

JORGE BARÇANTE JÚNIOR

**ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A APLICABILIDADE  
DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

BACHARELADO  
EM  
DIREITO

FIC - MINAS GERAIS  
2013

JORGE BARÇANTE JÚNIOR

**ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A APLICABILIDADE  
DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência Parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da professora Alessandra Dias Baião Gomes.

FIC - MINAS GERAIS  
2013

## DEDICATÓRIA

À minha mãe Maria da Conceição Zóia Barçante (*in memoriam*), pessoa marcante, que sempre me incentivou em todos os momentos da minha vida e acreditou que um dia essa formação no Direito se tornaria realidade.

Ao meu pai Jorge Barçante que sempre esteve ao meu lado no percurso da vida, auxiliando e indicando caminhos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pela fé e força para persistir.

Minha esposa e filha, pelo incentivo dado ao longo do curso.

Aos meus irmãos e sobrinhos, pelas palavras de amizade.

À minha orientadora Alessandra Dias Baião Gomes pelo desenvolvimento desta monografia.

Aos demais professores da Faculdade de Direito de Caratinga, pela confiança em mim depositada ao longo do curso.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>Considerações conceituais</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I – DO DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	15
1.1 Modelos de família.....	17
1.1.1 Família Monoparental .....	17
1.1.2 Família formada pela união estável.....	18
1.1.3 Família formada pelo casamento.....	21
<b>1.2 Princípios constitucionais do Direito de Família</b> .....	22
1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	23
1.2.2 Princípio da Igualdade .....	25
1.2.3 Princípio da Liberdade .....	28
<b>CAPÍTULO II – DO DIREITO DA SUCESSÃO</b> .....	30
2.1 Da sucessão em geral .....	33
2.1.1 Sucessão do companheiro.....	36
2.2 Da ordem de vocação hereditária.....	41
2.2.1 Sucessão do Cônjuge.....	44
<b>CAPÍTULO III – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	48
3.1 Controle concentrado .....	50
3.2 Controle abstrato .....	52
3.3 Inconstitucionalidade material .....	53
3.4 Inconstitucionalidade formal .....	54

<b>3.5 Análise jurisprudencial</b> .....	56
3.5.1 Análise do voto do Ministro César Rocha no recurso especial 1135354 PB 2009/0160051-5 .....	56
3.5.2 Análise do voto do Ministro Luís Felipe Salomão no recurso especial 1135354 PB 2009/0160051-5 .....	58
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	62
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	64
<b>ANEXO</b> .....	67

## **RESUMO**

A monografia a ser apresentada trata da sucessão dos companheiros sob a análise da aplicabilidade do artigo 1.790 do Código Civil . Assim, pretende-se verificar se sob a perspectiva do direito constitucional brasileiro, o referido artigo seria passível de controle de constitucionalidade a ensejar razões para a declaração de sua inconstitucionalidade. Neste sentido, a Constituição da República em seu art. 226 § 3º determinou que embora o casamento e a união estável sejam entidades familiares, estas são juridicamente diferentes e produzem efeitos diferentes. Se assim determina a Constituição da República propor a declaração de inconstitucionalidade, seria equiparar as entidades familiares o que não parece ter sido a proposta do legislador constitucional. Tal declaração de inconstitucionalidade ensejaria, ao Código Civil de 2002, ao tratar da união estável, não somente o reconhecimento de inconstitucionalidade do referido artigo, mas todos os dispositivos que tratam das diversas formas de união.

**PALAVRAS-CHAVE:** Entidade familiar, direito de sucessão, controle de constitucionalidade.

## INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho é “Análise Jurisprudencial sobre a aplicabilidade do artigo 1.790 Código Civil”, e tem como objetivo estudar a união estável e as regras sucessórias analisando a possível inconstitucionalidade presente na regra do referido artigo ao determinar a distinção nos efeitos sucessórios entre cônjuges e companheiros.

Nesse ínterim, a demanda ora pesquisada destaca o problema de pesquisa no sentido de questionar se sob a perspectiva de direito constitucional, seria o artigo 1.790 do Código Civil, que trata da sucessão da companheira ser passível de controle de constitucionalidade a ensejar razões para a declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista a possível lesão ao princípio da igualdade no tratamento entre cônjuges e companheiros.

A partir de então se encontra substrato à confirmação da hipótese, que tal declaração de inconstitucionalidade ensejaria ao Código Civil 2002 que tratam da união estável não somente inconstitucional o artigo 1.790, bem como todos os dispositivos que tratam das diversas formas de união entre o homem e a mulher.

Como marco teórico da presente monografia, tem os argumentos adotados no Resp 1135354 do STJ, como o Ministro César rocha se manifestou:

“no próprio casamento há diferentes regimes de bens, produzindo diferente repercussão no regime sucessório. Se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor inconstitucional a opção legislativa de criar regime próprio, como o fez o Código Civil, para o quem, por opção pessoal, decidiu não se casar, mas manter seus vínculos familiares e afetivos sob o regime da união estável.”<sup>1</sup>

Como metodologia o presente trabalho versa sobre pesquisa bibliográfica, tratando-se de uma investigação teórico dogmática, no qual busca demonstrar o entendimento dos doutrinadores que tratam do tema proposto. Ainda, será necessária uma investigação jurisprudencial nos tribunais pátrios, para que se possa

---

<sup>1</sup> BRASIL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resp. n 1135354 PB 2009/0160051-5**. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em: 24/05/2011. Publicado DJe em: 02/06/2011.

verificar divergências quanto a possibilidade da inconstitucionalidade do artigo 1.790 Código Civil Brasileiro de 2002.

Sendo assim, a aludida pesquisa é de natureza transdisciplinar, tendo em vista a análise de conteúdo do Direito Constitucional e do Direito Civil.

A pesquisa realizada trará vários ganhos. No campo jurídico, na demonstração da importância do instituto da sucessão, a qual irá contribuir para que haja segurança jurídica ao serem confrontadas pela análise constitucional, bem como disciplinadas e regulamentadas no Código Civil Brasileiro de 2002 e como são entendidas no caso concreto.

Considerando ser um tema que atinge grande parcela da sociedade, essa também será beneficiada com tal análise, que terá conhecimento sobre a necessidade do exercício real e na contextualização a que as pessoas estão sujeitas, quando se unem para formação de um lar e aos bens a que tem direito.

Sob o ponto de vista acadêmico a presente pesquisa tem relevância no fato de contribuir para o entendimento da divisão patrimônio, bem como na falta de um dos que fazem parte desta junção familiar.

O ganho pessoal está no aumento do conhecimento que a pesquisa abordará o que será de grande valia na vida profissional futura.

Por fim, a presente pesquisa monográfica será apresentada em três capítulos. Sendo que o primeiro capítulo tem como Título “Do direito de Família”, abordando os modelos de família e sua de formação, monoparental, casamento e união estável. No entanto pelos civilistas a interpretação dominante do artigo 226 da Constituição Federal é no sentido da tutela dos três tipos de entidades familiares acima citadas, configurando assim números *clausus*.

Quanto a constituída pela forma monoparental formado por um dos pais quanto ao casamento ou formado por uma das pessoas quais sejam sexos opostos ou homoafetivo e a união estável formado por pessoas.

Nessa esteira de formação de famílias conjugam-se princípios estruturantes da constituição familiar como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Igualdade e Princípio da Liberdade.

No capítulo II Do Direito da Sucessão que intevem na partilha dos conviventes, demonstrando em seus subitens a sucessão do companheiro em

paralelo da ordem de vocação hereditária, delineando a sucessão do cônjuge em contrapartida as desigualdades com os companheiros.

No terceiro capítulo direcionado ao Controle de Constitucionalidade demonstração da possível inconstitucionalidade presente pela análise do artigo 1.790 do Código Civil em decorrência do controle e Princípios constitucionais e a possível equiparação do casamento a União estável. Tal estudo remete aos julgados dos tribunais pátrios de como são tratadas aquele que vive sob a união estável e a quais bens tem direito.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a temática proposta, qual seja, “Análise Jurisprudencial Sobre a Aplicabilidade do Artigo 1.790 do Código Civil”, faz-se necessário apresentar alguns conceitos essenciais a compreensão deste estudo. São eles: entidade familiar, direito da sucessão e controle de constitucionalidade.

Neste sentido, segundo Fábio Ulhoa Correa, assim classifica como as entidades familiares (ou famílias) do ponto de vista do direito positivo brasileiro, em duas espécies: “as constitucionais e as não constitucionais”. Por conseguinte as descreve o referido autor:

As famílias constitucionais são as mencionadas na Constituição Federal (art. 226). São três: a instituída pelo casamento, pela união estável do homem e da mulher e a família monoparental, isto é, a formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Já as famílias não constitucionais são as demais, vale dizer, as não lembradas pelo constituinte. Nessa ampla categoria incluem-se, por exemplo, as derivadas de parcerias entre pessoas do mesmo sexo e as famílias não monogâmicas.<sup>2</sup>

No que diz respeito a essas novas formas não constitucionais o casamento deixa de ser a única forma de construção da prole, tendo a entidade familiar novas perspectivas, novos arranjos, dos quais se constata pela compreensão mútua, afetividade e auto ajuda.<sup>3</sup>

Para o autor Carlos Roberto Gonçalves entende que “entre os vários ramos da ciência jurídica, o direito de família é aquele que se mostra mais ligado à própria vivência. Isso porque as pessoas provêm de uma entidade familiar e permanecem a ela vinculadas durante a sua existência, ainda que venham constituir nova família por intermédio do casamento ou pela união estável”.<sup>4</sup>

Bem como observa Maria Berenice Dias, “não se identifica a família por intermédio de um casamento, muito menos pelas diferenças entre os sexos, mas pelo vínculo afetivo de um mesmo projeto de vida e propósitos comuns.”<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> CORREA, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 27.

<sup>3</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Famílias** v. 6 Salvador: Ed. JusPodivm, 2012. p. 43.

<sup>4</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v 4. 7 ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p. 17.

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice de. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2011, p. 42.

Nessa interação de comunhão de vidas do ente familiar, surge um momento em que as pessoas passam por um período transitório da vida em consequência daquilo de que todos estão sujeitos, a morte, surgindo assim o direito sucessório.

De forma ampliativa Carlos Maximiliano conceitua:

Direito das sucessões, em sentido objetivo, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria – direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto.<sup>6</sup>

Assim, entende Carlos Roberto Gonçalves o que vem a ser sucessão:

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. Numa compra e venda, por exemplo, o comprador sucede ao vendedor, adquirindo todos os direitos que a este pertenciam. De forma idêntica, ao cedente sucede o cessionário, o mesmo acontecendo em todos os modos derivados de adquirir o domínio ou o direito.<sup>7</sup>

Para o autor César Fiusa, entende por sucessão:

Sucessão é a continuação de uma pessoa em relação jurídica, que cessou para o sujeito anterior e continua em outro. É a transferência de direitos de uma pessoa para outra. A sucessão, quanto à causa, pode ser *inter vivos* ou *causa mortis*.<sup>8</sup>

Contudo, pelo princípio da igualdade a cota parte destinada àquele que optou pelo casamento em contrapartida aos que conviveram em união estável estes se veem prejudicados, sendo que tais bens adquiridos pelo esforço comum entre as partes com a morte de um dos companheiros, se tornam em proporção menor,

---

<sup>6</sup> MAXMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1942. p.2.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v 4. 7 ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p.19.

<sup>8</sup> FIÚZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 1093.

diferentemente se fossem casados. Diante disso a sociedade deve estar segura das normas que existem seja para se realizar a justiça.

Dentro deste entendimento, por controle de constitucionalidade o Ministro Celso de Mello denomina dois elementos essenciais para definição, quais sejam:

[...] o primeiro elemento conceitual, consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. De outro, destaca-se o elemento temporal, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito. (ADI 595-ES Inf. 258 STF).<sup>9</sup>

Como controle de constitucionalidade, Pedro Lenza entende:

A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe noção de um escolamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.<sup>10</sup>

Por conseguinte Hans Kelsen entende que:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.<sup>11</sup>

Neste sentido, assevera Alexandre de Moraes que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou

---

<sup>9</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADI 595 ES (Ação Direta de Inconstitucionalidade) Relator: Min. Celso Bandeira de Mello. Publicado DJ 26/02/2002 PP-00021 RTJ VOL-00200-2 PP-01019.

<sup>10</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14 ed. revista, atualizada e ampliada EC: n. 62/2009. São Paulo: Saraiva 2010. p.195.

<sup>11</sup> MORAES apud KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288-290.

de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.<sup>12</sup>

A segurança jurídica se relaciona com os ideais de retidão. Nesse ponto, as considerações Luis Barroso são importantes:

A segurança encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas: açambarca em seu conteúdo conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas.<sup>13</sup>

Por conseguinte observa-se que a inobservância das regras da constituição, das quais passaram por um processo legislativo e que a norma criada entra em confronto com a Carta Magna, deverá esta nova lei passar por um “controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado”.<sup>14</sup>

Conforme ensinamentos de Alexandre de Moraes, “tais métodos o difuso, visa a controlar por via de exceção ou defesa, significando que todo juiz ou tribunal dentro de um caso concreto possa analisar no ordenamento jurídico se tal fato é compatível com a Constituição Federal”.<sup>15</sup>

Para Pedro Lenza, “o controle concentrado recebe este nome por concentrar-se em um único tribunal”.<sup>16</sup>

Por fim, cabe esclarecer que as formas de controle de constitucionalidade obedecem a um escalonamento normativo tendo como referência hierárquica a constituição da República de 1988, e que através dessa normatização o legislador encontrará formas de elaborar as leis bem como seu conteúdo.

