

CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

CONSTITUTIONALITY OF THE SECTION 1.790 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE

Victória Olívia Berto das Novas¹

João Batista de Araújo Júnior²

RESUMO

O presente artigo discorre sobre o instituto da União Estável, principalmente no que diz respeito ao direito sucessório, ante a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que veio à tona com os Recursos Extraordinários 646.721-RS e 878.694-MG, ambos de repercussão geral, que foram recentemente julgados pelo Supremo Tribunal Federal. O artigo 1.790 do Código Civil regulamenta o direito sucessório para a união estável e está sendo discutida a sua compatibilidade com o artigo 226 da Constituição Federal, que reconhece a união estável como entidade familiar. Este trabalho, atento às discussões sobre o tema, aborda e demonstra a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, pois não há a incompatibilidade alegada.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Sucessão. União Estável.

ABSTRACT

This article broach the institute of stable union with regard to succession law, especially concerning of the constitutionality of the section 1.790 of the Brazilian Civil Code, in accordance of the Supreme Court's understanding about the theme. The section 1.790 of Brazilian Civil Code implemented the succession law for the stable union and it is being debated the compatibility with the section 226 of Brazilian Federal Constitution, that recognized the stable union as a family entity. This article, considering the discussion about the theme, broaches and illustrates the constitutionality of the section 1.790 of the Brazilian Civil Code, since there is no incompatibility with the section 226 of Brazilian Federal Constitution.

Keywords: Constitutionality. Succession Law. Stable Union.

1. INTRODUÇÃO

Chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio dos Recursos Extraordinários 646.721-RS e 878.694-MG, a discussão sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do

¹Estudante de Direito pela Universidade de Ribeirão Preto, victoriabnovas@gmail.com.

² Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, professor da Universidade de Ribeirão Preto. Email: jaraújo@unaerp.br

Código Civil, que regulamenta o direito sucessório para o companheiro – que é divergente do previsto para o cônjuge, e também a aplicação para a união homoafetiva.

No acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que ensejou o recurso extraordinário, houve o entendimento de que o ordenamento jurídico constitucional não impede que a disciplina da sucessão para os companheiros e cônjuges seja diferente, já que são institutos diferentes.

Vejamos o resumo da discussão sobre o tema, conforme noticiado no site do Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2015³:

Constitucionalidade de direitos sucessórios diferenciados para companheiro e cônjuge será discutida pelo STF. O Supremo Tribunal Federal (STF) irá decidir se é constitucional a regra do Código Civil (CC) que prevê regimes sucessórios diferentes para cônjuge e companheiro (a). O tema teve repercussão geral reconhecida por unanimidade pelo Plenário Virtual da Corte e será analisado no Recurso Extraordinário (RE) 878694, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. No caso dos autos, sentença de primeira instância reconheceu a companheira como herdeira universal do falecido, dando tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Contudo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ- MG), ao reconhecer a constitucionalidade do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil, reformou tal decisão.

De acordo com essa norma, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus, a título de herança, unicamente a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluída sua participação como herdeiro dos bens particulares da pessoa falecida. No STF, a recorrente sustenta que o artigo 1.790 do Código prevê tratamento diferenciado e discriminatório à companheira em relação à mulher casada e alega violação aos artigos 5ª, inciso I, e 226, parágrafo 3º, ambos da Constituição. Aponta, ainda, violação à dignidade da pessoa humana, pois o acórdão do TJ-MG permitiu a concorrência de parentes distantes do falecido com o companheiro sobrevivente e pede a aplicação do artigo 1.829 do CC (que define a ordem para a sucessão legítima) com a finalidade de equiparar companheiro e cônjuge. Manifestação.

O ministro Barroso observou que, além do caráter constitucional, a controvérsia possui relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Segundo o ministro, a natureza constitucional reside no debate sobre a validade dos dispositivos do Código Civil que preveem direitos sucessórios distintos ao companheiro e ao cônjuge, distinguindo a família proveniente do casamento e da união estável, especialmente à luz do princípio da isonomia e do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição, que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar para efeito da proteção do Estado. O relator destacou que, do ponto de vista social, a discussão também tem relevância por tratar da proteção jurídica das relações de família num momento de particular gravidade (perda de um ente querido), podendo resultar numa situação de desamparo emocional e financeiro.

