

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Andressa Mistura Trindade

A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL FRENTE ÀS
NORMAS SUCESSÓRIAS DO CÔNJUGE NO REGIME DA
COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Soledade
2012

Andressa Mistura Trindade

A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL FRENTE ÀS
NORMAS SUCESSÓRIAS DO CÔNJUGE NO REGIME DA
COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de
Passo Fundo, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob orientação do
professor Me. Josenir Cassiano Borges.

Soledade
2012

AGRADECIMENTOS

A Deus e a Jesus Cristo, que me guiaram e capacitaram a alcançar mais um objetivo em minha vida.

Aos meus pais que, com muito amor e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Ao professor Josenir Cassiano Borges, pela paciência na orientação e pelo incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos os professores da Universidade de Passo Fundo – Campus Soledade, que foram tão importantes na minha vida acadêmica.

Aos amigos e colegas, pelo incentivo e pelo apoio constantes.

RESUMO

No direito brasileiro existem normas sucessórias específicas, de acordo com o regime de bens adotado no casamento ou na união estável, a serem aplicadas em caso de morte de uma das partes. A Constituição Federal, por meio dos princípios expressos e explícitos, veda a supressão de direitos fundamentais a níveis inferiores aos já garantidos e adquiridos. Assim, juridicamente, indaga-se: ocorrem desvantagens na sucessão do cônjuge no regime da comunhão parcial em relação à união estável? Desse modo, abordam-se as (des)vantagens do consorte na referida situação sucessória, tendo-se por objetivo analisar os efeitos jurídicos atuais, no regime da comunhão parcial de bens, no que diz respeito aos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. Metodologicamente, estrutura-se em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, utilizando-se o método dialético para abordagem da problemática. O marco teórico da pesquisa é a vedação do retrocesso social no direito sucessório do consorte, desenvolvendo-se, em especial, acerca do princípio da proibição do retrocesso social, implícito constitucionalmente, mas presente mundial e nacionalmente, bem como a importância do direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro nos institutos do casamento e da união estável. E, por fim, como alicerce do ordenamento, traz em seu bojo a afirmação de que os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana fazem frente a alguns retrocessos, que refletem no instituto do casamento, em especial no que diz respeito à sua aplicabilidade no regime da comunhão parcial de bens, no que tange ao direito sucessório. A ordem da vocação hereditária será analisada entre o Código Civil Brasileiro de 1916 e o atual Código Civil.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Igualdade entre cônjuges e companheiros. Proibição de retrocesso social. Regime da comunhão parcial de bens. Sucessão no casamento e na união estável.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL	7
1.1 Não retrocesso no tempo.....	7
1.2 O Brasil e a proibição do retrocesso.....	10
1.3 Entendimento e aplicação não retrocedente	14
2 SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO	17
2.1 Princípios e normas de sucessão no direito brasileiro	17
2.2 Direitos sucessórios do cônjuge nos diversos regimes de casamento.....	21
2.3 O companheiro como sucessor no Brasil	29
3 NÃO RETROCESSO NA SUCESSÃO DE CÔNJUGE E COMPANHEIRO	32
3.1 Princípios constitucionais sucessórios.....	32
3.2 Concepção cível da sucessão de cônjuge e companheiro	34
3.3 Proibição de retrocesso em face da desigualdade sucessória do cônjuge com relação ao regime da comunhão parcial de bens.....	39
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho desenvolve-se acerca das normas sucessórias do cônjuge no regime da comunhão parcial de bens e o possível retrocesso social ocasionado pela atual regulamentação do Código Civil Brasileiro quanto ao instituto do casamento.

Assim sendo, tem-se a indagação jurídica: ocorrem desvantagens na sucessão do cônjuge no regime da comunhão parcial frente ao instituto da união estável? O presente trabalho analisa as desvantagens do cônjuge no direito sucessório, no regime da comunhão parcial de bens e as interfaces com as vantagens auferidas pelo companheiro, na mesma situação.

A referida análise terá por objetivo o estudo da implicação atual que ocasiona o regime da comunhão parcial de bens no direito sucessório do cônjuge sobrevivente, traçando breve comparativo com o instituto da união estável sob a mesma condição. Será observada e comparada a ordem da vocação hereditária entre o Código Civil Brasileiro de 1916 e o atual Código Civil, para examinar se ocorrem avanços ou retrocessos sociais no vigente ordenamento jurídico no que se refere ao assunto.

O método dialético será utilizado por meio da revisão bibliográfica, e serão realizadas leituras das mais diversificadas obras e jurisprudências dos tribunais do Poder Judiciário brasileiro, de modo a identificar-se o estado da ciência a respeito dessa questão. A realização da abordagem dialética visa também a descobrir a atual aplicação das normas sucessórias no caso prático das pessoas casadas pelo regime legal adotado pelo Código Civil.

O Brasil, tratando-se de um Estado Democrático de Direito, está norteado pelo princípio da vedação do retrocesso, consistindo o mesmo na proibição de suprimir direitos fundamentais sociais a níveis ínfimos aos já adquiridos e garantidos ao ordenamento jurídico. Tal princípio surgiu visando à proteção e à regulamentação na área dos direitos sociais.

No primeiro capítulo, realizar-se-á uma análise acerca do princípio da proibição do retrocesso social, implícito constitucionalmente, em níveis mundiais e nacionalmente. O Brasil é constituído por direitos fundamentais. Ao inserir no

ordenamento jurídico brasileiro tais direitos, os mesmos são tratados como garantias constitucionais, visando, dessa maneira, à estabilidade jurídica, buscando alcançar a verdadeira segurança jurídica. Será realizada uma apreciação da aplicação do referido princípio nos tribunais em diversos assuntos, ressaltando-se sua fundamental relevância na aplicação do direito em casos concretos.

No segundo capítulo, analisar-se-á a importância do direito sucessório no ordenamento jurídico, elencado como um ramo específico do direito civil, que tem por objetivo normatizar regras de transmissão de bens, de direitos e de obrigações por ocasião da morte. Será efetivada, na redação desse capítulo, a análise de regras sucessórias e sua implicação nos institutos jurídicos do casamento e da união estável, nos diversos regimes de bens.

Por fim, no terceiro capítulo, sob a orientação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana – fundamento do ordenamento jurídico pátrio – como base das normas sucessórias, será realizada uma abordagem acerca de sua aplicabilidade especificamente no regime da comunhão parcial de bens, frente ao instituto jurídico do casamento e da união estável, no que tange ao direito sucessório.

Deve-se transferir fundamental destaque ao estudo do casamento, como forma de constituição da entidade familiar, definida pelo texto constitucional como base social. A análise de referido instituto deve ser feita também sob o prisma do direito sucessório, justificando-se pela determinação do Estado ao direito à herança, resguardando-se a capacidade produtiva de cada indivíduo, ordenando a sua própria economia. Ainda, determina-se o casamento em um contexto social como célula *mater* da família, tendo em vista sua relevância na sua constituição, devendo, assim, ser regulamentado de maneira condizente à sua importância, de forma a cumprir e a resguardar sua função estatal.

1 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

O Brasil constitui-se como um Estado Democrático de Direito, garantidor de direitos fundamentais. Esses direitos fundamentais, por sua vez, constituem-se em garantias sociais que visam à estabilidade jurídica do Estado. Nesse contexto, diante da evolução histórica, consolida-se a vedação do retrocesso social dos direitos já adquiridos.

Tem-se, no presente capítulo, o objetivo de se proceder à análise do referido princípio em outros países e nacionalmente – onde se encontra implícito constitucionalmente –, que proíbe a vedação do retrocesso social, e por fim, da sua aplicabilidade no contexto social, nos ditames atualmente estabelecidos.

1.1 Não retrocesso no tempo

A efetividade do princípio da proibição do retrocesso social serve como parâmetro para a proteção dos direitos fundamentais sociais e, como tal, está presente constitucionalmente, de maneira implícita. E, destaca-se, não há como falar em direito fundamental sem analisar a evolução constitucional mundial.

Cabe trazer, a respeito, a análise de Mário de Conto, que refere:

Dessa forma, a atribuição de sentido do Princípio da Proibição do Retrocesso Social - em consonância com os Princípios da Segurança Jurídica e da Confiança – implica no reconhecimento de uma seara de proteção aos Direitos Fundamentais Sociais, no que tange ao seu núcleo essencial. (CONTO, 2008, p. 102).

Tem-se como fundamental, para a implantação da ordem constitucional, a alteração de um Estado Liberal para um Estado Social, momento em que surge a referência dos direitos sociais inseridos no plano constitucional. O Estado Liberal traz, em sua essência, o ideal de que o Estado não deve agir, não devendo interferir na vida e principalmente nos negócios das pessoas, trazendo uma ideia de uma liberdade de maneira negativa. (PACHECO, 2009).

Como ilustra Júlio César de Carvalho Pacheco, nessa perspectiva, o Estado Social inaugura

[...] um momento em que o 'Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe', passando, imediatamente, a ser o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. (PACHECO, 2009, p. 134).

Ocorre, dessa maneira, uma fase de transição de um dado momento jurídico-político para a adaptação a um novo fato gerador de regularização estatal, sendo o mesmo de cunho social.

Segundo ensina José Joaquim Gomes Canotilho, há um conceito histórico de constituição:

Por constituição em sentido histórico entender-se-á o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social. Este conceito- utilizado sobretudo por historiadores- serve também para nós pôr de sobreaviso relativamente a interpretações retroactivas de organizações políticas e sociais de outras épocas em que vigoravam instituições, regras, princípios e categorias jurídico-políticas radicalmente diferentes dos conceitos e das categorias da modernidade política. (CANOTILHO, 2003, p. 53).

