

INTRODUÇÃO

Em conformidade com o texto constitucional e Código Civil de 2002, mais precisamente atendendo à matéria regulada pelo artigo 226, § 3º da Constituição da República de 1988 e aos artigos 1790, 1829 e seguintes até o artigo 1838 do atual Código Civil torna-se necessário realizar um estudo sobre a atual situação dos direitos sucessórios dos companheiros.

Importante se torna salientar que foram assegurados aos companheiros, direitos e obrigações equiparados aos dos cônjuges, porém, ao se estudar a legislação infraconstitucional, mais precisamente o Código Civil de 2002, nota-se que o legislador infraconstitucional ao elaborar o artigo 1790, que trata da sucessão do companheiro, delimitou os direitos sucessórios dos mesmos, tolhendo-lhes de garantias, dentre as quais algumas delas fundamentais, ferindo princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da isonomia ou igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana bem como o princípio da liberdade.

A partir daí, gerou-se numerosos questionamentos sobre a possibilidade de o diploma civilista em comento estar eivado de (in)constitucionalidade, pelo fato de conferir aos companheiros menos direitos sucessórios que os cônjuges, levando-se em conta os princípios fundamentais que norteiam tal instituto.

Destarte, percebeu-se que em se tratando de direitos sucessórios dos companheiros, a questão não era pacificada, sendo proferidas inúmeras decisões em sentidos distintos sobre a mesma matéria. Portanto, levanta-se como problema de pesquisa, a maneira que ocorre a sucessão do companheiro que diverge do modo de suceder do cônjuge, sendo que ascende-se a discussão se a norma que regula a sucessão dos companheiros estaria em conformidade com os parâmetros constitucionais.

Deste modo a pesquisa pretende demonstrar a possível (in)constitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002, bem como, analisar como ocorre a sucessão do companheiro e como ocorre a sucessão do cônjuge, com intuito de compará-las. Selecionar doutrinas com apontamentos de correntes jurídicas distintas sobre o tema em epígrafe, colacionar jurisprudência sobre o assunto.

A presente pesquisa faz-se necessária pela alta relevância no âmbito jurídico, uma vez que, não se trata de assunto pacificado na jurisprudência e na doutrina. Constitui-se tarefa árdua para o poder judiciário buscar uma solução para a controvérsia, haja vista, a ausência ou insuficiência de normas para facilitar e fundamentar as decisões concernentes à matéria

sucessória, o que leva muitas vezes a aplicabilidade de decisões fundadas em analogias, o que na verdade não se faz adequado para a eficácia e uso do bom direito, pois, a partir daí gera-se a insegurança jurídica. Implicando-se a partir daí, problemas não apenas a quem convive sob o manto deste instituto, mas também, ao Poder Judiciário quando acionado para solucionar os litígios a ele atinentes à matéria sucessória deste instituto.

Para o ganho social a pesquisa mostra-se respeitável, pois, não são raros os casos de pessoas que convivem sob a égide do instituto da união estável que auferiu notório reconhecimento constitucional como entidade familiar. Destarte essas pessoas acionam o Poder Judiciário para resolver as controvérsias que nascem do modo de suceder que compreende este instituto.

Busca-se ainda o ganho acadêmico, mesmo porque, desenvolveu-se a pesquisa de modo a colaborar para uma melhoria jurídico social, já que mostra-se objeto de interesse coletivo o assunto tratado. Em suma, é uma forma de esclarecimento, haja vista, que o conhecimento se faz importante e necessário àqueles que caminham ao seu encontro.

A presente pesquisa busca amparo intelectual, junto às idéias do Desembargador Ricardo Raupp Ruschel da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual prenuncia

(...) importa, ao fim e ao cabo, em conferir odioso tratamento desigual entre cônjuge e companheiro, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei.

Não se pode perder de vista, ademais, que a própria Constituição Federal, ao dispor no § 3º do artigo 226 que, para efeito de 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, não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros. Tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil (Lei n.º 8.971/94 e Lei n.º 9.278/96). Não é aceitável, assim, que prevaleça a interpretação literal do artigo 1.790 do CC 2002, cuja sucessão do companheiro na totalidade dos bens é relegada à remotíssima hipótese de, na falta de descendentes e ascendentes, inexistirem, também, “parentes sucessíveis”, o que implicaria em verdadeiro retrocesso social frente à evolução doutrinária e jurisprudencial do instituto da união estável havida até então.¹

Como metodologia a pesquisa se faz teórico dogmática, tendo em vista o manuseio de doutrina, jurisprudências, artigos, bem como legislação, pertinentes a demonstrar no que se funda a mesma. Como setores do conhecimento a pesquisa se revela transdisciplinar,

¹ TJRS. 7ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70020389284. Relator Des. Ricardo Raupp Ruschel. 12/09/2007. TJRS Acórdão 70020389284. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 26 de outubro de 2013.

considerando o vasto intercruzamento de informações em diferentes ramos do direito, quais sejam, direito constitucional e direito civil.

A presente monografia está dividida em três capítulos. O primeiro deles intitulado “Do Direito de Família”, que abordará a família na contemporaneidade, e os princípios constitucionais envolvendo o direito de família. O segundo capítulo, inscrito como “Do Direito Sucessório”, esboçará como ocorre a sucessão do companheiro e do cônjuge. E por último o terceiro capítulo, que trará a baila o “Controle de Constitucionalidade”, demonstrando quais os tipos de controle de constitucionalidade que incidem sobre a matéria em comento, bem como a análise das formas de inconstitucionalidade. Neste capítulo também se verificará a possível (in)constitucionalidade do artigo 1790, e se fará a análise de decisões respectivas à matéria.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A matéria pertinente ao instituto da união estável encontra-se regulada no artigo 226, §3º da Constituição da República de 1988, que faz menção à proteção que lhe é cabível, além dos atuais diplomas civilistas, quais sejam, 1723 a 1726, que disciplinam aspectos de ordem objetiva e subjetiva e o artigo 1790 que trata de como dar-se-á a sucessão, no caso de desvinculação da relação afetiva.

Para se fomentar melhor apreciação da matéria abarcada pela pesquisa, torna-se necessário evidenciar alguns conceitos.

Partindo do que venha a ser união estável, Maria Berenice Dias afirma:

Nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação. O que se exige é a efetiva convivência *more uxório*, com características de união familiar, por um prazo que denote estabilidade e objetivo de manter a vida em comum entre o homem e a mulher assim compromissados.²

No mesmo sentido, expõe-se as idéias do Professor e Desembargador Washington de Barros Monteiro:

União estável é a relação lícita entre homem e mulher, em constituição de família, chamados os partícipes desta relação de companheiros. (...) É a ausência de casamento para aqueles que vivam como marido e mulher. O conceito generalizado de união estável tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, com aparência de casamento.³

Também merece destaque as idéias do Professor César Fiuza:

União estável é a convivência pública, contínua e duradoura sob o mesmo teto ou não, entre homem e mulher não ligados entre si pelo casamento, com intenção de constituir família. O entendimento mais moderno é que seja dispensável o *mos uxórius*, ou seja, a convivência idêntica ao casamento. Bastam a publicidade, a continuidade e a constância das relações, para além de simples namoro ou noivado.⁴

Após a apreciação das idéias supracitadas, nota-se que, para que se configure a união estável, são necessários requisitos inerentes à sua efetividade, quais sejam, convivência pública, contínua e duradoura além da contumácia da relação.

² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 170.

³ BARROS, Washington Monteiro. **Curso de direito civil: direito de família**. – 40. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46 - 47.

⁴ FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. – 15. ed. revista, atualizada e ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1216.

Segundo o entendimento de Maria Berenice Dias: “casamento tanto significa o ato de celebração do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial que melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos.”⁵

O professor Washington de Barros Monteiro, conceituou casamento, como sendo: “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de se criarem os seus filhos.”⁶

Para Caio Mário da Silva Pereira, casamento significa: “união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente. É nessa integração que subsiste a essência do casamento, elemento que se sobrepõe às mutações sociais e culturais.”⁷

Diante do exposto pelos ilustres doutrinadores, extrai-se que além do ato de celebração propriamente dito, dotado de todas as formalidades legais, perante a sociedade, constitui-se o casamento de prerrogativas que são necessárias para que se configure a relação jurídica em questão.

Um dos institutos que é objeto de estudo na presente pesquisa, tratado também em nossa legislação cível é o da sucessão. Posiciona-se a esse respeito Maria Helena Diniz:

No momento do falecimento do *de cujus* abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade a posse dos bens do defunto aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato.⁸

Ilustrando-nos o que vem a ser sucessão Carlos Roberto Gonçalves:

A palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. (...) No direito das sucessões, entretanto, o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cujus* ou autor da herança a seus sucessores.⁹

Explica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

A sucessão considera-se aberta, segundo a dicção do art. 1784 CC, no instante mesmo ou no instante presumido da morte de alguém, fazendo nascer o direito hereditário e

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 148.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de direito civil: direito de família**. – 40. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46 - 47.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v.6. 25. ed. São Paulo: Saraiva 2011. p. 34.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19 – 20.

operando a substituição do falecido por seus sucessores a título universal nas relações jurídicas em que aquele figurava. Não se confundem, todavia. A morte é antecedente lógico, é pressuposto e causa. A transmissão é conseqüente, é efeito da morte.¹⁰

Incumbe-nos ainda, ponderar sobre de que modo dar-se-á a sucessão de companheiros e cônjuges, bem como, as situações cabíveis. Contudo, a apreciação de tal assunto far-se-á no capítulo II da presente monografia, o qual abordará os direitos sucessórios.

Por controle de constitucionalidade entende-se que as normas devem ser analisadas sob o prisma constitucional, isto é devem ser verificadas segundo sua adequação junto aos preceitos constitucionais. Não pode uma norma infraconstitucional, violar ou contestar regra expressa na Constituição, se o fizer, esta não apenas pode, mas, como deve ser objeto do controle constitucional, professor Paulo Bonavides elucida:

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos.¹¹

Consagra sobre o mesmo assunto o ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

A Constituição escrita não se limita a esclarecer os baldrames da organização estatal e os fundamentos da ordem jurídica da comunidade, mas, desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade. Não se trata, à evidencia, de um sistema isento de lacunas. E, de certo modo, é essa ausência de regulamentação minudente que assegura a abertura constitucional (*Offenheit*) necessária ao amplo desenvolvimento do processo político.¹²

Compartilhando da mesma essência, aclara-nos Alexandre de Moraes:

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.¹³

¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre: Magister/ IBDFAM, 2010. p. 56.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. – 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 296.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1051

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 729.