Verificou também a repercussão no âmbito jurídico porque relacionado à especial proteção conferida pelo Estado à família, como prevê o artigo 226,

³ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289807>, acesso em: 08/11/2017.

caput, da Constituição de 1988. Por fim, a discussão é passível de repetição em inúmeros feitos, impondo -se o julgamento por esta Corte a fim de orientar a atuação do Judiciário em casos semelhantes. "A decisão, assim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa", frisou o relator em manifestação pelo reconhecimento da repercussão geral, entendimento que foi seguido por unanimidade em deliberação do Plenário Virtual da Corte.

O recurso buscou fundamento no artigo 102, III, *a*, da Constituição Federal, e foi alegada violação aos artigos 5º, I, e 226, §3º, ambos da Constituição.

Foi defendida a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que prevê tratamento diferenciado e discriminatório ao companheiro em relação ao cônjuge. Além disso, alegam existir violação à dignidade da pessoa humana.

Com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, busca-se a aplicação do artigo 1.829 do mesmo Código, que regulamenta as regras sucessórias para o cônjuge, que estaria em consonância com a Constituição.

O plenário da corte, em 11/5/17, definiu que não pode haver discriminação entre os direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros, inclusive para relações homossexuais. Diante disso, fixou a seguinte tese: "no sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil".

Em voto, o Ministro Barroso fundamentou que, além de não ser legítimo desequiparar casamento e união estável para fins sucessórios, pois a hierarquização é incompatível com a Constituição Federal, a diferenciação pode ser legítima *ou* arbitrária.

A decisão, contudo, foi desacertada. Para demonstrar o porquê, faremos uma análise da evolução histórico-legislativa da união estável no Brasil, e demonstraremos a sua diferença com o casamento.

3. DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL PARA O DIREITO DE FAMÍLIA – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

De início, o concubinato era entendido como a relação entre pessoas impedidas para o casamento. Depois, foi considerada, pela doutrina e jurisprudência, como uma relação sem vínculo matrimonial, que também envolve pessoas impedidas para o casamento, e

também aquelas que optaram por ter uma relação fora do casamento, mesmo que habilitadas para tanto.

Na lição Edgard Moura Bittencourt, que transcreve a lição de Errazuriz⁴:

A expressão *concubinato*, que em linguagem corrente é sinônima de união livre, à margem da lei e da moral, tem no campo jurídico mais amplo conteúdo. Para os efeitos legais, não apenas são concubinos os que mantêm vida marital sem serem casados, senão também os que contraíram matrimônio não reconhecido legalmente, por mais respeitável que seja perante a consciência dos contraentes, como sucede com o casamento religioso; os que celebrarem validamente no estrangeiro um matrimônio não reconhecido pelas leis pátrias; e ainda os que vivem sob um casamento posteriormente declarado nulo e que não reunia as condições para ser putativo. Os problemas do concubinato incidem, por conseguinte, em inúmeras situações, o que contribui para revesti-los da máxima importância.

O Código Civil de 1916 estabeleceu o casamento civil como único instituto possível para constituir família, demonstrando a tradição brasileira, que se apresentava contrária ao concubinato. Em razão disso, continha diversos dispositivos que visavam à proteção da família matrimonial do relacionamento extraconjugal, como por exemplo:

Art. 248. Independentemente de autorização, pode a mulher casada:

IV. Reinvidicar os bens comuns móveis ou imóveis doados, ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177)

Art. 1.719. Não podem também se nomeados herdeiros, nem legatários:

