

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Jader Tams Lourenço Grolli

A POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO SUCESSÓRIA DA
UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO EM FACE DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Passo Fundo

2013

Jader Tams Lourenço Grolli

A POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO SUCESSÓRIA DA
UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO EM FACE DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Marlova Stawinski Fuga.

Passo Fundo

2013

“Já não nos satisfaz, a nós, homens contemporâneos, a justiça transcendental das teocracias, nem, tampouco, a justiça abstrata, vaga, irreal, da filosofia racionalista, que chegou ao auge na Revolução e inundou o mundo. Porque esta é vazia como os princípios em que se funda e pode encher-se do bem e do mal, do justo e do injusto, indiferentemente.

Queremos nós justiça concreta, social, verificável e conferível como fato, a justiça que se prove com os números das estatísticas e com as realidades da Vida. E a esta somente se chega pelo caminho das verdades científicas - penosamente, é certo, mas a passos firmes e de mãos agarradas aos arbustos da escarpa, para os esforços do avanço e a segurança da escalada.”

Pontes de Miranda

RESUMO

A presente monografia jurídica aborda a possibilidade da equiparação sucessória da união estável ao casamento em face do reconhecimento constitucional desta como entidade familiar. A pesquisa aborda as noções de direito de família e sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro, verificando suas origens e dando ênfase ao princípio da afetividade. Ademais, são analisadas as entidades familiares constitucionalizadas e os regimes de bens. São estudados os aspectos elementares do direito sucessório brasileiro, iniciando com um breve histórico e, posteriormente, passando a abordar as noções introdutórias ao direito das sucessões, bem como as modalidades testamentárias e a ordem da vocação hereditária no direito brasileiro. Por fim, verifica-se a possibilidade da equiparação sucessória entre as mencionadas entidades familiares, iniciando a abordagem com argumentos a favor da equiparação, tanto doutrinários como jurisprudenciais. Em seguida, apresenta-se os fundamentos da corrente que é contrária à referida equiparação sucessória, analisando-se, além de doutrinadores, a jurisprudência de alguns dos principais tribunais do país. Finalmente, conclui-se defendendo a posição adotada por aqueles que acreditam que a melhor interpretação, em face da Constituição Federal e da sociedade, é equiparar, no campo do direito das sucessões, os institutos do casamento e da união estável. Com isso utilizou-se o método de abordagem dedutivo, colocando-se em análise as hipóteses para a resolução da problemática central, chegando-se, pois, à adoção da corrente eleita.

Palavras-chave: Casamento. Entidade familiar. Equiparação sucessória. União estável.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O DIREITO DE FAMÍLIA E SUA PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	9
1.1 Origens do direito de família: a família no direito romano, no direito canônico e no direito brasileiro anterior ao Código Civil	9
1.2 A afetividade como pilar das relações familiares: um novo olhar sobre o instituto do casamento	12
1.3 Entidade familiares constitucionalizadas: definição e características	18
1.4 Dos regimes de bens: conceituação e elementos fundamentais	23
2 ASPECTOS ELEMENTARES DO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO	27
2.1 Historicidade do direito sucessório	27
2.2 Conceitos elementares do direito das sucessões	32
2.3 Formas testamentárias	35
2.4 Ordem da vocação hereditária	40
3 DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL E A POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DO COMPANHEIRO AO CÔNJUGE NA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	44
3.1 Da igualdade do direito sucessório aos cônjuges e companheiros	44
3.2 A não equiparação da união estável ao casamento	51
3.3 Possibilidade da equiparação sucessória da união estável ao casamento face ao reconhecimento constitucional desta como entidade familiar.....	57
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica almeja verificar a possibilidade da equiparação sucessória entre o casamento e a união estável em face da constitucionalização do direito de família, partindo-se do pressuposto da Constituição Federal reconhecer a união estável como uma entidade familiar que deve receber proteção jurídica do Estado.

Desse modo, busca-se analisar a constitucionalização da instituição familiar no Brasil, bem como os aspectos elementares do direito sucessório brasileiro e a ordem da vocação hereditária no Código Civil, além de estudar a definição e características das entidades familiares constitucionalizadas e os regimes de bens.

Ademais, visa certificar se existe igualdade no direito sucessório aos cônjuges e companheiros ou se há impossibilidade de equiparação da união estável ao casamento. Assim, tenta verificar a possibilidade da equiparação sucessória dos cônjuges aos companheiros em face do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar.

O tema merece atenção, pois o direito sucessório está presente em todas as relações familiares. Família, como a própria Constituição diz, é a base da sociedade, podendo se apresentar de diversas formas, tal como casamento, união estável, família monoparental, união homoafetiva etc. Nesse sentido, é interessante um tema que trate das diferenças sucessórias no casamento e na união estável, já que um bom conhecimento na área pode determinar a escolha de uma ou de outra entidade familiar a quem se interesse por constituir família.

O método de abordagem a ser utilizado na pesquisa será o dedutivo. Tal método consiste em partir de uma generalização até chegar em uma questão particularizada. O raciocínio dedutivo tem como objeto explicar o conteúdo das premissas. Através de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, chega-se a uma conclusão. Nesse sentido, os argumentos gerais reputam-se, de início, como verdadeiros, uma vez que já validados pela ciência. Assim, há relação entre os argumentos gerais e a particularização, visto que, se os primeiros forem inválidos, a segunda também será. Dessa

maneira, o método dedutivo fundamenta-se num silogismo, partindo de uma premissa maior, passando por uma premissa menor até chegar na conclusão.

Portanto, aplicado tal método, analisa-se a situação ampla do direito sucessório quanto ao casamento e a união estável, até chegar em uma possível solução eficaz ao tema em estudo.

Assim, face ao reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, será analisada a possibilidade de sua equiparação sucessória ao casamento.

Para isso, no primeiro capítulo apresenta-se as origens do direito de família, fazendo uma breve análise da família nos principais ordenamentos jurídicos que servem de base ao direito de família brasileiro, quais sejam: direito romano e direito canônico. Também, estuda-se o direito de família no ordenamento jurídico brasileiro, anterior ao Código Civil. Num segundo momento apresenta-se o princípio da afetividade, o qual deve ser visto como um pilar às relações familiares. Posteriormente, as definições e características das entidades familiares constitucionalizadas, a saber, casamento, união estável e família monoparental. Por fim, observa-se a conceituação e os elementos fundamentais dos regimes de bens presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, estuda-se os aspectos elementares do direito sucessório brasileiro, iniciando com um breve histórico, enfatizando-se os povos antigos que mais contribuíram com tal ramo do direito. Em seguida, as noções introdutórias ao direito das sucessões. Posteriormente, analisa-se as modalidades testamentárias presentes no Código Civil, bem como a ordem da vocação hereditária.