Após apreciar-se as idéias dos autores, forma-se a convicção de que, uma norma que é hierarquicamente inferior não pode por sua vez, afrontar com tanto descabimento uma norma superior, mesmo porque, deve-se levar em consideração o princípio da supremacia constitucional. Ainda que sua intenção seja regulamentar matéria por ela ditada, não pode ter ela o condão de influir tão radicalmente nas decisões referentes à matéria constitucionalmente disciplinada, vez que, ela deve complementá-la observando a sua condição principal, sob pena de ser declarada inconstitucional.

1 DO DIREITO DE FAMÍLIA

Em sentido amplo, o termo família compreende todos os integrantes ligados por vínculo sanguíneo e que derivam, contudo, de uma linhagem comum, assim como, aqueles ligados por afinidade e por adoção. Compreende também cônjuges, companheiros, parentes e afins. Para fins sucessórios, por exemplo, leva-se em conta como família apenas os componentes consanguíneos em linha reta e os colaterais até o quarto grau.

O direito de família ajusta-se como o alicerce mais sólido da ordem social, se fazendo por isso, merecedor de toda a proteção que lhe é devida. O artigo 226 da atual Constituição da República, fazendo coro ao fato, menciona a família como base da sociedade, Carlos Roberto Gonçalves alia-se as idéias, pronunciando: “É natural, pois, que aquele queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de ordem pública, que não podem ser revogadas pela vontade dos particulares e determinando a participação do Ministério Público nos litígios que envolvem relações familiares”¹⁴.

Pondera Carlos Roberto Gonçalves:

Verifica-se, assim, que a Constituição Federal, alterando o conceito de família, impôs novos modelos. Embora a família continue sendo a base da sociedade e a desfrutar da especial proteção do Estado, não mais se origina apenas do casamento, uma vez que, a seu lado, duas novas entidades familiares passaram a ser reconhecidas: a constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes.¹⁵

O direito de família figura como direito privado, isto, por ser ramo de direito civil, razão pela qual visa tutelar o que lhe é essencial, ou seja, visa proteger a natureza das relações jurídicas, as quais destina-se a obedecer, como nos leciona Arnaldo Rizzardo:

Ao direito público não retira o caráter privado, pois está disciplinado num dos mais importantes setores do direito civil, e não envolve diretamente uma relação entre o Estado e o cidadão. As relações adstringem-se às pessoas físicas, sem obrigar o ente público na solução dos litígios. A proteção às famílias, à prole, aos menores, ao casamento, aos regimes de bens não vai além de mera tutela, não acarretando a responsabilidade direta do Estado na observância ou não das regras correspondentes pelos cônjuges ou mais sujeitos da relação jurídica.¹⁶

Superadas as necessidades de se explicar a relação do direito de família com a ordem estatal passa-se a uma análise de sua atual condição diante da sociedade, bem como, aos princípios inerentes à sua efetividade.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. – 10 ed. – São Paulo: Saraiva. 2013. p. 26.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. O direito de família *apud* BARBOZA, Heloísa Helena, cit., p. 104. – 10 ed. – São Paulo: Saraiva. 2013. p. 31.

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 6.

1.1 A família na contemporaneidade

Atualmente, o direito de família dentre todos os ramos do direito é o que mais se liga à noção de vida, haja vista, que de modo geral, as pessoas procedem de uma estrutura familiar e a ela conservam-se vinculadas durante toda a sua existência, mesmo que em algum momento venham a constituir suas próprias famílias, sejam pelo casamento ou pela união estável.

Leciona Gustavo Tepedino:

O quadro de intensas modificações ocorridas nas últimas décadas no âmbito do direito de família revela, do ponto de vista fenomenológico, inegável transformação da estrutura familiar, identificada amplamente pela doutrina e, especialmente, pelos cientistas sociais. É do ponto de vista axiológico, contudo, que se pode identificar a mais profunda alteração no vértice do ordenamento, não obstante o eloquente silêncio - seja consentido o oxímoro - da doutrina pátria a esse respeito, a impor radical reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de família.¹⁷

A partir da evolução que sofreu o direito de família ao longo dos anos, o conceito de família bem como os modelos e denominações, foi se desdobrando de acordo com as necessidades e anseios que a sociedade bradava, de forma que hoje, família diz-se muito mais do que a união de duas pessoas de sexos diferentes, que se unem a fim de constituir prole. Atualmente podem ser observados vários modelos de família, explica Carlos Roberto Gonçalves:

Acrescente-se, por fim, que há na doutrina, uma tendência de ampliar o conceito de família, para abranger situações não mencionadas pela Constituição Federal. Fala-se assim, em:

- a) Família matrimonial: decorrente do casamento;
- b) Família informal: decorrente da união estável;
- c) Família monoparental: constituída por um dos genitores com seus filhos;
- d) Família anaparental: constituída somente pelos filhos;
- e) Família homoafetiva: formada por pessoas do mesmo sexo;
- f) Família eudemonista: caracterizada pelo vínculo afetivo.¹⁸

O atual conceito de família buscou respaldo na Constituição da República de 1988, onde a mesma foi a precursora de proteção às famílias, e definiu quais os escopos à seguir para se buscar cada vez mais essa proteção. Maria Berenice Dias posiciona-se:

A constitucionalização das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – também acabou ocasionando mudanças na própria estrutura da sociedade. Mudou significativamente o conceito de família, afastando injustificáveis diferenciações e discriminações, que não mais se justificavam em uma sociedade que se quer democrática, moderna e livre. O alargamento conceitual das relações interpessoais

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito**. 4. ed.rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 420.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. – 10 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35.

acabou deitando reflexos na própria conformação da família, palavra que não mais pode ser utilizada no singular.¹⁹

Uma vez que a família foi traçada como base do Estado, ou seja, requisito para que se perceba o Estado Democrático de Direito, sua realidade é encontrada num conceito sociológico. Em qualquer perspectiva que considerado o conceito de família, ela aparece como sendo a instituição onde o Estado apreende seu maior zelo e estima. A Constituição República de 1988 e o Código Civil de 2002 reportam-se à família sem, contudo, defini-la, de modo que, não existe identidade de conceito em se tratando de família, ainda mais pelos desdobramentos que vem ocorrendo neste sentido. Busca-se a partir de então definir a estrutura, conteúdo, bem como os princípios compreendidos por este tão importante instituto.

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art.226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ter ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”.²⁰

A estrutura familiar é sem dúvida questão mais examinada no direito de família, talvez pelo embaralhamento dos papéis de seus componentes, vem-se deixando para trás o que antes era basicamente um pré requisito para a constituição familiar, o “pátrio poder” expressão utilizada pelo Código de 1916, transformou-se hoje no poder familiar, que pode ser exercido por qualquer um dos pais, sejam eles considerados juntos ou isoladamente, leva-se em consideração as idéias de Maria Berenice Dias:

A Constituição Federal alargou o conceito de família, passando a integrá-lo as relações monoparentais: de um pai com seus filhos. Esse redimensionamento calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da idéia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração deixou de ser exigida a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtrai de sua finalidade a existência de um par.²¹

O conteúdo do qual a família se baseia, pode-se dizer ético e social, uma vez que as relações que fazem brotar esse vínculo nascem do fato de um indivíduo pertencer ou nascer de determinada família. Objetam-se aos direitos patrimoniais, pois, não exigem valor pecuniário

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. Artigos. **Novos tempos, novos termos**. 2011. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?23,8>>. Acesso em 18 de outubro de 2013.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o Novo Código Civil**. Prefácio. Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2001.

²¹ DIAS, Maria Berenice. Artigos. **As famílias e seus direitos**. 2010. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?26,8>> Acesso em 19 de outubro de 2013.

para sua efetivação. Maria Helena Diniz leciona-nos qual o conteúdo assegurado pelo direito de família:

O direito de família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco, bem como os institutos complementares da tutela e curatela, visto que, embora tais institutos de caráter protetivo ou assistencial não advenham de relações familiares, têm, em razão de sua finalidade, nítida conexão com aquele.²²

Nota-se que após as mudanças pertinentes ao direito de família, demonstrou-se a função social da família na sociedade e no direito brasileiro. As inovações mencionadas dão uma visão panorâmica das profundas modificações inseridas no direito de família, cujas serão objeto de estudo ao longo da presente monografia.

1.2 Princípios constitucionais do direito de família

Para dar início as ponderações referentes aos princípios constitucionais alusivos ao direito de família, torna-se necessário evidenciá-los como desígnios para a formação de qualquer ordem social, de modo a torná-los regentes de todas as relações sociais.

Diante do novo perfil de família traçado pela Ordem Constitucional de 1988, dentre as substanciais mudanças houve a alteração do papel atribuído às entidades familiares, e a alteração do conceito de unidade familiar. A família passou a servir de instrumento de promoção à dignidade da pessoa humana. Assim como assevera Caio Mário da Silva Pereira,

Como instrumento de realização de seus membros, a proteção da família mantém-se como obrigação do Estado, não como papel subsidiário, mas ao contrário, inserido num sistema misto, vinculando os poderes públicos a um dever de proteção dos direitos humanos, impondo-lhes o dever de garantir às famílias as condições e recursos necessários para o desempenho de suas funções.²³

Assim sendo, cabe-nos, observar a Constituição da República de 1988 em confronto com o Código Civil de 2002, mais precisamente referente às matérias que se fazem presentes neste estudo, para se comprovar os princípios geradores da segurança jurídica inerente às famílias.

²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 4-5.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 51.

Os princípios, temas de extensão ética e política, exigem um empenho muito maior que simples aplicação das normas, uma vez que, por serem abstratos, aplicam-se a inúmeras hipóteses concretas. São princípios norteadores do direito de família, dignidade da pessoa humana (inciso III, artigo 1º, CF/88), igualdade (§ 5º, artigo 226, CF/88), liberdade (§ 7º, artigo 226, CF/88) entre outros. A partir de então se fará uma análise individual de cada um, para melhor compreensão do estudo.

1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Faz-se de bom alvitre elucidar que princípio da dignidade da pessoa humana tem especial espaço na Ordem Constitucional vigente, uma vez que figura como princípio norteador de todas as relações sociais concebidas sob a égide da Constituição da República de 1988. Notadamente sobre a matéria abordada, o princípio em comento releva-se como principal, pois, as relações advindas do seio familiar demandam atenção quanto ao respeito à pessoa de seus membros, uma vez que, o ramo do direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito. Maria Helena Diniz esclarece-nos de forma que “O princípio da dignidade da pessoa humana, constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de seus membros, principalmente da criança e do adolescente.”²⁴

Também sobrepõe ao assunto Caio Mário da Silva Pereira “na contemporaneidade, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana assumiu posto de macroprincípio constitucional, de sorte que todos os princípios que se concretizam na dignidade da pessoa humana constituem direitos fundamentais.” E acrescenta que figurando como macroprincípio constitucional, se concretizam direitos fundamentais e dos quais se desdobram subprincípios ou princípios implícitos, conforme autoriza o artigo 5º, § 2º da CF/88.²⁵

Justificando sua posição Rolf Madaleno aduz “e a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana, de tal sorte que todas as esparsas

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 22.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009. p. 51 - 52.

disposições pertinentes ao direito de família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional.”²⁶

Portanto, a partir das idéias supracitadas, nota-se que o princípio que se faz regente da Constituição da República de 1988, não resta dúvida, é o princípio da dignidade da pessoa humana.