Todavia, o Estado Social surge como um Estado de todos, desprendendo-se da burguesia, trazendo como essência os direitos e as garantias aos cidadãos, fundamentado em um constitucionalismo democrático.

José Joaquim Gomes Canotilho ilustra tal definição como a constituição em sentido moderno, que pretendeu

[...] radicar duas idéias básicas: (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a *fundação e legitimação* do poder político e a *constitucionalização das liberdades*. (CANOTILHO, 2003, p. 54). (grifo do autor).

O constitucionalismo é erigido ao local apropriado para o reconhecimento e a proteção de Direitos Fundamentais no padrão do Estado Democrático de Direito. Contudo, deve-se atentar que o Estado Democrático de Direito propõe-se a tornar-se uma síntese aprimorada dos modelos constitucionais anteriores, Estado Liberal e Estado Social.

Se, por um lado, no padrão do Estado liberal, foram reconhecidas as liberdades denominadas negativas, por outro lado, no Estado Social, foi estipulado ao Estado um papel intervencionista, conceituado o modelo das liberdades positivas, que exigem um agir estatal. (PACHECO, 2009).

A análise de uma história violadora de direitos e de garantias individuais deve ser vista de forma direta, ajustada à defesa da proibição do retrocesso, de maneira tal que o passado sempre deve ser lembrado na interpretação constitucional, para que não ocorra o detrimento substancial dos direitos já adquiridos.

Assim sendo, diante do contexto histórico, ressalta-se que houve inúmeros instrumentos internacionais que visaram à proteção, à regulamentação e à inovação nas áreas dos direitos sociais. Dentre eles, destacam-se, por serem os mais fundamentais, o Tratado de Versailles e da Filadélfia e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2008).

Ainda segundo Flávia Piovesan, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz duas essenciais inovações:

[...] a) parificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; e b) afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos. Ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade, a Declaração introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual esses direitos passam a ser concebidos como unidade interdependente e indivisível. (PIOVESAN, 2008, p. 140).

Com a efetivação de todos esses instrumentos normativos internacionais é notável a integração do ideal de progressividade e da vedação ao retrocesso social.

Porém, observa-se o princípio da proibição do retrocesso social historicamente mais desenvolvido em países europeus, tais como a Alemanha, a Itália e Portugal.

Portugal é justamente o que se revela com maior destaque, tendo em vista que optou por explicar os direitos sociais em uma dimensão subjetiva, decorrente de sua consagração como direito fundamental, assumindo, assim, autênticos direitos de defesa contra os alcances de natureza retrocessiva, que objetiva a redução ou a destruição desses direitos. (DE CONTO, 2008).

O princípio do retrocesso social é a constitucionalização dos direitos sociais adquiridos. Assim sendo, a conquista social alcançada, seja por meio legislativo ou até mesmo por políticas públicas, deve ser imutável, desde que alcance seu objetivo para dado momento histórico. (PACHECO, 2009).

No decorrer da evolução mundial, as necessidades sociais vão sendo alteradas, de maneira que cabe ao Estado promover políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos sociais exigidos para cada fase histórica vivida. Porém, se, por uma visão, o princípio da proibição do retrocesso social deve ser analisado de uma maneira a observar o debate democrático, deve, por outro, pesar o significado e a relevância da política pública e do direito já auferido em um dado momento histórico.

1.2 O Brasil e a proibição do retrocesso

A Constituição Federal Brasileira deixa transparecer, da interpretação do seu texto, a vedação da supressão de direitos fundamentais sociais a níveis ínfimos aos já adquiridos e garantidos ao sistema jurídico nacional. Um dos maiores desafios do Estado brasileiro é a manutenção desses direitos fundamentais sociais já conquistados, protegendo-os dos problemas políticos e econômicos ao longo dos anos.

O princípio da proibição do retrocesso social, que, como se disse, encontra-se implícito na Constituição Federal, decorreu de um sistema jurídico-constitucional nacional e que tem por desígnio vedar a redução de direitos fundamentais sociais, em níveis já alcançados e garantidos aos brasileiros. (PACHECO, 2009).

Segundo Mário de Conto, na busca da manutenção de direitos adquiridos a dogmática jurídica visa ao seguinte:

A dogmática jurídica, inspirada nos postulados da modernidade iluminista, procura normatizar a estabilidade através de institutos que protejam determinadas situações jurídicas. Trata-se, basicamente, de criar certa proteção jurídica, em face de lesões, ameaças ou mesmo normas retroativas, que venham a prejudicar determinadas relações estabelecidas. Está-se a falar, nesse sentido, a respeito do instituto do “Direito Adquirido”, cuja difícil interpretação o caracteriza, por vezes, como um entrave metafísico à garantia dos Direitos Fundamentais e um álibi perspicaz para possibilitar o retrocesso social sob a aparência de legalidade formal. (CONTO, 2008, p. 86).

Referido princípio traz ao legislador um dever de manter-se ampliando, de acordo com a situação fática e jurídica existente no ordenamento jurídico vigente, a concretização dos direitos conquistados, para o alcance do avanço social. Assim sendo, revela-se o aspecto histórico do princípio da proibição do retrocesso social, com características retrospectivas, na medida em que tem por finalidade a manutenção de um estado de coisas já adquirido contra a sua redução arbitrária. (PACHECO, 2009).

Canotilho esclarece acerca do objetivo do princípio da proibição do retrocesso social:

[...] a idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. [...] O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação” pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. (CANOTILHO, 2007, p. 432).

O núcleo de direitos fundamentais já acolhidos pelo ordenamento jurídico, por meio de medidas legislativas, deve considerar-se como garantia constitucional, sendo totalmente inconstitucionais medidas que visem a alterná-los ou a compensá-los, que signifiquem a anulação ou a revogação desses direitos fundamentais. A liberdade do legislador limita-se no núcleo de direitos fundamentais já concretizados, tendo em vista que são intangíveis e irreduzíveis, caracterizados por extrema rigidez em sua essência.

Assim sendo, fica vedado ao legislador suprimir uma norma constitucional já definida anteriormente, ou até mesmo reduzi-la, sem a devida criação de mecanismo equivalente ou substitutivo. Aufere-se do referido princípio a limitação do legislador infraconstitucional, a fim de evitar que, de maneira arbitrária, proceda à supressão de norma vigente que seja garantidora de direitos sociais conquistados, sem sua substituição adequada. (PACHECO, 2009).

O princípio analisado não constitui somente uma fonte de interpretação, mas essencialmente é um pensamento que estrutura uma proteção plena e integral dos direitos sociais, pois esses, ao alcançarem um determinado nível de realização, perfectibilizados, constituem-se como garantias institucionais. O princípio da proibição do retrocesso social traz a limitação de reversão de tais garantias, juntamente como a segurança jurídica aos cidadãos.

Destaca-se que os direitos sociais, ao alcançarem um grau de concretização, formando, assim, uma garantia institucional, firmam-se subjetivamente, não podendo ser excluídos ou reduzidos, sem alteração de seus núcleos essenciais já determinados.

O Estado tem dever de evitar tais privações, como explana Júlio César de Carvalho Pacheco:

Sendo dever do Estado evitar essas privações, muito maior é a obrigação de não interferir na redução de direitos já existentes e que estão incorporados ao patrimônio pessoal e coletivo das pessoas. Seria um absurdo imaginar que o Estado pudesse restringir e reduzir direitos, por isso representaria um retrocesso social, uma retratação de direitos. (PACHECO, 2009, p. 169).

Embora o princípio da proibição do retrocesso social não esteja mencionado expressamente pelo texto constitucional, há que destacar que o mesmo decorre do próprio sistema jurídico-constitucional, ao ponto que o reconhecimento da proibição do retrocesso social está intimamente ligado à finalidade da efetividade constitucional.

Denota-se, portanto, que referida proibição do retrocesso social destacada pelo princípio em estudo, abarca, também, as normas infraconstitucionais, as quais regulamentam ou apenas complementam uma garantia ou um direito constitucional.

O princípio da proibição do retrocesso social classifica-se como um princípio constitucional implícito que pode ser readmitido tanto ao princípio do Estado de Direito e Estado Social, no âmbito de garantir a manutenção mínima de segurança social e efetivar as normas de direitos fundamentais sociais, tendo como prisma a segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana. (PACHECO, 2009).

Entretanto, destaca-se que o Estado deve impedir a escassez dos direitos e da garantias, por meio de políticas públicas que visem a alcançar os princípios constitucionais, os fundamentos de um Estado democrático de direito, tais como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, entre outros.

O Estado tem o dever de evitar a privação dos direitos e garantias, estando obrigado a não interferir na redução de direitos e garantias já adquiridos e vigentes no sistema jurídico nacional. É ilógico contemplar tal redução estatal, configurando-se, tal fato, em um retrocesso social, um retraimento de direitos.

Uma norma que viole o núcleo dos direitos sociais, ou até mesmo que seja aplicada de maneira a gerar extinção, deverá ser tratada como inconstitucional, uma vez que atingem políticas que visam à proteção da dignidade da pessoa humana. (PACHECO, 2009).

Ressalta Júlio César de Carvalho Pacheco sobre a redução dos direitos sociais:

É preciso esclarecer, quanto a isso, que a redução de direitos que se condena não é apenas aquela relacionada às normas formais, mas, sobretudo e principalmente, a que fere a substancialidade da norma. Os vínculos que se constituem a partir da norma não se relacionam apenas às formas, mas sim aos conteúdos, à substância do texto legal. (PACHECO, 2009, p. 171).