Já no terceiro capítulo, trata-se, especificamente, o problema da possível equiparação, no direito sucessório, entre as entidades familiares do casamento e da união estável, ante a proteção constitucional recebida por esta última. Inicia-se apresentando os argumentos favoráveis a tal equiparação, com críticas doutrinárias e julgados de alguns dos principais tribunais de justiça brasileiros. Em seguida, os argumentos contrários à equiparação sucessória entre as entidades familiares, apresentando-se, novamente, tanto críticas doutrinárias como jurisprudenciais. No momento final, defende-se a resposta encontrada para a problematização da presente pesquisa.

Nas páginas que seguem, será tratada a problematização da pesquisa, bem como as possibilidades de resposta, apontando-se alternativas que possivelmente melhor tratariam da matéria.

Feitas tais considerações, passa-se à análise de cada um dos capítulos da monografia para que se chegue a uma possível resposta quanto à equiparação sucessória entre o casamento e a união estável. Inicialmente, o leitor será introduzido no problema através de um breve estudo acerca do histórico do direito de família nas principais civilizações primitivas.

1 O DIREITO DE FAMÍLIA E SUA PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao longo do presente capítulo aborda-se as origens do direito de família, basicamente, nos modelos romano e canônico, a saber, bases do modelo familiar brasileiro. Por conta disso, vê-se o direito de família brasileiro anterior ao Código Civil, tendo como principal legislação as Ordenações Filipinas. Com a evolução da sociedade chega-se na família após a Constituição de 1988, a qual passa a dar ênfase na afetividade familiar. Desse modo, o princípio da afetividade tem um tratamento especial nesse capítulo, dada sua relevância em relação ao direito de família atual.

1.1 Origens do direito de família: a família no direito romano, no direito canônico e no direito brasileiro anterior ao Código Civil

O modelo familiar brasileiro sofreu grande influência das famílias romana, canônica e germânica, razão pela qual um estudo do direito de família deve ser introduzido, necessariamente, por uma noção geral de tais modelos familiares, a fim de que se compreendam as características da família moderna no Brasil.

A família romana era ligada à autoridade do ascendente comum mais velho, o qual detinha poder sobre a vida e morte dos filhos, sendo que podia vender, punir ou até tirar a vida dos mesmos¹. No princípio, o patrimônio familiar era único, administrado pelo *pater*. Contudo, mais tarde, passaram a existir patrimônios individuais, administrados por pessoas sob controle do *pater*².

Nesse viés, o *pater* era uma pessoa estritamente independente, chefe dos descendentes e esses, portanto, eram sujeitos à autoridade daquele. A mulher era sempre subordinada à

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

² WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9.

figura masculina, pois, ao casar, poderia continuar sob a autoridade paterna ou ingressar na família marital, mas nunca podendo pertencer simultaneamente a mais de uma família³.

A família romana, com o passar dos anos, foi evoluindo no sentido de restringir o poder do *pater*. Assim, a mulher e os descendentes começaram a adquirir uma maior autonomia, sendo que o *pater* perdeu o direito de vida e morte sobre os descendentes e, com as necessidades militares, surgiu o patrimônio individual dos filhos, constituído pelos bens adquiridos por estes como soldados⁴. No período imperial, a mulher passou a ter mais autonomia, podendo participar da vida social e política, deixando de lado a vida voltada exclusivamente à família⁵.

O casamento para os romanos deveria ter como base o afeto, o qual deveria existir não apenas na celebração do casamento, mas durante todo o período matrimonial. Nesse sentido, o simples fato de não haver mais convivência entre o casal ou desaparecer o afeto, eram causas necessárias para a dissolução da sociedade conjugal⁶.

Durante a Idade Média, o direito canônico regulava exclusivamente as relações familiares, sendo o casamento religioso o único válido. O divórcio era vedado, em razão de ser um instituto contrário à índole familiar e prejudicar o interesse dos filhos. O matrimônio não era apenas um acordo de vontades, mas sim um sacramento e, desse modo, o homem não podia dissolver aquilo que era unido por Deus, o que era expresso no brocardo *quod Deus conjunxit homo non separet*⁷.

Contudo, havia uma divergência entre o entendimento do casamento medieval e do casamento canônico. A Igreja exigia para o casamento o simples acordo de vontades entre os nubentes, ao passo que os medievais reconheciam o casamento como um ato de repercussão econômica e política, devendo ser necessário o consentimento das famílias, além do aceite dos cônjuges, já que os interesses da sociedade deveriam prevalecer sobre o individualismo do matrimônio, tendo os pais dos nubentes o papel de representar esse interesse da comunidade e o modo de pensar das autoridades locais⁸.

³ WALD, **O novo direito de família**, p. 10.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. V. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 27.

⁵ WALD, 2002, op. cit., p. 12.

⁶ Ibidem, p. 12.

⁷ Ibidem, p. 12.

⁸ Ibidem, p. 16.

Com a vedação do divórcio por parte da Igreja, a evolução do direito canônico fez surgirem as nulidades do casamento e a regulamentação da separação de corpos e patrimônios, o que extinguiu a sociedade conjugal sem, entretanto, terminar com o vínculo. Essa separação de corpos exigia a autorização do bispo ou do sínodo, somente sendo possível em casos extremos, tais como o adultério, a tentativa de homicídio ou a heresia⁹.

O casamento civil surgiu na França, no ano de 1767¹⁰, já que havia minorias não católicas que pressionavam o Estado. Com isso, inclusive nos países católicos, o poder civil foi, com o passar do tempo, predominando em relação às autoridades eclesiásticas.

Em Portugal, no ano de 1595, foram criadas as Ordenações Filipinas, as quais tiveram aplicação tanto naquele país como no Brasil. Essa legislação vedava a dissolução do casamento e estabelecia como regime de bens, no silêncio das partes, o da carta a metade, a saber, uma comunhão universal de bens, que formava o patrimônio numa massa única, onde se incorporavam todos os bens do casal¹¹.

Na legislação Filipina da colônia, havia a necessidade da outorga uxória, ou seja, era exigida a anuência da mulher para que fosse possível a venda de bens imóveis, independentemente do regime de bens, sob pena de nulidade de tal contrato. Diante disso, o direito brasileiro mantém ainda hoje tal tradição da impossibilidade do cônjuge alienar ou gravar imóvel sem o consentimento do outro cônjuge, qualquer que seja o regime de bens escolhido.