1.2.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade mencionado pela presente pesquisa encontra respaldo nos artigos 226, § 5º da Constituição da República de 1988, no artigo 16 da Lei nº 8213/1991, bem como no artigo 16 do Decreto nº 3048/1999, que tratam respectivamente da igualdade jurídica de homem e mulher como representantes da autoridade familiar e quanto aos dependentes que ocupam o rol de beneficiários do sistema da Seguridade Social, onde cônjuge e companheiro são por excelência, beneficiários em igualdade de condições.

A respeito de serem beneficiários do sistema da Seguridade Social, leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “Nos diversos Regimes de Previdência, afiguram-se o cônjuge e o companheiro sobreviventes como dependentes situados na primeira classe da ordem de vocação para fins de prestação securitária, principalmente no que toca à pensão.”

O princípio da igualdade jurídica entre homem e mulher (art. 226, § 5º), no que diz respeito aos seus direitos e obrigações, procede a fim de eliminar a idéia de que o poder familiar emane apenas da autoridade masculina, ou seja, do marido. Este vem justamente consagrar a importância de os direitos e obrigações conjugais serem exercidos igualmente entre homem e mulher. “Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.(...) 5º os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”²⁷ A respeito do assunto Carlos Roberto Gonçalves preleciona:

A regulamentação instituída pelo aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da

²⁶ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 4. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2012. p. 42.

²⁷ **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 16 ed. – São Paulo: Rideel, 2013. (Série Vade Mecum). p. 78.

mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.²⁸

Pondera Maria Helena Diniz:

Com este princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que marido e mulher tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso juridicamente, o poder de família é substituído pela autoridade conjunta e indivisiva, não mais se justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal.²⁹

Sobre a matéria em questão, também se encontra respaldo junto às idéias do Desembargador Ricardo Raupp Ruschel:

Desta forma, e em observação ao princípio da igualdade, não se pode negar que tanto a família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constitui por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância também ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório.³⁰

Com base no mencionado acima, observa-se que sem sombra de dúvidas a partir do momento que surgiu o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros a idéia de poder absoluto determinada pelo “pátrio poder” foi se alterando, sendo a partir daí a chave para a evolução do direito de família. Assim, ressalta-se o princípio da igualdade já consagrado na Constituição da República, garantiu aos membros da família, igualdade de direitos e deveres, sendo que tanto a mulher como o homem tem igual direito de direção da família.

1.2.3 Princípio da liberdade

O princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar refere-se à magnitude e ao livre-arbítrio das pessoas em constituir uma comunhão familiar; ao passo que

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**/ Carlos Roberto Gonçalves. – 10 ed. – São Paulo: Saraiva. 2013. p. 23.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p.19.

³⁰ TJRS. 7ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70020389284. Relator Des. Ricardo Raupp Ruschel. 12/09/2007. TJRS Acórdão 70020389284. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 26 de outubro de 2013.

difere do princípio do pluralismo familiar que refere-se às modalidades de constituição da família e não da possibilidade e vontade de querer ou não compor um núcleo familiar.

O artigo 226, § 7º da Constituição da República, adequou o referido princípio, da seguinte maneira:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.³¹

O princípio constitucional mencionado acima, ainda encontrou respaldo no Código Civil de 2002 nos artigos 1513 e 1565, § 2º, que apontam concomitantemente; “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”³²

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

(...)

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.³³

Diante do que asseguram os diplomas trazidos acima, observar-se-á alguns entendimentos doutrinários; conforme Maria Helena Diniz concluiu em sua lição:

O princípio da liberdade refere-se ao livre poder de formar comunhão de vida, a livre decisão do casal no planejamento familiar, a livre escolha do regime matrimonial de bens, a livre aquisição e administração do poder familiar, bem como a livre opção pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole.³⁴

A mesma autora ainda contempla sobre o assunto:

Seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado, como dispõe o supramencionado art. 1513 do Código Civil. Tal princípio abrange também a livre decisão do casal no planejamento familiar (CC, art. 1565), intervindo o Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art. 226, § 7º); a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1642 e 1643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (CC art. 1639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (CC art. 1634); e a livre

³¹ **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 16 ed. – São Paulo: Rideel, 2013. (Série Vade Mecum). p. 78.

³² **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 16 ed. – São Paulo: Rideel, 2013. (Série Vade Mecum). p. 203.

³³ **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 16 ed. – São Paulo: Rideel, 2013. (Série Vade Mecum). p. 205.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p.27.

conduta, respeitando-se a integridade físico psíquica e moral dos componentes da família.³⁵

Diante do exposto no que tange ao princípio da liberdade de constituir comunhão plena de vida, pode-se dizer que este refere-se à livre iniciativa das pessoas de compor uma família, e as dirigir do modo que melhor convier, sendo que é vedado ao Estado qualquer intervenção em se tratando de constituição familiar, cabendo ao Estado apenas o fornecimento de meios educacionais e científicos a fim de adequar tal direito.

2 DO DIREITO SUCESSÓRIO

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p.23.

Sucessão é o conjunto de regras que regulam a transmissão de direitos após a morte e, outras disposições de conteúdos não patrimoniais, ou seja, suceder significa substituir, tomar o lugar de outrem, no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular do direito. Deste modo, o sucessor substituirá o titular do direito, tomando tal titularidade para si. As regras sucessórias são ditadas pelo autor da herança, nos limites que a legislação civil permite. Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite:

Na medida em que entre a vida e a morte se decide todo o complexo destino da condição humana. O aludido direito se esgota exatamente na ideia singela, mas imantada de significações, de continuidade para além da morte, que se mantém e se projeta na pessoa dos herdeiros. A sucessão, do latim *succedere* (ou seja, vir ao lugar de alguém), se insere no mundo jurídico como que a afirmar o escoamento inexorável do tempo conduzindo-nos ao desfecho da morte que marca, contraditoriamente, o início da vida do direito das sucessões.³⁶

Deste modo, a sucessão *causa mortis* configura-se como a consequência lógica da morte, que dará causa à transmissão da titularidade dos bens, direitos e obrigações. Ao conjunto de tais direitos e obrigações que restam em razão da morte do seu titular dá-se o nome de herança.

Considera-se aberta a sucessão no mesmo instante ou no instante presumido da morte de alguém, nascendo, então, o direito hereditário, que acarretará na substituição do falecido por seus sucessores a título universal nas relações jurídicas em que aquele figurava.

Conforme estabelece os artigos 1.784 e 1.786 do Código Civil, a sucessão comporta duas modalidades: a legítima (decorrente da lei) e a testamentária (segundo a vontade do *de cuius*, que por disposição de última vontade beneficia alguém através do testamento). Porém, independentemente do sucessor ser legítimo ou testamentário, de acordo com o Princípio da *Saisine*, ele entrará na posse dos bens da herança no momento da abertura da sucessão, no momento do falecimento do autor da herança.

2.1 Da sucessão do companheiro: artigo 1790 do Código Civil

³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 14 – 15.

O instituto da união estável encontra-se localizado no artigo 1723 do Código Civil, que adverte como elementos caracterizadores dessa entidade familiar a convivência pública, contínua e duradoura, entre um homem e uma mulher, com objetivo de constituir família. Aplicam-se a esse instituto os impedimentos do casamento previstos no artigo 1521, salvo o do inciso VI, sendo possível a união estável se a pessoa casada estiver separada judicialmente ou de fato, conforme expressamente previsto no § 1.º do artigo 1723.

A matéria relacionada aos direitos sucessórios dos companheiros está disciplinada em um único dispositivo legal localizado no livro V (Do Direito das Sucessões) sob o título I (Da Sucessão em Geral), capítulo I, qual seja, o artigo 1790 do Código Civil de 2002, cabe-nos analisar o artigo trazendo-o à baila a fim de se expor as questões controversas do mesmo, cujo se faz o principal objeto do estudo;

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.³⁷

De início, cabe ponderar sobre o que dispõe o *caput*; os bens sobre os quais o companheiro sobrevivente se aproveitará. O *caput* taxativamente limita a participação sucessória do companheiro sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Surgem inúmeros questionamentos, quando se fala na acepção da classe sucessória do companheiro em um expresso dispositivo legal, e por qual motivo o artigo 1790 do Código Civil está afastado da ordem de vocação hereditária disposta no artigo 1829 do mesmo código, deixando, desta forma lacunas para debates de entendimentos contrários.

Este dispositivo 1790 do Código Civil tem se tornado alvo de várias críticas pelos doutrinadores, onde impõe limites aos companheiros no que diz respeito a sucessão, estabelecendo que só tenha direito garantido caso venha a constituir patrimônio durante a união estável.

Nesse sentido o Agravo de Instrumento 227052 -44 2012 809 0000;

³⁷ **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 16 ed. – São Paulo: Rideel, 2013. (Série Vade Mecum). p. 215.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO E PARTILHA. DIREITO DE HERANÇA DA COMPANHEIRA DO DE CUJUS RECONHECIDO. DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA À TOTALIDADE DOS BENS DA HERANÇA. INEXISTÊNCIA DE ASCENDENTES OU DESCENDENTES DIRETOS. 1. Nos termos do artigo 226, §3º, da Carta Política promulgada em 1988, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. 2. Em observância ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana garantidos no Texto Constitucional, contempla-se o mesmo direito do cônjuge à companheira, a fim de conferir-lhe a sucessão exclusiva, em observância à norma contida no art. 1.838 c/c art. 1.829, inciso III, todos do Código Civil. 3. Inexistindo descendente e ascendente direto do de cujus, independentemente do regime de bens, será deferida a sucessão por inteiro a companheira sobrevivente, disposição legal que se conjuga com o art. 1829, III e IV, do Código Civil de 2002, o qual estabelece a ordem da vocação hereditária. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.³⁸

Ainda sobre o assunto, Glauber Salomão Leite:

O caput do artigo 1.790 sublinha a diferença, desejada pelo Constituinte de 1988, existente entre casamento e União Estável, reafirmando que o (a) participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da União Estável, ou seja, excluída a meação do falecido que incide o direito sucessório. Em regra, ele não herdará bens particulares nem os adquiridos na constância da união a título gratuito. Independente de qualquer consideração de caráter axiológico sobre o teor da disposição e da intenção do legislador de estabelecer limites entre as duas realidades, o fato é que o mesmo deixou suficientemente claro que a pretensão ao direito sucessório decorre exclusivamente do patrimônio adquirido onerosamente pelos companheiros.³⁹

A análise que faz Silvio Rodrigues é no sentido que:

Sendo assim, se durante a União Estável, dos companheiros não houver aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o *de cujus* tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes de constituir União Estável.⁴⁰

Sobre o disposto nos incisos I, que trata da concorrência sucessória do companheiro com os filhos comuns, assinala que ao companheiro tocará uma cota equivalente a que por lei for atribuída a cada filho, isto, dos bens adquiridos onerosamente na constância da união.

