sobrevivente seria herdeiro, afastando os parentes colaterais e o Estado. Veloso não entende os motivos que levaram o legislador privilegiar vínculos biológicos, que podem ser remotos, em prejuízo aos laços de afetividade.

Desta forma,

Nada pode justificar, ninguém consegue explicar esse recuo, essa involução anacrônica, antiliberal, além de atrasada e regressiva. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*Direito Civil; sucessões*, cit., p. 27) pondera que o art. 1790 do Código Civil é materialmente inconstitucional, porquanto, no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo (art. 226, *caput* e § 3º, da Constituição Federal), “ele retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros”.⁵²

O autor ensina que a legislação anterior (Lei n. 8.971, de 1994) copiava a solução dada ao cônjuge, ou seja, não existindo descendentes nem ascendentes, o companheiro ficava com a totalidade da herança, com a exclusão dos parentes colaterais. Diante da determinação dada pelo Código Civil de 2002 de concorrer companheiro sobrevivente com parentes colaterais, podem ocorrer injustiças.

⁵² VELOSO (2010, p. 180).

Veloso traz o exemplo de uma união que não houve aquisição onerosa, sendo o companheiro adquiriu vários imóveis antes da vigência da união estável, não deixou testamento, também não existindo parentes em linha reta. Mas um primo soube desse familiar rico que morreu, e fica com todos os bens do falecido, uma vez que eram exclusivos do *de cuius*, e o companheiro sobrevivente não tem direitos hereditários sobre tais bens.⁵³

Com aponta Veloso, considerando que a família é a base da sociedade e possui proteção especial do Estado, o reconhecimento da união estável como entidade familiar considera-se praticamente equiparadas as famílias “matrimonializadas e as que se criaram informalmente, (...) a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente”⁵⁴ fere os fundamentos constitucionais.

Luciana de Paula Assis Ferriani considera que o art. 1.790, III, do CC comete a impropriedade de colocar na mesma condição dois parentes de classes diferentes. Ao determinar que colaterais serão chamados à concorrência sucessória somente diante da inexistência de ascendentes, estabelece tratamento distinto ao do casamento, que os colaterais serão chamados na quarta classe de herdeiros.⁵⁵

Para a autora, o tratamento ideal a ser dado ao companheiro no direito sucessório seria o previsto na Lei n. 8.971, de 1994, onde os colaterais somente teriam direito à herança se não houvesse companheiro sobrevivente.

Para Paulo Daniel Sena Almeida Peixoto, a disposições do Código Civil de 2002 pode levar a situações absurdas, violando os princípios da igualdade entre cônjuges e companheiros e o princípio da dignidade humana.⁵⁶

Peixoto aponta a existência de três correntes sobre a constitucionalidade do art. 1.790. Na primeira posição temos Guilherme Calmon Nogueira da Gama que defende a constitucionalidade por entender que a Carta Magna concedeu primazia ao casamento em relação às outras entidades familiares por prever a possibilidade de conversão da união estável em casamento. A segunda, de entendimento intermediário temo o professor Gustavo Tepedino que “não há primazia do casamento sobre as outras

⁵³ VELOSO (2010, p. 179).

⁵⁴ VELOSO (2010, p. 182-183).

⁵⁵ FERRIANI (2010, p. 85).

⁵⁶ PEIXOTO (2010, p. 50).

entidades familiares, sendo necessário considera-lo, primeiramente, como ato jurídico solene e, depois, como entidade familiar”⁵⁷. E a terceira posição é pela inconstitucionalidade, sendo seguida por Ana Luzia Maia Nevares, que compreende que a fundamentação da proteção da entidade familiar é a dignidade da pessoa humana, não cabendo determinar que uma entidade é superior ao outro modelo familiar, devido a inconstitucionalidade de tratamento diferenciado.

Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar da temática de concorrência sucessória entre companheiro sobrevivente e parentes colaterais, considera que, fundamentando-se nas lições de Euclides de Oliveira, o critério determinado pela norma atual é um retrocesso comparando ao sistema protetivo da união estável anterior, que determinada o convivente como terceiro lugar na ordem de vocação hereditária e regulava o recebimento da totalidade da herança diante da falta de ascendentes e descendentes.⁵⁸

No tocante à jurisprudência, temos como exemplo da inconstitucionalidade o julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul onde,

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo 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 artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa 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. Preliminar não conhecida e recurso provido.” (Agravo de Instrumento Nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007)

⁵⁷ PEIXOTO (2010, p. 52).

⁵⁸ GONÇALVES (2011, p.198).

Temos outro exemplo do Rio Grande do Sul Ainda como exemplo, onde a decisão dá ênfase na inconstitucionalidade do art. 1790, III, do CC por ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.790, INC. III, DO CC/02.

Não se aplica a regra contida no art. 1.790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.

Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Recurso desprovido, por maioria. (Agravo de Instrumento n.70024715104, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 07/08/2008). *Grifo meu.*

Pode-se destacar no AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5), de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, podemos encontrar os argumentos para suscitar a inconstitucionalidade do art. 1790, III, do CC/02.

Assim, o raciocínio sobre a inconstitucionalidade centraliza-se:

a) a Constituição Federal não diferenciou as famílias havidas a partir do casamento daquelas cuja matriz é a união estável; a possibilidade de conversão da união estável em casamento não permite ao legislador conferir menos direitos à primeira; ambas as formas de família possuem a mesma dignidade constitucional;

b) ainda que pudesse o legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada a sucessão do companheiro comparativamente com a sucessão do cônjuge, o art. 1.790 do CC ofenderia a dignidade da pessoa humana, ao permitir a concorrência de parentes distantes do de cujus com o companheiro sobrevivente, junto de quem construiu o patrimônio a ser partilhado; violaria o direito fundamental à herança e, além do mais, a diferenciação por que optou o legislador ofenderia os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade;

c) tendo em vista que a Lei n. 8.971/94 previu a concorrência do companheiro somente com descendentes e ascendentes do de cujus ("na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança", art.2º, inciso III, da Lei), silenciando quanto ao tema a Lei n.9.2788/96, as disposições do art.1.7900 violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, princípio amplamente sufragado pela doutrina constitucionalista, doméstica e estrangeira.

Em Santa Catarina temo exemplo de decisão que determinou a aplicação das regras do art. 1.829, do CC, na hipótese de companheiros.

PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO DE ATRIBUIÇÃO DA QUALIDADE DE ÚNICA HERDEIRA À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DESNECESSIDADE DE REPARO. DIREITO QUE SOMENTE PODERÁ SER RECONHECIDO MEDIANTE AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. INTERLOCUTÓRIO QUE DETERMINAVA COM ABSOLUTO DESACERTO A INCIDÊNCIA DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL CASO HOUVER DIREITO SUCESSÓRIO DA AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 1829, III, DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL QUE VEDA A DISTINÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA PARA FINS SUCESSÓRIOS. INTELIGÊNCIA, ADEMAIS, DO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORDENADO O PROSSEGUIMENTO DO INVENTÁRIO. EQUÍVOCO RECONHECIDO. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DECLARATÓRIA JÁ EM TRAMITAÇÃO, PROPOSTA PELA ORA AGRAVANTE. EXEGESE DO ART. 265, IV, "A", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os tribunais pátrios têm admitido a aplicação do art. 1.829 do Código Civil não somente para a cônjuge, como também para a companheira, colocando ambas em posição de igualdade na sucessão.

2. Mostra-se adequada a suspensão do inventário quando a decisão a ser proferida em ação declaratória de união estável tem a possibilidade de alterar completamente os herdeiros. Caso comprovada a existência de união estável, o direito sucessório da companheira exclui o dos sobrinhos do de cujus.