Em meados do século XIX, com o advento da Lei n. 1.144, de 11 de novembro de 1861, foram determinados efeitos civis aos casamentos de não católicos, criando-se o registro civil estatal para o registro dessas uniões¹². Assim, embora a legislação imperial conservasse as técnicas do direito canônico para regulamentar o casamento dos não católicos, ideias liberais estavam surgindo a fim de que o Estado se desvinculasse da Igreja.

Nesse viés, somente com a proclamação da República, houve a separação entre o Estado e a Igreja, sendo que a primeira Constituição da República, em seu artigo 72, parágrafo quarto, estabelecia que somente o casamento civil era reconhecido, o qual era

⁹ WALD, *O novo direito de família*, p. 15.

¹⁰ *Ibidem*, p. 16.

¹¹ *Ibidem*, p. 18.

¹² *Ibidem*, p. 20.

celebrado de forma gratuita¹³. Contudo, mesmo com tal separação, o direito de família brasileiro manteve a técnica canônica na celebração do casamento, além de conservar o privatismo doméstico e o patriarcalismo até o final do século XX.

As constituições posteriores à proclamação da República mantiveram a posição do homem como chefe de família, com pequenas restrições, sendo que a mulher casada era incluída no rol dos relativamente incapazes, sob dependência do marido. Tal situação apenas mudou com o advento da Lei n. 4.121 de 1962, a qual emancipou a mulher casada, reconhecendo direitos iguais entre os cônjuges. Essa lei modificou os princípios norteadores do regime de bens e guarda dos filhos. Malgrado a boa intenção do legislador, esse diploma legislativo apresentou sérias falhas técnicas que exigiram uma série de revisões para dar coerência e sistemática ao direito de família brasileiro¹⁴.

Devido às transformações das relações sociais decorrentes da evolução da sociedade, em que foi modificada a concepção formal do direito de família, a Constituição Federal de 1988 deu um tratamento especial às relações familiares ao cuidar, em um capítulo próprio, da família, da criança, do adolescente e do idoso. As inovações trazidas na Carta Política buscaram a valorização dos entes familiares e lançaram a afetividade como uma finalidade da família. Nesse sentido, aborda-se a afetividade, no tópico seguinte, a fim de que se compreenda a importância de tal princípio para o ordenamento jurídico brasileiro, após as modificações constitucionais do direito de família.

1.2 A afetividade como pilar das relações familiares: um novo olhar sobre o instituto do casamento

A família hodierna tem como fim as pessoas e não mais o patrimônio, como ocorria antigamente. Durante o período da Colônia, do Império e grande parte do século XX, prevaleceu no Brasil a família patriarcal, a saber, sistema em que o pai era o chefe de família e detinha poderes absolutos sobre a mulher e os filhos. De fato, o Código Civil de 1916 era

¹³WALD, *O novo direito de família*, p. 21.

¹⁴Ibidem, p. 22-23.

extremamente limitado, fazendo com que a família apenas recebesse esse *status* através do matrimônio¹⁵. Ademais, no regime da época, muitas vezes, a realização pessoal dos familiares era deixada de lado para dar primazia à manutenção do vínculo conjugal, demonstrando a preponderância dos aspectos econômicos ao instituto.

Dessa maneira, o Código Civil anterior regulava a família constituída somente pelo matrimônio, sendo que sua dissolução era vedada e existiam inúmeras distinções entre seus membros, de modo a discriminar os filhos havidos fora do casamento¹⁶. Esse modelo familiar centrava-se mais na autoridade que o Estado passava às mãos do pai do que propriamente nos vínculos de afetividade. As relações eram eminentemente hierárquicas e sem um mínimo de democracia.

Todavia, após a Constituição de 1988, tal modelo familiar foi substituído em razão da evolução da família e da sociedade, passando a ser a afetividade a função atual da família no Brasil¹⁷. Desse modo, desaparece o individualismo que preponderou nos dois últimos séculos, para que as famílias tenham um enfoque voltado aos laços afetivos. Diante disso, os integrantes da família tiveram uma valorização acentuada, recebendo maior autonomia e liberdade, o que é denominado funcionalização do conceito de família¹⁸. Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, configura-se no principal marco da mudança na família, pois, a partir dele, o núcleo familiar passa a ser o meio de promoção pessoal dos seus componentes¹⁹. É nesse sentido que o afeto transforma-se no requisito fático para a constituição da família, deixando de lado as formalidades jurídicas.

Com a afetividade preponderando nos interesses familiares, surge o fenômeno denominado “*repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais”²⁰ (grifo no original). Dessa maneira, a pessoa passa a ter um valor superior ao patrimônio, ou seja, a pessoa humana passa a ser o centro das

¹⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, n. 39, v. 8, 2007, p. 131.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

¹⁷ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

¹⁸ SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23.

¹⁹ ALVES, O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), p. 132.

²⁰ LÔBO, **Famílias**, p. 22.

atenções jurídicas, alterando significativamente a visão extremamente patrimonialista que reinava antes da Constituição Federal de 1988.

O princípio jurídico da afetividade “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”²¹. A Constituição de 1988 impulsionou tal princípio, o qual ilustra, nas relações de família, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a convivência familiar e a igualdade entre os membros familiares.

Nesse viés, a família tem a função de afeto entre os cônjuges, companheiros e filhos devendo preponderar sobre as questões patrimoniais e biológicas. O princípio da afetividade desperta a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos²². Esse princípio impõe aos pais o dever de respeito e igualdade no tratamento aos seus filhos, não sendo mais possível a preferência de um sobre o outro por questões sanguíneas.

A afetividade está implícita na Constituição Federal²³, principalmente em seu artigo 227 e parágrafos²⁴, impondo deveres familiares tais como a vedação de tratamento desigual entre os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, além da convivência familiar ser uma prioridade absoluta, prevalecendo sobre os laços biológicos. Nessa linha,

²¹ LÔBO, *Famílias*, p. 70.

²² *Ibidem*, p. 71.

²³ *Ibidem*, p. 71.

²⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

[...]

§ 3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

[...]VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º. A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º. 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.

§ 7º. No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º. A lei estabelecerá:

I – o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II – o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

“entende-se que a família não é apenas uma instituição de origem biológica, mas, sobretudo, um organismo com nítidos caracteres culturais e sociais”²⁵. Portanto, a família deve ser vista como irradiador da felicidade de seus membros, tendo o afeto como requisito único de sua constituição.