III. A concubina do testador casado.

Aos poucos, foram editadas leis que concederam alguns direitos aos concubinos, principalmente no denominado puro, como o reconhecimento filhos naturais após o desquite do ascendente casado e o reconhecimento de filhos extraconjugais para fins alimentares. Também foi reconhecido o direito à partilha do patrimônio, com a edição do enunciado 380 de súmula do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “comprovada a existência da

⁴ BITTENCOURT, Edgard de Moura, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 422.

sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

As restrições contidas no Código Civil passaram a ser aplicadas apenas nos casos de concubinato adulterino, nos quais o homem vivia com a esposa e, concomitantemente, mantinha uma relação extraconjugal com a concubina. No caso de estar separado de fato da esposa, as restrições não mais eram aplicadas, e a mulher passava a ser chamada de companheira.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves⁵ que:

O Supremo Tribunal Federal assentou, a propósito, que “o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, com outra mulher, como pode também separar-se de fato da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para viver *more uxorio* com a outra. Na primeira hipótese, o que se configura é um concubinato, segundo o seu conceito moderno, e obviamente a mulher é concubina; mas, na segunda hipótese, o que se concretiza é uma união de fato (assim chamada por lhe faltarem as *justas nuptiae*) e a mulher merece ser havida como companheira; precisando melhor a diferença, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a companheira, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal”.

Dessa forma, passaram a existir dois tipos de concubinato: o *puro*, que seria a convivência duradoura, como marido e mulher, e o *impuro*, que envolve pessoa casada adúltera.

Cada vez mais houve mudanças legislativas e jurisprudenciais a respeito do tema, de forma que o concubinato passou a ser defendido, e, depois, convertido em união estável, de forma que os direitos não mais desamparavam a companheira da união livre ou extramatrimonial.

Com a Constituição Federal de 1988, em especial o §3º do artigo 226, o conceito de família foi ampliado, e a união estável foi reconhecida como entidade familiar, junto ao casamento e à família monoparental.

Segundo Rolf Madaleno (2017), a Constituição alterou os paradigmas socioculturais ao reconhecer a união estável e assemelhá-la ao casamento, de forma que a retirou da marginalidade.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro. Volume 6: direito de família.** 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

Com o reconhecimento, não pode haver diferenciação para o Estado ao prover os serviços sociais ou benefícios às famílias. A título de exemplo, a pensão previdenciária também passa a ser atribuída à companheira.

Antes da vigência do atual Código Civil, a união estável era regulamentada por duas leis: Lei 8.971/94 e 9.278/96, que surgiram para regulamentar o artigo 226, §3º da Constituição Federal.

Os efeitos sucessórios do casamento e da união estável eram idênticos, de forma que, deixando o falecido descendentes, o cônjuge ou companheiro sobrevivente tinha apenas o usufruto de $\frac{1}{4}$ dos bens, se deixasse ascendentes, o cônjuge ou companheiro tinha apenas o usufruto de $\frac{1}{2}$ dos bens, e, se não tivesse descendentes nem ascendentes, o cônjuge ou companheiro herdava a totalidade de bens.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, a união estável passou a ser considerada como “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (artigo 1.723).

Reconhecido o instituto da forma como exposta, o Código Civil também regulamentou as formas de criação, efeitos, comprovação e extinção, tanto para o direito de família quanto para o sucessório.

3. DO REGIME SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002

É preservada a meação do companheiro sobrevivente, em razão do regime da comunhão parcial de bens. Com relação à herança, há a limitação “aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” (artigo 1.790, *caput*).

Além disso, de acordo com o referido artigo, o companheiro sobrevivente concorrerá (i) com os filhos comuns, tendo direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; (ii) com os ascendentes do autor da herança, cabendo-lhe metade do que couber a cada um daqueles; (iii) com outros parentes sucessíveis, tendo direito a um terço da herança; (iv) no caso de não haver parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança, inclusive no que se refere aos bens particulares do *de cuius*.

4. DAS DIFERENÇAS ENTRE A UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO

A união estável, conforme já mencionado, foi reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal, junto ao casamento.