Tem-se, por esse viés, que a atenuação dos direitos sociais vincula não somente quanto ao seu procedimento, mas essencialmente, acerca da sua validade substancial, ao conteúdo referido pela norma em análise.

O sistema jurídico nacional traz em seu texto legal regras que impedem a redução dos direitos sociais que se encontram de maneira implícita na Constituição e, outras vezes, são abrangidas por princípios constitucionais. Assim sendo, têm seu

fundamento na Carta Magna do ordenamento jurídico brasileiro.

Constitui-se como fundamental que tais direitos sejam aplicados de maneira efetiva e imediata, sem flexibilizações, observando a norma constitucional, com o objetivo de plena eficácia na vida social, econômica e política do país.

Tem-se como princípio correlacionado com o princípio do retrocesso social, a segurança jurídica, indispensável em um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que é auferida não como uma segurança meramente formalista, de maneira que se firme na letra fria da lei. Ao contrário, trata-se de uma segurança que vise à proteção dos valores supremos dos cidadãos, que, no sistema jurídico brasileiro, estão elencados nos direitos fundamentais e também nos demais direitos e garantias dos indivíduos no texto constitucional. (CONTO, 2008).

A Carta Magna é o norte da interpretação jurídica, traz os fundamentos de um Estado. Com base em tal afirmação, cabe ao operador do direito, diante de um problema jurídico, voltar sua interpretação legislativa, na busca de valores elencados como base no texto constitucional, no avanço da sociedade, na sua evolução cultural e histórica.

1.3 Entendimento e aplicação não retrocedente

Embora o princípio da proibição do retrocesso social seja um princípio intrínseco e não esteja suficientemente difundido, tem encontrado crescente aplicação no âmbito jurisprudencial, conforme destaca o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. SAÚDE. FRALDAS DESCARTÁVEIS. a) Autoaplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal. Postulado constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. O direito à saúde é garantia fundamental, prevista no art. 6º, caput, da Carta, com aplicação imediata, leia-se, § 1º, do art. 5º, da mesma Constituição, e não um direito meramente programático. b) Princípio da Tripartição dos Poderes. Dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Da Proibição de Retrocesso. A despeito da alegação do Estado de que há violação ao poder discricionário da Administração Pública, em que pese não se possa desconsiderar a conveniência e oportunidade, de forma a relegar qualquer interferência judicial, pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, a violação de direitos fundamentais, sobretudo a uma existência digna, haja vista a inércia do Poder Executivo, legitima o controle

judicial. c) Da Reserva do Possível. O princípio da reserva do possível não se aplica quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana, consagrado na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). d) Fraldas descartáveis. O uso de fraldas descartáveis por quem delas necessita, face à incapacidade de conter suas necessidades fisiológicas, corresponde à manutenção da saúde e dignidade da pessoa, sendo obrigação do Estado fornecê-las. Princípio da dignidade da pessoa humana. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2012).

A partir dessa ótica, ganha espaço o princípio da proibição do retrocesso, sendo cada vez mais contemplado e evocado a fim de proteger o núcleo de direitos fundamentais e sociais, já firmados no texto legal, caracterizando um verdadeiro dever de proteção, que se traduz da seguinte maneira, pelo Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

Logo, o princípio do retrocesso social combinado com o princípio da segurança jurídica, tem por finalidade proteger direitos fundamentais dos cidadãos, como valor essencial e núcleo do direito positivado, integrando-se na ordem jurídica internacional e coletiva.

Em suma, a alteração do paradigma proporcionado pelo Estado Democrático de Direito atribui ao Estado, em todas as suas esferas de poder, o respeito aos princípios constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

2 SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

O instituto do direito sucessório no ordenamento jurídico pátrio tem fundamental relevância econômica e social. Trata-se de direito elencado em um campo específico do Direito Civil, que tem por finalidade determinar regras de transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte.

No presente capítulo, o objetivo do trabalho é fazer-se a análise de referidas regras sucessórias, bem como a apreciação da implicação do direito sucessório nas entidades familiares, o casamento e a união estável, nos diversos regimes de bens.

2.1 Princípios e normas de sucessão no direito brasileiro

A sucessão no direito brasileiro consiste na substituição do titular de um direito, sendo que o conteúdo e o objeto da relação jurídica permanecem iguais, alterando-se os seus titulares, de maneira que ocorre a transmissão ou a sucessão no direito.

Ao referir-se ao direito das sucessões, nas ciências jurídicas, está-se tratando de um campo do Direito Civil. Como tal, a sucessão, em referido ramo do Direito, é a transmissão de bens, de direitos e de obrigações da pessoa falecida para seus herdeiros e legatários.

Como explana Leite, a sucessão hereditária

[...] é característica de qualquer sociedade juridicamente organizada. Seu fundamento prático repousa na necessidade de se garantir a segurança do crédito e a conservação da riqueza numa comunidade, através de regras que permitam passe o patrimônio de alguém, depois de sua morte, a ostentar novo titular. A razão de ser da sucessão *causa mortis* é, basicamente, de ordem econômica.” (LEITE, 2004, p. 1).

O Estado consagra o direito à herança como princípio constitucional prescrito no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal Brasileira. Sua finalidade é a de proteger a família, ordenando a sua própria economia, resguardando a capacidade produtiva de cada indivíduo.

A abertura da sucessão ocorre no momento da morte. O ordenamento jurídico pátrio adotou a doutrina da “*saisine*”, pela qual se consagra que a transmissão aos herdeiros legítimos e testamentários do patrimônio ocorre após o evento morte, transmitindo-se a herança de pleno direito. (CATEB, 2000).

Destaca-se que, no direito da sucessão, repousam determinados princípios determinados como básicos, os quais a lei incorporou para conferir organicidade na realização de seus objetivos, a sucessão do *de cuius*. Os mesmos consistem em orientações, sendo: a) respeito à vontade do finado; b) caráter supletivo da sucessão legítima; e, c) submissão da transmissão de direitos e obrigações a rígido esquema formal.

O princípio do respeito à vontade do finado diz respeito à preservação do interesse individual do *de cuius* em relação à disposição de seus bens, que encontra restrições legais definidas como sucessão legítima. Contudo, o princípio do caráter supletivo da sucessão legítima vem em complementaridade ao acima citado, consistindo em que as normas referentes à sucessão tida como legítima somente operam efeito na falta de disposição de última vontade do falecido, ou seja, na falta de testamento, devendo-se respeitar a parte prescrita legalmente como disponível para sua elaboração. (CATEB, 2000).

Já o princípio da submissão da transmissão de direitos e de obrigações a esquema formal próprio determina que, ocorrido o evento morte, deve-se obedecer aos procedimentos prescritos legalmente para efetivar a transmissão do patrimônio do falecido aos herdeiros. (CATEB, 2000).

Contudo, há que se destacar que ninguém poderá ser herdeiro contra a sua vontade, surgindo, assim, no direito sucessório o que se define como renúncia ou ainda aceitação da herança.

O herdeiro que mostra sua vontade de receber a herança, ou que, mesmo que implicitamente, com suas atitudes sociais e jurídicas, demonstra a condição de herdeiro, permite que se interprete pela sua aceitação. Observa-se, portanto, que a aceitação da herança pode ocorrer de forma tácita, presumida ou, ainda, expressa.

Porém, poderá ocorrer o que se denomina como renúncia da herança, sendo essa uma declaração unilateral de vontade, necessitando ser expressa e escrita, por meio de escritura pública ou termo judicial. (LEITE, 2004).

Assim define Sílvia de Salvo Venosa, nos termos do art. 1810, quanto aos efeitos da renúncia:

Nos termos do art. 1.810 (antigo, art. 1.589), ocorrendo a renúncia da herança, na sucessão legítima, a porção do renunciante será acrescida aos herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único da sua classe, devolve-se aos da subsequente. De forma mais sintética, considera-se o renunciante como se não existisse, como se nunca tivesse sido herdeiro. Assim, havendo três filhos herdeiros do *de cuius*: renunciando um deles, toda a herança será dividida entre os dos remanescentes. Se fosse filho único, renunciando, a herança iria ter os netos, se existissem ou aos pais do morto. (VENOSA, 2006, p. 24).

Uma vez aberta a sucessão, pela morte, surge a figura do herdeiro que é considerado titular de direitos hereditários, sendo melhor definido como uma fração da universalidade da herança. Denominado como titular, o herdeiro, além de aceitar e renunciar à herança, também goza do direito de ceder seus direitos hereditários.

O instituto consagrado como cessão de direitos hereditários consiste na transmissão pelo herdeiro, de seus direitos hereditários, de maneira gratuita ou onerosa, a outro herdeiro ou, ainda, a um terceiro, devendo a mesma ser efetivada por meio de instrumento público.

Conforme esclarece Sílvia de Salvo Venosa, a cessão de direitos hereditários tem evidente cunho contratual, definindo-a como:

Tal como a cessão de crédito, a cessão de direitos hereditários tem evidente cunho contratual. Como a herança é considerada bem imóvel (art. 80, II; antigo art. 44, III), o negócio jurídico requer escritura pública. Simples promessa de cessão pode ser feita por escrito particular e anexada ao inventário, possibilitando a cessão definitiva quando da partilha. Pode ser um negócio gratuito ou oneroso: se gratuito, a cessão assemelha-se a uma doação; se oneroso, a uma compra e venda. Dependendo de sua natureza, esses negócios deverão ser interpretados segundo as regras peculiares a esses atos. (VENOSA, 2006, p. 28).

Ocorre que, com a abertura da sucessão instaura-se entre os herdeiros um condomínio sucessório, passando a haver uma comunhão de direitos representada por cotas sobre o montante de bens deixado pelo falecido. Esse estado cessa com a efetivação da partilha, que corresponde à divisão do patrimônio aos herdeiros.