O Código Civil traz o princípio da afetividade em seu artigo 1.593, afirmando que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Essa regra não limita o parentesco exclusivamente ao aspecto biológico, ao estabelecer que é possível ter relação de parentesco com outra pessoa independentemente da consanguinidade. “Agora é o vínculo afetivo que se sobrepõe à verdade genética e a filiação é definida quando está presente o que se chama de posse de estado de filho: é reconhecido como filho de quem sempre considerou ser seu pai”²⁶. Nesse sentido, o importante é a verdade dos fatos, ou seja, será considerado pai aquele que realmente exerce tal função, primando pela educação, saúde, afeto, lazer, dignidade, respeito ao filho, e não aquele que é meramente o genitor da criança.

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça já julgou no sentido da afetividade preponderar sobre os laços biológicos, como se extrai da seguinte jurisprudência.

DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA. 1. É sólido o entendimento segundo qual mesmo para fins de prequestionamento, a oposição de embargos de declaração não prescinde de demonstração da existência de uma das causas listadas no art. 535 do CPC, incorrentes, no caso. 2. No caso em exame, não se trata de pedido de guarda unicamente para fins previdenciários, que é repudiada pela jurisprudência. Ao reverso, o pedido de guarda visa à regularização de situação de fato consolidada desde o nascimento do infante (16.01.1991), situação essa qualificada pela assistência material e afetiva prestada pelos avós, como se pais fossem. Nesse passo, conforme delineado no acórdão recorrido, verifica-se uma convivência entre os autores e o menor perfeitamente apta a assegurar o seu bem estar físico e espiritual, não havendo, por outro lado, nenhum fato que sirva de empecilho ao seu pleno desenvolvimento psicológico e social. 3. Em casos como o dos autos, em que os avós pleiteiam a regularização de uma situação de fato, não se tratando de "guarda previdenciária", o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança. Notadamente porque o art. 33 está localizado em seção intitulada "Da Família Substituta", e, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo "família", não se pode afirmar que, no caso dos autos, há, verdadeiramente, uma substituição familiar. 4. O que deve balizar o conceito de "família" é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações

²⁵ ALVES, O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), p. 133.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

de caráter patrimonial ou biológico". (945283 RN 2007/0079129-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 15/09/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/09/2009) ²⁷.

Portanto, o entendimento do Tribunal é o de que a afetividade deve preponderar no direito de família, acima das questões patrimoniais ou biológicas, principalmente, porque, no caso, apenas foi reguarizada a situação de fato, já que os avós, desde o nascimento da criança, prestavam auxílio material e afetivo ao mesmo.

Cabe, ainda, citar outro julgado do mesmo Superior Tribunal de Justiça.

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO. PAIS BIOLÓGICOS CONDENADOS CRIMINALMENTE. CARÊNCIA DE RECURSOS. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ART. 395 DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ESTATUTO. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA. ORIENTAÇÃO DA TURMA. PRECEDENTES. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO. I - As hipóteses de destituição do pátrio poder estão previstas nos arts. 395, CC, e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exaustivas, a não permitirem interpretação extensiva. Em outras palavras, a destituição desse poder-dever é medida excepcional, sendo permitida apenas nos casos expressamente previstos em lei. II - Nos termos do artigo 23 do referido Estatuto, "a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder". E a destituição, como efeito da condenação criminal, nos termos do art. 92-II, Código Penal, só é automática quando se tratar de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, cometido contra filho. III - Por outro lado, na linha de precedente desta Corte, "a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese". IV - Assim, "apesar de a condenação criminal, por si só, não constituir fundamento para a destituição do pátrio poder, nem a falta de recursos materiais constituir motivo suficiente para essa conseqüência grave, o certo é que o conjunto dessas circunstâncias, somadas ao vínculo de afetividade formado com a família substituta, impossibilita que se modifique o status familiae, no superior interesse da criança". V - As instâncias ordinárias, ao concluírem que seria o caso de destituição do pátrio poder, basearam-se exclusivamente nas circunstâncias fáticas da causa, razão pela qual o recurso especial não comporta análise, a teor do enunciado n. 7 da súmula/STJ. (124621 SP 1997/0019838-3, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 12/04/1999, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 28.06.1999 p. 115RSTJ vol. 120 p. 341) ²⁸.

Desse modo, como o vínculo afetivo criado pela família substituta foi superior àquele da família biológica, no superior interesse da criança e na prevalência do princípio da

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 945283 RN 2007/0079129-4**, da 4 Turma. Relator: Luis Felipe Salomão, 15 de setembro de 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 05 nov. 2012.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 124621 SP 1997/0019838-3**, da 4 Turma. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira, 12 de abril de 1999. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 05 nov. 2012.

afetividade, o Tribunal julgou no sentido de manter a criança com a família substituta, independentemente de laços sanguíneos.

Além disso, no momento em que a Constituição não mais adotou o casamento como entidade familiar única, determinou que as relações de afeto, as quais estão presentes em todas as entidades familiares, preponderam sobre as formalidades que justificavam as normas de exclusão²⁹. Assim, os interesses materiais ficam em segundo plano, prevalecendo nas relações familiares a satisfação pessoal de seus integrantes. Observa-se que a entidade familiar ultrapassa os modelos previstos na legislação para abranger qualquer grupo de pessoas que detenha o elemento afeto, ou seja, deve ser reconhecida como família toda a entidade onde seus membros enxerguem os outros como seu familiar³⁰.

Nesse sentido, o que consolida a estrutura familiar não é a imposição legal de normas a serem seguidas, mas sim os sentimentos e o respeito aos papéis desempenhados pelos seus membros, como um campo de desenvolvimento e realizações pessoais³¹. Dessa maneira, os laços de afeto é que devem ser levados em conta dentro de uma relação, como se o regramento imposto à família ficasse em segundo plano, ao lado dos aspectos patrimoniais e biológicos.

Ademais, as modificações no direito de família geradas pela atual Lei Maior fizeram com que a família, antes de entidade jurídica, seja concebida como entidade natural, a saber, união sem formalidades³². Nesse viés, as novas modalidades de família constitucionais, união estável e família monoparental, merecem uma maior atenção das leis infraconstitucionais para que não sejam reguladas de maneira contrária à vontade do legislador constituinte originário.

Portanto, as famílias vindouras têm uma forte tendência a serem despatrimonializadas, ou seja, aumentará a valorização das pessoas em relação ao capital. Também, a igualdade entre os filhos e uma maior democracia interna estão entre as características da nova família³³.