---

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011, p.731.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p.49.

<sup>14</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011, p.731.

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011, p.740.

<sup>16</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 14 ed. revista, atualizada e ampliada EC n. 62/2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p.237.

## CAPITULO I – DO DIREITO DE FAMÍLIA

Sob a perspectiva de estrutura familiar pelo Código Civil de 1916 somente se admitia a família formada pelo casamento, sendo o fator biológico de seus componentes essencial à sua finalidade; ou seja a formação da prole.

Neste diapasão, impedia a dissolução das famílias e ao mesmo tempo, fazendo com que houvesse discriminações tanto daqueles que se unissem no intuito de constituição familiar, quantos aos filhos havidos dessa relação.

Pelas transformações surgidas ao longo do tempo a perspectiva de mudança fez surgir várias leis derogando vários dispositivos do referido código.

Eis que surge a Constituição da República de 1988, sendo normatizado pelo constituinte o artigo 226, ademais o que a sociedade já vivia, reconhecendo o casamento sendo uma solenidade, e no intuito de angariar os anseios da população, conjugados com as necessidades, estendeu tais proteções a união estável, sendo formado por pessoas e a monoparental formada na comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes.

De igual forma a Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece em seu artigo 16, 3 “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”.<sup>17</sup> “A família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social”.<sup>18</sup>

Na interação com a Constituição da República de 1988, surge o novo Código Civil de 2002, ampliando o conceito de família, regulamentando a entidade familiar, legitimidade do filho e a igualdade entre eles, a invalidade do casamento, nova disciplina da adoção, meios de subsistência, dentre outras alterações.

Assim, conforme Beviláqua definiu ao seu tempo tal posicionamento:

“Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as

---

<sup>17</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2013. [Consult. 2013-10-14]. Disponível na www: <URL: [http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-universal-dos-direitos-do-homem,2](http://www.infopedia.pt/$declaracao-universal-dos-direitos-do-homem,2)>.17.10.2013.13:45hs.

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice de Manual de. **Direito das famílias**, 7 ed. Editora Revista dos Tribunais 2011, pg. 28.

relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.<sup>19</sup>

Desta forma o Direito familiar expandiu ao longo do tempo compreendendo conjunto de direitos e deveres que regulam relações pessoais, patrimonial, assistenciais e afetivas de um grupo formado, no intuito de constituir família.

Assim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald exemplifica tais considerações de forma ampla, assim diz os referidos autores:

Em face da amplitude, é fácil perceber, que as normas do Direito das Famílias implicam efeitos pessoais, patrimoniais e sociais diversos. Para bem perceber esta situação, bastaria tomar como exemplo a relação do casamento ou de união estável, nas quais é possível notar efeitos pessoais (como o estabelecimento de vínculo de parentesco por afinidade), patrimoniais (dizendo respeito, por exemplo, ao regime de bens) e assistenciais (que podem ser exemplificados pelo reconhecimento da obrigação alimentar).<sup>20</sup>

Outrossim, vale dizer que a expressão “direito das famílias melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, sem preconceitos”.<sup>21</sup>

Assim, o direito familiar vem sendo esculpido em suas formas constitutiva, abrangente, surgindo novos perfis de grupos familiares no ordenamento constitucional brasileiro.

Nessa interação assiste-se ao ingresso de novos sujeitos e ao reconhecimento de diferentes relações, não tendo mais como ápice o casamento e seus efeitos civis, mudando radicalmente este cenário.

---

<sup>19</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Recife: Ramiro m. costa, 1986, p. 6.

<sup>20</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. famílias v. 6 Salvador: JusPodivm, 2012. p. 50.

<sup>21</sup> Dias, Maria Berenice de **Manual de Direito das Famílias**, 7 ed., SãoPaulo: Editora Revista dos Tribunais 2011, p. 28.

## 1.1 Modelos de família

### 1.1.1 Família Monoparental

A família monoparental foi reconhecida pela Constituição da República de 1988 no artigo 226 § 4º como entidade familiar e de acordo com a mesma é conceituada como “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. No que diz respeito a formação tal entidade, Maria Helena Diniz assim expõe:

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da idéia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um dos seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, produção independente, etc.<sup>22</sup>

Tais famílias, essas podem se originar simplesmente ao acaso como a viuvez, ou fruto da própria vontade, conforme entende o professor José Sebastião de Oliveira na seguinte passagem:

Como primeiro fator responsável pelo fenômeno monoparental pode-se citar a liberdade com que podem as pessoas se unir e se desunir, seja através de formalidades cogentemente estabelecidas, como decorre do casamento, seja de maneira absolutamente informal, como acontece na união estável.<sup>23</sup>

Com relação aos pais viúvos, pode-se afirmar que tal tipo de família monoparental é a mais antiga. Isto se deve ao fator da eventualidade, pois mesmo no passado em que só era admitido o casamento como forma constitutiva de família,

---

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.p.37.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 215.

quando um dos cônjuges falecia, forçosamente formava-se uma família monoparental.

Entretanto devido a transformações do meio social amplia-se a nomenclatura dessa constituição familiar, nesse quesito Gonçalves entende que:

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do Século passado e o advento da Constituição Federal de 1988 levaram a aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma paternidade responsável, e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas e aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não-discriminação do filho, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.<sup>24</sup>

Por fim, importante destacar que as famílias monoparentais oriundas do falecimento de um dos cônjuges há muito tempo já existia. Porém, o reconhecimento dessa entidade familiar veio no sentido de dar legalidade as formações decorrentes da vontade voluntária das pessoas, e não de um simples mero acaso.

### **1.1.2 Família formada pela união estável**

Com a evolução da sociedade os costumes alargaram-se fazendo com que, as relações extramatrimoniais surgissem na sociedade, da qual o legislador constitucional introduziu um termo generalizante ao instituto a entidade familiar.

Por tal termo novas entidades foram se formando, surgindo outros relacionamentos de pessoas que além dos constituídos pelo matrimônio, se uniam no intuito de uma nova concepção de construção familiar.

No intuito de dar juridicidade o legislador outorgou a essa nova forma de viver das pessoas dotando o que era conhecido por combinato transformado em união estável, como afirma Rodrigues:

---

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 5 ed., v.6. São Paulo: Saraiva, 2008. p.17/18.

A evolução da família constituída fora do casamento foi um dos aspectos marcantes do direito brasileiro, na segunda metade do século XX. A posição inicial do Código Civil de 1916 era de franca hostilidade com relação às famílias extramatrimoniais, que, entretanto, pouco a pouco, mas de forma inevitável, vieram ganhando amparo e conhecimento, até a Constituição de 1988, em que se proclama como tantas vezes foi dito, que a união estável entre homem e mulher está sob a proteção do Estado, devendo a lei facilitar-lhe a conversão em casamento.<sup>25</sup>

Nessa visão a ordem constitucional reconheceu não somente o vínculo do casamento, bem como a união estável e a monoparental, sintonizando na mesma linha de escala prerrogativas lineares de proteção.

Nessa perspectiva familiar, assim entende Dias:

A constituição, ao garantir especial proteção à família, citou algumas entidades familiares, as mais freqüentes, mas não as desigualou. Limitou-se a elancá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e por último a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela escala de prioridade entre elas. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo ambas merecedoras da mesma proteção.<sup>26</sup>

A Constituição da República ao disciplinar o casamento, união estável e a família monoparental as tornaram em grau linear em garantias de direitos, mesmo as tendo citado esta ou aquela em primeiro lugar, reconhecendo assim que todas são merecedoras de proteção estatal.

Ao inserir tais disposições o texto constitucional reconheceu a juridicidade do afeto, tornando as uniões constituídas pelo vínculo da efetividade nas entidades familiares.

Neste sentido, foi regularizado o casamento por pessoas do mesmo sexo que proferidas pelo STF (Supremo Tribunal Federal), culminou no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento

---

<sup>25</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito das sucessões** ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2003. p.116.

<sup>26</sup> DIAS, Maria Berenice . **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 160.

do REsp 1.183.378/RS, em outubro de 2011. Neste último, a Quarta Turma do Tribunal, em decisão inédita, concluiu que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir família da proteção jurídica representada pelo casamento.

O colegiado, por maioria, seguindo o entendimento do ministro Luis Felipe Salomão (relator), afirmou que o legislador poderia, se quisesse, ter utilizado expressão restritiva, de modo que o casamento entre pessoas do mesmo sexo ficasse definitivamente excluído da abrangência legal, o que não ocorreu.

Em decisão do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) foi aprovado a resolução Ato de nº 175 do qual determina que sejam convertidas em casamento, as uniões estáveis em casamento obrigando os cartórios de todo o Brasil a registrar casamentos com pessoas do mesmo sexo.

Tal aprovação se deu através do Ministro Presidente Joaquim Barbosa do Conselho Nacional de Justiça, concluiu:

“Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento”.<sup>27</sup>

Nessa visão constitucionalizada há que se perceber diferenças entre casamento e união estável, eis que ambas possuem em sua estrutura o elo afetivo. Entretanto a divergência consiste na constituição, pois o casamento se constrói pela celebração de um matrimônio com efeitos civis, enquanto a união estável por um termo inicial estabelecido pelas partes.

Por conseguinte quanto a divisão de patrimônios quem vive sob as regras da união estável, estes se vê diminuídos seu patrimônio com a morte do seu companheiro, da qual em tempo oportuno tal estudo será demonstrado.

---

<sup>27</sup> Diário de Justiça eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, n. 89, p. 2, 15 maio de 2013. [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/59411/Res\\_175\\_2013\\_CNJ.pdf?sequence=3](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/59411/Res_175_2013_CNJ.pdf?sequence=3)

### 1.1.3. FAMÍLIA FORMADA PELO CASAMENTO

Sob a influência religiosa tornou o casamento a peça chave para que o Código Civil de 1916 sofresse por tais influências no intuito da proliferação das famílias, conjugados a fatores preponderantes para se eternizar um casamento, a junção de dois seres de sexos opostos no intuito de constituir família.

Os critérios para vivência era disciplinada pelo homem do qual detinha todos os poderes do lar, enquanto a mulher era uma figura apenas matriarcal que obedecia as ordens do marido e responsável pela criação dos filhos.

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associar-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no momento do culto doméstico, fazendo deles um terceiro, apto para ser continuador desse culto.<sup>28</sup>

Ademais o casamento era diretamente associado ao indissolúvel, vindo a ser associado como pilar das instituições privadas. Tendo como finalidade na geração dos filhos como forma de constituição das famílias e a sucessão direcionada ao homem. Conforme entendimento nos dizeres de Diniz:

É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo, o matrimônio é a peça-chave de todo sistema social, constituindo o pilar do sistema moral, social e cultura do país.<sup>29</sup>

Com o passar do tempo a família formada pelo casamento passou por modelagens, deixando de ser a única forma de união entre um homem e uma mulher, que gozava de direitos e privilégios frente a sociedade, ampliou-se o leque,

---

<sup>28</sup> COULAGENS, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução por Aurélio Barroso Rabelo e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004. p. 69.

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v.5 17 ed. São Paulo: Saraiva 2002.p.40.

exteriorizando lares que já existiam e que por vezes não assumidos, como as da constituição de uma nova forma de vida entre sujeitos.

Entretanto o casamento, conforme a Constituição Federal de 1988 continua sendo merecedor da proteção estatal, sendo solene, entre pessoas humanas, abarcando formas diversas de constituição familiar e ao mesmo tempo tendo a devida proteção, cujo caput do art. 226 assim descreve: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Assim é certo que o casamento é uma instituição histórica, que traz em seu bojo fatores que se tornaram uma instituição milenar com valores diversos, sendo culturais, biológicos e jurídicos”.<sup>30</sup>

Atualmente o casamento não deixou de ser uma parte importante como forma de junção de pessoas, mas deixou de ter em seu caráter geral como única forma de entidade familiar.

## 1.2 Princípios constitucionais do Direito de Família

Ao descrever Princípios constitucionais no Direito de Família, Caio Mário em sua obra, descreve de forma pormenorizada cada instituto como norteadores das relações familiares, expondo o referido autor:

princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º, CF/1988), da solidariedade familiar (inciso I do art. 3º, CF/1988) da equiparação de filhos e da vedação de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º, CF); do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral (art. 3º do Decreto nº 99.710/1990) da afetividade e do cuidado (princípios constitucionais implícitos – art. 5º, § 2º, CF/1988).

Paulo Lôbo assim indica os três princípios constitucionais mais importantes que regem as relações familiares, “o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e da igualdade”.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, famílias** v. 6 Salvador: Ed. JusPodivm, 2012. p. 181.