O ordenamento jurídico pátrio confere normatização quanto à sucessão, tratando-a como legítima ou testamentária, o que regula a maneira de transmissão do patrimônio deixado pelo *de cuius*.

A sucessão legítima, também chamada vocação hereditária legítima, consiste na transmissão estabelecida legalmente, independentemente da vontade do *de cuius*, pela qual a herança é transmitida aos herdeiros legítimos. (VENOSA, 2009).

Assim sendo, a sucessão legítima é a distribuição, pela lei, dos direitos sucessíveis, sendo determinada pelo Código Civil Brasileiro em classes, conforme prevê o artigo 1.829, que preferem uma à outra, na aquisição da herança.

Segundo lagmar Senna Chelles, a ordem da vocação hereditária baseia-se:

[...] na relação preferencial dos sucessores do falecido, assim considerados pelos laços da família e do sangue. Denominados herdeiros legítimos (necessários ou facultativos), são situados em classes, hierarquicamente dispostas, em reconhecimento à maior fragilidade dos seus componentes, na escala dos mais necessitados e, em tese, os mais próximos do finado- os descendentes, até a última classe- a dos colaterais, pessoas mais afastadas física e afetivamente do falecido. (CHELLES, 2004, p. 97).

Assim sendo, a regra geral preconizada pelo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.829, determina que os herdeiros mais próximos excluem os mais remotos, sendo a ordem da sucessão legítima a seguinte: aos descendentes, em concorrência com o cônjuge, com particulares, conforme o regime de bens adotado pelos consortes; aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; ao cônjuge sobrevivente; e, por fim, aos colaterais. O Estado não está previsto como sucessor no referido artigo, recebendo a herança deixada pelo *de cuius* somente na hipótese de não haver mais parentes aptos a herdar.

Porém, tem-se como exceção a regra geral auferida ao direito sucessório, o direito de representação, subsistindo a representação na linha colateral somente em favor dos filhos de irmãos pré-mortos, ou seja, sobrinhos do autor da herança. (VENOSA, 2009).

Por outro lado, a sucessão testamentária define-se como aquela que traduz a última vontade do *de cuius*. Há, em referida sucessão, um testamento que determina as regras hereditárias, a vontade do testador.

Conforme define Salomão de Araujo Cateb,

A sucessão testamentária representa uma faculdade à pessoa que, durante a sua existência, economizando valores e formando um patrimônio, tornou-se titular deste monte e quer transferir parte dele ou a sua totalidade a pessoas que lhe parecem merecedoras de uma retribuição. É evidente que as legislações de hoje estabelecem um limite para esta vontade de testar. O testamento é um ato livre e espontâneo, mais conhecido como disposição de última vontade, que encontra limites na legítima dos herdeiros necessários. (CATEB, 2000, p. 26).

Observa-se, dessa maneira, que o direito de testar limita-se à metade da herança, denominada como legítima, sofrendo assim, restrições impostas pelos imperativos da vida social. O testador pode instituir a transmissão de seus bens a herdeiros necessários ou a legatários.

Em relação aos efeitos, pode-se classificar a sucessão como sendo a título universal e a título singular. Dá-se a primeira quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade dos bens do *de cuius*, ou em parte percentual deles, assumindo a posição do falecido. Pode ocorrer tanto na sucessão legítima como na testamentária.

Na sucessão a título singular, o testador deixa ao beneficiário um bem determinado de seu patrimônio. Nesse caso, o legatário sucede o *de cuius*, tomando seu lugar na titularidade de coisa certa e individualizada.

2.2 Direitos sucessórios do cônjuge nos diversos regimes de casamento

A união solene formalizada pelo casamento, no que se refere às regras patrimoniais, é estabelecida conforme o regime de bens adotado pelos cônjuges na instituição de seu casamento.

Há diversos regimes de bens prescritos pelo Código Civil Brasileiro, cada um com suas peculiaridades, tendo em vista a necessidade de estabelecer normas especiais para reger as mais variadas relações jurídicas no plano econômico.

Maria Helena Diniz assim conceitua o regime de bens:

De forma que o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre o marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial dos consortes. (DINIZ, 2002, p. 145).

Em observância ao princípio da autonomia da vontade, garante-se aos cônjuges ampla liberdade na escolha do regime conforme o que considerarem melhor, podendo convencionar um regime característico com a regulamentação legal existente, ou modificá-lo conforme suas necessidades.

Porém, se os pactuantes convencionarem regime diverso ao da regulamentação legal, deverão fazê-lo por meio de um pacto antenupcial, lavrado por escritura pública pelo Tabelião de Notas dotado de fé pública, visando a garantir a segurança jurídica.

Ressalta-se, todavia, que a livre estipulação deferida aos cônjuges pode implicar limitações na liberdade dos pactos antenupciais, conforme esclarece Maria Helena Diniz:

O pacto antenupcial deve conter tão-somente, estipulações atinentes às relações econômicas dos cônjuges. Considerar-se-ão nulas as cláusulas que contravenham disposição legal absoluta, prejudiciais aos direitos conjugais, paternos, maternos, etc. (CC, art. 1.655). Igualmente não se admitem cláusulas que ofendam os bons costumes e a ordem pública. Exemplificativamente, nulas serão as cláusulas, e não pacto, que (a) dispensem os consortes dos deveres de fidelidade, coabitação e mútua assistência; (b) privem a mãe do poder familiar ou de assumir a direção da família, ficando submissa ao marido; (c) alterem a ordem de vocação hereditária; (d) ajustem a comunhão de bens, quando o casamento só podia se realizar-se pelo regime obrigatório da separação; (e) estabeleçam que o marido, mesmo que o regime matrimonial de bem não seja o da separação, pode vender imóveis sem outorga uxória. (DINIZ, 2002, p. 148).

Assim sendo, denota-se que, como regra geral, vigora o princípio da autonomia da vontade, podendo os nubentes aderir a um regime de bens tipificado em lei ou, ainda a um regime misto, desde que referida convenção não prejudique direitos consagrados legalmente.

Destaca-se, todavia, que o regime adotado como legal, ou seja, aquele ao qual o ordenamento dá preferência, é o regime da comunhão parcial de bens, vigente após a Lei nº 6.515/77 – chamada Lei do Divórcio.

Assim se manifesta Sílvia de Salvo Venosa quanto ao regime da comunhão parcial:

A idéia central no regime da comunhão parcial, ou comunhão de adquiridos, como é conhecido no direito português, é a de que os bens adquiridos após o casamento, os aqüestros, formam a comunhão de bens do casal. Cada esposo guarda para si, em seu próprio patrimônio, os bens trazidos antes do casamento. (VENOSA, 2008, p. 324).

Verifica-se que, no regime da comunhão parcial de bens, existem três massas de bens: a do marido e a da esposa, trazidos antes do casamento, e os bens comuns, que são adquiridos após o casamento, os quais se comunicam. Assim sendo, a comunhão estabelecida por referido regime estipula que somente há comunicação nos bens adquiridos onerosamente na vigência da sociedade conjugal.

O regime da comunhão universal de bens era o regime legal adotado até a promulgação da Lei do Divórcio. Configura-se o mesmo pela comunicação de todos os bens entre os cônjuges, anteriores e posteriores ao casamento, ocorrendo, assim, a formação de um único patrimônio entre ambos.

Conforme ressalta Sílvia de Salvo Venosa, o regime da comunhão universal de bens caracteriza-se pelo seguinte:

Como regra, tudo que entra para o acervo dos cônjuges ingressa na comunhão; tudo que cada cônjuge adquire torna-se comum, ficando cada consorte meeiro de todo o patrimônio, ainda que um deles nada tivesse trazido anteriormente ou nada adquirisse na constância do casamento. (VENOSA, 2008, p. 329).

Como se pode observar, existe a fusão das massas de bens e, como consequência, a indivisibilidade das mesmas, surgindo, assim, a efetivação de um patrimônio comum sobre o qual cada um dos cônjuges têm o direito à metade ideal, assim como sobre as dívidas auferidas por ambos.

Porém, denota-se que referido regime encontra algumas exceções à regra geral, limitando-se a fusão de bens, conforme previsto no artigo 1.668 do Código Civil Brasileiro, no que diz respeito àqueles doados ou herdados com a imposição da cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar.

Destaca-se, também, como possibilidade de regime de bens a ser adotado o da participação final nos aquestos, sendo que o mesmo é pouco aplicado na efetivação do casamento. Ocorre que, configura-se naquele em que, durante o casamento cada cônjuge tem seu patrimônio particular, podendo cada qual dispor da maneira que melhor lhe aprouver, e, somente em dissolução da sociedade conjugal é que caberá a cada um dos consortes a metade dos bens adquiridos pelo casal durante a vigência do casamento de maneira onerosa. (VENOSA, 2008).

Conforme define Rolf Madaleno, o regime de participação final nos aquestos consiste:

Cuida-se, em realidade, de um regime de separação de bens no qual cada consorte tem a livre e independente administração do patrimônio pessoal, dele podendo dispor quando for bem móvel e necessitando da outorga do cônjuge se imóvel. Apenas na hipótese de ocorrer a dissolução da sociedade conjugal é a que serão apurados os bens de cada cônjuge separando, tocando a cada um deles a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. (apud DIAS, 2005, p. 184).