²⁹ LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2012.

³⁰ ALVES, O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). p. 132.

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Casamento**: nem direitos nem deveres, só afeto. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_casamento_-_nem_direitos_nem_deveres%2C_s%F3_afeto.pdf. Acesso em: 27 ago. 2012.

³² BIANCO, Tatiane. Os direitos sucessórios na união estável. **Revista IOB de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, n. 48, v. 9, 2008, p. 132.

³³ SEREJO, **Direito constitucional da família**, p. 23.

Desse modo, a família percorre um trajeto rumo a condições igualitárias e mais justas no seu núcleo.

1.3 Entidades familiares constitucionalizadas: definição e características

Pela exclusividade que manteve através dos tempos e por sua tradição, pode-se dizer que o casamento ainda é a entidade familiar mais importante no ordenamento jurídico brasileiro, além de ser o modelo mais adotado nas relações familiares³⁴. Contudo, após o advento da Constituição Federal de 1988, deixou de ser exclusiva, dividindo espaço com a união estável e a família monoparental. Assim, a nova Carta Política inovou ao trazer um pluralismo de entidades familiares, constituindo uma das maiores inovações feitas no ordenamento jurídico pátrio.

De fato, o artigo 226 da Constituição Federal traz a união estável e a família monoparental como entidades familiares protegidas pelo Estado. “A união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento”³⁵. Nesse sentido, união estável é uma relação de fato, com aparência de casamento, mas sem as formalidades exigidas por este. Já a família monoparental, conforme o artigo 226, parágrafo quarto, da Constituição Federal, é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Casamento é o ato jurídico formal em que o homem e a mulher constituem família, estabelecendo comunhão plena de vida entre eles, com base na igualdade de direitos e deveres. Enquanto a lei não é expressa, a união é permitida somente entre homem e mulher, pois é de sua tradição e assim exige a consciência social³⁶.

A natureza jurídica do casamento é bastante controversa, sendo que os debates doutrinários fizeram surgir três correntes: a doutrina individualista, a qual vê o casamento como um contrato com objetivo de buscar fins jurídicos; a institucional, que considera o casamento uma instituição social, destacando as regras preestabelecidas pelo legislador que

³⁴ LÔBO, *Famílias*, p. 99.

³⁵ *Ibidem*, p. 168.

³⁶ LUZ, Valdemar P. da. *Manual de direito de família*. Barueri: Manole, 2009, p. 7.

são aderidas pelos nubentes; e a eclética, pela qual o casamento é um ato complexo, sendo contratual na sua formação e institucional em relação ao seu conteúdo³⁷.

O casamento é revestido de várias características, em que se pode destacar a solenidade, a dissolubilidade e a diversidade de sexos. A primeira característica dá a ideia de que o casamento é um ato solene, ou seja, há uma série de requisitos formais para a sua celebração. A segunda característica trata da dissolubilidade, ou seja, o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio³⁸. A terceira característica exige que o ato nupcial tenha em vista a união de duas pessoas de sexo oposto. Não se pode negar a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo, contudo, ao menos no momento atual, não há o reconhecimento legal dessa união através do casamento, mas somente o reconhecimento formal, conforme o julgamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. [...] Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCTIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por

³⁷ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 140.

³⁸ PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 63-66.

casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. [...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. [...] Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. [...] 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (4277 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)³⁹.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 4277**, da 4 Turma. Relator: Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 nov. 2012.

Como se extrai do respeitável julgamento da Corte Suprema, a Constituição Federal tutela as relações familiares independentemente do sexo de seus entes, fazendo valer o princípio da dignidade da pessoa humana e respeitando a opção sexual do indivíduo. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro deu um grande avanço ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, visando acabar com o preconceito sexual que ainda é grande na sociedade.

Por sua vez, o artigo 1.521, do Código Civil⁴⁰, traz os impedimentos matrimoniais, os quais não podem ter uma interpretação extensiva, considerando-se tipos fechados, expressamente previstos na lei⁴¹. A infração aos impedimentos causa a nulidade do casamento. Já o artigo 1.523, do Código Civil⁴², trata das causas suspensivas do casamento, situações em que o casamento não é proibido, mas não é recomendado, sendo que tais hipóteses não invalidam o casamento, apenas punem os contraentes na esfera econômica⁴³.

Outra questão relevante sobre o casamento é sua invalidade. Esse instituto, quando inválido, pode ser nulo ou anulável, dependendo do quão imperfeito esteja, ou seja, o quanto deixou de observar os requisitos legais de validade⁴⁴. A nulidade é “o grau mais elevado da invalidade do ato jurídico, uma vez que referida a interesses públicos ou sociais relevantes, dando ensejo a que qualquer interessado e o Ministério Público possam invocá-la, não se permitindo que o decurso do tempo a invalide”⁴⁵. Nesse sentido, o ato nulo não produz eficácia, sendo que seu defeito é de ordem pública, considerado um vício de gravidade elevada. A nulidade do casamento está expressa no artigo 1.548, do Código Civil⁴⁶. Quanto à

⁴⁰ Art. 1521. Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

⁴¹ LÔBO, **Famílias**, p. 108.

⁴² Art. 1.523. Não devem casar:

I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV – o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

⁴³ DIAS, **Manual de direito das famílias**, p. 149.

⁴⁴ GONÇALVES, **Direito civil brasileiro**, p. 147.

⁴⁵ LÔBO, op. cit., p. 123.

⁴⁶ Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

anulabilidade, em regra, é “o grau menor de invalidez dos atos, pois corresponde a interesses particulares, cuja tutela depende da manifestação das pessoas afetadas ou prejudicadas”⁴⁷. Assim, a anulabilidade está submetida a prazo decadencial, sendo que não pode ser arguida pelo Ministério Público ou ser declarada de ofício pelo juiz, por tratar de vício que afeta apenas interesses particulares. A anulabilidade está disciplinada no artigo 1.550, do Código Civil⁴⁸.

Em relação à eficácia do casamento, pode-se dizer que é o último plano de realização do ato jurídico, após a existência e a validade⁴⁹. Aqui se deve observar se estão sendo atendidos os deveres conjugais, a saber: dever de fidelidade recíproca; dever de respeito e consideração mútuos; dever de vida em comum, no domicílio conjugal; dever de mútua assistência; dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Numa perspectiva constitucional, os deveres de fidelidade, coabitação e respeito e consideração mútuos são juridicamente inócuos, restando aos cônjuges avaliarem se a conduta contrária pode tornar suportável ou não o relacionamento⁵⁰.