Segundo Paulo Bonavides, os princípios constitucionais foram convertidos em um alicerce normativo sobre o qual “assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional.”<sup>32</sup>

De forma a interagir tal entendimento assim entende Maria Berenice Dias, assim diz a autora:

O princípio da interpretação conforme a Constituição uma das mais importantes inovações, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da lei maior. Assim, os princípios constitucionais passam a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas.<sup>33</sup>

Assim os princípios constitucionais são alicerce dos indivíduos direcionando-os aos direitos e deveres.

Assim, Constituição da República de 1988 é o livro que está hierarquicamente acima de todos os outros, em nível de legislação no Brasil, sendo a lei fundamental e suprema do país e os princípios constitucionais são o que protegem os atributos fundamentais da ordem jurídica.

### 1.2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Por tal princípio positivado pela Carta Magna 1988, sendo considerado pilar de sustentação dos ordenamentos jurídicos, esculpido no artigo 1º, inciso III, assim proclama:

---

<sup>31</sup> LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 29 set. 2013. Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/507/constitucionalizacao-do-direito-civil/2#ixzz2gKnf8vOO>

<sup>32</sup> BONAVIDES Paulo, **Curso de direito Constitucional**, 237, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 237.

<sup>33</sup> DIAS, Maria Berenice de. **Manual de direito das famílias**, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011, p. 57/57.

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

Assim conceitua Alexandre de Moraes a dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>34</sup>

Em uma forma de repensar nas possibilidades dos direitos fundamentais das quais o legislador constitucional abrangeu formas interpretativas ao Código Civil de 2002 trazendo ao Direito Civil a tentativa igualitária entre os sujeitos público e privado, assim entende Gomes:

Neste sentido, a positivação dos direitos fundamentais e o tratamento dado pela Constituição da República de 1988 à pessoa humana mudou o rumo da normativa civilista que aperfeiçoada pelo legislador de 2002 trouxe um arcabouço de cláusulas abertas possibilitando uma interpretação das leis civil, sob a perspectiva dos direitos fundamentais de maneira a não mais existir razões para distinguir o sujeito de direito privado do sujeito de direito público, visto que há apenas um sujeito ao qual se dirigem os direitos fundamentais.<sup>35</sup>

Vários são os modelos de família, tendo como elo, o respeito mútuo, que direcionados na formação do grupo em prol da dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar, em busca da realização pessoal de todos os seus componentes.

Assim, tal princípio abarca outros valores e direitos essenciais à vida humana bem como descreve Rodrigo da Cunha Pereira.

---

<sup>34</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** 27 ed., São Paulo: editora Atlas, p. 24.

<sup>35</sup>GOMES, Baião Dias Alessandra de. 25 Anos da Constituição cidadã e o direito Civil Constitucional (artigo no prelo).

“É um macroprincípio sob o qual irradiam outros princípios e valores essenciais como a liberdade, a autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade”.<sup>36</sup>

Por tal concepção se torna clara e objetiva, a partir do momento que os sujeitos de direitos e obrigações deixaram de ser individualistas e passaram a serem cidadãos, cumprindo assim seu papel social.

A família passa a ter papel funcional: servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. Não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior ao interesse de seus membros, mas passa a ser tutelada por ser instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram. Merece a tutela constitucional, como lugar em que se desenvolve a pessoa, em função da realização das exigências humanas.<sup>37</sup>

Indispensável colocar-se a questão sobre o prisma de se saber exatamente o substância de dignidade que encontramos nos direitos fundamentais, visto que esses direitos sempre carregam uma carga de conteúdo em dignidade, ainda que mínima, podendo ou não coincidir com o núcleo essencial do direito fundamental.

### 1.2.2 Princípio da Igualdade

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, adotou o princípio da igualdade, prevendo a igualdade de aptidão e possibilidades dos cidadãos terem o direito igualitário de acordo com critérios com ordenamento jurídico pátrio. Assim disciplinou na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

---

<sup>36</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 94.

<sup>37</sup> PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais**, In. A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Coordenadores Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.87-88.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição,<sup>38</sup>

Como forma de garantir o direito de igualdade as vedações são as diferenciações arbitrárias, assim Pedro Lenza entende que:

Deve-se contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades.<sup>39</sup>

Na referida palavra igualdade , será imperativo um tratamento diferenciado, exatamente para respeitar a igualdade.

"O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social ".<sup>40</sup>

A Constituição da República contém princípios alguns expressos e outros apenas implícitos, cabendo ao operador do direito fazer a plena e efetiva forma interpretativa.

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar

---

<sup>38</sup> CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDDES, Livia. **Vade Mecum**. Código Civil; 14 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 7.

<sup>39</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 14ª edição revista, atualizada e ampliada EC n. 62/2009. São Paulo: Saraiva, p.751.

<sup>40</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2011.p. 40.

compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.<sup>41</sup>

De tal afirmativa, Celso Antônio Bandeira de Mello remete seu pensamento naquilo em que julga a desatenção de um princípio violado, assim diz o autor.

" violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nele esforçada ".<sup>42</sup>

Como forma de limitar o poder aplicável ao princípio da igualdade, Celso Bandeira de Melo faz menção a três requisitos "limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e particular".<sup>43</sup>

De tal entendimento reafirma Alexandre de Moraes:

O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.<sup>44</sup>

Como forma de reafirmar tal entendimento acima, o referido autor assim entende que: "em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os tribunais".<sup>45</sup>

De igual forma no âmbito do direito das famílias, o princípio da igualdade se torna indispensável para que as pessoas possam viver em harmonia, enxergando

---

<sup>41</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2011. p. 59.

<sup>42</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** 27 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2011. p. 41.

<sup>43</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Princípio da Isonomia: desequiparações proibidas e permitidas**. Revista Trimestral de Direito Público, nº 1 p. 79.

<sup>44</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2011. p. 41.

<sup>45</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2011. p. 41.

uns aos outros como parte integrante de um elo afetivo e respeito mútuo, na construção e por conseguinte elevação do bem-estar desse grupo.

### 1.2.3 Princípio da Liberdade

Compete a cada indivíduo sujeito de direitos e obrigações determinar rumos da sua própria existência, de acordo com suas aspirações, preferências subjetivas e a liberdade, a fim de determinar seu viver respeitando seus semelhantes pelas escolhas que estes a fizerem.

Por tal princípio no direito de famílias o poder marital em conjunto com a tirania do chefe da família, toma outros rumos por um sistema em que as decisões passam a ser do grupo que fazem parte dessa estrutura.

Nesse interagir de pessoas que devem ser livres cada indivíduo tem o livre arbítrio de “escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família”.<sup>46</sup>

No mesmo sentido a referida autora entende que há “isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal”.<sup>47</sup>

Por conseguinte Cláudia Lima Marques entende que, “também na união estável, é a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo *status familiae*”.<sup>48</sup>

Nessa forma de interagir com a Carta Magna que voltada a valores em todos os ramos jurídicos, o direito de família não poderia ser diferente, que buscando dar ao homem a dignidade, o direito de ser social, dando ao mesmo o direito a

---

<sup>46</sup> DIAS, Maria Berenice de Manual de **Direito das Famílias**, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011, p. 64.

<sup>47</sup> DIAS, Maria Berenice de Manual de **Direito das Famílias**, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011, p. 64.

<sup>48</sup> MARQUES, Cláudia Lima et. All. **Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno**, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 764, p. 11-32, jun. 1999.

igualdade, liberdade, solidariedade social sendo princípios garantidores da construção estrutural do lar de cada indivíduo.

## CAPÍTULO II – DO DIREITO DA SUCESSÃO

O direito da sucessão trata da mudança de titulares de determinado patrimônio de alguém depois da sua morte por meio de lei ou testamento para outros sucessores.

Há que se considerar sucessões que são de efeito de transferência *inter vivos*, ou seja, entre os vivos, conforme ensinamentos de Gonçalves:

A ideia de sucessão, que revela a permanência de uma relação de direito que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares, não ocorre somente no direito das obrigações, encontrando-se frequentemente no direito das coisas, em que a tradição a opera, e no direito de família, quando os pais decaem do poder familiar e são substituídos pelo tutor, nomeado pelo juiz, quanto ao exercício dos deveres elancados nos arts. 1.740 e 1.741 do Código Civil.<sup>49</sup>

No entanto o objeto do Direito das Sucessões enquanto ramo do direito civil, ocupa-se da sucessão decorrente do falecimento de pessoa.

Com efeito, Rodrigues explica:

A ideia de sucessão sugere, genericamente, a transmissão de bens pois implica a existência de um adquirente de valores, que substitui o antigo titular. Assim, em tese, a sucessão pode operar-se a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*. Todavia, quando se fala em Direito das Sucessões entende-se apenas a transmissão em decorrência de morte, excluindo-se portanto do alcance da expressão, a transmissão de bens por ato entre vivos.<sup>50</sup>

O direito sucessório remonta à mais alta antiguidade, sempre ligado à ideia de continuidade da religião e da família.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

<sup>50</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: Direito das sucessões**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.98.

<sup>51</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p. 21.

Assim por durante séculos, somente assegurava direito sucessório à figura masculina da família, conforme palavras de Gonçalves.

O afastamento da filha se justificava, também, pelo fato de que esta iria se casar, e pelo casamento passaria a integrar a família do marido, perdendo qualquer espécie de laço com a família de seu pai, cultuando, inclusive, os deuses da nova família.<sup>52</sup>

No entanto essas prerrogativas não estão mais em nosso ordenamento jurídico, bem como privilégios concedidos ao varão e ao primogênito, sendo excluído pelo direito civil.

Da mesma forma o Código Civil de 2002 aboliu quaisquer diferenças entre os filhos legítimos ou ilegítimos, reconhecendo sem restrições aos mesmos o direito sucessório.

Nessa interação a Constituição da República de 1988, assegura o direito de herança em seu artigo 5º, inciso XXX<sup>53</sup> e o Direito Civil disciplina o direito da sucessão em geral, da sucessão legítima, da sucessão testamentária, inventário e partilha.

Foram grandes as inovações no campo sucessório, se destacando a sucessão quanto ao cônjuge sobrevivente deixando de ser herdeiro facultativo pelo Código de 1916, passando a ser necessário pela codificação do Código 2002, conforme ensinamentos de Gonçalves:

Inovação significativa foi introduzida nessa parte com a alteração da ordem de vocação hereditária. O cônjuge sobrevivente passa a concorrer com os descendentes, em primeiro lugar, e com os ascendentes, e segundo lugar. Deixa a condição de herdeiro legítimo facultativo de ocupante do terceiro lugar no rol estabelecido no diploma de 1916 e passa ao *status* de herdeiro legítimo necessário, colocando em primeiro lugar na ordem de preferência (arts. 1829 e 1845).<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

<sup>53</sup> CURIA, Luiz Roberto. **CÊSPEDES**, Livia. **Vade Mecum**. Código Civil; 14 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.9.

<sup>54</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

No entanto quanto aos companheiros a sucessão foi introduzida a partir da Lei 8971, de 29 de dezembro de 1994, trazendo no seu intento os direitos dos companheiros referente a alimentos e a sucessão, sendo que após tal regulamentação veio a lume a Constituição da República Federativa de 1988, acolhendo como entidade familiar a união estável.

Eis que surge o Código Civil de 2002 elevando o cônjuge e companheiro a sucessores em grau de concorrência com os descendentes e ascendentes, dependendo de alguns requisitos como explica Hironaka, Pereira.

Nessa ordem de valores, o legislador parece ter andado bem quando elevou o cônjuge e o companheiro a concorrentes na sucessão dos descendentes e ascendentes do *de cuius*, amealhando quota parte variável e dependente da verificação de certos pressupostos[...]<sup>55</sup>

[...] Agindo assim, o legislador demonstrou sapiência digna de nota e parece ter se enquadrado entre aqueles que vêem como fundamento do direito sucessório não apenas o direito de propriedade em sua inteireza, como também o direito de família, com o intuito de protegê-la uni-la e perpetuá-la, como os antigos parecem ter buscado.<sup>56</sup>

Como consequência dos primeiros argumentos os referidos autores assim concluem:

É bem verdade que a falta de equalização entre as posições do cônjuge e do convivente supérstites, inclusive invertendo a ordem de vocação hereditária na hipótese de união estável, está a merecer revisão por parte do legislador, registrando-se que essa é uma luta a ser travada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família como forma de chamar o legislador de proceder e garantir a idêntica proteção dispensada pelo Estado à entidade familiar em si, seja qual for a origem e a gênese de suas relações, certamente fundadas no afeto vivenciado originalmente.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito das sucessões**, 2 ed. IBDFAM Instituto de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p.5.

<sup>56</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito das sucessões**, 2 ed. IBDFAM Instituto de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p.5.

<sup>57</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito das sucessões**, 2 ed. IBDFAM Instituto de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p.6.