Abordando sobre o tema Maria Helena Diniz:

Com a abertura da sucessão legítima os descendentes do *de cujus* são herdeiros por excelência, pois são chamados em primeiro lugar, adquirindo os bens por direito próprio. E, além disso, são herdeiros necessários, de forma que o autor da herança não poderá dispor, em testamento ou doação, de mais da metade de seus bens, sob pena de se reduzirem as disposições de última vontade e de se obrigar o donatário a trazer à colação dos bens doados.⁴¹

³⁸ TJGO, 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 22705244.2012.8.09.0000. Relator Desembargador Delintoro Belo de Almeida Filho. 16/05/2013. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>. Acesso em 03 de novembro de 2013.

³⁹ LEITE, Glauber Salomão. **Sucessão do cônjuge e sobrevivente: Concorrência com parentes do falecido**. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2008, p.58.

⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva 2008. v. 5. p. 119.

O cálculo será realizado por meio da divisão da herança em partes idênticas, tendo em vista os descendentes e o companheiro sobrevivente. Destarte este, receberá quota idêntica à recebida pelos descendentes comuns que sucedem por cabeça, não se aplicando ao companheiro a regra do artigo 1.832, parte final, que reserva ao cônjuge, cota parte mínima, sendo um quarto da herança caso a concorrência se dê apenas com descendentes comuns.

Também a respeito do inciso I, Hironaka entende que:

No inciso I, a lei determina que o companheiro sobrevivente que concorrer com filhos comuns entre ele e o falecido amealhará uma quota parte do acervo hereditário igual à que, por lei, for atribuído a cada um dos filhos. Se comparar essa regra com a norma atinente à concorrência do cônjuge com os descendentes comuns, verificar-se-á que não houve a reserva da quarta parte da herança ao companheiro sobrevivente.⁴²

Diante do exposto, nota-se que o legislador limitou mais uma vez no inciso I, a concorrência somente aos filhos comuns, em vez de estendê-la a toda a classe dos descendentes, o que faz quando a concorrência se dá com descendentes somente do autor da herança, que veremos adiante no inciso II.

Quanto ao inciso II, o qual estabelece que ao companheiro recairá metade do que couber a cada um dos descendentes exclusivos, ou seja, participará da sucessão amealhando apenas metade do que cada um desses descendentes herdar. Ao abordar o tema, Venosa esclarece:

Na forma do inciso II do art. 1.790, se o convivente concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á 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 da partilha.⁴³

Continua:

No entanto, se houver filhos em comuns com o *de cujus* e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão defluiu da junção dos dois incisos, pois não há de se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários. Trata-se, porém de mais um ponto obscuro entre tanto na lei.⁴⁴

Explicando como será essa concorrência Silvio Rodrigues:

O inciso II prevê o caso do companheiro sobrevivente concorrer com descendentes só do autor da herança, resolvendo que tocara ao dito companheiro metade do que couber a cada um daqueles descendentes. Entenda-se: metade do que couber ao descendente

⁴² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 99.

⁴³ VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**, 2003. p. 121.

⁴⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**, 2003. p. 127-128.

nos bens adquiridos onerosamente durante a União Estável, como prevê o caput do art. 1.790.⁴⁵

Esclarece a desembargadora Maria Berenice Dias:

Quando os herdeiros são filhos somente do autor da herança, eles recebem o dobro do companheiro sobrevivente, ou seja, ele faz jus à metade do que recebe cada um dos enteados. Para proceder à partilha, o jeito é multiplicar por dois o número de filhos e somar mais um, que é a fração do parceiro.⁴⁶

Diante do demonstrado, conclui-se que na concorrência com os descendentes exclusivos do falecido, a quota do companheiro incide apenas sobre o que os descendentes recebem nos bens comuns, vale dizer, nos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Os bens particulares do falecido caberão, única e exclusivamente, aos descendentes.

No que diz respeito à matéria levantada pelo inciso III, ou seja, concorrência sucessória do companheiro com outros parentes sucessíveis, sendo estes, os ascendentes e os colaterais até o quarto grau, ao companheiro sobrevivente incidirá 1/3 da herança. Sobre a ordem de vocação hereditária, Giselda Hironaka se posiciona:

Depois, porque o inciso III do artigo 1.790 do CC afirma, genericamente, que o convivente sobrevivente terá direito à terça parte do acervo hereditário sempre que concorrer com outros parentes sucessíveis, sem fazer distinção de quem se trata. O inciso é complementado, porém, valendo-se do auxílio prestado pelo artigo 1.829 do CC, que traça a ordem de vocação hereditária. Neste artigo, os parentes sucessíveis são, pela ordem, os descendentes, os ascendentes e os colaterais até o quarto grau.

Ora, entre os ascendentes e os colaterais há uma verdadeira hierarquia traçada pela lei, segundo a qual a existência daqueles afasta da sucessão qualquer destes. Por isso, o inciso III do artigo 1.790 do CC aborda duas classes de vocação hereditária: a segunda, composta pelos ascendentes em concorrência com o convivente sobrevivente e a terceira, composta pelos colaterais até o quarto grau e o convivente sobrevivente. Se esta foi a escolha do legislador – e por menos que se concorde com ela –, quando o convivente concorrer com o pai e a mãe do falecido, amealhará a terça parte do acervo sobre o qual incidir a sua concorrência. Mas, por outro lado, se concorrer apenas com um dos genitores ou com os ascendentes de parentesco mais distante, como avós ou bisavós, continuará herdando simplesmente um terço do monte partível, ao passo que ao cônjuge, em igual posição, seria deferida a metade do acervo hereditário. Os outros dois terços seriam, então, percebidos pelo pai ou pela mãe que participassem da chamada sucessória, ou seriam repartidos entre os avós ou bisavós do falecido, segundo a linha e o grau de parentesco.⁴⁷

A respeito da concorrência com os ascendentes, Maria Berenice Dias ensina que:

Quando a concorrência se dá com ambos os genitores do falecido, cada um deles recebe 1/3 e mais a integralidade dos bens particulares do filho falecido. Na concorrência com só um dos pais, este fica com 2/3, e o companheiro permanece

⁴⁵ RODRIGUES, **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 118.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 175.

⁴⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernando Novaes. **Sobre a ordem de vocação hereditária: Condições para a concorrência do cônjuge e do convivente no chamamento dos herdeiros antecedentes**. 23/04/2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso em 04 de Novembro de 2013.

somente com a terça parte dos aquestos. Mesmo quando os ascendentes forem de graus mais distantes (avós ou bisavós do falecido), permanece igual o direito do companheiro, independente do número de ascendentes.⁴⁸

Caso não haja ascendentes, ainda assim o companheiro sobrevivente continuará a concorrer, desta vez com os colaterais, que são considerados até o 4º grau de parentesco, como irmãos, tios, ou até primos, sendo que há a exclusão dos mais remotos pelos mais próximos. Francisco Jose Cahali e Fabiana Domingues Cardoso ensinam que:

Caso constatado não haver descendentes e ascendentes, seja por inexistência, morte, renúncia ou até exclusão por indignidade e deserção, ainda assim, o companheiro continuará a concorrer em sua limitada herança com os colaterais, estes considerados até o 4º grau de parentesco (irmãos, tios ou até primos do falecido), com a exclusão dos mais remotos pelos mais próximos. E é aqui que as diferenças em relação à sucessão começam a se evidenciar.⁴⁹

É importante se faz ainda distinguir os irmãos bilaterais e os irmãos unilaterais. Os primeiros têm em comum os genitores (pai e mãe), ou seja, são filhos do mesmo pai e da mesma mãe. Já os irmãos unilaterais têm em comum apenas o pai e nesse caso são chamados de irmãos unilaterais consangüíneos, ou a mãe, que seria chamado de unilaterais uterinos.

Em suma, concorrendo o companheiro, a herança do *de cujus*, com irmãos bilaterais e unilaterais, terá direito a terça parte dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Os outros dois terços serão divididos entre os irmãos, sendo que os bilaterais terão direito a uma quota duplicada, enquanto os unilaterais terão direito a uma quota simples.

Por ultimo o inciso IV pronuncia que na ausência de parentes sucessíveis, isto é, inexistindo descendentes, ascendentes, nem colaterais, até o quarto grau por parte do *de cujus*, o companheiro terá direito à totalidade da herança.

Justifica-se que a totalidade da herança aqui mencionada, diz-se somente sobre os bens adquiridos onerosamente da constância da união estável. Rizzardo nesse sentido declara:

Participa o convivente da sucessão do outro restritamente nos bens adquiridos onerosamente, nas proporções assinaladas, se existirem sucessores, filhos comuns, ou sucessores filhos só do autor da herança, ou sucessores outros parentes. Não havendo parentes sucessíveis, o sobrevivente receberá a totalidade da herança, mas restritamente quanto aos bens surgidos, de forma onerosa, durante a União Estável. O patrimônio formado antes da União, e aquele herdado ou doado, não ingressa na herança.⁵⁰

Hironaka acrescenta:

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 181.

⁴⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues e CAHALI, Francisco José. **A Sucessão na União Estável. In Direito das Sucessões**: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Coordenação: Christiano Cassettari e Márcia Maria Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p 135.

⁵⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2005 p. 200.

Por fim, na ausência de quaisquer parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente poderá amealhar a totalidade dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da União Estável, segundo o que determinam o inciso IV e o caput do art. 1.790 do CC/02. Assim, quanto aos bens particulares do falecido, inexistindo parentes sucessíveis, serão os mesmos entregues ao Poder Público, em detrimento do companheiro supérstite.⁵¹

A respeito da conclusão deste item, cabe observar que mesmo o Código Civil de 2002 disciplinando em seu artigo 1844 o qual dispõe que “Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal” a herança transmitir-se-á ao companheiro somente quanto aos bens adquiridos pelo esforço comum durante a vigência da união estável, mesmo que este exista ou dela não abdique.

Superada a análise da questão pertinente aos direitos sucessórios dos companheiros passa-se a análise dos direitos sucessórios dos cônjuges para eventuais comparações.

2.2 Da sucessão do cônjuge: artigo 1829 e seguintes do Código Civil

Para dar início às análises pertinentes de como ocorre a sucessão do cônjuge, torna-se necessário evidenciar o artigo 1829, que demonstra como ocorrerá a sucessão do cônjuge. Tal dispositivo legal, encontra-se alocado sob o título II (Da Sucessão Legítima), capítulo I (Da Ordem de Vocação Hereditária), qual seja:

Art. 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; 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.⁵²

⁵¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **O Sistema de Vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos Brasileiro e Italiano**. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 29. Ano VII abril-maio. 2005, p.71

⁵² **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 16 ed. – São Paulo: Rideel, 2013. (Série Vade Mecum). p. 216.