Por fim, resta ainda analisar a dissolução do casamento. As causas terminativas da sociedade conjugal estão elencadas no artigo 1.571, do Código Civil⁵¹. Por sociedade conjugal entende-se “o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges”⁵². Nesse sentido, os cônjuges em estado de casados estão submetidos a uma série de direitos e obrigações devido à sociedade que constituíram. Com a Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, a qual instituiu o divórcio direto, o casamento somente é dissolvido pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, pois tal Emenda suprimiu a

I – pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II – por infringência de impedimento.

⁴⁷ LÔBO, **Famílias**, p. 123.

⁴⁸ Art. 1.550. É anulável o casamento:

I – de quem não completou a idade mínima para casar;

II – do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III – por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV – do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V – realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges;

VI – por incompetência da autoridade celebrante.

⁴⁹ LÔBO, op. cit., p. 136.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 147.

⁵¹ Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I – pela morte de um dos cônjuges;

II – pela nulidade ou anulação do casamento;

III – pela separação judicial;

IV – pelo divórcio.

⁵² GONÇALVES, **Direito civil brasileiro**, p. 201.

separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, bem como o requisito temporal para o divórcio⁵³. Nesse viés, somente a morte real ou presumida, a nulidade ou anulação do casamento e o divórcio autorizam os ex-cônjuges a contrair novas núpcias.

1.4 Dos regimes de bens: conceituação e elementos fundamentais

Regime de bens é a regulamentação das relações patrimoniais originadas pelo casamento⁵⁴. Como consequência deste instituto, não há casamento sem um regime de bens escolhido pelos nubentes, imposto aos mesmos ou escolhido pela lei⁵⁵. Para que as partes possam manifestar-se sobre qual regime de bens escolherão para o casamento, exige-se o pacto antenupcial, a saber, “contrato solene e condicional, por meio do qual os nubentes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre ambos, após o casamento”⁵⁶. Assim, tal contrato deve ser realizado por escritura pública e só terá eficácia com a realização do casamento. Não havendo o pacto antenupcial, o casamento será regulamentado pelo regime da comunhão parcial de bens, que é o regime legal, suprimindo o silêncio dos nubentes.

A legislação não limita a escolha do regime de bens àqueles expressos, sendo que as partes tem liberdade total para escolherem um regime de bens diverso daqueles tipos previstos, além de poderem unir os tipos, modificar ou excluir normas, bem como restringir e ampliar os efeitos de determinado regime, desde que tal ato não contrarie os bons costumes, não fraude a lei, ameace crédito de terceiro ou constitua, disfarçadamente, expropriação de bens por um cônjuge ao outro⁵⁷.

O regime de comunhão parcial, conforme já mencionado acima, é o regime legal dispositivo, o qual é aplicado àqueles casamentos celebrados sem o pacto antenupcial. Esse regime caracteriza-se por haver duas massas patrimoniais particulares e uma comum, cada qual com seus ativos e passivos⁵⁸. Até a data do casamento, os bens adquiridos pelos cônjuges

⁵³ LÔBO, *Famílias*, p. 151.

⁵⁴ WALD, *O novo direito de família*, p. 103.

⁵⁵ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 201.

⁵⁶ GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, p. 445.

⁵⁷ LÔBO, *op. cit.*, p. 319.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 341.

permanecem particulares e, após a celebração, os bens conquistados no decorrer do casamento se comunicam.

O artigo 1.660 do Código Civil⁵⁹ estabelece os bens que se comunicam. Também, os bens móveis presumem-se comuns e adquiridos na constância do casamento, salvo prova de que foram adquiridos antes deste. Além de elencar os bens que entram na comunhão, o Código Civil, em seu artigo 1.659⁶⁰, expressa os bens que excluem-se da comunhão. Por fim, são também incomunicáveis os bens que tiveram a consumação de sua aquisição no decorrer do casamento, mas seu título foi gerado por uma causa anterior a este.

No tocante à administração dos bens comuns, o Código Civil estabelece competência para ambos os cônjuges, embora o juiz possa atribuir a administração a apenas um deles, em caso de malversação dos bens. Ainda, pelas dívidas contraídas na administração, respondem os bens comuns e os particulares do cônjuge administrador, sendo que os bens do outro cônjuge responderão se este obteve proveito em razão da dívida. Finalmente, é necessária a anuência de ambos os cônjuges em caso de cessão de uso ou gozo de bem comum.

No regime da comunhão universal, se comunicam todos os bens dos cônjuges, sejam atuais ou futuros, mesmo adquiridos em nome de apenas um deles, assim como as dívidas posteriores ao casamento, salvo aqueles excluídos da comunhão pela lei ou pela vontade das partes⁶¹. Como é um regime convencional, deve ser expresso em pacto antenupcial para surtir efeitos no decorrer do casamento.

Tal regime caracteriza-se, portanto, pela comunicação de todos os valores, tanto móveis como imóveis, de propriedade de cada um dos cônjuges ao tempo das núpcias, bem

⁵⁹ Art. 1.660. Entram na comunhão:

- I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- III – os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;
- V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

⁶⁰ Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

- I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III – as obrigações anteriores ao casamento;
- IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII – as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

⁶¹ GONÇALVES, **Direito civil brasileiro**, p. 462.

como aqueles adquiridos na constância do casamento⁶². “Em princípio, as dívidas anteriores ao casamento permanecem sob a exclusiva responsabilidade do cônjuge que as contraiu”⁶³. A lei optou por excluir as dívidas pretéritas justamente pelos grandes prejuízos que essas obrigações iriam causar ao outro cônjuge. Contudo, se as dívidas forem em benefício comum ou para cobrir as despesas do matrimônio, as mesmas passam a se comunicar. Nesse sentido, o artigo 1.668 do Código Civil⁶⁴ elenca um rol de bens que são excluídos da comunhão.

O regime de participação final nos aquestos surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com o Código Civil de 2002⁶⁵. Assim, trata-se de regime sem qualquer tradição na experiência brasileira, sendo que tem normas de difícil compreensão e execução, pois se torna necessária uma contabilidade rigorosa no decorrer do casamento para que seja viabilizada a divisão dos bens em uma possível dissolução⁶⁶.

É um regime híbrido, pois na constância do casamento utiliza-se das normas da separação total, ao passo que, com a sua dissolução, passam a ser aplicadas as normas do regime de comunhão parcial⁶⁷. Como é um regime convencional, exige pacto antenupcial. Os bens adquiridos antes ou após o casamento são tidos como particulares de cada cônjuge, assim como suas dívidas, enquanto na dissolução do casamento os bens seguem o regime da comunhão parcial⁶⁸.