Diante dos contextos, necessário que se faça uma revisão e ampliações no direito sucessório, afim de salvaguardar aquele que conviveu de forma duradoura e contínua os mesmos direitos que são direcionados ao cônjuge, visto que dessa convivência se tornou união estável que construiu e alicerçou família, sendo reconhecida na Constituição da República de 1988 que assegurou aos companheiros legitimidade de entidade familiar e que a mesma faz parte da sociedade.

## 2.1. Da sucessão em geral

Com a morte do titular do patrimônio abre-se a transmissão da posse pelo princípio da *saisine*, do qual se fundamenta no artigo 1.784 do Código Civil 2002, “segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança”.<sup>58</sup>

Assim determina o referido artigo 1.784 do Código:

Aberta a sucessão a herança transmite-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.<sup>59</sup>

Por tal explicação se deve ao fato que, a transmissão do acervo hereditário direciona-se aos sucessores tendo como garantia a função social da proteção do patrimônio do falecido “porque não se transmite ao vazio, ao nada. Daí a lei exigir-se-á existência do sucessor no momento da morte do autor da herança”.<sup>60</sup>

No entanto as fontes de suceder pode ser legítima ou “*ab intestato*”, e testamentária. Quando se dá em virtude da lei, denomina-se sucessão legítima:

---

<sup>58</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **Direito das Sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.9.

<sup>59</sup> CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. Código Civil; 14 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 265.

<sup>60</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito das Sucessões**, 2 ed. IBDFAM Instituto de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p.22.

quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo, chama-se sucessão testamentária.

Por sua vez, prescreve o artigo 1788 do Código Civil:

Art. 1788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.<sup>61</sup>

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz:

Em todas essas hipóteses ter-se-á sucessão legítima, que é a deferida por determinação legal. A sucessão legal absorverá a totalidade da herança se o *auctor successionis* falecer *ab intestato*, ou se nula ou caduco for o testamento por ele feito, e restringir-se-á à parte não compreendida no testamento, se o testado não dispuser da totalidade da herança e se houver herdeiros necessários, que impõe o respeito à quota que lhe cabe.<sup>62</sup>

A pessoa morrendo sem testamento, subintende-se que o desejo do falecido era a transmissão de seu acervo patrimonial para as pessoas indicadas na lei, conforme ensinamentos de Gonçalves:

Morrendo, portanto, a pessoa *ab intestato*, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos, expressamente indicados na lei (CC., art. 1829), de acordo com uma ordem preferencial, denominada ordem da vocação hereditária. Costuma-se dizer, por isso, que a sucessão legítima representa a vontade presumida do *de cuius* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção.<sup>63</sup>

No entanto, havendo testamento, acata-se a vontade do *de cuius*. Porém, existindo herdeiros necessários conforme artigo 1.845 do Código Civil, poderá

---

<sup>61</sup> CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lúvia. **Vade Mecum**. Código Civil; 14 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 265.

<sup>62</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: **Direito das sucessões**. 18 ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 100.

<sup>63</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p. 42.

apenas dispor da metade de seus bens, ou seja, da quota disponível, porque a outra metade, denominada legítima, pertence de direito aos aludidos sucessores.

Assim determina o artigo 1.845 do Código Civil:

Artigo 1.845 – São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.<sup>64</sup>

O cônjuge ao ser incluído pelo Código Civil de 2002, “reduziu ainda mais a possibilidade de as pessoas elaborarem testamento, uma vez que uma das principais razões era privilegiar o cônjuge supérstite”.<sup>65</sup>

Na falta de ascendentes, a herança de pessoa que tenha falecido enquanto casada ou separada de fato no prazo menor que dois anos será deferida em sua integralidade ao cônjuge sobrevivente que ocupa a terceira classe da sucessão hereditária.

A crítica que se faz refere-se ao tratamento dado àquele que já se encontrava separado, sendo considerado como parte da legítima e sendo dotado de direitos, o que não se justifica por não mais existir uma sociedade de fato.

Isso se deu por força do artigo 1.845 do Código Civil de 2002, deixando a sucessão do cônjuge de ser herdeiro facultativo tornando-se necessário, concorrendo com os descendentes do falecido.

Dessa forma as espécies de sucessão se dão a título universal ou singular “sendo aquela que o herdeiro é chamado a suceder na totalidade da herança, fração ou parte alíquota (porcentagem) dela. Podendo surgir tanto na sucessão legítima quanto testamentária”.<sup>66</sup>

Já a “sucessão contratual não admite outras formas de sucessão por serem proibidos pactos sucessórios, como por exemplo, herança de pessoa viva”.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. **Vade Mecum**. Código Civil; 14 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.268.

<sup>65</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **Direito das sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.42.

<sup>66</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **Direito das Sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p. 44.

<sup>67</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **Direito das Sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p. 45.

No entanto “as sucessões irregulares, sendo aquelas em que a transmissão foge aos cânones comuns, como a Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1988, que regula direitos autorais”.<sup>68</sup>

Enfim, o direito sucessório modernizou, porém ainda aguarda por mudanças de uma civilização que a cada dia surge novos arranjos novas formas interativas do viver e do bem comum em relação a formação familiar. Lembrando que as restrições feudais e os privilégios do antepassado, não se constituem como norma atualizada pela codificação de 2002. Tanto que as deserdações e exclusões apenas ocorrem em situações graves.

### 2.1.1. Sucessão do companheiro

O legislador cometeu injustiças ao afastar direitos sucessórios pelo Código Civil de 2002, para os que conviveram através união estável, sendo que foram afastados pela vocação hereditária art. 1829, bem como excluído do rol dos herdeiros necessários artigo. 1845 e como não se bastasse sendo contemplados por regras inconstitucionais conforme preceitos do artigo 1.790.

Alguns requisitos são necessários para que a sucessão do companheiro se efetive, conforme orientação de Nogueira:

A (o) companheira (o) sucedendo em concurso com os parentes ou sozinha (o), em que preencher certos requisitos. O primeiro e mais importante: a) viver em união estável à época do óbito; b) falecer um deles na vigência do Código contemporâneo; c) a aquisição a título oneroso de bens durante a união estável; d) comprovação em juízo da sua qualidade de companheiro (a) do sobrevivente, cabendo ação declaratória, pelo rito comum ordinário, havendo litígio entre os sucessores.<sup>69</sup>

Assim, compete descrever o referido artigo 1.790:

---

<sup>68</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p. 46.

<sup>69</sup> NOGUEIRA, Cláudia Almeida de. *Direito das Sucessões*. ed. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 177.

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.<sup>70</sup>

Diante das regras impostas às pessoas que conviveram pela união estável se vêem prejudicadas pelo Código Civil de 2002, uma vez que em seu artigo 1.790 do mesmo preceito, violou regras constitucionais, como observa Dias:

Em sede de direitos sucessórios na união estável é onde o Código Civil mais escancaradamente acabou violando o cânone maior da Constituição Federal, que impôs o reinado da igualdade e guindou a união estável a mesma situação que o casamento. O tratamento desigual dado ao cônjuge e ao parceiro não se justifica, em vista do reconhecimento da união estável como entidade familiar.<sup>71</sup>

No entanto a Constituição da República de 1988, entende que a constituição familiar não é um rol categórico e sim exemplificativo como observa Carvalho:

Os modelos de famílias, previstos na Constituição Federal e no Código Civil, não são taxativos, mas meramente exemplificativos, concluiu a jurisprudência e a doutrina, existindo atualmente uma visão pluralista da família, identificado pelo vínculo afetivo.<sup>72</sup>

Ao delinear o caput do artigo 1.790, o companheiro herdará somente se o patrimônio foi construído e ou adquirido durante a união estável, afastando assim

<sup>70</sup> CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lívia. **Vade Mecum**. Código Civil; 14 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.265.

<sup>71</sup> DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o Novo Código Civil** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 104.

<sup>72</sup> CARVALHO, Dimas messias de, Dimas Daniel de, **Direito das Sucessões, inventário e partilha**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 89.

quaisquer bens anteriores, não tendo o cônjuge sobrevivente nenhum direito sucessório.

No tocante às regras do artigo 1.790, inciso I, ao ser comparado com a sucessão do cônjuge sobrevivente com os descendentes comuns, verifica-se que não houve a reserva da quarta parte da herança ao herdeiro sobrevivente como bem explica Hironaka, Pereira.

No inciso I, a lei determina que o companheiro sobrevivente que concorrer com os filhos comuns entre ele o falecido amealhara uma quota parte do acervo hereditário igual à que, por lei, for atribuído a cada um dos filhos. Se 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.<sup>73</sup>

Em consonância ao inciso II do supracitado artigo 1.790 o companheiro sobrevivente terá direito a metade da herança do que receberem os descendentes do falecido. Como explica os referidos autores:

Quanto ao inciso II do referido artigo 1790 do Código Civil, a concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes exclusivos do morto dar-se-á a que o primeiro receba a metade da quota, parte que venha a ser deferida aos últimos. Do ponto de vista prático, então, a partilha se faz na proporção de dois para um, entregando-se ao companheiro sobrevivente uma parte da herança e a cada um dos descendentes duas partes idênticas àquela entregue ao companheiro sobrevivente.<sup>74</sup>

Por conseguinte o inciso III do mencionado artigo 1.790, quem convive pelas regras da união estável na falta de descendentes, o companheiro sobrevivente irá concorrer com outros parentes sucessíveis, ou seja, ascendentes, recebendo cada qual um terço da herança, como elucida os citados autores.

---

<sup>73</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito das sucessões**. 2 ed. IBDFAM Instituto de Direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p. 107.

<sup>74</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito das sucessões**. 2 ed. IBDFAM Instituto de Direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p. 107/108.

O inciso III, por seu turno, determina que, na ausência de descendentes do morto, o companheiro concorrerá com os outros parentes sucessíveis, recebendo, em qualquer caso, uma terça parte da herança. Dessa forma não importa tratar-se de ambos os ascendentes, quando cada um deles receberá – também e igualmente – um terço do acervo partilhável, ou de um único tio-avô com quem o falecido não mantinha quaisquer espécies de relações, hipótese em que este receberá dois terços do patrimônio.<sup>75</sup>

Quanto ao inciso IV do mencionado artigo que somente se dará a integralidade da herança ao companheiro sobrevivente se não existir herdeiros, essa forma interpretativa, remonta uma forma de confronto com as regras do artigo 1.845, conforme analisa Nogueira:

Uma corrente propõe o entendimento que os companheiros não podem ser considerados como herdeiros necessários. Somente as pessoas a quem a lei atribuiu esta qualidade têm direito à legítima, direito inafastável por vontade do titular dos bens, fazendo interpretação literal da lei. Se o legislador omitiu-se quanto aos companheiros, não pode o intérprete enquadrá-lo nesta situação. Como consequência, na situação do inciso IV do artigo 1.790, a (o) companheira (o) pode ser totalmente afastada (o) da sucessão inexistindo parentes do falecido. Diversamente do cônjuge, terceiro vocacionado na ordem legal, não pode o mesmo ser completamente afastado da sucessão por testamento.<sup>76</sup>

Sendo assim, conforme as regras do referido inciso IV, anteriormente citado não poderá o companheiro sobrevivente ser herdeiro de toda a integralidade da herança, quando o patrimônio não fora adquirido durante a constância da união estável ou o consorte sobrevivente não tenha sido contemplado em testamento. Como forma de complementar tal raciocínio, Nogueira explica:

Não obstante a base de cálculo e os percentuais conferidos na sucessão legítima para os companheiros serem distintos dos concedidos ao cônjuge, a Lei Civil retrocedeu ao admitir a concorrência dos companheiros com os colaterais do de cujus e ao admitir, no inciso IV, dependendo da corrente adotada, que os companheiros sucedem em concorrência com o Município, Distrito Federal ou União. Estes últimos, arrecadando, na falta de testamento, os bens que não foram comprados durante a união estável.

---

<sup>75</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito das sucessões**. 2 ed. IBDFAM Instituto de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p.108.

<sup>76</sup> NOGUEIRA, Cláudia Almeida de. **Direito das sucessões**. ed. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.183.

Pela lei 8.971, como analisado, os companheiros afastavam os colaterais da sucessão, bem como as referidas pessoas jurídicas de direito público acima apontadas. O retrocesso social é evidente.<sup>77</sup>

Como forma de expressar as tais diferenças entre os cônjuges e companheiros o que não se justifica, Gonçalves, ensina:

Em linhas gerais, o dispositivo restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável; faz distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descenderem somente do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com o quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros nem o inclui no rol dos herdeiros necessários; concorre com um terço também com os colaterais e só é chamado a recolher a totalidade da herança na falta destes. O cônjuge, porém, prefere aos parentes da linha transversal, com exclusividade.<sup>78</sup>

Na mesma acepção demonstrando ainda tais diferenças entre quem optou pela união e ou casamento se vê claramente tais desigualdades, como por exemplo no regime de bens: Assim Nogueira exemplifica tais diferenças:

O falecido, casado pelo regime da comunhão universal de bens, deixou dois filhos e duas casas, o consorte sobrevivente não sucede. Ele tem direito à meação dos filhos dividem igualmente entre si a herança. Se esse casal vivesse em união estável, com dois filhos comuns e as duas casas fossem compradas durante a união, companheira (o) companheira (o) sobrevivente tem direito à meação e ainda concorre com os dois filhos comuns em igualdade de condições, cabendo 1/3 para cada um dos herdeiros. Neste caso, os filhos da pessoa que vivia em união estável, sucede recebendo quinhão menor que os filhos da pessoa casada.<sup>79</sup>

Outra discrepância é em relação à separação absoluta de bens, vejamos o exemplo da referida autora:

---

<sup>77</sup> NOGUEIRA, Cláudia Almeida de. **Direito das sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 187.