Sendo assim, configura-se o mesmo como um regime misto, de separação dos bens durante a vigência da união e somente haverá a comunhão dos mesmos por ocasião de dissolução da sociedade conjugal, na divisão dos aquestos. Constitui-se pela não comunicação entre os bens adquiridos individualmente pelos cônjuges, ou por ambos, que somente passaram a ser uma massa comum por ocorrência da dissolução da sociedade matrimonial, sendo assim partilhados os aquestos. Trata-se de caso em que, na sociedade conjugal, cada cônjuge administra individualmente o seu próprio patrimônio e os bens que vier a adquirir durante o casamento, sendo que a comunicação dos bens ocorrerá com a dissolução desta sociedade.

E, por fim, o Código Civil traz a hipótese de adoção do regime de separação de bens, sendo o mesmo de maneira total ou obrigatória, caracterizados pela

separação patrimonial entre os cônjuges. Porém, embora ambos tenham denominações semelhantes ocorrem de maneira distinta, sendo que o regime da separação total de bens é convencionado por meio da escritura pública de pacto antenupcial, pela qual os consortes optam pelo mesmo, enquanto que a segunda decorre da própria lei.

Conforme ressalta Paulo Lôbo, o regime da separação de bens consiste na mais simples forma de regime:

A separação absoluta é o mais simples dos regimes matrimoniais de bens. Os bens de cada cônjuge, independentemente de sua origem ou data de sua aquisição, compõem patrimônios particulares e separados, com respectivos ativos e passivos. Não há convivência com patrimônio comum nem participação nos aquestos. Caracteriza-se, justamente pela ausência de massa comum. O Código Civil de 2002 ampliou o alcance do regime, ao estabelecer que o cônjuge poderá alienar qualquer de seus bens particulares, sem autorização do outro. (LÔBO, 2008, p. 327).

Com a adoção do regime da separação total de bens, ocorre a não comunicação dos bens entre os cônjuges, opção feita quando os mesmos desejam exclusividade sobre seu domínio, a posse, a administração ou ainda a conservação de seus bens, presentes e futuros.

Já o regime da separação obrigatória de bens, como sugere sua denominação, não é instituído entre os cônjuges por livre opção, mas decorre de obrigação legal, prescrita no Código Civil no artigo 1.641 para algumas situações específicas. Pode-se referir a hipótese de pessoas que casarem sem a observância das causas suspensivas do matrimônio, as pessoas maiores de 70 anos e, ainda, as pessoas que para, contraírem o matrimônio, dependerem de provisão judicial.

Em relação à forma de vigência de tal regime, ocorre da mesma maneira que o regime da separação total de bens, aplicada por assim dizer analogicamente, em que cada consorte tem seu próprio patrimônio, podendo dispor e gerenciar de maneira individual, como melhor lhe aprouver. (LÔBO, 2008)

Arnoldo Wald destaca que o Código Civil Brasileiro prescreve quanto ao regime da separação obrigatório a exclusão dos da comunhão de aquestos:

O Código Civil de 2002, no art. 1.641, expressamente excluiu a comunhão de aquestos no regime de separação legal de bens, o que, obviamente, não impedirá, no futuro, o reconhecimento, por parte de nossos tribunais, de sociedade de fato entre os cônjuges, desde que presente se faça a conjugação de esforços ou recursos. (WALD, 2004, p. 125).

A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal prescreve que “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Porém, referido entendimento não é isento de divergências, tendo em vista que a súmula não esclarece se a comunicabilidade é dos bens comprovadamente decorrentes dos esforços comuns.

Ressalta-se que referido regime abrange grandes críticas entre os doutrinadores, sendo trazido o mesmo como afronta ao princípio da dignidade humana e ao princípio da liberdade consagrados na Carta Magna, destacando-se o regime da separação obrigatória de bens como uma discriminação a referidos aspectos. (LÔBO, 2008).

Surgem, ainda, nas relações estabelecidas entre os cônjuges, consequências significativas em decorrência da sucessão, abordado a sucessão *causa mortis*, ou seja, estabelecida em decorrência da causa morte de uma das partes da união.

No que diz respeito ao direito sucessório do cônjuge, houve uma significativa alteração do Código Civil Brasileiro de 1916 com relação ao Código Civil atual de 2002.

Na vigência da lei anterior, o cônjuge sobrevivente estava na ordem da vocação hereditária em terceiro lugar e, ainda, não era considerado herdeiro necessário, ou seja, somente sucederia ao cônjuge falecido em terceiro lugar, após os descendentes e ascendentes do *de cujus*.

Atualmente, pelo sistema jurídico brasileiro, a ordem da vocação hereditária em relação ao cônjuge dá-se de maneira diversa conforme o regime de bens adotado pelo casal. Por meio do Código Civil de 2002 foi atribuída ao cônjuge a qualidade de herdeiro necessário, devendo assim ser considerado para efeitos da sucessão. Porém, isso não necessariamente significa que os cônjuges sempre concorrerão com os descendentes do falecido. (VENOSA, 2009).

Quanto a isso, no direito sucessório, existe um instituto denominado meação

como direito dos cônjuges em alguns regimes de bens, sobre o qual dispõe Silvio de Salvo Venosa:

A meação do cônjuge, como já acenado, não é uma herança. Quando da morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal. Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A existência de meação, bem como do seu montante, dependerá do regime de bens que regulava o casamento. (VENOSA, 2006, p. 122).

Vê-se que, com relação à meação, sua aplicabilidade estará vinculada ao regime de bens, não sendo vigente em todos, sendo estabelecida de maneira distinta entre os regimes nos quais ocorre: no regime da comunhão universal de bens, o patrimônio é dividido ao meio; na comunhão de aquestos, o patrimônio é dividido ao meio em relação aos bens adquiridos na constância do casamento e, por fim, o regime da comunhão parcial de bens nos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

Em decorrência do falecimento de uma pessoa que era casada, separa-se do patrimônio a meação do cônjuge sobrevivente, não por decorrência da morte, mas, sim, porque essa referida parte já era sua por direito. Em decorrência, o que não foi amealhado como meação, fará parte da herança e, conseqüentemente, da partilha entres os respectivos herdeiros necessários que sucederão, segundo as regras legais.

Dessa forma, a ordem da vocação hereditária trazida pelo Código Civil de 2002 determinou que o cônjuge sobrevivente fosse colocado em terceiro lugar na ordem da sucessão, recebendo, assim, a totalidade da herança.

Além disso, ao cônjuge sobrevivente ainda foi atribuída, conforme o artigo 1.829 do Código Civil, em alguns regimes de bens, a concorrência da herança com os demais herdeiros. A exceção fica por conta de que não é possível concorrer com os descendentes se o nubente for casado com o falecido pelo regime da comunhão universal de bens, pelo da separação obrigatória, ou ainda, se for casado pelo regime da comunhão parcial de bens mas não houver bens particulares do *de cujus*.

Conforme define Silvio Salvo Venosa, o cônjuge sobrevivente não concorrerá:

Conforme o art. 1.829, I, o cônjuge sobrevivente não concorrerá com os descendentes se for casado com o falecido no regime de comunhão universal de bens ou no regime de separação obrigatória (art.1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. (VENOSA, 2006, p. 127).

Conforme também está prescrito no texto legal, nos casos de concorrência do cônjuge sobrevivente com os demais herdeiros há que se reservar ao mesmo a quarta parte da herança. Porém, esse fato somente acontecerá se a concorrência se estabelecer com descendentes comuns, ou seja, filho de ambos. Do contrário, sendo os descendentes filhos somente do *de cuius*, tal regra não se aplicará.

Diversamente do exposto, ressalta-se que, quando houver a concorrência do cônjuge sobrevivente com os ascendentes do *de cuius*, a partilha será de um terço da respectiva herança ao consorte, se concorrer com ascendentes em 1º grau, cabendo-lhe a metade da herança somente quando concorrer com um só ascendente ou, ainda, se o grau do ascendente for maior. (VENOSA, 2006).

A maior dificuldade interpretativa no que diz respeito ao que acima fora exposto encontra-se na concorrência do cônjuge casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens em relação aos seus descendentes, explanada por Eduardo de Oliveira Leite da seguinte forma:

Na comunhão parcial de bens, o legislador cria duas hipóteses de incidência da regra de concorrência. Primeiro (regra geral), o cônjuge sobrevivente não concorre com os demais descendentes, porque já meei, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares. Segunda hipótese, se o autor da herança houver deixado bens particulares, *a contrariu sensu*, da regra geral, conclui-se que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes. (2004, p. 219).

Observa-se que, nesse regime, o cônjuge sobrevivente somente concorrerá como herdeiro necessário com os descendentes quando o *de cuius* houver deixado bens particulares, sendo que, nos demais casos, somente receberá seus bens particulares, qual seja, a sua meação.

Somente haverá legitimidade do cônjuge sobrevivente para suceder se, ao tempo da morte do outro cônjuge, os mesmos não se encontravam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos.

2.3 O companheiro como sucessor no Brasil

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu artigo 226, a família como base da sociedade, tendo proteção especial do Estado. Em razão disso, elencou, no § 3º do referido artigo, como entidade familiar não somente o casamento, mas também a união estável, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Surge, então, o instituto da união estável com a devida proteção constitucional, o qual se define como a união pública, contínua e duradoura entre um homem e uma mulher, não legalizada pelo casamento.

A união estável trata-se de uma união sem maiores formalidades entre pessoas que desejam viver como cônjuges.

Porém, no que alude às regras patrimoniais relativas ao instituto da união estável aplica-se, por determinação do ordenamento jurídico, o regime legal, ou seja, o regime da comunhão parcial de bens, somente se aplicando outro regime de bens se houver contrato estabelecido entre os companheiros da relação.