(TJ-SC; AI 2007.006153-5; Lages; Terceira Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato; DJSC 28/10/2008) *grifo meu*.

Observa-se uma vasta jurisprudência nacional que reconhece a inconstitucionalidade da concorrência sucessória entre companheiro sobrevivente e os parentes colaterais.

Contudo, existe uma regra que os tribunais devem observar. A Constituição Federal determina a em seu art. 97 o princípio da reserva de plenário, onde a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público somente se dará por maioria absoluta de seus membros.

Veloso ensina que

Quanto às decisões de Câmaras ou Turmas de Tribunais que desaplicam algumas normas do Código Civil, em tema de sucessão dos cônjuges e dos companheiros, para afastar resultados iníquos, disparatados, desconectados com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da

proporcionalidade, tenho de alertar, todavia, apesar de meu apreço pelas referidas decisões, que está sendo descumprindo o princípio da reserva de plenário.⁵⁹

Contudo, é possível também encontrar decisões que consideram como constitucional o tratamento diferenciado entre cônjuges e companheiros no direito sucessório. Nem sempre as teses fundamentadas na dignidade da pessoa humana e na igualdade prosperam, uma vez que se argumenta que a Constituição Federal não equiparou o instituto da união estável ao casamento, sob o argumento que somente houve o reconhecimento de entidade familiar.

Temos como exemplo desse posicionamento o julgamento do Tribunal do Distrito Federal e Territórios, onde determina na ementa

CONSTITUCIONAL E CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. **UNIÃO ESTÁVEL NÃO EQUIPARADA AO CASAMENTO PELA CONSTITUIÇÃO**. ARTIGO 226, §3º, DA CF. ARGUIÇÃO REJEITADA.

- **EMBORA O LEGISLADOR CONSTITUINTE TENHA RECONHECIDO A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE O HOMEM E A MULHER COMO ENTIDADE FAMILIAR, NÃO A EQUIPAROU AO CASAMENTO DE MODO A ATRAIR A UNIFICAÇÃO DO REGIME LEGAL ACERCA DO DIREITO SUCESSÓRIO, HAJA VISTA A OBSERVAÇÃO FINAL NO TEXTO CONSTITUCIONAL DA NECESSIDADE DE LEI PARA A FACILITAÇÃO DE SUA CONVERSÃO EM CASAMENTO** - ARTIGO 226, §3º, DA CF.

- **NÃO INCIDE EM INCONSTITUCIONALIDADE O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFERIDO PELO ARTIGO 1790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL, ACERCA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE QUANTO À CONCORRÊNCIA DAQUELE COM OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS DO DE CUJUS**.

- ARGUIÇÃO REJEITADA. UNÂNIME. (Acórdão n.438058, 20100020046316AIL, Relator: OTÁVIO AUGUSTO, Conselho Especial, Data de Julgamento: 01/06/2010, Publicado no DJE: 18/08/2010). *Grifo meu*.

Como aponta Veloso

⁵⁹ VELOSO (2010, p. 190).

Verifica-se, dessa forma, que a legislação civil buscou resguardar, de forma especial, o direito do cônjuge, o qual possui prerrogativas que não são asseguradas ao companheiro. Tal entendimento endossa a tese de que não houve excessos ou desvios nas regras que tratam da sucessão do companheiro, e as diferenças de soluções com a sucessão do cônjuge representam opção de polícia legislativa, decisão válida do legislador.⁶⁰

Por fim, essa questão de constitucionalidade ou não do art. 1.790, III, do CC, não está decidido em definitivo, observa-se a situação diante das divergências doutrinárias e jurisprudenciais. O art. 1.790 é um desastre e deficiente diante do retrocesso que estabeleceu, e somente diante de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que essa discussão terá um ponto final.

⁶⁰ VELOSO (2010, p. 186).