<sup>78</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.190,191.

<sup>79</sup> NOGUEIRA, Cláudia Almeida de. **Direito das sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.185.

[...] Faleceu deixando quatro filhos comuns e duas casas. O supérstite não é meeiro, mas tem direito à herança de um quarto dos bens e os três quartos restantes divididos por cabeça entre os descendentes, de acordo com o artigo 1.832 do CC. Se vivessem em união estável, deixando o morto somente duas casas herdadas, o (a) companheiro (a) sobrevivente não é considerado (a) meeiro (a). Todo acervo hereditário é atribuído aos quatro filhos do casal. Como se vê, nesta hipótese, os filhos do falecido que vivia em união estável recebem toda a fortuna do autor da herança em situação privilegiada em relação aos filhos da pessoa casada.<sup>80</sup>

Nesta esteira de diferenciações quanto aos bens do falecido, para quem optou pelo casamento ou vivia sob os moldes da união estável não se justifica. A constituição da república reconheceu a união estável em seu artigo 226 § 3<sup>a</sup> como uma entidade familiar equiparando-as todas elas em igualdades.

No entanto as porções do patrimônio direcionadas aos filhos se tornam desiguais a depender do modo como se deu a união dos pais. Como consequência dessa arbitrariedade, o afronto aos direitos da família foram afetados e a proteção das famílias lesionado, por terem porções desiguais dos que são tratados por iguais constitucionalmente.

## 2.2. Da ordem de vocação hereditária

Quando da morte do *de cuius* a lei convoca ou chama os herdeiros para herdar, seguindo uma ordem classificatória conhecida por vocação hereditária, que ocorre na sucessão legítima prevista no artigo 1829 do Código Civil:

- I – descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II – os ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> NOGUEIRA, Cláudia Almeida de. **Direito das Sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.185.

<sup>81</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.267.

Vale esclarecer que o cônjuge sobrevivente só será reconhecido o direito sucessório conforme regras do artigo 1.830 do Código Civil de 2002.

Art. 1830 – Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Quanto aos ascendentes estes serão chamados à sucessão desde que não haja herdeiros na classe dos descendentes. A sucessão do de cujus se fará em concorrência com o cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens:

Serão chamados a suceder em primeiro lugar os descendentes e se o falecido no tempo de sua morte era casado, os descendentes irão concorrer com o cônjuge.

Carvalho, explica sobre a concorrência do cônjuge com outros herdeiros conforme o regime de bens em que está casado:

Abre o legislador, as exceções decorrentes do regime de bens, na segunda parte do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil. E nem poderia ser diversa a postura legislativa já que, nos regimes da comunhão universal de bens, da comunhão parcial de bens (não havendo bens particulares), e no regime da separação obrigatória (artigo 1.641, do Código Civil), não há que se falar em concorrência do cônjuge sobrevivente, uma vez que já meeiro (em decorrência do regime da comunhão ou devido à comunicabilidade oriunda de preceito sumulado, 377, STF), está economicamente amparado.<sup>82</sup>

De igual forma entende Rodrigues:

A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do de cujus vai depender do regime matrimonial de bens. Como dispõe o art. 1829, I, do Código Civil, não haverá essa concorrência se o cônjuge tiver sido casado com o falecido no regime da comunhão universal (art. 1667), ou no da separação obrigatória (art. 1641), ou se, no regime da comunhão parcial (art. 1658), o autor da herança não houver deixado bens particulares.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup>CARVALHO, Dimas Messias de. Dimas Daniel de, Direito civil: **Direito das sucessões**. Coleção Del Rey, Belo Horizonte: Del Rey, p.79.

<sup>83</sup> RODRIGUES, Sílvia. Direito Civil: **Direito das Sucessões**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 98.

Hironaka, Rodrigo, entendem que cabe ao intérprete analisar o artigo 1829 do Código Civil de 2002 em consonância com o artigo 1.790 do referido código, sendo este relativo às sucessões de pessoas que viviam em união estável.

[...] Certo que ambos os artigos estabelecem ordem de vocação hereditária, mantendo em essência a regra de que primeiro são chamados os descendentes do autor da herança, eventualmente em concorrência com o cônjuge ou o companheiro supérstites. Se faltarem os descendentes, serão chamados a herdar os ascendentes do falecido, eventualmente em concorrência com o cônjuge ou companheiro supérstite. Em terceiro lugar, o cônjuge sobrevivente, se houver. Em quarto lugar, todos os parentes colaterais, até o quarto grau de parentesco, estabelecendo-se uma certa ordem legal de preferência entre eles, podendo ocorrer, se for o caso, a concorrência dos colaterais com o companheiro supérstite. Por fim, na última ordem de vocação hereditária, a teor do art. 1.790, será chamado a herdar o companheiro do falecido, a ele sobrevivente.<sup>84</sup>

A vocação hereditária no entanto não incluiu o companheiro conforme regras do artigo 1.829 na ordem de vocação hereditária, no entanto a Constituição Federal de 1988 lhe assegurou o direito a sucessão, reconhecendo o companheiro com direitos assemelhados ao do cônjuge. No entanto o que se leva em conta é o respeito e a segurança de suceder das duas formas de constituição familiar.

Quanto aos ascendentes, estes serão chamados à sucessão desde que não haja herdeiros na classe dos descendentes.

Neste sentido afirma Fiúza:

Não havendo ninguém na classe dos descendentes, herdam os ascendentes. Também aqui o grau mais próximo exclui o mais remoto. Assim, se um indivíduo morrer, deixando pais e avós, herda os pais. Se deixar avós e bisavós, herdarão os avós, e assim por diante.<sup>85</sup>

Por conseguinte, não havendo descendentes, ascendentes, cônjuge, convivente, serão convocados os parentes na linha colateral. Assim na sucessão dos colaterais será pelo grau mais próximo excluindo o mais remoto. Segundo Diniz:

---

<sup>84</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito das sucessões**, 2 ed. IBDFAM Instituto de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p.100.

<sup>85</sup> FIÚZA, César. **Direito Civil: Curso completo**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008 p. 967.

Na falta de descendentes, ascendentes, convivente (CC. Art. 1790, III) e de cônjuge sobrevivente, inclusive nas condições estabelecidas no art. 1830 do Código Civil, são chamados a suceder os colaterais até o quarto grau, atendendo o princípio cardeal de que os mais próximos excluem os mais remotos.<sup>86</sup>

Quanto aos colaterais o direito a representação se fará apenas aos sobrinhos, filhos e ao irmão.

Diante das formas de sucessão percebe-se um erro quanto a legislação no quesito da não inclusão do companheiro na sucessão hereditária como narrado anteriormente. Necessário se faz uma forma interventiva para que os direitos de quem viveu sobre o pálio da união estável seja revisto.

### **2.2.1. Sucessão do cônjuge**

Na vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge não era herdeiro necessário e não concorria à herança com os descendentes e ascendentes, possuindo apenas direito de usufruto e habitação.

Assim o referido Código disciplinava que, “somente nos casos em que inexistiam herdeiros necessários, que era apenas os descendentes e ascendentes, a referida herança era direcionada ao cônjuge sobrevivente independentemente do regime de bens”.<sup>87</sup>

Entretanto essa regra mudou com o Código Civil de 2002, vindo a incluir o cônjuge entre os herdeiros necessários conforme regra do artigo 1.845 e na falta de descendentes será deferida ao cônjuge sobrevivente.

Assim o artigo 1.838 com efeito assim dispõe:

---

<sup>86</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das sucessões**. 18 ed., São Paulo: Saraiva 2004. p. 137

<sup>87</sup> CARVALHO, Dimas Messias de, Dimas Daniel de, **Direito das Sucessões, Inventário e partilha**, 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.60.

Artigo 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.<sup>88</sup>

No entanto, existem regras para que o autor da herança possa dispor no seu testamento de mais da metade dos bens quando estiver casado, conforme preceito do artigo 1.846.

Artigo 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.<sup>89</sup>

Por conseguinte conforme regras do artigo 1.830 há condição para que o cônjuge sobrevivente possa ser herdeiro.

Artigo 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo, prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.<sup>90</sup>

Como forma de interpretar o referido artigo Carlos Roberto Gonçalves entende que:

Não se justifica, efetivamente, que o cônjuge sobrevivente seja chamado à sucessão legítima, se já se encontrava dissolvida a sociedade conjugal. Com maior razão se o casal estava divorciado, pois nesse caso não só a sociedade se encontra dissolvida, como extinto está o próprio vínculo matrimonial.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. Código Civil; 14 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.268.

<sup>89</sup> CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. Código Civil; 14 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.268.

<sup>90</sup> CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. Código Civil; 14 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.267.

<sup>91</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.181.

Assim as regras para que o cônjuge supérstite tenha direito à herança, há que se considerar algumas possibilidades entre as quais: que não esteja divorciado nem separado administrativamente, que não esteja separado do finado há mais de dois anos e a prova de que a convivência se tornara impossível sem sua culpa, se estiver separado de fato há mais de dois anos do cônjuge falecido.

Conforme regra do artigo 1.850, o cônjuge sobrevivente não poderá ser excluído da sucessão, por ser herdeiro necessário.

Artigo 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.<sup>92</sup>

De igual forma o artigo 1.846 disciplina as regras quanto a metade da herança, a chamada meação.

Artigo 1.846. Pertence aos herdeiros necessários de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.<sup>93</sup>

Como forma de interpretação Carlos Roberto Gonçalves, ensina:

Quando o regime de bens adotado pelo casal é o da comunhão universal, recolhe ele, não havendo descendentes e ascendentes, nem testamento, a metade do acervo, ou seja, toda a herança, na condição de herdeiro, porque a outra metade já lhe pertence, constituindo a meação. No regime da comunhão parcial a meação incide sobre o patrimônio comum.<sup>94</sup>

De igual forma entende Carvalho:

Não há de confundir meação (efeito da comunhão de bens) com o direito hereditário ( que independe do regime), salvo se concorrer com descendentes). A meação pertence ao cônjuge sobrevivente por direito próprio, e não por

---

<sup>92</sup> CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. Código Civil; 14 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.268.

<sup>93</sup> CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. Código Civil; 14 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.268.

<sup>94</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. v.7, 4 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.185.

herança, sendo intangível (não pode ser privada por indignidade ou deserdação), independentemente de estar separado de fato.<sup>95</sup>

Nessa inteiração de direitos destinados ao cônjuge, inúmeros artigos do Código civil contemplam àqueles que se uniram no intuito de constituição familiar formada pelo casamento. O que se percebe de tais regulamentações, que o legislador se ocupou de forma plena, ao disciplinar as regras de uma sociedade que ao tempo do referido Código de 2002 até os dias atuais se modernizou.

Há uma mudança na sociedade, das quais não podemos nos esquecer que outras formas constitutivas de união existem, no entanto precisam ser codificadas.

---

<sup>95</sup> CARVALHO, Dimas Messias de, Dimas Daniel de, **Direito das Sucessões, Inventário e partilha**, 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.58.

### CAPÍTULO III – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade tanto de leis quanto atos normativos constituem como ápice da garantia da liberdade dos indivíduos, voltados aos direitos fundamentais das pessoas, através do Estado.

Por tal controle, que se fundamenta na supremacia e na rigidez da Constituição visando preservar fundamentos basilares da nação, bem como garante a unidade do sistema com a Constituição da República de 1988.

Assim entende LENZA:

O legislador constituinte originário criou mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na “Lei Maior”.<sup>96</sup>

Tal fundamentação de controle, visa na supremacia e na rigidez da Constituição “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”.<sup>97</sup>

A superioridade da Constituição importa no reconhecimento da Carta Constitucional, sendo reconhecida como a Lei Fundamental do Estado, que ao ser elaborada pelo Constituinte, obedece a critérios como a vontade social e todo o ordenamento jurídico em linha vertical de obediência.

De igual forma o referido autor entende que:

Assim, a Constituição está no ápice da pirâmide, orientando e iluminando os demais atos infraconstitucionais.

---

<sup>96</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 14 edição revista, atualizada e ampliada EC n. 62/2009. São Paulo: Saraiva, p.195.

<sup>97</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 14 edição revista, atualizada e ampliada EC n. 62/2009. São Paulo: Saraiva, p.195.

Para que se possa verificar se há compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a constituição, necessário que se faça interpretação, feito pelo controle preventivo, para que nenhuma norma inconstitucional afronte a Lei Maior, conforme ensinamentos de Moraes:

Assim enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo busca dela expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Tradicionalmente em regra, no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrários à Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.<sup>98</sup>

De igual forma a inconstitucionalidade reside na incompatibilidade da lei ou ato normativo que contrarie preceitos do texto constitucional, que se manifesta explicitamente ou implicitamente dependendo do texto constitucional, sendo que nas duas formas será possível o referido controle, quer sejam tanto pelo método difuso quanto ao concentrado.