Como define Paulo Lôbo, o regime de bens aos companheiros se estabelece naturalmente:

O regime de bens para os companheiros, a partir do início da união estável, é o da comunhão parcial de bens. Este é o regime legal supletivo, incidente sobre a união estável, quando os companheiros não tiverem adotado regime diferente. Configurado o início da união estável, o bem adquirido por qualquer dos companheiros ingressa automaticamente na comunhão, pouco importando em cuja titularidade esteja. (LÔBO, 2008, p. 159).

Logo, não entram na comunhão patrimonial os bens definidos como particulares, sendo estes os que foram adquiridos antes ou após a união por meio de doações, herança ou sub-rogados no lugar de bens particulares, ou ainda, os bens de uso pessoal, utilizados em atividade profissional.

Ressalta-se que à união estável aplicam-se todas as regras estabelecidas para o regime da comunhão parcial de bens previstas para o casamento. Assim, ocorre a comunhão de todos os bens adquiridos durante a vigência da união estável de maneira onerosa.

Aos companheiros é dado o direito de estipular regime de bem diverso da comunhão parcial, por meio de instrumento público ou particular, podendo, antes ou após o início da união, adotar um regime previsto aos cônjuges. Ressalta-se, todavia, que não se aplica a possibilidade de adoção do regime da separação obrigatória de bens, sendo o mesmo, exclusivo ao casamento. (LÔBO, 2008).

Em relação ao direito sucessório do companheiro, a legislação dispõe, no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que os mesmos participarão da sucessão do companheiro quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo efetivada de formas distintas. (VENOSA, 2006).

Sílvio de Salvo Venosa, comentando o artigo do 1.790, assim se manifesta:

O artigo dispõe que o companheiro ou companheira receberá os bens adquiridos onerosamente durante sua vigência, ou seja, durante a persistência do estado de fato de união estável. Em primeiro lugar, há, portanto, que se definir, no caso concreto, quais os bens que foram adquiridos dessa forma durante a união e quais os bens que serão excluídos dessa divisão. (VENOSA, 2006, p. 140).

Concorrendo o companheiro com filhos comuns do *de cujus*, terá direito a uma quarta parte da herança, igualitária ao filho. Tratando-se a sucessão em concorrência com descendentes somente do autor da herança, o companheiro fará jus à metade do que couber aos mesmos. Já quando se tratar de concorrência com parentes sucessíveis do *de cujus*, o companheiro sobrevivente receberá um terço da herança. E, por fim, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança.

Acerca do inciso II, Sílvio de Salvo Venosa define:

Na forma do inciso II do art. 1.790, se o convivente concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles. Atribui-se, portanto, peso 1 à porção do convivente e peso 2 à do filho do falecido ou falecida para ser efetuada a divisão na partilha. No entanto, se houver filhos comuns com o *de cujus* e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. (VENOSA, 2008, p. 143).

Porém, há que se ressaltar que, como já referido anteriormente, à união estável é analogicamente aplicado o regime da comunhão parcial de bens, sendo esse o regime adotado pelo Código Civil Brasileiro. Assim sendo, aberta a sucessão do *de cuius*, com o evento morte, o companheiro sobrevivente faz jus ao instituto da meação dos bens adquiridos onerosamente na constância da referida união.

Contudo, ressalta-se que a referida analogia traz consigo a necessidade de definição, no caso concreto, de quais bens foram adquiridos onerosamente durante a vigência da união entre os companheiros, ou seja, durante a persistência do seu estado de fato. Somente depois de referida análise poderá ser aplicado o direito à meação ao companheiro sobrevivente juntamente com seu respectivo direito sucessório.

3 NÃO RETROCESSO NA SUCESSÃO PELO CÔNJUGE

A orientação e a compreensão de um ordenamento jurídico são condicionadas à aplicação de princípios, enunciações valorativas genéricas. Os princípios são os alicerces de um ordenamento, dirigindo o sistema.

No presente capítulo, serão abordados os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana como base das normas sucessórias do cônjuge e do companheiro, bem como a sua aplicabilidade especificamente no regime da comunhão parcial de bens, frente ao instituto do casamento no âmbito sucessório.

3.1 Princípios constitucionais sucessórios

A igualdade constitui o símbolo essencial da democracia. Sendo assim, não se podem admitir, em um sistema democrático de direitos, distinções ou ainda determinados privilégios que um regime denominado liberal consagra.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no capítulo dos direitos individuais, a igualdade foi reconhecida como princípio no sentido jurídico-formal, determinando-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Em razão disso, tem-se que a igualdade, por esse viés, foi reconhecida como igualdade perante a lei, sob um aspecto formal, no sentido que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em consideração as diferenças de grupos.

É interessante acerca disso trazer a lição de José Afonso da Silva:

No sentido da concepção exposta, que é a correta e pacificamente aceita, o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei, em termos que especificaremos mais adiante. Constitui, por outro lado, uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar à lei o entendimento que não crie distinções.” (SILVA, 2010, p. 218).

Dessa forma, o princípio da legalidade abarca a vedação tanto ao legislador como ao aplicador legislativo da desigualdade na lei, quando a norma aponta, de maneira arbitrária, um tratamento específico a pessoas diferentes. Para não ser considerado discriminatório, é indispensável que não sejam criados tratamentos abusivamente diversos a pessoas que se encontrem na mesma situação. (MELLO, 1999).

Segundo define Celso Bandeira Antônio Bandeira de Mello, a igualdade deve ser observada pelos vários atores jurídicos:

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. (MELLO, 1999, p. 09).

Contudo, destaca-se que a lei poderá conter uma disposição arbitrária no seu conteúdo, mas, ainda assim, a mesma não deverá ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento que determina as diretrizes da vida social, sendo essencial o tratamento equitativo entre os cidadãos. Em suma, o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Da mesma forma que a igualdade, tem-se a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, relevante em todas as relações pessoais. Na Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se enunciado no artigo 1º, inciso III¹, destacando sua estimização.

Tendo em vista que essa alocação idealiza a valorização da pessoa humana como sendo razão essencial para a estrutura do Estado e para o Direito. O princípio da dignidade da pessoa humana atribui um dever de condutas positivas propensas a efetivar a proteção da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana pode ser analisada sob vários aspectos, conforme define Nadya Regina Gusella Tonial:

¹Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais deve assegurar a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, assim como garantir-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (TONIAL, 2009, p. 60).

Observa-se, diante do exposto, que a dignidade da pessoa humana, como um atributo que lhe é inerente, decorre de que todo ser humano possui razão e consciência. Também significa que a mesma faz parte da própria condição humana, como uma característica irrenunciável. A dignidade da pessoa humana é enunciada em detrimento de o ser humano constituir-se como um ser individual, mas que necessita ter uma ligação social. (TONIAL, 2009).

Apesar disso, o que constitui a dignidade como um princípio constitucional essencial no ordenamento jurídico brasileiro é a análise dúplice, pela qual, ao mesmo tempo, representa a autonomia do ser humano e o compromisso de proteção por parte do Estado, como direito fundamental.

A dignidade da pessoa humana, além de significar um tratamento de respeito quanto aos seres humanos, objetivando à sua integridade e possibilitando suprir as necessidades fundamentais dignas de sua existência, também abrange valores ético-jurídicos, fornecidos pelo sistema democrático.

3.2 Concepção cível da sucessão de cônjuge e companheiro

A evolução ao longo dos séculos, que sobreveio à história do país, traz consigo um cabedal de direitos adquiridos e a mudança em vários aspectos dentro do ordenamento jurídico. Com fundamental importância, destaca-se o direito sucessório em relação à disposição de suas normas.

A preferência quanto à ordem de sucessão, ditada pela lei, que não pode ser alterada por vontade do falecido, do cônjuge sobrevivente e nem dos herdeiros, e que também deve ser obedecida pelos que herdarão aos bens deixados em razão do falecimento, denominada ordem de vocação hereditária, foi o instituto que mais sofreu alterações ao longo dos anos.

Como fundamental aplicação do princípio da igualdade, destaca-se inicialmente, a equiparação entre os filhos, determinada pela redação do novo Código Civil em contraponto à redação do Código Civil de 1916. Pelo sistema do código anterior, os filhos tidos como adulterinos e os incestuosos não eram reconhecidos e tampouco tinham direito sucessório algum. Os filhos naturais, porém concebidos antes do casamento, tinham direito à metade do que coubesse ao filho legítimo. (RIZZARDO, 2005).

Conforme destaca Salomão de Araujo Cateb, a Constituição de 1988 proibiu qualquer designação discriminatória:

A lei humana segue os passos da natureza e os filhos estão colocados em primeiro lugar, na ordem da vocação hereditária, na classe dos descendentes. No nosso caso, a filiação passou a ser tratada de forma diferente; a Constituição Federal de 1988 não só proibiu qualquer designação discriminatória, como estabeleceu em seu favor os mesmos direitos e qualificações, reunindo todos os filhos qualquer que seja sua origem, em dispositivo constitucional, dando-lhes plena e total igualdade: [...] Não há portanto, necessidade de alongar-se sobre os direitos dos filhos legítimos ou ilegítimos, naturais ou incestuosos. Essas diferenças foram afastadas do Código Civil, estabelecendo que todos são iguais. (CATEB, 2000, p. 72).

Com a sociedade brasileira afastando-se de preconceitos e atendendo mais a uma realidade social, tendo como base um Estado Democrático de Direitos, e como princípios basilares a dignidade da pessoa humana e a igualdade, o direito sucessório foi alcançando significantes avanços no âmbito do Direito Civil.