Imperioso se torna ressaltar que os cônjuges figuram como herdeiros necessários no direito sucessório, posição esta, reservada apenas para àqueles que contraem o matrimônio em se tratando de convivência *more uxório*. Flávio Tartuce ensina:

Além da questão da concorrência sucessória criada pelo novo sistema privado, outro ponto importante a ser salientado é que o cônjuge foi alcançado na condição de herdeiro necessário (art. 1845 do CC), tendo direito à legítima. Em outras palavras, deixa o cônjuge de ser herdeiro facultativo e passa a ser necessário. (...) a condição de herdeiro necessário gerou ao cônjuge enorme proteção, mas não só. Isso porque, em determinadas situações a concorrência com os descendentes, aliada ao fato de ser o cônjuge herdeiro necessário, gera uma indesejada sociedade quanto à herança do falecido.⁵³

Partindo-se do que anuncia o inciso I e artigos 1832, 1833, 1834 e 1835, é oportuno salientar que quanto a concorrência sucessória com os descendentes, estará sujeita a observância do regime de bens adotado, fato que, ressalva-se algumas hipóteses nesse sentido, sendo que quando casado no regime da comunhão universal o cônjuge não participará do acervo hereditário em questão, visto que, já incide a meação sobre todos os bens do falecido, sejam eles particulares ou comuns, isto, em atinência as formalidades do regime de bens adotado; por outro lado se o regime de bens que incidir sobre o casamento for o da separação obrigatória, não há razão para a participação sucessória do cônjuge sobre os bens, visto que, se não puderam optar ou não optaram por livre espontânea vontade durante a vida, não existe motivo para assim se proceder depois da morte; ao cônjuge sobrevivente será concedido direito sucessório apenas sobre os bens adquiridos na vigência do casamento, isto, se casado pelo regime da comunhão parcial de bens, terá direito à meação. Neste caso também poderá existir direito hereditário, caso em que não houve constituição de patrimônio comum. Nesse sentido, o supracitado artigo age de forma a evitar que o cônjuge sobrevivente fique sem qualquer patrimônio, ressaltando os casos em que já recebe a meação do total dos bens (comunhão universal e na parcial quando inexistirem bens particulares), restando somente a meação do morto para ser partilhada entre os descendentes. Em lição atinente ao assunto, Giselda Hironaka ensina:

O legislador determina uma ordem de vocação hereditária, em que divide os chamados a herdar em classes, impondo entre eles uma relação preferencial em que uns excluem os outros, segundo a ordem estabelecida no ordenamento. O Código Civil atual, apesar de manter a ordem de vocação hereditária tradicionalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, garante ao cônjuge supérstite uma dada posição de igualdade, e por vezes até de primazia, relativamente aos descendentes e ascendentes – que continuam a compor a primeira e a segunda classes de vocação hereditária – chamados a herdar. O cônjuge sobrevivente encontra, por força dessa

⁵³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 6: Direito das sucessões**. – 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 145.

listagem preferencial ao chamamento a herdar, em terceiro lugar, mas posiciona-se favorecido também nas duas primeiras e antecedentes classes, já que a lei dispõe que ele concorre com aqueles primeiro chamados a herdar, isto é, com os descendentes e ascendentes.⁵⁴

Expõe Ana Luiza Maia Nevares:

Assim, havendo descendentes, o cônjuge não herdará se casado sob o regime da comunhão universal de bens. Sendo o regime o da comunhão parcial, a sucessão do cônjuge só terá lugar se o falecido houver deixado bens particulares. Desse modo, exclui-se da sucessão aquelas hipóteses em que a situação patrimonial dos cônjuges, em que pese o regime da comunhão parcial, é similar àquela do regime da comunhão universal.⁵⁵

Haverá também a hipótese de concorrência sucessória do cônjuge com os ascendentes do autor da herança (inciso II), nesse caso o cônjuge será chamado a suceder sem a necessidade de se observar o regime de bens adotado. O artigo 1837, disciplina, de que forma ocorrerá a sucessão do cônjuge sobrevivente concorrendo com a classe dos ascendentes, o qual dispõe que “concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.”⁵⁶

Silvio de Salvo Venosa explica:

Desse modo, concorrendo com sogro e sogra, receberá o cônjuge um terço da herança, que será, portanto, dividida em partes iguais. Se concorrer apenas com o sogro ou com a sogra, ou com os pais destes, independentemente do respectivo número, será sempre assegurada a metade da herança ao supérstite.⁵⁷

No inciso III e no artigo 1838, a herança transmitir-se-á ao cônjuge sobrevivente por inteiro, porém para que esta se configure, não devem existir as pessoas citadas nos dois primeiros incisos, ou seja, descendentes ou ascendentes. O professor Flávio Tartuce, leciona sobre o tema da seguinte maneira:

Isso porque o cônjuge sobrevivente é o terceiro na ordem de vocação hereditária (art. 1829, III, do CC), e a sua posição independe do regime de bem do casamento. Os colaterais não concorrem com o cônjuge em hipótese alguma. Só serão chamados a suceder os colaterais caso o cônjuge não preencha os requisitos contidos no art. 1830 do CC.⁵⁸

⁵⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 63.

⁵⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 66 – 67.

⁵⁶ **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 16 ed. – São Paulo: Rideel, 2013. (Série Vade Mecum). p. 217.

⁵⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões** / Silvio de Salvo Venosa. – 4. ed. v. 7 – São Paulo: Atlas, 2004. p. 115.

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das sucessões**. – 6. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 196.

Por ultimo no inciso IV que também é matéria constante no artigo 1839, a herança será deferida aos colaterais, considerando-se estes, até o quarto grau, isto, se não existirem nenhuma dessas pessoas de que tratam os incisos anteriores.

Ao cônjuge sobrevivente também é assegurado o direito real de habitação. Segundo o artigo 1831:

Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.⁵⁹

Flávio Tartuce aclara-nos sobre o tema:

O titular do direito real de habitação pode morar gratuitamente em um imóvel que não lhe pertence. Trata-se de um direito de gozo sobre o imóvel alheio bastante limitado. Isso porque somente seu titular poderá residir no imóvel, não podendo alugá-lo nem emprestá-lo a terceiro. Quando se afirmar que o titular residirá gratuitamente, isso quer dizer que o dono do imóvel não receberá qualquer remuneração, ou seja, não poderá cobrar do titular do direito de habitação qualquer espécie de aluguel ou de outra forma de remuneração. Entretanto, ao titular do direito real de habitação são atribuídos alguns deveres que devem ser observados.⁶⁰

O mesmo autor, ainda se tratando de direito real de habitação explica:

O Código Civil de 2002 amplia o limite temporal do direito real de habitação do novo cônjuge, que não mais se extingue em razão de novo casamento ou união estável, mas apenas quanto a morte do titular. Em outras palavras, trata-se de um direito real de gozo ou fruição vitalício.⁶¹

Os artigos 1841, 1842 e 1843 estabelecem como ocorrerá a concorrência sucessória dos irmãos que figuram como colaterais de segundo grau e enquadram-se no quarto lugar da ordem de vocação hereditária. Dispõe o artigo 1841; “Concorrendo a herança do falecido irmão bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.”⁶²

Por esta regra sucessória, nota-se que existe diferença ao aquinhoar-se os irmãos advindos de relações diferentes, ou seja, os bilaterais herdarão mais do que os unilaterais, sendo que os bilaterais são filhos do mesmo pai e da mesma mãe e os unilaterais filhos de pai ou mãe diferentes.

⁵⁹ **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 16 ed. – São Paulo: Rideel, 2013. (Série Vade Mecum). p. 217.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das sucessões**. – 6. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 199.

⁶¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das sucessões**. – 6. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 200.

⁶² **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 16 ed. – São Paulo: Rideel, 2013. (Série Vade Mecum). p. 217.

O artigo 1842 preceitua que “não concorrendo à herança irmão bilateral, herdarão, em partes iguais, os unilaterais”⁶³, a concorrência será feita por cabeça. Tal regra aplica-se também quando concorrerem unicamente irmãos bilaterais.

Os filhos dos irmãos também poderão figurar como herdeiros, assim como os tios, é o que preceitua o artigo 1843. Carlos Roberto Gonçalves pondera: “embora sobrinhos e tios sejam parentes colaterais em terceiro grau, a lei dá preferência aos primeiros, ou seja, à energia mais nova.”⁶⁴

⁶³ **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 16 ed. – São Paulo: Rideel, 2013. (Série Vade Mecum). p. 217.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. – 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 199 – 200.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Controlar a constitucionalidade de um ato normativo infraconstitucional sugere em atribuir ou não a esse diploma validade jurídica diante da ordem constitucional vigente. O controle da constitucionalidade, atualmente, no sistema jurídico brasileiro, além da característica política de controle preventivo, releva sobremaneira, com o veto presidencial e as Comissões.

Das Constituições emanam os poderes a serem exercidos para se regular e gerir um Estado. As Constituições rígidas têm como principal característica um processo específico e cauteloso de revisão, mesmo porque a norma constitucional está inserida como fonte principal de todo o ordenamento jurídico, encontra-se no mais alto patamar hierárquico, dessa forma a partir dela emanam todas as outras normas que compõe o ordenamento jurídico. Paulo Bonavides explica:

O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.

(...)

A conseqüência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.⁶⁵

Assim, partindo do pressuposto da hierarquia das leis, e da mencionada supremacia constitucional, todas as leis infra-constitucionais devem obrigatoriamente obediência à norma constitucional, pois é dela que tiram seu fundamento de validade e existência. A respeito do controle de constitucionalidade, Alexandre de Moraes revela; “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.”⁶⁶

Portanto, se o princípio da supremacia da constituição determina que todo o resto do ordenamento jurídico seja criado e regulamentado segundo as imposições da Constituição, o controle de constitucionalidade fiscaliza essas determinações, agindo nos casos onde ela for comprovadamente desobedecida.

Tratar-se-á dos meios de controle de constitucionalidade dos atos normativos, as espécies de ação de controle: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, Ação

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. - 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 296.

⁶⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 731.

Declaratória de Constitucionalidade (ADC ou ADECON) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF.