Dessa maneira, tal regime passa a surtir efeitos com a dissolução da sociedade conjugal, pois antes disso não há comunhão de bens. Será feito o cálculo contábil, ao término do casamento, dos bens particulares adquiridos após o matrimônio, de forma onerosa, somando-se ao patrimônio do outro a fim de apurar as respectivas meações⁶⁹. O artigo 1.674 do Código Civil exclui da soma dos patrimônios próprios os anteriores ao casamento e sub-rogados, os adquiridos por doação ou sucessão e as dívidas relativas a esses bens. Portanto,

⁶² PEREIRA, **Instituições de direito civil**, p. 223-224.

⁶³ LÔBO, **Famílias**, p. 352.

⁶⁴ Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V – os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

⁶⁵ LÔBO, op. cit., p. 358.

⁶⁶ DIAS, **Manual de direito das famílias**, p. 224.

⁶⁷ GONÇALVES, **Direito civil brasileiro**, p. 470.

⁶⁸ LÔBO, op. cit., p. 359.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 361.

com esse regime, ao término do casamento, cada cônjuge permanece com seus bens particulares adquiridos antes do casamento; com metade dos bens comuns adquiridos em condomínio no decorrer do casamento; com os bens próprios adquiridos durante o matrimônio; e a metade do valor dos bens adquiridos pelo outro cônjuge em nome próprio, durante o casamento⁷⁰.

O último regime é o da separação absoluta de bens. Por esse regime, cada cônjuge conserva a plena propriedade, com administração exclusiva de seus bens, podendo livremente aliená-los ou gravá-los de ônus real, sejam móveis ou imóveis⁷¹. Embora haja separação dos cônjuges no campo patrimonial, eles devem contribuir para a manutenção da família, que deve ser suportada por ambos os cônjuges, na proporção de seus rendimentos de trabalho e de seus bens, se o pacto antenupcial for omissivo a respeito dessa matéria, conforme expressa o artigo 1.688 do Código Civil. Finalmente, segundo a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, no regime de separação legal, os bens adquiridos na constância do casamento comunicam-se.

Analisados os aspectos relevantes do direito de família, o capítulo seguinte tratará, especificamente, do direito sucessório e sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como objetivo disponibilizar ao leitor toda a base teórica necessária ao entendimento da problemática da pesquisa monográfica.

⁷⁰ DIAS, **Manual de direito das famílias**, p. 225.

⁷¹ GONÇALVES, **Direito civil brasileiro**, p. 474.

2 ASPECTOS ELEMENTARES DO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Com base na historicidade do direito das sucessões, enfatiza-se os povos antigos que mais contribuíram com tal ramo do direito, quais sejam, os povos hebreus, hindus e romanos, analisando-se aspectos do direito francês e do direito português. Ademais, expostas as características do direito sucessório de tais civilizações, apresenta-se uma rápida análise da evolução do direito pátrio das sucessões até o advento do Código Civil de 2002. Logo em seguida, procede-se às peculiaridades do direito sucessório quanto ao testamento, vocação hereditária, enfim, aspectos da herança, em geral.

2.1 Historicidade do direito sucessório

O direito sucessório remonta aos primórdios da civilização. Nesse sentido, ao iniciar o estudo de tal ramo do direito, faz-se necessária uma breve análise dos elementos culturais de alguns povos da antiguidade, como os Hebreus, Hindus e Romanos, principalmente no tocante às suas crenças religiosas.

De fato, todos esses povos, invariavelmente, cultuavam deuses e seus antepassados, sendo que tal prática era desenvolvida no próprio seio da família⁷². Assim, toda casa possuía um altar e os mortos eram enterrados no seu interior ou nas proximidades. Os mortos eram considerados entes sagrados e acreditava-se que os mesmos continuavam a conviver com os vivos. No seio familiar, a pessoa responsável pelos cultos era o *pater*, sendo que a pessoa a quem caberia lhe suceder era o filho homem mais velho⁷³.

Em relação ao direito das sucessões, somente os filhos homens eram considerados herdeiros, de modo que, havendo apenas descendentes do sexo feminino, a herança passava ao irmão mais velho do *de cujus*⁷⁴. Somente com a Lei Mosaica as filhas mulheres passaram

⁷² MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Instituições de direito das sucessões*. São Paulo: Editora de direito, 2001, p. 13.

⁷³ *Ibidem*, p. 14.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 14.

a ter direito à herança em determinadas situações, como no caso da falta de um herdeiro homem.

Já no Direito hindu, o poder da primogenitura também era observado, sendo que a herança era destinada exclusivamente ao filho homem mais velho e distribuída aos irmãos somente se este renunciasse do seu direito sucessório. Nesse sentido, o filho mais velho detinha a responsabilidade em relação aos seus irmãos. Ele imortalizava a figura do pai e recebia o encargo de cumprir os deveres familiares, ao passo que os outros filhos eram considerados nascidos do amor⁷⁵. Assim, o próprio Código de Manu estabelecia que o nascimento do primeiro filho fazia o homem pagar sua dívida e obter a imortalidade, enquanto os outros filhos eram considerados pelos sábios apenas frutos do amor⁷⁶.

Em Roma, o patrimônio também pertencia ao chefe de família. Numa primeira fase, havia uma comunhão familiar, onde os bens permaneciam no núcleo da família, já que predominava a comunidade agrária, com as terras sendo de propriedade coletiva da *gens*. Num segundo momento, o individualismo começou a predominar, surgindo a propriedade familiar, em que os bens do *pater* eram distribuídos entre os descendentes. Por fim, a propriedade individual é estabelecida, fazendo surgir a figura do herdeiro no direito romano⁷⁷. Seu sistema sucessório era complexo, com os institutos da sucessão legítima e testamentária. Dizia-se que o herdeiro mantinha a personalidade do *de cuius*, fazendo com que houvesse uma transmissão espiritual, de cunho mais religioso do que patrimonial. Assim, sendo o *pater* o soberano nas relações familiares, ele escolhia, via testamento, o herdeiro mais habilitado para prosseguir no comando familiar, praticando os atos religiosos e administrando o patrimônio⁷⁸.