Os dois institutos possuem regramento diferentes. Com relação ao direito sucessório, ressaltaremos as principais distinções, quais sejam:

(i) enquanto o cônjuge, via de regra, concorre com os descendentes (com algumas exceções quanto ao regime de bens), o companheiro só concorre quanto aos bens onerosamente adquiridos durante a união estável;

(ii) o cônjuge tem a reserva da quarta parte, caso concorra com os ascendentes, enquanto o companheiro terá quinhão igual se for ascendente dos herdeiros ou meio quinhão se não o for;

(iii) o cônjuge sempre concorre com os ascendentes do *de cujus*, recebendo 1/3 da herança se concorrer com o pai e mãe do morto, ou 1/2 se concorrer com os demais ascendentes, enquanto o companheiro sempre receberá 1/3 da herança;

(iv) o cônjuge exclui os colaterais da sucessão recebendo a totalidade da herança, caso não haja descendentes ou ascendentes, já o companheiro concorre com os colaterais, recebendo 1/3 da herança;

(v) o cônjuge tem direito real de habitação garantido em caso da morte do outro, enquanto o companheiro não tem, por ausência de menção legal.

Além disso, é possível testar e destinar os bens a outras pessoas, excluindo o companheiro da sucessão (não há a proibição de testar pela legítima, já que o companheiro não é herdeiro necessário).

Há, portanto, distinções fundamentais entre os dois institutos. Isso gerou enorme discussão jurisprudencial e doutrinária e, diante de uma grande divergência quanto ao tema, portanto, coube ao Supremo Tribunal Federal, por meio dos Recursos Extraordinários 646.721-RS e 878.694-MG, ambos de repercussão geral, o julgamento sobre a *inconstitucionalidade* do artigo 1.790 do Código Civil, que institui o regime sucessório aplicado à união estável.

No que diz respeito às diferenças ontológicas, no entanto, inexistente desigualdade entre a união estável e o casamento, já que ambas detêm os mesmos valores morais, sociais e jurídicos. Isso implica em dizer, desde já, que não há violação ao princípio da igualdade.

5. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Conforme já exposto, o Supremo Tribunal Federal definiu que não pode haver discriminação entre os direitos sucessórios do companheiro e cônjuge, devendo ser aplicado o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil.

Em voto, o Ministro Barroso fundamentou que, além de não ser legítimo desequiparar casamento e união estável para fins sucessórios, pois a hierarquização é incompatível com a Constituição Federal, a diferenciação pode ser legítima *ou* arbitrária.

Quanto à hierarquização, conforme já anunciado, a Constituição Federal reconheceu, no artigo 226, o casamento e união estável como entidades familiares.

O §3º do referido artigo estipula que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento – e isso tem gerado discussão, pois há aqueles que entendem que o legislador originário teria estipulado uma hierarquia entre os dois institutos. Ocorre que não há imposição ao casamento: a Constituição apenas determina que não se imponha dificuldade na conversão da união estável, mas não impele o cidadão a se casar, apenas possibilita ao cidadão que exerça sua liberdade individual, podendo migrar do modelo de conjugalidade de fato para o modelo formal – mesmo porque os dois institutos são reconhecidos e, portanto, válidos perante o Estado.

Há de se fazer o questionamento que José Fernando Simão fez: o fato de não haver hierarquia, conforme leciona Barroso em seu voto, implica igualdade de tratamento?

Acreditamos que não.

Quanto à diferenciação legítima e arbitrária, o Ministro Barroso coloca como legítima a diferença quanto aos requisitos para comprovação dos institutos, sendo esta constitucional. Ou seja: a diferenciação, feita pelo legislador, pode ser, quanto a alguns requisitos, constitucional e, quanto a outros, inconstitucional.

Seria constitucional a diferenciação quanto à criação, comprovação e extinção, não o sendo apenas quanto aos efeitos produzidos.

Pois bem. Vejamos então as diferenças dos institutos quanto à criação, comprovação e extinção.