Por tais controles difuso e concentrado, sendo este por se concentrar em um único tribunal enquanto aquele se realiza em qualquer juízo ou tribunal.

Assim, pelo controle preventivo de constitucionalidade entende-se que ao evitar que leis entrem no ordenamento jurídico passem por comissões que analisam propostas constitucionais. Por lado outro se já faz parte do mundo jurídico o controle será repressivo.

---

<sup>98</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, ed. 27ª atualizada Ec. Nº 56,57. São Paulo: Atlas S.A 2008. pg. 703.

### 3.1. Controle Concentrado

Por tal controle concentrado, visa na declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, criado por Hans Kelsen como forma de garantir segurança jurídica, delineadas a partir do momento de um parâmetro quer seja a constituição federal.

Kelsen nos ensina:

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão judiciário.<sup>99</sup>

Para posteriormente, concluir que:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se referira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.<sup>100</sup>

Através desse controle obtêm-se a invalidação de uma lei em respeito a constituição, conforme ensinamentos de Moraes:

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das

---

<sup>99</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2011.p. 755.

<sup>100</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2011.p. 755.

relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.<sup>101</sup>

Pelo controle concentrado a decisão via de regra tem efeito retroativo, ou seja *ex tunc*, e via de regra *erga omnes*, ou seja, contra todos, sendo que a norma é invalidada desde a sua publicação, cabendo ao STF (Supremo Tribunal Federal) com o voto de dois terços a faculdade de modular os efeitos da decisão estabelecer efeito pro futuro.

No Brasil, existem cinco espécies de controle concentrado de constitucionalidade: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIN por omissão), a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADIN Interventiva) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), tem por finalidade a confirmação da constitucionalidade de uma lei federal.

Por Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) por seu turno tem a finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contraria a Constituição Federal, sendo um dos instrumentos chamado por juristas por “controle concentrado de constitucionalidade das leis.

Entretanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIN por omissão) é aquela em que a ação é cabível para tornar a norma constitucional efetiva, caso haja omissão de qualquer dos Poderes.

Por fim, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) por tal ação de cuja eficácia é limitada, dependendo da edição de lei, estabelecendo como será efetivada através de arguição de descumprimento de preceito fundamental que decorre da Constituição.

---

<sup>101</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2011.p. 755.

Por conseguinte Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADIN Interventiva) é a ação em que qualquer lei ou norma que na sua competência que viole princípios sensíveis da Constituição da República de 1988.

### 3.2. Controle abstrato

O controle abstrato em tese é o controle em conformidade com a lei ou ato normativo com a Constituição.

Assim nas lições de Gilmar Mendes:

Portanto, cabe à Corte Constitucional aferir, no âmbito do controle concreto ou abstrato de normas, a vigência de lei pré-constitucional como direito federal. Não se trata, pois, de verificar a validade, mas a qualidade da norma.<sup>102</sup>

Neste íterim, o controle abstrato de normas passa a ser exercido tanto pela ação direta de inconstitucionalidade como pela ação declaratória de constitucionalidade.

Por tal entendimento, ensina Mendes:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes—hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada.

Caracteriza-se a princípio, como mecanismo de correção no ordenamento jurídico dos atos e das leis verificando-se a sua conformidade com a Constituição.

---

<sup>102</sup>MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.072.

Nesta direção, não se admite que determinado ato afronte a Lei Maior gerando assim a insegurança jurídica.

### 3.3 Inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade material são vícios materiais, e que estão ligados ao próprio mérito do ato, referindo-se a conflitos de regras e princípios estabelecidos na Constituição.

Assim, o Ministro Gilmar Mendes entende que:

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.<sup>103</sup>

Cabe também citar lições de Lenza:

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.<sup>104</sup>

E conclui o referido autor:

---

<sup>103</sup>CANOTILHO apud Mendes, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1063.

<sup>104</sup>LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 14ª edição revista, atualizada e ampliada EC: n. 62/2009. 2010. São Paulo: Saraiva.p. 210.

Observamos que uma lei pode padecer somente de vício formal, somente de vício material, ou ser duplamente inconstitucional por apresentar tanto o vício formal como o material.<sup>105</sup>

Ademais, quando uma lei afronta a Constituição da República de 1988 como os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade dentre outros deverá obedecer a critérios materiais e formais para continuarem a fazer parte do ordenamento jurídico.

### 3.4 Inconstitucionalidade formal

No que diz respeito a inconstitucionalidade formal, os vícios são relativos à formalidade que afetam o ato normativo sem atingir seu conteúdo, que se referem aos procedimentos e pressupostos relativos às feições que formam a lei.

Esta se verifica sob dois ângulos sendo objetivo ou subjetivo. No primeiro observa-se a elaboração da lei ou ato normativo sendo infraconstitucional e que, ao se submeterem ao processo legislativo são postos a obedecer a uma hierarquia constitucional. Ao segundo verifica-se a competência do órgão ou agente que criou a norma observando diretrizes constitucionais, caracterizando assim vício de competência, se criado por outro organismo não autorizado.

Lenza faz distinções quanto aos vícios formal e objetivo, citando exemplos:

“[...] o vício formal subjetivo verifica-se na fase de iniciativa. Tomemos um exemplo: algumas leis são de iniciativa exclusiva (reservada) do Presidente da República como as que fixam ou modificam os efeitos da Forças Armadas, conforme o art. 61, § 1º, I, da CF/88 (...). Em hipótese contrária

---

<sup>105</sup>LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 14 edição revista, atualizada e ampliada EC: n. 62/2009. 2010. São Paulo: Saraiva p. 210.

(ex.: um Deputado Federal dando início), estaremos diante de um vício formal subjetivo insanável, e a lei será inconstitucional.<sup>106</sup>

[...] por seu turno, o vício formal objetivo será verificado nas demais fases do processo legislativo, posteriores à fase de iniciativa. Como exemplo citamos uma lei complementar sendo votada por um quorum de maioria relativa. Existe um vício formal objetivo, na medida em que a lei complementar, por força do art. 69 da CF/88, deveria ter sido aprovada por maioria absoluta”.<sup>107</sup>

Assim nos ensina Gilmar Mendes:

Os vícios relativos à formalidade afetam o ato normativo sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos procedimentos e pressupostos relativos às feições que formam a lei.<sup>108</sup>

Quanto aos requisitos formais, seguem a regras para a feitura das normas que obedecem a um processo legislativo, sendo que a não obediência a tais requisitos se tornam inconstitucionais, conforme ensinamentos de Moraes:

O art.5º, II, da Constituição Federal, consagra o princípio da legalidade ao determinar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Como garantia de respeito a este princípio básico em um Estado Democrático de Direito, a própria Constituição prevê regras básicas na feitura das espécies normativas. Assim, o processo legislativo é verdadeiro colário do princípio da legalidade, como analisado no capítulo sobre direitos fundamentais, que deve ser entendido como ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional (arts. 59 a 69, da Constituição Federal).<sup>109</sup>

<sup>106</sup>LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 14 ed. revista, atualizada e ampliada EC: n. 62/2009. 2010. São Paulo: Saraiva. p.210.

<sup>107</sup>LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 14 ed. revista, atualizada e ampliada EC: n. 62/2009. 2010. São Paulo: Saraiva p.208.

<sup>108</sup>MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p.1061.

<sup>109</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas S.A. 2011. p.731.

Do exposto, fica claro que a inconstitucionalidade formal faz referência ao erro na inobservância da competência ou nas regras relativa ao processo definido na Constituição.

### **3.5 Análise Jurisprudencial**

Após estudo do direito das famílias, direito da sucessão bem como o controle de constitucionalidade, passa-se a análise dos entendimentos que o Tribunal de Justiça da Paraíba decidiu a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 no caso em concreto.

Para isso, colheu-se uma jurisprudência proferida por dois Ministros com votos divergentes em um Recurso Especial, sendo realizada análise das argumentações expondo cada voto em tópicos diferentes.

#### **3.5.1 Análise do voto do Ministro César Rocha no recurso especial 1125354 PB 2009/0160051-5.**

##### **VOTO-VISTA**

O Ministro César Rocha, em voto-vista, divergiu, primeiro para suscitar preliminar de não-conhecimento do incidente e, no mérito, para afastar a inconstitucionalidade, ao fundamento de que casamento e união estável, embora recebam ambos da Constituição o reconhecimento como entidade familiar, nem por isso se igualam, necessariamente, para fins patrimoniais e sucessórios, nada impedindo que o legislador outorgue tratamento diferente para cada situação.<sup>110</sup>

Como bem observado pelo Ministro César Rocha, “no próprio casamento há diferentes regimes de bens produzindo diferente repercussão no regime sucessório”. Se há diferenciação no casamento, não poderia supor inconstitucional a opção

---

<sup>110</sup> BRASIL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA **Resp. 1135354 PB 2009/0160051-5**. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em: 24/05/2011. Publicado DJe em: 02/06/2011.

legislativa de criar regime próprio, como o fez o Código Civil, para o quem, por opção pessoal, decidiu não se casar, mas manter seus vínculos familiares e afetivos sob o regime da união estável.

Assim não parece ser a proposta do legislador, ao disciplinar de formas iguais aqueles que formaram a família através do casamento em contrapartida a união estável.

Ao serem equiparadas ensejaria ao Código Civil de 2002, não apenas o reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 1.790, mas todos os dispositivos que tratam das diversas formas de união.

Primeiramente se faz oportuno mencionar que o julgado colacionado desigualava as duas formas de constituição familiar. Assim, a família constituída pelo casamento obedeceu a uma formalização civil, enquanto a união estável pela convivência entre as partes.

Conforme o voto do Ministro há diferenças no modo de sucessão das famílias, acolhendo as formas diferenciadas outorgadas pelo legislador.

Ao desigualar os direitos sucessórios, viola o Princípio da Igualdade de tratar os iguais que são as famílias de formas desiguais. O que não prospera das argumentações do referido Ministro que a forma de constituição das referidas formas de estruturação familiar, pertence ao campo da formalização civil ou da simples união não formalizada de forma escrita, o que se busca ao contrário está no tratamento igualitário ao respeitar as formas como fora dada essa união de pessoas.

O que se extrai do julgado, que o direito da entidade familiar sofre consequências a depender de sua formação, não respeitando ao direito que as pessoas detêm de optar como constituir sua própria família.

Neste sentido o Princípio da Liberdade fora afrontado, uma vez que todas as pessoas detêm o livre arbítrio de seguir seu caminho, cabendo as leis o discernimento de acolher no mundo jurídico as formas subjetivas dos indivíduos para os quais são os destinatários das referidas normas.

Tendo a constituição familiar seja formada pelo casamento, união estável ou mesmo a monoparental, todas elas servem ao instrumento da promoção da dignidade da pessoa humana que cumprem o papel social a partir do momento que se estruturam em prol da felicidade mútua entre seus componentes.

Tais sujeitos ao se unirem, seja por qualquer das formas de construção familiar disciplinadas pela Constituição da República de 1988, obedecem a princípios ora evidenciados como células propulsoras da interação do bem estar do convívio entre sujeitos de direito no intuito de constituir família.

Diferenciá-las no campo sucessório seria afrontar aos princípios que norteiam os indivíduos que fazem parte de um conjunto integrativo em busca da construção familiar.

### **3.5.2 Análise do voto do Ministro Luis Felipe Salomão no recurso especial 125354 PB 2009/0160051-5.**

#### **VOTO-VISTA**

O relator, Min. Luis Felipe Salomão acolheu o incidente, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos referidos, ao argumento fundamental de que o tratamento discriminatório por eles conferido ao companheiro ou companheira, em união estável, em relação ao cônjuge, em regime formal de casamento, não é compatível com o art. 226, § 3º da Constituição.<sup>111</sup>

O referido Ministro entendeu que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, merece várias críticas evidenciando-se um retrocesso entre as posições sucessórias do cônjuge e companheiros, além de contrariar as aspirações sociais.

Segundo o ministro o tratamento discriminatório liberado pelo art. 1.790, II e III, do CC fulmina a constitucionalidade e validade do preceito. Por afrontar a Constituição Federal, tanto na garantia do direito de herança (art. 5º, XXX), como na proteção da união estável como entidade familiar (art. 226, 3º), esses dispositivos do Código Civil são inconstitucionais.

---

<sup>111</sup> BRASIL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA **Resp. 1135354 PB 2009/0160051-5**. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgado em: 24/05/2011. Publicado DJe em: 02/06/2011.

Assim o mesmo entendeu que quando a pessoa falece sob o pálio da união estável, o companheiro sobrevivente terá os mesmos direitos sucessórios titularizados pelo cônjuge.

O que remete que o poder judiciário tem sido alvo de debates pelas desigualdes entre cônjuges e companheiros.

De igual forma o Ministro colacionou julgados de teses de inconstitucionalidade que comprovam a existência de inconstitucionalidade do referido artigo.

O dispositivo ora atacado possui a seguinte composição:

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 àquele 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.