3.1 Controle difuso e controle concentrado

No sistema nacional de controle de constitucionalidade, o mesmo poderá ser exercido pelo controle difuso de forma incidental. Toma-se por base as ideias de Lenza: “O controle difuso, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal de Poder Judiciário.”⁶⁷

Também sobre a matéria em comento, faz-se uso das ideias de Dirley da Cunha Junior:

No Brasil, o controle incidental de constitucionalidade dos atos e omissões do poder público pode operar-se – reafirmamos – no âmbito de qualquer demanda judicial, desde que exercido concretamente num processo *inter partes*, ao ensejo do desate de uma controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, onde se deseja a solução de um conflito de interesses. A questão da constitucionalidade é somente arguida incidentalmente, como prejudicial de mérito da pretensão deduzida, de modo que esta só pode ser desatada após a resolução daquela *conditio*. Quer dizer, as partes pretendem acertar judicialmente uma determinada relação jurídica, q contudo, depende do exame prévio da questão constitucional, que ostenta caráter prejudicial.⁶⁸

Quanto à competência para realizar o controle difuso-incidental de constitucionalidade é exercido por qualquer juiz ou tribunal com competência para processar e julgar a causa:

No Brasil, o controle incidental da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, porquanto difuso e aberto, pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal com competência para processar e julgar a causa. O juiz como é óbvio, julga o incidente de inconstitucionalidade sempre originalmente. O tribunal (qualquer que seja o grau: inferior ou superior, até mesmo o Supremo Tribunal Federal), tanto originariamente quanto em grau de recurso.⁶⁹

Diante do exposto, entende-se que a decisão sobre a inconstitucionalidade via controle incidental atua somente no caso concreto e atinge exclusivamente as partes litigantes.

Por outro lado, existe o controle de constitucionalidade concentrado que é exercido por via de ação, nas palavras de Dirley da Cunha Junior:

⁶⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 269.

⁶⁸ JUNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. – 5. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2011. p. 116.

⁶⁹ JUNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. – 5. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2011. p. 157.

À vista desse modelo, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma fiscalização abstrata das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição. Tal se dá em face do ajuizamento de uma ação direta, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

Ainda acrescenta:

Assim, a questão constitucional, no controle concentrado, assume natureza de questão principal, porque relacionada ao próprio objeto da demanda, distinguindo-se do controle difuso, no âmbito do qual – relembremos – a questão constitucional se limita à mera questão prejudicial, suscitada como incidente ou causa de pedir, porém jamais como pedido. Por isso, o controle concentrado é provocado por via principal, com a propositura de uma ação direta, através da qual se leva ao Supremo Tribunal Federal a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, sem qualquer análise ou exame do caso concreto. O Supremo Tribunal se limita a examinar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida a assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição.⁷⁰

Cabe- nos ainda elucidar como ocorre a provocação do controle concentrado principal de constitucionalidade, tendo em vista as ações diretas; segundo Dirley da Cunha Junior:

As ações especiais que suscitam o controle concentrado-principal de constitucionalidade têm natureza de ação objetiva, que instauram um processo objetivo, por meio do qual será dirimida uma questão constitucional. Não se compõe, por meio delas, qualquer conflito de interesse. Em razão de sua natureza objetiva, no processo de controle concentrado-principal de constitucionalidade das normas não há partes, não há contenda, não há disputa ou tutela de direitos subjetivos, enfim, não há pretensão resistida. Há tão somente, já sublinhamos, a defesa objetiva da supremacia da Constituição, de interesse de toda a coletividade.⁷¹

Procura-se através do Controle de Constitucionalidade impedir que norma contrária à constituição permaneça no ordenamento jurídico. E cada espécie de controle tem sua forma de impedir. Em regra, através do controle concentrado, almeja-se retirar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando- se, por imediato, a invalidação da lei ou ato normativo. A ADI (ação direta de inconstitucionalidade) é a principal das ações, visa expurgar as leis e atos normativos em descompasso com a Constituição da República. Trata-se de um pedido direto, ao Supremo Tribunal Federal ou ao Tribunal de Justiça, dependendo da origem da lei impugnada, para que ela seja expelida do Ordenamento Jurídico pelo fundamento principal de não se adequar ao que informa a Constituição. A ADI genérica por sua vez, é o controle de constitucionalidade de ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração. As ações interventivas têm esse nome porque consistem na intervenção federal em algum Estado ou em Município. A ADI por omissão

⁷⁰ JUNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. – 5. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2011. p. 177.

⁷¹ JUNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. – 5. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2011. p. 187.

ocorre quando uma norma constitucional deixa de ser efetivamente aplicada pela falta de atuação normativa dos órgãos dos poderes constituídos. E o objetivo da ADECON é transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta, não mais se admitindo prova em contrário. E por fim, o objetivo da ADPF é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público.

Destarte, diante do exposto, fica evidenciado que para se fomentar que sejam realizados os controles de constitucionalidade acima descritos, são necessárias formalidades de alto rigor, ainda mais se tratando de controle concentrado. No caso do artigo 1790 do Código Civil, necessário é que se faça o controle de constitucionalidade por via de ação direta, pois, via controle difuso, já vem sendo realizado e, por conseguinte, não elimina a controvérsia material da norma, apenas deixa-se de aplicá-la sob a alegação de a mesma ser inconstitucional. Esta forma de controle não elimina seu vício formal, pois, cada vez mais o Poder Judiciário vem sendo acionado para resolver litígios sobre a matéria em questão. Se comprovada sua inconstitucionalidade a norma deve ser retirada a fim de gerar eficácia *erga omnes* (contra todos) e efeito *ex tunc* (efeito retroativo).

3.2 Controle concreto e controle abstrato

O controle concreto, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, decorre de decisão apreciada por órgão judiciário como preliminar em litígios determinados. Trata-se do caso onde o controle é difuso e tem efeito somente entre as partes litigantes.

Com relação ao controle de constitucionalidade concreto ou incidental, cabe-nos já de início exemplificá-lo, tomando como fundamento as lições do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o qual elucida:

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso do processo de sua competência. A decisão, que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre a questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada. Daí recorrer-se a suspensão de execução pelo Senado de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.⁷²

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. – 4. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1116 – 1117.

Também sobre o mesmo assunto esclarece Paulo Bonavides:

O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar.

(...)

Sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo.⁷³

Alexandre de Moraes também leciona da seguinte maneira:

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nessa via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou do ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

(...)

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois objeto principal da ação.⁷⁴

De tal modo, conclui-se que em se tratando de controle de constitucionalidade concreto, o mesmo será exercido por órgão judiciário competente. Neste caso, deixa-se de aplicar a lei àquela situação do caso concreto, limitando-se o Poder Judiciário a agir somente quando provocado para se manifestar diante do caso. O fato de não aplicar a lei não a torna nula, demanda-se um processo mais cauteloso para tanto. Destaca-se que no controle por via de exceção qualquer órgão judicial pode suscitar sobre a matéria em análise.

O controle abstrato, por sua vez, é decorrente de ação direta, quando se trata da análise própria e exclusiva acerca da inconstitucionalidade da norma. É o caso do controle concentrado, com efeito geral, eliminando a aplicação da lei ou do ato normativo reconhecido como inconstitucional.

Ao comentar sobre o controle abstrato ou por via de ação, Paulo Bonavides ensina:

O sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via de exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes* (com relação a todos).

(...)

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. – 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 302.

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 740.

Caracteriza-se esse processo por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta. Uma vez declarada inconstitucional a lei é removida da ordem jurídica para qual se apresenta incompatível.⁷⁵

Alexandre de Moraes leciona:

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.⁷⁶

Neste caso, o controle constitucional será exercido por via de ação, isto é, quando mesmo não existindo caso concreto o Poder Judiciário pronuncia-se em relação ao efeito que a norma poderá produzir se for aplicada, o autor da ação pede ao tribunal constitucional que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual. A declaração de inconstitucionalidade é o principal objeto da ação ao contrário do ocorrido no controle por via de exceção. No Brasil o órgão competente para julgar ações que visem o teor constitucional da norma é o Supremo Tribunal Federal que figura como intérprete máximo da Constituição (artigo 102 CR/1988).

No caso do artigo 1790 do Código Civil, principal objeto de estudo, a possível inconstitucionalidade deverá ser arguida pela via principal (via de ação), visto que o objeto da análise é justamente a constitucionalidade, e não a causa que deu margem ao questionamento.

3.3 Inconstitucionalidade material e formal

Por inconstitucionalidade material, entende-se que uma norma não atende ou não regula as relações do público para o qual foi alvo, de maneira inteiramente ineficaz quanto a sua finalidade, agregando conflitos junto aos princípios constitucionais. A esse respeito o Ministro Gilmar Ferreira Mendes doutrina:

Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição.

A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo.⁷⁷

Pedro Lenza também define inconstitucionalidade material da seguinte forma:

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. – 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 307.

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 755.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. – 4. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1063.

Por seu turno, o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à “matéria”, ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. Não nos interessa saber aqui o procedimento de elaboração da espécie normativa, mas, de fato, o seu conteúdo. Por exemplo, uma lei discriminatória que afronta o princípio da igualdade.⁷⁸

Destarte, trata-se da verificação material da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição da República.

Já no que tange a inconstitucionalidade formal, esta, se apresenta quanto a elaboração da lei, sem a observância de normas regentes para o processo legislativo.

Pedro Lenza a respeito do assunto:

Como o próprio nome induz, a inconstitucionalidade formal, também conhecida como nomodinâmica, verifica-se quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua “forma”, ou seja, em seu processo de formação, vale dizer, no processo legislativo de sua elaboração, ou ainda, em razão de sua elaboração por autoridade incompetente.⁷⁹

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes prenuncia:

Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei. Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.⁸⁰

Deste modo, por inconstitucionalidade formal, entende-se aquela que fere as normas constitucionais do processo legislativo por pura inobservância de seus preceitos, possibilitando assim, controle repressivo por parte do Poder Judiciário.

Diante do exposto, a norma para qual pretende-se exercer controle de constitucionalidade, qual seja, o artigo 1790, mostra-se com possível vício de inconstitucionalidade material, uma vez que não disciplina de forma eficiente as relações entre a mesma e aos sujeitos subordinados à ela.

⁷⁸ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 254.

⁷⁹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 251.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. – 4. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1061.

3.4 Da (in)constitucionalidade da sucessão dos companheiros frente a sucessão do cônjuge sobrevivente

Sobre as controvérsias referentes à sucessão do companheiro expostas pela presente monografia, torna-se necessário demonstrar o assunto principal tratado por esta pesquisa. A inconstitucionalidade de tal dispositivo encontra-se sustentada junto às idéias de diversos e renomados doutrinadores, bem como, distintos juristas.