Com relação à *criação*, o casamento depende de participação prévia do Estado, pelo processo de Habilitação e celebração para a constituição do casamento, sob pena de inexistência. A União estável, por outro lado, bem como a família monoparental (também reconhecida pela Constituição Federal), exige do ordenamento jurídico mero reconhecimento depois de constituída de fato, de forma que a interferência estatal ocorre em momento

posterior à constituição e apenas para verificar elementos caracterizadores da entidade familiar.

Com relação à *comprovação*, o casamento se prova pela certidão de casamento – prova essencial de sua existência –, enquanto a união estável pode ser comprovada por escritura pública, contrato escrito ou até mesmo simples prova testemunhal.

Com relação à *extinção*, o casamento termina pela morte de um dos cônjuges, pela invalidez ou pelo divórcio – a separação de fato não põe fim ao casamento, muito embora produza alguns efeitos práticos. A união estável como simples relação de fato, termina também de maneira informal, sendo que decisão judicial apenas declarará um fato ocorrido, com efeito *ex tunc*.

Além disso, há outras diferenças que merecem ser citadas, como com relação à necessidade de vênio conjugal para a prática de atos elencados no artigo 1.647 do Código Civil, que não existe na união estável; e, com relação aos filhos, que, enquanto os concebidos na constância do casamento presumem-se do marido, o mesmo não ocorre com os concebidos na União estável, pois “representa uma situação fática que escapa de qualquer controle jurídico prévio, o que inviabiliza a aplicação das hipóteses de presunção de paternidade descritas nos incisos I e II do artigo 1.597 do CC”⁶.

Resta claro, portanto, que os dois institutos são totalmente diferentes quanto à criação, comprovação e extinção. Dessa forma, é juridicamente possível que o legislador crie regimes sucessórios diferentes para os institutos, de forma que a sucessão não é inconstitucional por si.

De acordo com a decisão do STF, contudo, muito embora os institutos sejam diferentes para a criação, comprovação e extinção, as regras sucessórias para o cônjuge e companheiro serão as mesmas. Citamos algumas consequências dessa decisão:

- (i) o companheiro terá direito real de habitação em caso de falecimento do outro;
- (ii) haverá presunção *pater is est* do artigo 1.597, ou seja, haverá presunção de paternidade do companheiro;
- (iii) a outorga conjugal se aplicará à união estável;
- (iv) o contrato de união estável deve se dar por escritura pública.

⁶ JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **É inconstitucional a distinção entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios**, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-29/walsir-junior-desigualdade-conjuges-companheiros-inconstitucional>, <acesso em 03/11/2017>.

(v) deverá ser aplicada a regra de impedimento do art. 1.521 ao companheiro, incluindo o inciso VI. Ou seja: aquele que vive em união estável está impedido para o casamento ou constituição de nova união estável enquanto mantiver a primeira.

(v) as causas suspensivas do casamento deverão ser aplicadas na união estável, de forma que o companheiro, até não ter a homologação da dissolução de sua união ou decidida a partilha dos bens do casal, o viúvo que tiver filho do companheiro falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, e a viúva ou mulher cujo casamento foi desfeito por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal (aqui entendida como união estável), não poderão ter um relacionamento regular.

Há, ainda, algumas questões que ficaram pendentes no julgamento. É o que expõe Flávio Tartuce⁷:

A primeira delas diz respeito à inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário no artigo 1.845 do Código Civil, outra tormentosa questão relativa ao Direito das Sucessões e que tem numerosas consequências. O julgamento nada expressa a respeito da dúvida. Todavia, lendo os votos prevaletentes, especialmente o do Relator do primeiro processo, a conclusão parece ser positiva. Como consequências, alguns efeitos podem ser destacados. Vejamos apenas três deles, pela dimensão inicial deste artigo: *a)* incidência das regras previstas entre os arts. 1.846 e 1.849 do CC/2002 para o companheiro, o que gera restrições na doação e no testamento, uma vez que o convivente deve ter a sua legítima protegida, como *herdeiro reservatário*; *b)* o companheiro passa a ser incluído no art. 1.974 do Código Civil, para os fins de rompimento de testamento, caso ali também se inclua o cônjuge; *c)* o convivente tem o dever de colacionar os bens recebidos em antecipação (arts. 2.002 a 2.012 do CC), sob pena de sonegados (arts. 1.992 a 1.996), caso isso igualmente seja reconhecido ao cônjuge.