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 possibilitou a ampliação da ideia de família com a figura da entidade familiar, assegurando-se tutela à união estável. Observa-se que o elemento do afeto, característica tão marcante na união estável, saiu do campo da realidade para estar presente na Constituição, como aponta Maria Berenice que considera que a Constituição Federal se curvou à realidade e ao afeto ao proteger a família não vem oriunda do formalismo do casamento daqueles que contraíram justas núpcias.⁶¹

Assim, temos a igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros e a liberdade de constituir comunhão de vida familiar, seja pelo casamento ou pela união estável, que Gonçalves⁶² identifica como princípios do direito de família, onde a igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros encontra-se no art. 226, § 5º, da CF/88, que considera que serão exercidos de forma igual pelo homem e pela mulher os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal e a liberdade de constituir comunhão familiar encontra-se no reconhecimento da união estável como entidade familiar, art. 226, § 3º, da CF/88.

De acordo com as palavras de Caio Mário da Silva Pereira⁶³, fica a sensação de que o art. 1.790 é um corpo estranho no sistema do Código Civil de 2002.

Devido aos diversos problemas que podem ser levantados, optou-se por limitar o estudo à concorrência do companheiro com os colaterais. Essa situação de concorrência com os colaterais não é observado na sucessão do cônjuge. Nota-se nesse ponto a desigualdade de tratamento dado. Além da doutrina destacar o tratamento diferenciado, essa situação dessemelhante é observada também pela Jurisprudência.

Assim, diante da inexistência de parentes sucessíveis descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente concorrerá com os colaterais, observando a regra do art. 1.790, III, ou seja, terá direito a um terço da herança entre os bens

⁶¹ DIAS (2012a).

⁶² GONÇALVES (2012, p. 23).

⁶³ PEREIRA (2012, p. 147).

adquiridos onerosamente. Somente diante da falta de parentes sucessíveis que receberá a totalidade.

Nota-se que a previsão do Código Civil não imita a vida, “nem está em consonância com a realidade”⁶⁴. Não é compreensível a motivação do legislador em valorizar laços sanguíneos distantes em detrimento aos laços de afeto que fundamentam a união estável. Essa determinação normativa é capaz de acarretar injustiças.

Não é entendível o preconceito do legislador diante das relações que se baseiam no afeto para a sua constituição. A união estável é isso, uma sociedade de fato onde os companheiros se ligam pelo afeto. O seu reconhecimento como entidade familiar demonstra a importância que o afeto possui diante da Carta Magna, que não determina a distinção ou preconceitos em relação às formas de configurações das famílias.

Ainda que se possa questionar se a determinação normativa é inconstitucional, considerando que não houve a equiparação entre a união estável e o casamento, tendo somente o reconhecimento da primeira como entidade familiar, é inegável que o tratamento dado pelo Código Civil é desproporcional e injusto diante do retrocesso que o art. 1.790, III determinou.

Pode-se observar que o legislador da década de 90 reconheceu o espírito da Constituição Federal, promovendo o tratamento sucessório do companheiro similar ao dado aos cônjuges. Porém, não é compreensível esse retrocesso do legislador no Código Civil de 2002. O questionamento se centraliza qual foi a motivação do legislador em privilegiar extremos de vínculos biológicos em relação aos laços de afeto que ligam as pessoas numa união estável.

Por fim, esse tratamento dado ao companheiro fere a dignidade humana diante da possibilidade do companheiro concorrer com parentes distantes do de cujus. E a disposição do artigo viola a proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, uma vez que diante de ausência de descendentes e ascendentes, o companheiro concorrerá com os colaterais caracterizando um retrocesso devido a não recebimento da totalidade da herança como acontecia na vigência da Lei n. 8.971/94.

⁶⁴ VELOSO (2010, p. 181).