Ao descrever o referido artigo e suas alíneas o julgador , ora Ministro disciplinou como inadequado a topologia do artigo em matéria sucessória, o que quer dizer que a matéria encontra-se deslocada da matéria sucessão.

Assinalou o Ministro, que o artigo 1.790 faz alusão somente apenas aos bens adquiridos durante a união estável .

E continua na sua tese nos termos do art. 1.725, aplica-se à união estável o regime da comunhão parcial de bens, sendo que o art. 1.790 prevê a "participação" do companheiro sobrevivente, em concorrência com descendentes, na sucessão dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, somando-se, evidentemente, à meação decorrente do regime legal.

Exemplificando, o caput do artigo 1790 enuncia que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos

onerosamente na vigência da união estável. Nessa linha de pensamento somente haverá direito em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união. Desse modo, comunicam-se os bens havidos pelo trabalho de um ou de ambos durante a existência da união estável, excluindo-se bens recebidos a título gratuito, por doação ou sucessão. Deve ficar claro que a norma não está tratando de meação, mas de sucessão ou herança, independentemente do regime de bens adotado. Por isso, em regra, pode-se afirmar que o companheiro é meeiro e herdeiro, eis que, no silêncio da partes, vale para a união estável o regime da comunhão parcial de bens art. 1.725 do Código Civil. “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

O Ministro Luis Felipe Salomão explica que, cogitando-se da hipótese de os cônjuges, casados pelo regime legal, e em paralelo os companheiros, somente possuem bens comuns - adquiridos onerosamente na constância do relacionamento -, algo que acontece com frequência, o cônjuge sobrevivente não participa da herança (art. 1.829, I, *fine*), amealhando apenas 50% do patrimônio comum, ao passo que ao companheiro supérstite tocará, além de sua meação, a sua "participação" na herança em concorrência com os demais herdeiros.

O mesmo aduz que o tratamento discriminatório no tratamento disciplinado no artigo 1.790 incisos I e II, fulmina a constitucionalidade e validade do preceito. Afrontando assim a constituição Federal, neste quesito, como dito anteriormente por ferir tanto o direito de herança quanto da entidade familiar.

Quanto aos referidos incisos o legislador tratou de forma desigual os filhos que não havidos do casamento como os da adoção que discriminam formas relativas à filiação, ferindo-se assim o princípio da igualdade.

O inciso III do artigo 1.790 coloca os companheiros em uma situação ad infinitum, visto que concorrendo com outros descendentes seriam os colaterais até o quarto grau.

Analisa-se o inciso IV, que somente se não houver parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Pelas regras do controle de constitucionalidade tal artigo 1.790 do Código Civil de 2002, mostra-se em desarmonia com dispositivos da Constituição da República de 1988, bem como a tratamentos diferenciados dado às entidades familiares.

Pelo estudo ora evidenciado constata-se, que os princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana a liberdade bem como a igualdade, foram lesionados não respeitando o Código Civil de 2002, o parâmetro constitucional como limitação para elaboração de normas pós vindas da Constituição da República de 1.988.

Diante dos argumentos do Ministro, têm-se que pelo trabalho proposto evidenciou que as famílias sofrem com formas diferenciadas no campo sucessório, gerando assim insegurança jurídica.

Ao disciplinar formas diferentes de sucessão, o Código Civil de 2002 desigualou os sujeitos, cônjuges e companheiros sendo que o intuito final se direciona ao mesmo ponto de partida ou seja, a construção da própria família.

Ao serem desigualladas para fins sucessórios o retrocesso social se torna evidente, além de ferir os Princípios Constitucionais ora evidenciados ao longo deste trabalho.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui o referente trabalho que a Constituição Federal reconheceu as entidades familiares formada pelo casamento, união estável e a monoparental, ou seja todas elas reconhecidas como entidade familiar.

Assim a norma constitucional equiparou as três unidades familiares através do artigo 226 caput, da Constituição Federal de 1988, garantindo princípios como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Diante das circunstâncias evidenciadas no referido estudo, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.790 que trata dos companheiros, não respeitou o parâmetro constitucional como regra para disciplinar a referida sucessão dos companheiros, tendo-a descolada da matéria sucessão, bem como não a citou na Ordem de Vocação Hereditária e como não se bastasse os retirou dos que são contemplados como herdeiros necessários.

Diante disso, gerou formas diferenciadas de suceder entre os cônjuges e companheiros, trazendo um retrocesso social pelas desigualdades ora evidenciadas no referido trabalho.

Assim a natureza jurídica das famílias que ligadas a fatos sociais e jurídicos, gera um arcabouço de situações que voltadas ao direito sucessório gera a insegurança dos que conviveram pela união estável, na certeza que referida herança deixada pelo companheiro, terá formas divergentes de suceder em relação ao cônjuge.

Ao serem confrontadas as jurisprudências, constatou-se que o mesmo caso em concreto pode ter várias interpretações, tanto para os que entendem pela inconstitucionalidade quanto a constitucionalidade do referido artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

Necessário que os legisladores cumpra o papel que é legislar de forma coerente respeitando a critérios da Constituição da República Federativa do Brasil

de 1988, para que solucionem ao impasse gerado pelo referido artigo, do qual fora estudado ao longo dos capítulos no intuito de se chegar a uma conclusão para que se respeitasse aos princípios constitucionais ora estabelecidos como argumento de inconstitucionalidade do referido artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

No entanto, para se cumprir o objetivo proposto, necessário que os juristas e aplicadores do direito façam uma interpretação no sentido da equiparação das duas formas de constituição familiar, tendo como respaldo os princípios da igualdade, liberdade e da dignidade, norteadores inerentes ao ser humano no intuito de construção familiar.

A constatação do referido estudo nas formas do controle constitucional se torna evidente tendo o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, sofrido várias críticas ao longo dos anos, nas doutrinas e alvo de jurisprudências das quais as pessoas recorrem ao poder judiciário em prol das diferenças do modo de suceder quando da morte de um dos companheiros.

O intuito do referido trabalho demonstrou diferenças entre os modos de sucessão, evidências de irregularidades aos princípios constitucionais foram descritas, cabendo suscitar a parte lesada através do controle difuso ingressar com ação no judiciário, demonstrando a irregularidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, gerando assim o efeito entre as partes do processo.

Já pelo controle concentrado através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) cabe aos legitimados pela referida ação, suscitar a inconstitucionalidade do referido artigo, na sua forma material por ferir os princípios da Constituição Federal de 1988.

Por fim, o artigo em comento se revela em desarmonia com a teses ora levantadas e a equiparação dos cônjuges e companheiros se tornam o caminho necessário para que a justiça se efetive.

**REFERÊNCIAS:**

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Recife: Ramiro m. costa, 1986.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADI 595 ES (Ação Direta de Inconstitucionalidade) Relator: Min. Celso Bandeira de Mello. Publicado DJ 26/02/2002 PP-00021 RTJ VOL-00200-2 PP-01019. acessado: 15.04.2013.

BONAVIDES Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 237, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO, Dimas messias de, Dimas Daniel de. **Direito das Sucessões**, Inventário e Partilha, 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CORREA, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

COULAGENS, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução por Aurélio Barroso Rabelo e Laura Alves. Rio de Janeiro, 2004.

CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Lúvia. **Vade Mecum**. Código Civil; 14 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2013. [Consult. 2013-10-14]. Disponível na www: <URL: [http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-universal-dos-direitos-do-homem,2](http://www.infopedia.pt/$declaracao-universal-dos-direitos-do-homem,2)>.acessado: 17.20.2013. 13:45 hs.

Diário de Justiça eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, n. 89, p. 2, 15 maio de 2013. [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/59411/Res\\_175\\_2013\\_CNJ.pdf?sequence=3](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/59411/Res_175_2013_CNJ.pdf?sequence=3)

DIAS, Maria Berenice de **Manual de Direito das Famílias**, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. v.5 17 ed. São Paulo: Saraiva 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Famílias v. 6 Salvador: Ed. JusPodivm, 2012.

FIÚZA, César. **Direito Civil: curso completo**, 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

GOMES, Baião Dias Alessandra de. 25 Anos da Constituição cidadã e o direito Civil Constitucional (artigo no prelo).

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v 4. 7ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

Hironaka, Giselda Maria Fernades Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **Direito das sucessões**, 2 ed. IBDFAM Instituto de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 14 ed. revista, atualizada e ampliada EC: n. 62/2009. 2010: Saraiva.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil **Jus Nagevandi**, Teresina ano 4, n. 33, 1 julho 1.999. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/507>> Acesso em 29 set. 2013.

MARQUES, Cláudia Lima et. All. **Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós moderno**, São Paulo. Revista dos Tribunais v. 764, p. 11-32, jun. 1999.

MORAES apud KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** 27 ed. Editora Atlas S.A. 2011.

NOGUEIRA, Cláudia Almeida de. **Direito das Sucessões**. ed. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

<sup>1</sup>PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais**, In. A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Coordenadores Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: **Direito das sucessões**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

**ANEXO****Superior Tribunal de Justiça****AI no RECURSO ESPECIAL Nº- PB (2009/0160051-5)**

<b>RELATOR</b>	<b>: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMAO</b>
RECORRENTE	: MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO	: ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO (S)
RECORRIDO	: ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

**EMENTA**

**INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS.**

**Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada.**

**ACÓRDÃO**

A Turma, por unanimidade, acolheu o incidente de arguição de inconstitucionalidade e decidiu, em diligência, abrir vista ao Ministério Público Federal para, após, submeter a apreciação do incidente à Corte Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de maio de 2011 (data do julgamento)

Ministro Luis Felipe Salomão

Relator

**Superior Tribunal de Justiça****AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)****RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**

RECORRENTE: MARIA JAYDETH MIRANDA

: ROBERTO COSTA DE LUNA  
 ADVOGADO FREIRE E OUTRO(S)  
 : ONALDO LINS DE LUNA –  
 RECORRIDO ESPÓLIO:  
 : SEM REPRESENTAÇÃO NOS  
 ADVOGADO AUTOS

### QUESTÃO DE ORDEM

#### O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Nos autos do inventário dos bens deixados por Onaldo Lins de Luna, falecido em 7.4.2007, sem descendentes ou ascendentes, o Juízo de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa determinou que a inventariante, Maria Jaideth Miranda - com quem o *de cuius* mantivera união estável por 26 (vinte e seis) anos, com sentença declaratória passada em julgado (fls. 9-11, e-STJ) -, nomeasse e qualificasse todos os herdeiros sucessíveis do falecido, ao fundamento de que, nos termos do art. 1.790 do Código Civil de 2002, o companheiro "somente será tido como único sucessor quando não houver *parentes sucessíveis*, o que inclui os *parentes colaterais*, alterando nesse ponto o art. 2º, da Lei 8.971/94, que o contemplava com a totalidade da herança apenas na falta de *ascendentes e descendentes*" (fl. 29, e-STJ).

Contra a decisão, a inventariante interpôs agravo de instrumento, em síntese sob a alegação de ser herdeira universal, uma vez que o art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, por afronta ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, bem como pelo fato de que o mencionado dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o art. 1.829, CC/02, que confere ao cônjuge supérstite a totalidade da herança, na falta de ascendentes e de descendentes.

Foi negado provimento ao agravo, nos termos da seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Arrolamento sumário. Direito sucessório. União estável. Revogação da Lei n. 8.971/94. Aplicação do Código Civil em vigor. Desprovimento do agravo.

Com a vigência do novo Código Civil, houve alteração na regulamentação e ab-rogação tácita à sistemática estabelecida na Lei n.º 8.971/94. (fl. 86,e-STJ)

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alega, em essência, que o acórdão recorrido aplicou mal o art. 1.790 do CC/02, bem como as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96.

Sinaliza dissídio jurisprudencial quanto à aplicação do art. 1.790 do CC/02 e

Nessa linha, pleiteia a recorrente, companheira do falecido, a totalidade da herança e o afastamento dos colaterais.

É o relatório.

2. O art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, tem despertado realmente debates doutrinário e jurisprudencial de substancial envergadura.

É de Francisco José Cahali, por exemplo, a assertiva de que "a nova lei força caminho na contramão da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial elaborada à luz da Constituição Federal de 1988" e que "houve um reprovável retrocesso, privando os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço da sociedade" (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 228).

No mesmo sentido se manifestou Zeno Veloso, para quem o "art. 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco", concluindo ao final que "a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais" (*Do direito sucessório dos companheiros*. In. *Direito de família e o novo Código Civil*. Coordenação: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006).

Finalmente - apenas para citar mais um doutrinador, dentre tantos outros -, a acusar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, Fábio Ulhoa entende que a união estável possui a mesma proteção que o Estado confere a famílias fundadas no casamento.

"A única diferença" - continua Ulhoa - "diz respeito à prova do vínculo horizontal de família, que se produz muito mais facilmente no casamento", daí por que entende que:

O tratamento discriminatório liberado pelo art. 1.790, II e III, do CC fulmina a constitucionalidade e validade do preceito. Por afrontar a Constituição Federal, tanto na garantia do direito de herança (art. 5º, XXX), como na proteção da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), esses dispositivos do Código Civil são inconstitucionais.