Ou seja, apenas existem incertezas quanto à aplicação do artigo 1.829 do Código Civil para a união estável, de forma que as alterações citadas só se verão respondidas com o tempo, e, enquanto isso, haverá uma enorme insegurança jurídica, não só pelas incertezas apresentadas, mas pela própria questão da união estável, que, por ser uma relação informal⁸,

⁷ TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>, acesso em: 03/11/2017.

⁸ Sobre isso, é parte da fundamentação de Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, no RE 878.694-MG, no qual foi admitido como *amicus curiae*, que: “tenha-se em consideração que sequer poder ia o morto ser ouvido, para fazer prova de eventual inexistência da união estável naquela relação. Pode-se antever que as pessoas não se uniriam mais pelo afeto. Pode-se imaginar a falta do tão propalado afeto que se

pode ser confundida com o “namoro qualificado”, que possui todas as características da união estável, menos o *animus* de constituir família, sendo, em muitos casos, de extrema complexidade diferenciar os dois institutos.

Conforme já dito reiteradas vezes, o legislador optou por distinguir as regras para os dois institutos, de forma que, ao aproximá-las da forma como feita pelo STF, eliminando as suas diferenças, mais distante ficou a União estável de sua ideia inicial, passando, inclusive, a deixar de existir sob alguns aspectos.

Isso implica em restrição ao direito de liberdade de escolha do cidadão, que, muito embora tenha escolhido viver em união estável, estará vivendo sob as regras do casamento, mesmo que não tenha por ele optado.

Não há que se falar em hierarquização axiológica das entidades familiares, que são constitucionalmente consagradas. Ambas desempenham a função de promover o desenvolvimento da pessoa de seus membros, e possuem a mesma proteção estatal.

Nesse sentido discorre Wilson Ricardo Ligiera⁹:

Não se trata, portanto, de considerar uma suposta superioridade ou inferioridade de tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro, mas sim de reconhecer que cada entidade familiar é única no seu modo de constituição e funcionamento, devendo-se considerar cada uma das suas peculiaridades inerentes na definição dos direitos das pessoas envolvidas nestas relações.

(...)

Embora todas as entidades familiares mereçam proteção, isso não significa que devam ser tratadas da mesma maneira. O casamento constitui uma família de direito, que nasce no momento da sua celebração, gerando naquele exato instante, independentemente do período da relação ou mesmo da quantidade de esforços despendidos, os direitos patrimoniais previstos na lei e desejados – ou ao menos admitidos – pelo casal. A união estável, por outro lado, constitui uma família de fato, a qual, conforme o grau de empenho dos conviventes durante a relação, gerará os efeitos patrimoniais pretendidos pelo legislador.

A sucessão do companheiro, destarte, não pode ser considerada menos ou mais vantajosa, por exemplo, pelo fato de que ele herda dos bens adquiridos a título oneroso durante a convivência, ao passo que o cônjuge herda dos bens particulares do falecido. Tudo dependerá do modo como o patrimônio foi conquistado. O legislador, ao regulamentar a sucessão na união estável, adotou um critério diferente do utilizado para o casamento: neste, o propósito foi não deixar o cônjuge desamparado, quando não tivesse direito à meação, naquela, foi permitir que o companheiro herdasse apenas do patrimônio para cuja aquisição tenha contribuído. São critérios diversos, sem dúvida, mas não necessariamente melhores ou piores entre si. Talvez não tenham sido a

instalar ia na nossa sociedade. Pode-se imaginar o crescente número de demandas ou pleitos indevidos de quem nunca teria vivido em união estável e gostaria de locupletar-se após a morte alheia.”