Já de início nota-se que o legislador não acertou na localização do citado dispositivo, uma vez que, em se tratando de matéria sucessória o mesmo deveria estar alocado na parte que faz referência à sucessão legítima. Flávio Tartuce, neste sentido:

De início, cabe ponderar que o Código Civil de 2002 sequer acertou quanto a localização topológica da matéria que aqui estamos estudando. Isso porque a sucessão do companheiro é trabalhada num único dispositivo, que se localiza junto às disposições gerais da sucessão, sendo que, evidentemente, deveria estar alocada no Título II (Sucessão Legítima) em seu capítulo I, qual seja aquele que trata da ordem de vocação hereditária.⁸¹

Partindo-se do que prenuncia o *caput* o companheiro sobrevivente participará da sucessão do outro apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, isso quer dizer que se o *de cujus* possuísse bens particulares de nada deles a companheira se aproveitaria, mesmo que fossem os únicos que dispusesse ele. O cônjuge, por sua vez, nas mesmas condições, participará do acervo patrimonial em questão de forma mais vantajosa que o companheiro, sendo este, herdeiro de todo o patrimônio caso não existam descendentes ou ascendentes; é o que lhe assegura o artigo 1829 do Código Civil de 2002. De tal maneira, Zeno Veloso assim explica:

Restringir a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo *de cujus* na vigência da união estável não tem nenhuma razão, não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema, podendo gerar conseqüências extremamente injustas: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens à época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro se este não adquiriu outros bens durante o tempo da convivência. Ficará essa mulher- se for pobre- literalmente desamparada, mormente quando o falecido não cuidou de beneficiá-la em testamento.⁸²

Desta forma, torna-se forçoso fazer uso de analogia em favor do companheiro à situação do cônjuge sobrevivente a qual não existindo bens comuns, mas apenas particulares,

⁸¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 6: Direito das sucessões**. Prefácio Zeno Veloso. – 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 209.

⁸² VELOSO, Zeno. **Do Direito Sucessório dos Companheiros**. In Direito de família e o novo Código Civil: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 106.

o mesmo participará do acervo patrimonial em questão, pois, não seria adequado deixar o companheiro desamparado, assim como não é, deixar em desamparo o cônjuge sobrevivente.

Nota-se que o artigo 1790 do Código Civil de 2002 reconhece direitos sucessórios ao companheiro em concorrência com os descendentes do autor da herança. Nos termos do seu inciso I, se o companheiro concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Por outro lado, se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles. Neste diapasão, a questão a ser levada em consideração, é a razão pela qual não se assegurou ao companheiro cota parte mínima, quanto à concorrência sucessória com descendentes, fato é que ao cônjuge sobrevivente é assegurado esse benefício.

Levanta-se, também, a redação mal elaborada do referido dispositivo, quanto ao fato do mesmo fazer referência a filhos e descendentes:

O equívoco é claro na redação dos incisos, uma vez que o primeiro faz menção aos filhos; enquanto que o segundo aos descendentes. Na esteira da melhor doutrina é forçoso a concluir que o inciso I também incide às hipóteses em que estão presentes outros descendentes do falecido.⁸³

No mesmo sentido o Enunciado 266 CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil: "Aplica-se o inc. I do art. 1790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns".⁸⁴

Já a matéria constante em seu inciso III, tem sido julgada com frequência nos tribunais de todo o país, uma vez que, se o falecido não deixou descendentes ou ascendentes, mas deixou parentes colaterais até o 4º grau, estes serão chamados a suceder, ou seja, em concorrência com estes parentes, tocar-lhe-á apenas um terço da herança; diferentemente do cônjuge, pois o inciso III do artigo 1829 concede ao mesmo a totalidade da herança. Nesse sentido:

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de quarto grau. Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro (...) resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o quarto grau do *de cuius*.⁸⁵

⁸³ TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2681, 3 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17751>>. Acesso em: 12 maio 2013.

⁸⁴ BRASIL. Conselho de Justiça Federal – CJF. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília DF, 1 dez. 2004. Disponível em <<http://cjf.jus.br/revista/enunciados/iiijornada.pdf>>. Acesso em 12 maio 2013.

⁸⁵ VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2002. v. XVII. p. 236 - 237.

Talvez, seja este o inciso que mais maltratou em sede de direitos sucessórios o companheiro. Todavia, não se justifica este tratamento discriminatório em face dos mesmos, visto a comparação com a posição reservada s famílias matrimonializadas, na qual o cônjuge sobrevivente figura em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, não concorrendo com os colaterais do falecido. Neste sentido é quando a própria Constituição da República prescreve proteção jurídica à união estável como forma de entidade familiar, equiparada ao casamento.

Em crítica ao mencionado dispositivo, afirma Flávio Tartuce:

Verifica-se, pois, que o CC/2002, quando tratou da sucessão dos companheiros, rebaixou o status do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge, ao diferenciar o regime de sucessão na herança. Trata-se, pois, de regra inconstitucional, uma vez que vulnerou os princípios da igualdade e da dignidade. (...) Assim, uma vez dada à execução a uma norma constitucional de caráter programático, através de lei infraconstitucional, não pode o legislador ordinário retroceder através de edição de lei ordinária superveniente que venha a reduzir o alcance da norma constitucional, sob pena de ser declarada inconstitucional.⁸⁶

A respeito do assunto Zeno Veloso pondera:

As famílias constituídas pelo afeto, pela convivência, são merecedoras do mesmo respeito e tratamento dado às famílias matrimonializadas. A discriminação entre elas ofende, inclusive, fundamentos constitucionais. O art. 1790 desiguale as famílias, é dispositivo, passadista, retrógrado, perverso. Deve ser eliminado o quanto antes. O código ficaria melhor - e muito melhor - sem essa excrescência.⁸⁷

Partindo-se para o que prenuncia o inciso IV, à primeira vista, tem-se a impressão que o companheiro foi beneficiado e de certo modo equiparou-se ao cônjuge, pelo menos no que tange à matéria em comento. Pois bem, se analisado o dispositivo isoladamente em relação ao *caput*, pode-se até chegar a esta conclusão, porém se o fizer da maneira correta, que é analisar o dispositivo em consonância com o *caput*, deparar-se-á com a situação, de que se o falecido tiver deixado apenas bens particulares, ou seja, nada amealhou durante a constância da convivência com o companheiro, a herança pertencerá única e exclusivamente ao Município, Distrito Federal ou até mesmo União dependendo da circunscrição onde a mesma estiver. Fazendo coro a esta crítica, Euclides de Oliveira:

Considerando a hipótese de o companheiro ter deixado apenas bens adquiridos antes da união estável, ou havidos por doação ou herança. Então o companheiro nada herdará, mesmo que não haja parentes sucessíveis, ficando a herança vacante para o ente público beneficiário (Município ou Distrito Federal, se localizada nas respectivas

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 6: Direito das sucessões**. – 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 245.

⁸⁷ VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1955.

circunscrições, ou União, quando situada em território federal – artigo 1844 do Código Civil de 2002).⁸⁸

Necessário se faz mais uma vez, concluir pela não aplicação desta regra, que por força do artigo 1844:

Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.⁸⁹

Na esteira do melhor entendimento, alia-se às idéias defendidas por Maria Helena Diniz:

Se o Município, a União e o Distrito Federal só é sucessor irregular da pessoa que falece sem deixar herdeiro, como poderia se admitir que receba parte do acervo hereditário concorrendo com herdeiro *sui generis* (sucessor regular), que, no artigo sub examinado seria o companheiro? Na herança vacante configura-se uma situação de fato em que ocorre a abertura da sucessão, porém não existe quem se intitule herdeiro. Por não existir herdeiro um sucessor regular, é que o Poder Público entra como sucessor irregular. (...) Isto seria mais justo, pois seria inadmissível a exclusão do companheiro sobrevivente, que possuía laços de afetividade com o *de c ujus*, o direito à totalidade da herança, dando prevalência à entidade pública. Se assim não fosse, intaurar-se-ia no sistema uma lacuna axiológica. Aplicando-se o artigo 5º. da LICC, procura-se a solução mais justa, amparando o companheiro sobrevivente.⁹⁰

Portanto, conclui-se, que em se tratando de matéria pertinente a diretos sucessórios dos companheiros foi onde o legislador dedicou menos apreço e atenção. O cônjuge é herdeiro necessário e figura no terceiro lugar da ordem de vocação hereditária. O companheiro é apenas herdeiro legítimo e herda depois dos parentes colaterais até o quarto grau. Quando a concorrência é com os descendentes e ascendentes, se limita aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união. E, quando concorre com os colaterais até o quarto grau, o direito é calculado sobre a totalidade da herança. Não se assegura a cota parte mínima, que é assegurada ao cônjuge sobrevivente. Quando concorre com os colaterais, o companheiro faz jus a somente um terço da herança. Não obstante, existe grande acervo jurisprudencial, julgando matéria pertinente à sucessão hereditária do companheiro. Nas palavras de Rolf Madaleno:

Mais uma vez, resta discriminada a relação afetiva oriunda da união estável que perde sensível espaço no campo dos diretos que já haviam sido conquistados após o advento da Carta Política de 1.988, em nada sendo modificada a atual redação do Novo Código

⁸⁸ OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: do concubinato ao casamento**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 211.

⁸⁹ **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 16 ed. – São Paulo: Rideel, 2013. (Série Vade Mecum). p. 217.

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 6 25. ed. São Paulo: Saraiva 2011. p. 146.

Civil e será tarefa pertinaz da jurisprudência corrigir estas flagrantes distorções deixadas pelo legislador responsável pela nova codificação civil.⁹¹

Revelando seu posicionamento sobre o assunto Maria Berenice Dias assegura: “em sede de direito sucessório é onde fica mais flagrante o tratamento discriminatório concedido ao parceiro da união estável sendo tratado - e muito mal – em um único dispositivo (CC 1790).”⁹²

Entretanto, mesmo que os dois institutos divirjam-se em algum pressuposto legal, a Constituição da República em seu artigo 226, § 3º, conferiu proteção análoga a união estável e ao casamento, porém não é o que se exprime ao se estudar a legislação infraconstitucional. Veja-se o raciocínio de Maria Berenice Dias:

O casamento e a união estável são merecedores da mesma e especial tutela do Estado. Todavia, em que se pese a equiparação constitucional, a lei civil, de forma retrógrada e equivocada, outorgou à união estável tratamento notoriamente diferenciado em relação ao matrimônio.⁹³

Pelo exposto, se a família, que consiste base da sociedade, tem especial proteção do Estado; e se por sua vez a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão equiparadas às famílias e as famílias que se criam informalmente, com os requisitos como, convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discriminação entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e o companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata os fundamentos constitucionais.

3.5 Análise de decisão

Questão de maior proeminência refere-se à suposta inconstitucionalidade do art. 1790 do CC, o que é ascendido por inúmeros sucessionistas dentre eles, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka é uma das juristas que sustenta ser o dispositivo inconstitucional, “por

⁹¹ MADALENO, Rolf. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 113.

⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 182.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 171.

desprezar a equalização do companheiro ao cônjuge constante do art. 226, § 3º, da CF/1988.”

94

A tese da inconstitucionalidade do art. 1790 do CC encontra amparo junto ao Agravo de Instrumento cujo afastou a aplicabilidade do artigo 1790, inciso III, por entender que se trata de norma inconstitucional.⁹⁵ Desta forma merece ser exposta a decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei.