Parece indiscutível a inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do CC ao se considerar os princípios da vedação do retrocesso social, da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Ao estabelecer procedimento na concorrência sucessória desproporcional ao companheiro sobrevivente, conforme Zeno Velo, o art. 1.790, III, determina um verdadeiro “pulo para trás” a diferença de tratamento dado pelo Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf> Acessado em: 27 de junho de 2013.

BIANCO, Tatiani. **Os direitos sucessórios dos companheiros na união estável, à luz do Código Civil, em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: REVISTA DA ESMESC / Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. – v. 14, n. 20, (jan./dez. 2007) - Florianópolis: ESMESC, 2007. Disponível: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/3-1247227832.PDF>> Acessado em: 13 de dezembro de 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acessado em: 23 de junho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.727. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acessado em: 23 de junho de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 418365 SP. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21.11.2002, DJ 28.04.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200200257282&dt_publicacao=28/04/2003> Acessado em: 23 de junho de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 79511 GO. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. J. 28.02.1996, DJ, 22.04.1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500595052&dt_publicacao=22/04/1996> Acessado em: 22 de junho de 2013.

BRASIL, Lei n° 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm> Acessado em 22 de maio de 2012.

BRASIL. Lei n° 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o §3° do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm> Acessado em: 22 de maio de 2013.

BRASIL. Lei n° 10.406. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acessado em: 2 de abril de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AI no RECURSO ESPECIAL n. 1.135.354 - PB Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=200901600515&data=28/2/2013> Acessado em 15 de janeiro de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.438058, 20100020046316AIL, Relator: OTÁVIO AUGUSTO, Conselho Especial, Data de Julgamento: 01/06/2010, Publicado no DJE: 18/08/2010. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=438058>> Acessado em: 02 de julho de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70020389284. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=agravo+de+Instrumento+N%BA+70020389284&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>> Acessado em : 15 de janeiro de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70024715104, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 07/08/2008 Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70024715104&num_processo=70024715104&codEmenta=2459697&temIntTeor=true> Acessado em: 28 de junho de 2013.

BRASIL Tribunal de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2007.006153-5; Lages; Terceira Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato; DJSC 28/10/2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acessado em: 02 de julho de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CARDOSO, Mila Pugliesi Cardozo e Udine Antônio Brandão. **Análise acerca da inconstitucionalidade da sucessão do companheiro em face de sua concorrência com colaterais.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/854>> Acesso em: 23 de junho de 2013.

CARVALHO NETO, Inácio de. **A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código civil.** Disponível: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_inacio.pdf> Acessado em: 14 de dezembro de 2012.

COSTALUNGA, Karime. **O direito à igualdade na relação familiar: uma proposta de interpretação do art. 1790 do Código Civil.** Disponível: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_04_pp165-186.pdf>. Acessado em: 13 de dezembro de 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 175 de 15 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf>. Acessado em: 23 de junho de 2013.

DIAS, Maria Berenice. **A sociedade de afeto.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_sociedade_de_afeto.pdf>. Acessado em: 14 de dezembro de 2012.

_____ **A união estável.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_uni%3o_est%3elvel.pdf>. Acessado em 14 de dezembro de 2012.

_____ **Manual de direito das famílias.** 9 ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito das sucessões.** 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do Companheiro.** São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Sucessões.** 14 ed. Ver. Atual. E aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume 6: direito de família.** 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ **Direito Civil Brasileiro: volume 7: direito das sucessões.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Ana Paula Ribeiro Rocha de. **A Sucessão na União Estável.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_AnaPaula.htm>. Acessado em: 13 de dezembro de 2012.

PEIXOTO, Paulo Daniel Sena Almeida. **A tutela sucessória dos companheiros: Uma visão civil-constitucional.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil. Vol VI. Direito das sucessões.** 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Maleiros Editores, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Da Sucessão do Companheiro. O Polêmico Art. 1.790 Do CC e Suas Controvérsias Principais**. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirSucessoes/artigos/02_da.sucessao.do.companheiro.pdf> Acessado em 10 de dezembro de 2012.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.