⁹ LIGIERA, Wilson Ricardo. **A incompreendida Constitucionalidade da Sucessão na União Estável no Código Civil Brasileiro**. Revista dos Tribunais, vol. 3, 2015.

escolha mais adequada que o legislador poderia ter tomado (e com certeza não são critérios perfeitos), mas também não podem ser considerados, por este único motivo, inconstitucionais. (grifo nosso).

Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰, presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família IBDFAM, entende que:

Mas trouxe consigo um paradoxo: quanto mais regulamenta, mais a aproxima do casamento; quanto mais próxima do casamento for, eliminando as diferenças entre um instituto e outro, mais distancia a união estável de sua ideia original. Se em tudo ela for igual ao casamento, ela deixa de existir e acaba com a liberdade das pessoas de escolherem entre um instituto e outro. Se escolho constituir minha família conjugal pela união estável é porque optei por esta via e não a outra. Se em tudo forem iguais, não terei mais duas vias de escolha, pois estarei praticamente casado, mesmo não querendo. E isto é excesso de intervenção do Estado na vida privada do cidadão.

No mesmo sentido, defende Regina Beatriz Tavares da Silva¹¹:

O primeiro equívoco deste raciocínio é não perceber que a Constituição equiparou a união estável ao casamento, mas não os igualou. Se a Constituição determina que dois caminhos levam a um mesmo lugar, isto é, se tanto casamento como união estável formam entidades familiares, o legislador tem ampla margem para disciplinar cada um desses caminhos de modo a permitir que as pessoas que queiram atingir o destino — a constituição de entidade familiar — tenham à sua disposição alternativas reais, e não apenas aparentes, de caminhos a escolher. O ministro Dias Toffoli, em outro voto excelente pela não equiparação, afirmou corretamente: “a liberdade e a autonomia da vontade dos conviventes hão de ser respeitados e não foi por outro motivo que o casamento civil passou a ser questionado a partir da década de 1960, principalmente pelos jovens, que passaram a entender que deveria existir maior liberdade nas relações familiares”.

O entendimento do ministro Marco Aurélio, que votou no sentido de desprover o recurso, é o mesmo, pois, para ele:

É temerário igualizar os regimes familiares a repercutir nas relações sociais desconsiderando por completo o ato de vontade direcionado à constituição de específica entidade familiar que a Carta da República prevê distinta, inconfundível com o casamento, e, portanto, a própria autonomia dos indivíduos de como melhor conduzir a vida a dois.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **Em nome da liberdade, união estável tem de se manter diferente do casamento**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-04/processo-familiar-liberdade-uniao-estavel-diferente-casamento>, acesso em: 03/11/2017.

¹¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Regime Sucessório da união estável não é inconstitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>, acesso em: 03/11/2017.

O direito deve garantir a liberdade de escolha na maneira de constituir família, e proteger e garantir os seus direitos daí decorrentes, não impor, sob o argumento de que não há hierarquia, a imposição às regras do casamento, mesmo porque, se não existem diferenças substanciais entre os dois institutos, não há razão jurídica e fática para coexistirem.

Ademais, não cabe ao Poder Judiciário, após a escolha livre dos particulares – que conhecem as consequências –, suprimir sua manifestação de vontade “com promoção de equiparações, sob pena de ter-se manifesta violação a um dos pilares do Estado Democrático de Direito – o direito à liberdade, à autodeterminação” (Ministro Barroso, voto RE, p. 13).

Eventual mudança quanto ao regime sucessório caberia ao Poder Legislativo, onde as alternativas para a modificação da norma e os seus impactos no ordenamento nacional deverão ser discutidos.

Dessa forma, não existe inconstitucionalidade no artigo 1.790 do Código Civil, por não haver incompatibilidade com o artigo 226 da Constituição Federal, uma vez que a diferença de tratamento sucessório para o companheiro decorre da natureza da própria união estável, entidade diversa do casamento, devendo, portanto, ser respeitada a escolha do legislador, que agiu dentro de sua competência constitucional.