Algumas ideias apontadas no relatório merecem relevo:

As regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais, uma vez que a nova lei rebaixou o *status* hereditário do companheiro supérstite, violando os princípios fundamentais da igualdade e dignidade. Requer que seja declarada a inconstitucionalidade do inciso III do art. 1790 do Código Civil de 2002.

O voto do relator Des. Ricardo Raupp Ruschel é no sentido de igualar a sucessão do companheiro à do cônjuge, tendo em vista os princípios da igualdade e da dignidade. Deste modo, as palavras do relator:

No caso em exame, o ponto nodal da discussão diz com o direito ou não de o recorrente, na condição de companheiro, herdar a totalidade da herança de alguém que não deixou descendentes ou ascendentes. Se a ele se confere o *status* de cônjuge, ou se lhe impõe as disposições do Código Civil de 2002, onde restou estabelecida, mediante interpretação restritivamente literal, distinção entre cônjuge e companheiro, conferindo àquele privilégio sucessório em relação a este.
(...)

⁹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder. Passado e Presente da transmissão sucessória concorrente.** São Paulo: RT, 2010, p. 447-457.

⁹⁵ TJRS. 7ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70020389284. Relator Des. Ricardo Raupp Ruschel. 12/09/2007. TJRS Acórdão 70020389284. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 26 de outubro de 2013.

Desta forma à luz desse ponto de partida, ou seja, do princípio de igualdade, não se pode negar que tanto a família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro inclusive no plano sucessório.

Quanto a proteção constitucional concedida à união estável e não observada no Código Civil de 2002, o relator pondera:

(...) importa, ao fim e ao cabo, em conferir odioso tratamento desigual entre cônjuge e companheiro, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei.

Não se pode perder de vista, ademais, que a própria Constituição Federal, ao dispor no § 3º do artigo 226 que, para efeito de 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, não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros. Tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil (Lei n.º 8.971/94 e Lei n.º 9.278/96). Não é aceitável, assim, que prevaleça a interpretação literal do artigo 1.790 do CC 2002, cuja sucessão do companheiro na totalidade dos bens é relegada à remotíssima hipótese de, na falta de descendentes e ascendentes, inexistirem, também, “parentes sucessíveis”, o que implicaria em verdadeiro retrocesso social frente à evolução doutrinária e jurisprudencial do instituto da união estável havida até então.

Quanto à regra de interpretação e aplicação da norma, o relator assinala:

Cabe consignar, outrossim, que primar pela aplicação literal da regra prevista no artigo 1790, III, da Lei Civil, além de afrontar o princípio da equidade, viola também o princípio do enriquecimento sem causa, o que, na hipótese dos autos, ocorreria por parte do irmão da autora da herança em detrimento do companheiro supérstite, que com a falecida convivia desde o ano de 1995.

De acordo com as ideias defendidas pelo relator, o dispositivo é inconstitucional, sendo que seu efeito deve ser afastado do caso concreto em análise. Neste caso o relator realizou o controle de constitucionalidade repressivo por via de exceção. Porém para arguir-se tal inconstitucionalidade deve-se propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o órgão competente exercer o controle de constitucionalidade concentrado, sendo este, o Supremo Tribunal Federal (STF) o responsável pela guarda da Constituição da República de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto pela pesquisa, cabe-nos posicionar sobre a matéria alhures. A Constituição da República de 1988, em seu artigo 226, § 3º, conferiu a união estável característica de entidade familiar, outorgando a este instituto posição similar à do instituto do casamento, no que tange às obrigações da convivência *more uxório*, porém, o Código Civil de 2002 em ato de espantosa regressão conferiu à união estável status muito inferior ao casamento no que tange a matéria sucessória, regulando timidamente a matéria em um único dispositivo civilista, qual seja o artigo 1790.

Não raras vezes faz-se ter a impressão de que a sociedade carece de um ordenamento jurídico mais eficaz em virtude das evoluções e desdobramentos que tem sofrido o direito de família, o legislador, contudo, deve ater-se a estes anseios proporcionando no que lhe caiba, maior segurança jurídica a aqueles que se fazem necessitados desta proteção.

É importante ressaltar que o Código Civil ainda possui maior dedicação e apreço à família constituída pelo instituto do matrimônio, dedicando cento e dez artigos ao casamento, fato que na verdade se mostra dotado de certo preconceito, haja vista, que o que é objeto de proteção constitucional é a família e não o amor ou os partícipes em questão, considerando-os isoladamente anteriores a ela. Contudo, ainda sobre o instituto do matrimônio, estabeleceram-se requisitos para a sua celebração, elencando direitos e deveres dos cônjuges, disciplinando diversos regimes de bens e estabelecendo as questões patrimoniais que decorrem da dissolução da sociedade conjugal e no que tange a união estável manifestou-se timidamente. A partir daí baseiam-se os direitos referentes à união estável em analogias, as quais, atinentes às uniões matrimonializadas.

Cabe aos operadores do direito exercer a árdua tarefa de valer-se de analogias e costumes para a aplicação do direito junto ao caso concreto, o que para a eficácia e uso do Direito não se parece adequado. Muitas vezes tem-se a impressão que o legislador infraconstitucional teve receio ao elaborar normas para disciplinar as relações advindas da união estável, isso porque quando inserido o dispositivo em comento junto ao Código Civil de 2002, o mesmo foi alocado “às pressas”, de forma que até sua posição topológica, foi prejudicada, estando inserido junto às disposições gerais da sucessão. De fato não se entende a posição do legislador, uma vez que no momento de sua inserção ao Código Civil de 2002, o mesmo já se fazia obedecer por leis infraconstitucionais que expressavam de maneira bem

melhor sucedida e suficiente do que a novel legislação, porém essas leis foram revogadas tacitamente.

Dentre as atrocidades cometidas pelo Código Civil analisa-se aquela referente aos bens dos quais o companheiro sobrevivente aproveitará em virtude do falecimento de seu companheiro, atenta-se também para aquela que define o rol dos herdeiros necessários abordada no artigo 1845, o companheiro não figura como herdeiro necessário. Além disso, atem-se também à concorrência sucessória do companheiro com outros parentes sucessíveis, que no caso do cônjuge isso não ocorre; não é garantida ao companheiro, cota parte mínima como é garantida ao cônjuge na concorrência com descendentes.

Tais tratamentos trazem ao companheiro sobrevivente prejuízos, posto que por não ser herdeiro necessário, os companheiros não fazem jus à legítima resguardada apenas para os herdeiros necessários. Quanto à concorrência sucessória do companheiro com outros parentes sucessíveis, definitivamente é tratamento perverso para com o companheiro, pois, existe a possibilidade de chamar-se a sucessão, parentes que sequer eram próximos ou conhecidos do *de cuius*, isto, em detrimento do companheiro sobrevivente.

Conforme demonstrado, o Código Civil de 2002 trata o casamento e a união estável de forma diferenciada, privilegiando o primeiro em flagrante afronta aos princípios constitucionais, tornando os dispositivos que se revelam desta forma inconstitucionais.

Com efeito, a Constituição da República de 1988 conferiu especial proteção à família, devendo a legislação infraconstitucional corresponder às determinações constitucionais. Uma vez que a Constituição equiparou o casamento e a união estável, cabe à lei dar tratamento equivalente.

De igual maneira, a sociedade e o Poder Judiciário também devem tratar tais institutos de maneira isonômica, efetivando as disposições constitucionais e impedindo que a aplicação da lei sem a visão constitucional continue a vilipendiar direitos uma vez garantidos.

Assim, torna-se necessário a aplicação no caso concreto das disposições garantidas pela Constituição declarando inconstitucionais quaisquer disposições contrárias às da Lei Maior aqui defendidas e expostas, de maneira a corroborar com a aplicação da justiça de forma equitativa e atingir a paz de forma unânime, junto ao seio da sociedade, visando sempre a proteção da entidade familiar garantindo os direitos pertinentes ao ramo do direito de família e por conseguinte atingir a desmatrimonialização da sociedade, vez que, para se observar uma Sociedade Democrática de Direito, não devem ser impostos requisitos para sua

efetividade. O valor das entidades familiares deve ser colocado em posição primacial, sejam elas constituídas por quaisquer das formas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloísa Helena. **O direito de família**, cit., p. 104. – 10 ed. – São Paulo: Saraiva. 2013.

BARROS, Washington Monteiro. **Curso de direito civil: direito de família**. 40. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. – 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal – CJF. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília DF, 1 dez. 2004 Disponível em <<http://cjf.jus.br/revista/enunciados/iiijornada.pdf>>. Acessado em 14 de junho de 2013.

CARDOSO, Fabiana Domingues e CAHALI, Francisco José. **A Sucessão na União Estável. In Direito das Sucessões**: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

____.Artigo. **As famílias e seus direitos**. 2010. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?26,8>>. Acessado em 18 de outubro de 2013.

____.Artigo. **Novos tempos, novos termos**. 2011. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?23,8>>. Acessado em 19 de outubro de 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das sucessões**. v.6. 25. Ed. São Paulo: Saraiva 2011.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. – 15. ed. revista, atualizada e ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. – 10 ed. – São Paulo: Saraiva. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. – 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre: Magister/ IBDFAM, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder. Passado e Presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: RT, 2010.

____. Artigo “**O Sistema de Vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos Brasileiro e Italiano**”. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 29. Ano VII abril-maio. 2005.

____. Artigo “**Sobre a ordem de vocação hereditária: Condições para a concorrência do cônjuge e do convivente no chamamento dos herdeiros antecedentes**”. 23/04/2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br,artigos>>. Acessado em 04 de Novembro de 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LEITE, Glauber Salomão. **Sucessão do cônjuge e sobrevivente: Concorrência com parentes do falecido**. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. – 4. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de direito civil: direito de família**. – 40. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre: Magister/ IBDFAM, 2010.

OLIVEIRA, Euclides de. **Questões controvertidas no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, 2004.

OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: do concubinato ao casamento**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o Novo Código Civil**. Prefácio. Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 7 .25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2681, 3 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17751>>. Acessado em 03 de novembro de 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das sucessões**. – 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TJGO, 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 22705244.2012.8.09.0000. Relator Desembargador Delintro Belo de Almeida Filho. 16/05/2013. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>. Acessado em 03 de novembro de 2013.

TJRS. 7ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70020389284. Relator Des. Ricardo Raupp Ruschel. 12/09/2007. TJRS Acórdão 70020389284. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acessado em 26 de outubro de 2013.

Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel / Anne Joyce Angher, organização. – 16 ed. – São Paulo: Rideel, 2013.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VELOSO, Zeno. **Do Direito Sucessório dos Companheiros**. In Direito de família e o novo Código Civil: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. – 4. ed. v. 7 – São Paulo: Atlas, 2004.