O casamento é um dos institutos jurídicos mais consagrados do ordenamento jurídico, conforme prescrito no artigo 226 da Constituição Federal, sendo uma categoria de valor ou ainda um ato constituído pelo Estado que engloba uma organização. Define-se o mesmo como sendo o vínculo jurídico formado entre os contraentes, constituindo-se, ainda, como o ato jurídico criador desse vínculo.

Contudo, apesar da importância do cônjuge como partícipe de referido instituto jurídico, nem sempre foi valorizado de maneira a equipar a sua importância no que tange aos direitos sucessórios, em especial pela diferença entre marido e mulher.

Conforme destaca Salomão de Araujo Cateb, o Código de Justiniano foi a primeira legislação a reconhecer o direito à mulher de participar da sucessão do marido:

Sabe-se que o Código de Justiniano foi a primeira legislação, reconhecendo o direito à mulher de participar da sucessão do marido, outorgando-lhe a quarta parte da propriedade, na falta de filhos, e usufruto, se filhos havia. Até então, era permitido à mulher adquirir seus próprios bens, porém não recolhia herança vinda do esposo. No Brasil, mesmo depois da Independência de Portugal, permaneceu em vigor as Ordenações do Reino, e o cônjuge sobrevivente ocupava o quarto lugar dos sucessíveis. (CATEB, 2000, p. 75).

No Código Civil de 1916, o cônjuge recebeu atenção quanto ao direito sucessório, tendo sido colocado em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária, vindo logo após os descendentes e os ascendentes. Porém, o mesmo não foi designado como herdeiro necessário, podendo, em razão disso, ser afastado da sucessão pela via testamentária, por meio de disposição de última vontade do *de cuius*.

Segundo Inácio de Carvalho Neto, o Código Civil de 1916 foi um avanço no que diz respeito à vocação hereditária do cônjuge, conforme explana:

O Código Civil de 1916 tratou o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Consagrou, acolhendo a alteração da Lei Feliciano Pena, um avanço em relação ao direito anterior, que, como vimos, tratava o cônjuge em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após os colaterais, sendo que estes herdavam até o décimo grau. (NETO, 2007, p. 95).

Todavia, ressalta-se que o cônjuge sobrevivente somente seria chamado à sucessão do falecido se, ao tempo da morte do outro, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal. A separação judicial, dissolvendo a sociedade conjugal, extinguiria também o direito à herança.

O cônjuge somente foi considerado herdeiro concorrente com a vigência do atual Código Civil, promulgado em 2002, sendo colocado juntamente com os descendentes e ascendentes na vocação hereditária e também lhe sendo deferida a característica de herdeiro necessário, recolhendo a totalidade da herança na ausência de descendentes ou ascendentes.

O direito à meação, como já mencionado anteriormente, não se confunde com o direito à herança, uma vez que o mesmo consiste na reserva da metade do patrimônio ao cônjuge sobrevivente, não pela morte de seu cônjuge, mas porque aquela porção do patrimônio já lhe pertencia. A meação será legítima de acordo com o regime de bens que regulava o casamento.

Assim sendo, tem-se a ordem da sucessão legítima preconizada ao cônjuge pelo Código Civil de 2002, conforme cita o artigo 1.829², que preconiza que o cônjuge sobrevivente não concorrerá com os descendentes se for casado com o falecido pelo regime da comunhão universal de bens, pelo da separação obrigatória de bens, ou, ainda, se casado pelo regime da comunhão parcial de bens, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Conforme já se disse, a Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu artigo 226,³ a família como base da sociedade, merecedora da proteção especial do Estado. Tendo reconhecido no § 3º do referido artigo como entidade familiar, não tão somente o casamento, mas também a união estável, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Surge então, o instituto da união estável com a devida proteção constitucional, o qual se define como a relação de fato ou natural entre o homem e a mulher, não legalizada pelo casamento.

Ressalta-se, todavia, que a união estável nem sempre foi equiparada ao casamento e não havia até então sido reconhecida como digna de causa de constituição de família.

²Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I- aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II-aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III-ao cônjuge sobrevivente; IV-aos colaterais.

³Artigo 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

As uniões fora do casamento, durante longo período histórico, eram tidas como imorais. A união era denominada como concubinato, relação adúltera, praticada fora do instituto consagrado do casamento.

Conforme explana Inacio de Carvalho Neto, em princípio os tribunais não reconheciam qualquer direito à concubina:

Em princípio, os tribunais não reconheciam qualquer direito à concubina quando da dissolução da sociedade conjugal, baseados na ideia de que o concubinato era uma ligação imoral e que de atos imorais não podem decorrer vantagens protegidas pelo direito. (CARVALHO NETO, 2008, p. 162).

Somente com a Lei 8.971/1994⁴ reconheceu-se o direito sucessório do companheiro, agora configurado por uma união constitucionalmente definida como de fato equiparada ao casamento. O companheiro passou a ter direito na sucessão na falta de descendentes ou ascendentes do falecido, herdando a totalidade da herança.

Com o Código Civil de 2002, o direito sucessório do companheiro foi disposto no artigo 1.790, estipulando que a participação na sucessão dar-se-á quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo efetivada de formas distintas.

Concorrendo o companheiro com filhos comuns do *de cuius*, terá direito a uma quarta parte da herança, igualitária ao filho. Tratando-se a sucessão em concorrência com descendentes somente do autor da herança, fará jus o companheiro à metade do que couber aos mesmos. Já quando se tratar de concorrência com parentes sucessíveis do *de cuius* receberá um terço da herança. E, por fim, não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Contudo, deve-se analisar que, para falar em direito sucessório, é necessária estar configurada a união estável. Do contrário, não estando caracterizada a relação estável, ou, ainda, havendo impedimentos matrimoniais, tratando-se de concubinato, não há que se falar em direito sucessório do companheiro.

⁴Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

3.3 Proibição do retrocesso em face da desigualdade sucessória do cônjuge com relação ao regime da comunhão parcial de bens

Como já referido anteriormente, ao casamento foi destacada fundamental importância para a construção da família, protegida constitucionalmente como base da sociedade. Ao longo dos anos, o mesmo foi recebendo grande ênfase na organização social, tendo em vista ser um ato solene e público.

Diante da evolução histórica social, o instituto jurídico estabelecido pelo casamento, dada a sua importância, foi adquirindo direitos, dentre eles, a evolução no direito sucessório.

Aos direitos denominados como adquiridos, devido à sua consagração constitucional, ocorre o que se denomina vedação do retrocesso a condições caracterizadas como ínfimas àquelas já conquistadas.

Conforme esclarece Mário de Conto, com relação ao assunto a lei de introdução ao Código Civil traz aspectos valiosos:

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, § 2º, declara que 'consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida ou inalterável, a arbítrio de outrem'. (DE CONTO, 2008, p. 87)

Assim sendo, observa-se que, é vedado que ocorra retrocesso em situações que reduzam os direitos sucessórios adquiridos pelo cônjuge durante a evolução histórica social.

Dispositivo constitucional anteriormente referido, reconhece, em sua redação, a união estável como entidade familiar, determinando que a lei deverá facilitar sua conversão em casamento.

Porém, no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se um notável privilégio no que se refere ao direito sucessório entre cônjuges e companheiros, no que se refere ao regime da comunhão parcial de bens. (VENOSA, 2006).

Há que se ressaltar que à união estável aplica-se, por determinação do ordenamento jurídico, o regime legal, ou seja, o regime da comunhão parcial de

bens, somente se aplicando outro regime de bens se houver contrato estabelecido entre os companheiros que compõem a relação.

Conforme destaca Sílvio de Salvo Venosa, o regime da comunhão parcial é o vigente na grande maioria dos casos, explanando que, “no entanto, não resta dúvida que, tendo em vista o regime legal mais recente ser o da comunhão parcial, na grande maioria dos casos, todo o patrimônio do casal, ou grande parte, terá sido adquirido na constância do casamento.” (VENOSA, 2009, p. 129).

O regime da comunhão parcial de bens, definido como regime legal, constitui-se como o regime de maior aderência pelas pessoas diante de uma união solene, a do casamento, ou de uma união sem formalidades, a união estável.

Contudo, ressalta-se que repousa a diferença dada ao cônjuge em relação ao companheiro no direito sucessório justamente no que concerne à situação estabelecida pelo preconizado regime.

Na interpretação de Euclides de Oliveira, citado por Sílvio de Salvo Venosa, o legislador, utilizando-se da premissa de desigualdade do cônjuge dispôs:

[...] que nem tudo é desfavorável ao companheiro, se comparado ao cônjuge. Incompreensivelmente, o legislador, dando asas ao tratamento desigual, acabou por colocar muito acima os direitos do companheiro quando determinou que concorra na herança com descendentes e outros parentes, na sucessão do outro, ‘sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável’. A disposição, constante do caput do citado art. 1790, choca-se com o disposto no art. 1.829, I do Código Civil, que resguarda ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer na herança com descendentes em condições restritas a determinados regimes de bens, com expressa exclusão para a hipótese de casamento nos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória, ou no regime da comunhão parcial, se não houver bens particulares. (VENOSA, 2006, p. 142).

Diante de tal situação, observa-se ser o companheiro favorecido em relação ao cônjuge, mais especificadamente no que se trata da sucessão do autor da herança quando casado pelo regime da comunhão parcial de bens, com relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união ou do casamento.

Denota-se que há interpretação do dispositivo legal de maneira desfavorável ao cônjuge em tal hipótese, tendo em vista que somente será meeiro, em contrapartida ao companheiro que, já meeiro, concorrerá com os demais herdeiros necessários da herança.