Por conseguinte, no falecimento de pessoa vinculada a união estável, o companheiro sobrevivente terá os mesmos direitos sucessórios titularizados pelo cônjuge. (*Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010 pp. 144-145).

A tese de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 tem encontrado ressonância também na jurisprudência dos tribunais estaduais (TJRS, Embargos Infringentes 70027265545; TJSP, Agravo de Instrumento 567.929.4/0-00; TJRS, Agravo de Instrumento 70020389284, entre outros).

Na IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal no âmbito desta Corte, também foi aprovado enunciado nesse sentido: "É inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, devendo incidir, na sucessão pelo companheiro supérstite, as mesmas regras aplicadas ao cônjuge sobrevivente".

3. De fato, àqueles que se debruçam sobre o direito de família e sucessões, causa no mínimo estranheza a opção legislativa efetivada pelo art. 1.790 para regular a sucessão do companheiro sobrevivente.

O atacado dispositivo possui a seguinte redação:

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.

3.1. De início, já se percebe a inadequação topológica do artigo, que nada diz respeito a "disposições gerais" em matéria sucessória.

Quem "participa da sucessão", como dito pelo dispositivo, não é outro senão o "herdeiro", razão por que a localização adequada do preceito seria no capítulo relativo à "ordem da vocação hereditária".

3.2. Também em substância, nesse ponto não andou bem o legislador de 2002.

O *caput* do art. 1.790 faz alusão apenas a bens "adquiridos onerosamente na vigência da união estável". É bem de ver, destarte, que o companheiro, mesmo na eventualidade de ter "direito à totalidade da herança" (inciso IV), somente receberá aqueles bens a que se refere o *caput*, de modo que os bens particulares do *de cuius*, aqueles adquiridos por doação, herança ou antes da união, "não havendo parentes sucessíveis", terá a sorte de herança vacante.

Essa conclusão somente seria evitada se houvesse interpretação do inciso IV em total independência com a cabeça do artigo, solução que parece a mais justa, mas que carece de respaldo técnico adequado.

3.3. Por outro lado, nos termos do art. 1.725, aplica-se à união estável o regime da comunhão parcial de bens, sendo que o art. 1.790 prevê a "participação" do companheiro sobrevivente, em concorrência com descendentes, na sucessão dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, somando-se, evidentemente, à meação decorrente do regime legal.

A sua vez, da leitura do art. 1.829, inciso I, *fine*, percebe-se que o cônjuge supérstite não concorre com descendentes na hipótese de remanescer apenas bens comuns do casal ("salvo se [...] no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares"), recebendo apenas sua meação - ou seja, exatamente quando o companheiro sobrevivente "participa da sucessão".

Nesse passo, cogitando-se da hipótese de os cônjuges, casados pelo regime legal, e em paralelo os companheiros, somente possuírem bens comuns - adquiridos onerosamente na constância do relacionamento -, algo que acontece com frequência, o cônjuge sobrevivente não participa da herança (art. 1.829, I, *fine*), amealhando apenas 50% do patrimônio comum, ao passo que ao companheiro supérstite tocará, além de sua meação, a sua "participação" na herança em concorrência com os demais herdeiros.

Nessa hipótese, o Código Civil, de forma canhestra, aquinhoou o companheiro com parcela superior a que tocara ao cônjuge, circunstância que faz a doutrina acusar que, por vezes, a união estável confere mais direitos aos conviventes do que o casamento aos cônjuges.

3.4. Indaga-se também acerca da legitimidade da diferenciação do quinhão que tocara ao companheiro, a depender se concorrente com filhos comuns do casal ou com filhos unicamente do *de cuius* (art. 1.790, incisos I e II). Concorrendo com filhos comuns, o companheiro terá direito à quota equivalente a que fizer jus o filho (inciso I); "se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles" (inciso II). Não há solução dada pelo legislador, todavia, à hipótese de existirem, a um só tempo, filhos comuns do casal e exclusivos do autor da herança.

A persistirem as frações diferenciadas dos incisos I e II, a pretexto de conferir tratamento particular ao companheiro, acabaria o legislador por tratar de forma discriminatória os próprios filhos do *de cuius*, o que, em última análise, poderia ressuscitar o desgastado e odioso estigma dos "filhos adúlteros", algo explicitamente rechaçado pela ordem constitucional nascida em 1988 ("os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" - art. 227, § 6º, da CF).

Nesse sentido, foi aprovado o seguinte enunciado na IV Jornada de Direito Civil:

**Enunciado:** Na hipótese de o companheiro sobrevivente concorrer com filhos comuns (inc. I) e descendentes somente do *de cuius* (inc. II), deve-se aplicar o disposto no inc. I, dividindo-se igualmente a herança.

**Justificativa:** Diante do princípio da igualdade entre os filhos, não se pode conceber sejam estabelecidos quinhões diferentes numa mesma partilha em que concorrem tanto os filhos comuns do companheiro sobrevivente como os descendentes só do autor da herança. Entendimento contrário faria com que os filhos exclusivos do autor da herança tivessem quinhão maior que os filhos também do companheiro sobrevivente.

4. Finalmente, analisa-se o disposto no inciso III do art. 1.790 do Código Civil: "se concorrer com **outros parentes sucessíveis**, terá direito a um terço da herança".

Depois de prever a concorrência do companheiro com os descendentes do falecido, o artigo determina a concorrência com "outros parentes sucessíveis", o que abarca os ascendentes *ad infinitum* (art. 1.591) e os colaterais até o quarto grau (arts. 1.592 e 1.839).

Como é de conhecimento cursivo, os colaterais de quarto grau do falecido são os primos e os chamados "tio-avô" e "sobrinho-neto".

Ou seja, diferentemente do que acontece com a sucessão do cônjuge, que somente concorre com descendentes e ascendentes (com estes somente na falta

daqueles), o companheiro sobrevivente concorre também com os colaterais do falecido, pela ordem, irmãos (segundo grau); sobrinhos e tios (terceiro grau); e primos, "sobrinho-neto" e "tio-avô" (quarto grau).

Por exemplo, no caso dos autos, a autora conviveu em união estável com o falecido durante 26 (vinte e seis) anos, com sentença declaratória passada em julgado, e ainda assim seria, em tese, obrigada a concorrer com irmãos do autor da herança (cunhados da autora), ou então com tios, primos ou "tio-avô" do *de cujus*.

Tal solução também é pela mencionada doutrina acoimada com a pecha de inconstitucionalidade, basicamente, por três linhas de raciocínio:

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

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

c) tendo em vista que a Lei n. 8.971/94 previu a concorrência do companheiro somente com descendentes e ascendentes do *de cujus* ("na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança", art. 2º, inciso III, da Lei), silenciando quanto ao tema a Lei n. 9.278/96, as disposições do art. 1.790 violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, princípio amplamente sufragado pela doutrina constitucionalista, doméstica e estrangeira.

Frise-se, desde já, que o STF, em duas oportunidades, anulou acórdãos proferidos por tribunais estaduais que, por fundamento constitucional, deram interpretação demasiadamente restritiva ao mencionado artigo, sem submeter a questão da constitucionalidade ao órgão competente, prática vedada pela Súmula Vinculante n. 10.

Nesse sentido confirmam-se: Rcl. 10.813 MC/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, e RE 597.952/RS, Relator Ministro Carlos Ayres Brito.

5. Com efeito, diante desses elementos, tanto por inconveniência quanto por inconstitucionalidade, afigura-se-me que está mesmo a merecer exame mais aprofundado, pelo órgão competente desta Corte, a questão da adequação constitucional do art. 1.790 do CC/02.

Como dito antes, tem-se acusado a inconstitucionalidade de todo o art. 1.790 do Código Civil, do *caput* aos incisos.

Porém, em sede de controle incidental de constitucionalidade, a relevância da decisão acerca da adequação constitucional da norma constitui pressuposto de admissibilidade do incidente, de modo a ser "inadmissível a argüição impertinente, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa". Vale dizer, em sede de controle concreto, somente se declara a "inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa" (MENDES, Gilmar Ferreira [et. al]. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 1013-1024.

No caso, mostra-se indispensável à solução da controvérsia instalada nos autos a apreciação, pela Corte Especial, da constitucionalidade do inciso III - e, por consequência, do inciso IV - do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

6. Diante do exposto, com fundamento no art. 97 da Constituição Federal, combinado com os arts. 480 do Código de Processo Civil e art. 200 do RISTJ, **suscito incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil.**

É como voto.

## **Superior Tribunal de Justiça**

**AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)**

### **EMENTA**

CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 1.790 DO CC/2002. NÃO CONHECIMENTO.

1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido.
2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.

### **VOTO-VISTA**

#### **O MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:**

1. Trata-se de incidente de inconstitucionalidade, suscitado pela 4ª Turma, relativamente aos incisos III e IV do art. 1790 Código Civil de 2002, que tratam da ordem de sucessão do companheiro ou da companheira, relativamente aos bens adquiridos na vigência da união estável. O relator, Min. Luis Felipe Salomão acolheu o incidente, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos referidos, ao argumento fundamental de que o tratamento discriminatório por eles conferido ao companheiro ou companheira, em união estável, em relação ao cônjuge, em regime formal de casamento, não é compatível com o art. 226, § 3º da Constituição. O Ministro César Rocha, em voto-vista, divergiu, primeiro para suscitar preliminar de não-conhecimento do incidente e, no mérito, para afastar a inconstitucionalidade, ao fundamento de que casamento e união estável, embora recebam ambos da Constituição o reconhecimento como entidade familiar, nem por isso se igualam, necessariamente, para fins patrimoniais e sucessórios, nada impedindo que o legislador outorgue tratamento diferente para cada situação.

2. Procede a preliminar suscitada pelo Min. César Rocha. O acórdão recorrido, confirmando decisão no mesmo sentido proferida em primeiro grau, julgou a causa aplicando - e, portanto, considerando constitucional - o art. 1790 do Código Civil. É evidente, portanto, que a reforma do julgado supõe a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo. Justamente por isso é que a questão constitucional foi suscitada nas razões de recurso especial. O próprio voto do Ministro relator, referindo-se aos fundamentos do recurso especial, registrou que o recorrente "sinalizou dissídio jurisprudencial quanta à aplicação do art. 1.790 do CC/02 e suscitou, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício". Ora, embora questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, é indubitável que, em nosso sistema, não cabe ao recorrente do recurso especial invocar tais questões como fundamento para reforma do julgado, como ocorreu no caso. O recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o STF. Tem-se, portanto, hipótese de insuperável óbice ao conhecimento do recurso, que também contamina, por derivação natural, o do presente incidente de inconstitucionalidade.

Assim, em preliminar, voto pelo não-conhecimento do incidente.

3. Superada que seja essa preliminar, acompanho, também no mérito, a divergência. O § 3º do

#### **Superior Tribunal de Justiça**

art. 226 da Constituição Federal estabelece 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". Ora, não se pode extrair de tal disposição constitucional a conclusão de que a união estável deve ser tratada pelo legislador ordinário

como entidade familiar igual ao casamento para todos os efeitos, ou mesmo para efeitos patrimoniais e sucessórios. Conforme assinalou o próprio relator, a formação de famílias se dá, hoje, por uma pluralidade de modos, merecendo, todos eles, a proteção do Estado. Isso, todavia, não significa que o legislador deva atribuir, a todas as entidades familiares, um regime jurídico semelhante ao do casamento, mormente no que se refere ao regime de bens ou de sucessão. Seria absurdo, por exemplo, equiparar o casamento, mesmo para fins sucessórios, as famílias monoparentais. Aliás, como apropriadamente observado pelo Ministro César Rocha, no próprio casamento há diferentes regimes de bens, produzindo diferente repercussão no regime sucessório. Se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor inconstitucional a opção legislativa de criar regime próprio, como o fez o Código Civil, para o quem, por opção pessoal, decidiu não se casar, mas manter seus vínculos familiares e afetivos sob o regime da união estável. A se pretender a igualação entre casamento e união estável, dever-se-ia reconhecer inconstitucionais não apenas os dispositivos apontados pelo relator, mas também todos os demais dispositivos do Código Civil que estabelecem diferenças jurídicas entre as duas formas de união familiar de homem e mulher, inclusive, por exemplo, a norma que se extrai do art. 1.725 do CC, que permite, na união estável, que os companheiros disciplinem, por contrato escrito, as suas relações patrimoniais. Convém registrar, por fim, que, ao contrário de antigo regime - em que os "desquitados" ou que mantinham união estável fora do casamento não gozavam de proteção estatal - a Constituição de 1988 veio reconhecer e proteger essa espécie de união, erigindo-a como mais uma opção legítima dos casais. A pura e simples igualação entre união estável e casamento importaria, na prática, eliminar do cenário jurídico, por via de hermenêutica infraconstitucional, a opção que a ordem constitucional assegurou a homem e mulher de casar ou de não casar, já que, qualquer dos dois regimes seria, afinal, sempre um casamento. 4. Ante o exposto, limitado, por ora, ao juízo preliminar, acompanho a divergência, para não conhecer do incidente. É o voto.