6. CONCLUSÃO

Muito embora a Constituição Federal tenha reconhecido a união estável como entidade familiar, trata-se de instituto diverso do casamento, com regras próprias para a criação, comprovação e extinção, de forma que não poderia ser diferente quanto ao regime sucessório. Mesmo porque, conforme ensina Rosa Maria de Andrade Nery¹², união estável e casamento não são a mesma coisa, e a diferença está na vontade dos companheiros e nubentes, e que “a disposição dos conviventes de não convolar núpcias tem um sentido revelado da vontade de não se submeterem a essa estrutura prévia de ‘organização sacrifício’ que o casamento revela”.

Diante disso, o legislador, ao regulamentar as regras sucessórias para a união estável, agiu de acordo com a competência outorgada pela Constituição Federal, pois não

¹² NERY, Rosa Maria de Andrade. In: NERY JR., Nelson. **Manual de direito civil – família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 253.

houve proibição quanto a isso no texto constitucional, que, pelo contrário, reconheceu os dois institutos familiares, não tendo a intenção de igualá-los.

O artigo 1.790 do Código Civil, portanto, não é incompatível com o artigo 226 da Constituição Federal, e também não ofende o princípio da igualdade, uma vez que a diferença de tratamento sucessório para o companheiro decorre da natureza da união estável.

REFERÊNCIAS

ACESSORIA DE COMUNICAÇÃO IBDFAM. **Cônjuge x companheiro: especialista comenta o julgamento do RE 878694, marcado para 10 de maio.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6271/C%C3%B4njuge+x+companheiro%3A+especialista+comenta+o+julgamento+do+RE+878694%2C+marcado+para+10+de+maio>, <acesso em: 03/11/2017.

CONJUR. **Cônjuges e companheiros têm os mesmos direitos de herança, decide Supremo.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-11/conjuges-companheiros-mesmos-direitos-heranca-decide-stf>, <acesso em: 03/11/2017.

CONJUR. **Voto do Ministro Barroso no Julgamento do Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf>, <acesso em: 03/11/2017.

FILHO, Venceslau Tavares Costa. **STF deve modular efeitos de decisão que derrubou artigo 1.790 do Código Civil.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-02/direito-civil-atual-stf-modular-efeitos-decisao-derrubou-artigo-1790-codigo-civil>, <acesso em: 03/11/2017.

GALLI, Marcelo. **Legislador escolheu diferenciar cônjuges e companheiros, dis ministro Toffoli.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-30/legislador-escolheu-diferenciar-conjuges-companheiros-toffoli>, <acesso em: 03/11/2017.

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

JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **É inconstitucional a distinção entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios,** disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-29/walsir-junior-desigualdade-conjuges-companheiros-inconstitucional>, acesso em 03/11/2017

LIGIERA, Wilson Ricardo. **A incompreendida Constitucionalidade da Sucessão na União Estável no Código Civil Brasileiro**. Revista dos Tribunais, vol. 3, 2015.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MIGALHAS. **É inconstitucional diferenciação de união estável e casamento para fins de sucessão, define STF**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI258630,71043-E+inconstitucional+diferenciacao+de+uniao+estavel+e+casamento+para>, acesso em: 09/11/2017.

NERY, Rosa Maria de Andrade. In: NERY JR., Nelson. **Manual de direito civil – família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 253.

NOTÍCIA STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289807>, acesso em: 08/11/2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **Em nome da liberdade, união estável tem de se manter diferente do casamento**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-04/processo-familiar-liberdade-uniao-estavel-diferente-casamento>, acesso em: 03/11/2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável ao casamento**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>, <acesso em: 03/11/2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Regime Sucessório da união estável não é inconstitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>, acesso em: 03/11/2017.

SIMÃO, José Fernando. **E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 2)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>, <acesso em: 03/11/2017.

TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>, acesso em: 03/11/2017.

Submetido: 14.11.2017

Aceito: 06.12.2017