Outrossim, tem-se encontrado crescente aplicação no âmbito jurisprudencial referida interpretação ao dispositivo legal, conforme destaca o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

BEM ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 1790, I DO CÓDIGO CIVIL. 1. Não se trata de atribuir maiores direitos ao companheiro do que ao **cônjuge**, mas sim direitos diferentes. Embora o tratamento sucessório desigual estabelecido pelo Código Civil tenha sido alvo de inúmeras críticas da doutrina especializada, e alguns dispositivos aplicados com certo temperamento pela jurisprudência, o fato é que o Código estabelece direitos diferentes ao regular a **sucessão** dos cônjuges e dos companheiros. 2. Pela atual disciplina do Código Civil, enquanto o **cônjuge**, no **regime** da **comunhão parcial**, ostenta a condição de herdeiro sobre os **bens** particulares do autor da herança, excluindo a meação (art. 1829), os companheiros têm direito sucessório incidente sobre o mesmo universo patrimonial sobre o qual incide a meação, qual seja, os **bens** adquiridos onerosamente na constância da união (art. 1790). 3. Em suma, no caso: além de meeira, a companheira é herdeira e concorre com os descendentes na forma do inciso I do art. 1790 do CCB. AGRAVO PROVIDO EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2010).

Na decisão monocrática, o relator Luiz Felipe Brasil Santos destaca que há tratamento desigual auferido pelo Código Civil Brasileiro no que tange ao direito sucessório entre cônjuges e companheiros.

Frise-se, todavia, que, conforme estabelece o princípio constitucional da igualdade, a lei não poderá atribuir implicações valorativas, ou depreciativas, em desconformidade ou contradição às pessoas que se encontram na mesma situação. (MELLO,1999).

Entretanto, ressalta-se que, ao companheiro, já herdeiro necessário, é atribuída a qualidade de herdeiro sucessível, diferentemente do cônjuge, que somente será meeiro, retirando assim seus bens da referida sucessão e não concorrendo para a mesma.

Além de tal dispositivo ser um retrocesso social, tendo em vista os direitos já adquiridos pelo cônjuge ao longo de anos, o mesmo configura-se como uma afronta à Carta Magna, estando, portanto, tal diferenciação, em desconformidade com os já referidos princípios do retrocesso social, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Destacada por Nadya Regina Gusella Tonial, a dignidade da pessoa humana assim se caracteriza:

A dignidade da pessoa humana configura o ponto fundamental para o desenvolvimento da personalidade no contexto individual, social e comunitário, consistindo num valor jurídico, que, juntamente com o direito à vida, embasa os demais direitos humanos, servindo de fim supremo de todo o ordenamento jurídico. (TONIAL, 2009, p. 63).

Assim sendo, tem-se que, em razão de serem as referidas normas, que instituem os princípios – inclusive o que consagra a equiparação entre o casamento e a união estável – de caráter constitucional e anterior, fica vedado ao legislador suprimir ou até mesmo reduzir, sem a devida criação de mecanismo equivalente ou substitutivo da mesma, aquilo que ela tenha determinado. Caso contrário, configura-se, além de um retrocesso social, uma desconformidade com princípio da dignidade da pessoa humana, por configurar um ato degradante à condição já alcançada pela mesma.

Destaca-se que os direitos sociais, ao alcançarem um grau de concretização, formando, assim, uma garantia institucional, conseqüentemente firmam-se subjetivamente, não podendo ser excluídos, sem alteração de seus núcleos essenciais já determinados.

O princípio da proibição do retrocesso social classifica-se como um princípio constitucional implícito que pode ser remetido tanto ao princípio do Estado de Direito e Estado Social, no âmbito de garantir a manutenção mínima de segurança social e efetivar as normas de direitos fundamentais sociais, tendo como prisma a segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana. (PACHECO, 2009).

Contudo, diante da situação já determinada ao cônjuge não se pode admitir referido retrocesso. Sendo que, conforme também corrobora Inácio de Carvalho Neto, a posição do companheiro é mais vantajosa que a do cônjuge, nas mesmas condições:

[...] em que a posição do companheiro é mais vantajosa do que a do cônjuge nas mesmas condições: não havendo bens particulares, e concorrendo com descendentes (comuns ou não comuns), o companheiro

recolherá parte da herança, o que não ocorre com o cônjuge, seja o casado com comunhão universal, seja no regime de comunhão parcial, que nada recebe nessas condições, o que não deixa de configurar mais uma discriminação injustificada. (CARVALHO NETO, 2007, p. 190).

De tudo o quanto fora visto, destaca-se que a norma diferenciadora é, notavelmente, além de uma discriminação injustificada, uma afronta ao princípio da igualdade consagrado pelo ordenamento jurídico como norteador das relações jurídicas.

Uma norma que viole o núcleo dos direitos sociais, ou até mesmo aplicada de maneira a gerar extinção, deverá ser tratada como inconstitucional, sendo um retrocesso social, uma vez que atinge políticas que visam à proteção da dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna é o norte da interpretação jurídica, trazendo os fundamentos de um Estado. Com base em tal afirmação, cabe ao operador do direito, diante de um problema jurídico, voltar sua interpretação legislativa na busca de valores elencados com base no texto constitucional, no avanço da sociedade, na sua evolução cultural e histórica.

Com base nesse primado, considera-se totalmente inadmissível, diante de considerável evolução de direitos e das garantias fundamentais no sistema jurídico, que ainda seja aceita apreciável discriminação injustificada a um instituto tão importante como o do casamento no ordenamento pátrio.

CONCLUSÃO

O direito brasileiro, no que concerne ao direito sucessório aplicado à instituição jurídica do casamento, é normatizado por regras específicas. Entretanto, para que ocorra a efetivação de tais regras, de maneira justa, é fundamental a observância da vedação do retrocesso social, diante de sua aplicabilidade normativa.

Com relação à matéria, verificou-se ocorrer um questionamento acerca de se o instituto do casamento pelo regime da comunhão parcial de bens, no que tange ao direito sucessório, sofre desvantagens frente à união estável.

O princípio da vedação do retrocesso social, implícito constitucionalmente, norteador do ordenamento jurídico, determina que seja vedado o retrocesso na aplicação de qualquer norma, para que não enseje a supressão de determinadas garantias já consagradas pelo ordenamento jurídico pátrio, visando à garantia de direitos já adquiridos.

Por meio do método dialético, por meio da revisão de diversas obras e jurisprudência, pesquisou-se a resposta de referida indagação jurídica. Com a análise do princípio do retrocesso social, sua aplicabilidade e sua eficácia, foram examinadas as normas de direito sucessório do cônjuge e do companheiro dentro da ordem hereditária vigente e anterior. E, por fim, relacionou-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade ao instituto do casamento, no regime da comunhão parcial de bens, no que diz respeito à interpretação do direito sucessório.

O tema é atual, pois a vida, como fruto de um estado passageiro, é propensa ao evento morte, dia a dia, sendo de fundamental relevância refletir a respeito de como o ordenamento jurídico brasileiro regulamenta esse fato no instituto jurídico do casamento em comparação com a união estável, no regime determinado como preferível pelo Código Civil e mais utilizado, analisando se o direito está sendo aplicado de maneira justa, protegendo o cônjuge sobrevivente e a base estatal, ou seja, sua família.

Diante de uma breve abordagem em nível mundial e nacional do princípio da vedação do retrocesso social historicamente, e diante dos julgamentos proferidos

pelos tribunais brasileiros, relacionando-o com as normas que regulamentam o direito sucessório do cônjuge, no regime da comunhão parcial de bens, obtém-se a conclusão de que ocorre uma supressão de garantias já adquiridas pelo consorte, nessa situação.

Assim sendo, verifica-se que o legislador, ao normatizar a sucessão do cônjuge no regime da comunhão parcial de bens, privilegiou o companheiro sob a mesma condição, pela maneira com que dispôs ambos os institutos jurídicos.

Todavia, destaca-se que o casamento constitui-se como base da sociedade, consagrado pelo ordenamento jurídico há muito mais tempo que a união estável, equiparada ao casamento somente em 1988, ressaltando-se, no texto constitucional, que a lei deverá facilitar sua conversão em casamento.

Diante do abordado durante o presente trabalho, observou-se que o casamento por ser mais antigo que a união estável, tendo obtido maiores garantias fundamentais ao longo de sua existência, foi fruto de um verdadeiro retrocesso social diante da legislação atual da sucessão no regime da comunhão parcial de bens.

Com toda essa pesquisa, conclui-se que o casamento, como um instituto jurídico de fundamental importância para a sociedade, tendo em vista ser um ato que constitui famílias, e sendo essas a base estatal, não deve ser vítima de retrocesso social, tratado com tal injustiça, incredibilidade, e desigualdade diante do evento morte, comparado à união estável.

Se, atualmente, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que tem por base direitos fundamentais, não se pode admitir normas de direito sucessório que venham a suprimir direitos já adquiridos por determinado instituto jurídico.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

_____. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

_____. Lei Federal n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. **Dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337**, Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 15 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.rs.gov.br>> Acesso em: 05 outubro. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007.

CASSETTARI, Christiano *et al.* **Direito Civil: Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CONTO, Mário. **O princípio da Proibição de Retrocesso Social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DIAS, Maria Berenice et al. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 18. ed, v. 5, São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANÇA, Adiel da Silva et al. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. 2. ed. v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias: direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

PACHECO, Júlio César de Carvalho. **Os direitos sociais e o desenvolvimento emancipatório**. Passo Fundo: Imed, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 70039409149**, 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 25 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes nº 70047800511**, do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, 26 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 11 maio 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. **A concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva**. Passo Fundo: Editora da Universidade de Passo Fundo, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 6. ed. v. 7, São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed., v. 6, São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.