A Lei das XII Tábuas valorizava a sucessão testamentária sobre a legítima, dado o poder do *pater* sobre a família⁷⁹. Nesse sentido, somente em não havendo testamento ou sendo este nulo, os bens eram destinados aos herdeiros legítimos. Ao receber a herança, os sucessores não podiam recusá-la devido ao fato de que, se o *de cuius* estivesse endividado, os sucessores respondiam com seus patrimônios. Somente em 531 d.C., Justiniano concedeu o

⁷⁵ MAGALHÃES, **Instituições de direito das sucessões**, p. 16.

⁷⁶ Art. 524º. O filho, pelo nascimento do qual um homem paga sua dívida e obtém a imortalidade, foi engendrado para o cumprimento do dever; os sábios consideram os outros como nascidos do amor.

⁷⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 3.

⁷⁹ MAGALHÃES, 2001, *op. cit.*, p. 17.

benefício do inventário, fazendo com que os herdeiros passassem a responder pelas dívidas até o limite do patrimônio que receberam como herança do *de cuius*⁸⁰.

Portanto, na ausência de testamento, a herança era distribuída aos herdeiros preferenciais na seguinte ordem: a) os *sui*, a saber, os filhos sob o pátrio poder, a mulher com filhos e demais parentes sujeitos ao *de cuius*⁸¹; b) os *agnati*, parentes ligados pela linha masculina e; c) os *gentiles*, pessoas pertencentes ao mesmo grupo familiar⁸².

A sucessão testamentária expressava a vontade do falecido e era formalizada através do testamento, ao passo que a legítima detinha a vontade presumida do *de cuius*, porquanto era obra da legislação. Pode-se dizer que a sucessão testamentária era a preferida dos romanos⁸³. Eles não reconheciam a possibilidade da sucessão simultânea, devendo escolher entre a testamentária ou a legítima de uma mesma pessoa. Dessa maneira, se o falecido destinasse apenas uma parte de sua herança por testamento, entendia-se que todo o restante também deveria ser incluído como testamentária⁸⁴.

O direito sucessório romano nasceu sob a influência dos povos antigos e, portanto, detinha características religiosas. Ocorre que, com o passar dos anos, a sucessão em Roma foi perdendo o cunho religioso, isso porque a Lei das XII Tábuas tratava a sucessão como matéria exclusivamente de direito, e não de religião, firmando ainda mais a natureza laica do direito romano⁸⁵.

Já no direito germânico, inicialmente os bens permaneciam no seio familiar, pois eram propriedade de seus membros, não existindo a sucessão testamentária⁸⁶. Desse modo, vigia o princípio da conservação dos bens imóveis na família⁸⁷, sendo herdeiros somente as pessoas de mesmo sangue e valorizando a ideia da comunidade doméstica.

O direito germânico inspirou o direito francês, de modo que o Código de Napoleão somente tratava como herdeiros os parentes do *de cuius*. Com isso, por volta do século XIII,

⁸⁰ MAGALHÃES, *Instituições de direito das sucessões*, p. 19.

⁸¹ RIZZARDO, *Direito das sucessões*, p. 4.

⁸² MAGALHÃES, 2001, op. cit., p. 18.

⁸³ *Ibidem*, p. 20.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁶ RIZZARDO, 2006, op. cit., p. 5.

⁸⁷ MAGALHÃES, 2001, op. cit., p. 24.

nasceu na França o sistema sucessório denominado *Droit de Saisine*, pelo qual a propriedade e a posse da herança transmitiam-se de pleno direito aos herdeiros do falecido⁸⁸.

Assim, o Código de Napoleão, em seu artigo 724⁸⁹, e a *Consuetudine de Paris*, no seu artigo 318, consagraram a passagem direta dos bens do falecido aos seus herdeiros, onde se incluíam os filhos legítimos e naturais, além dos ascendentes⁹⁰.

Outro sistema sucessório que também inspirou o direito brasileiro e, portanto, merece uma breve análise é o direito português. As Ordenações Filipinas, nos Livros IV e V, regulavam o direito das sucessões atribuindo-lhe um forte cunho religioso. Assim como o direito romano, o português privilegiava a sucessão testamentária, de modo que tal sistema criou o testamento público, cerrado e particular como ordinários e o nuncupativo, militar e marítimo como privilegiados⁹¹.

O Código Civil português trata primeiro da sucessão testamentária para depois tratar da legítima. A ordem de vocação hereditária dá-se, primeiramente, aos descendentes e, sucessivamente, aos ascendentes, irmão e seus descendentes, cônjuge e transversais não compreendidos no terceiro grau, até o sexto grau, além do Estado⁹².

No Brasil, as Ordenações Filipinas vigoraram até o advento da Lei Feliciano Pena, Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907, o qual alterou a ordem de vocação hereditária na sucessão legítima, posicionando o cônjuge como herdeiro antes dos parentes colaterais e limitando esses últimos até o sexto grau⁹³.

O Código Civil de 1916 reconhecia apenas o casamento como entidade familiar, o qual era indissolúvel. Os filhos havidos fora do casamento, denominados ilegítimos, não detinham direitos sucessórios⁹⁴. O concubinato era vedado pelo Código Civil anterior, de modo que, mesmo se os companheiros fossem solteiros ou separados e tivessem filhos, o sobrevivente não fazia jus a direitos sucessórios. Posteriormente, para garantir a divisão do

⁸⁸ MAGALHÃES, *Instituições de direito das sucessões*, p. 24

⁸⁹ Art. 724. Os herdeiros legítimos e os herdeiros naturais recebem de pleno direito os bens, direitos e ações do defunto, com a obrigação de cumprir todos os encargos da sucessão.

⁹⁰ MAGALHÃES, 2001, op. cit., p. 25.

⁹¹ *Ibidem*, p. 26.

⁹² *Ibidem*, p. 26-27.

⁹³ *Ibidem*, p. 26.

⁹⁴ DIAS, *Manual das sucessões*, p. 28.

patrimônio adquirido durante a vida em comum, a jurisprudência passou a identificar a presença de uma sociedade de fato entre os companheiros⁹⁵.

A discriminação às pessoas que optavam por não casar perdurou até o advento da Constituição Federal de 1988, a qual reconheceu a união estável como entidade familiar e passou a assegurar-lhe proteção estatal. Contudo, o Código Civil atual não acompanhou as mudanças da sociedade, fazendo uma verdadeira cópia do Código anterior em matéria de direito das sucessões⁹⁶.

O que precisava ser alterado não o foi e algumas das mudanças introduzidas não atendem à realidade social. Ao contrário, venceu a lei civil injustificáveis distinções entre casamento e união estável, ao não reconhecer os mesmos direitos sucessórios a cônjuges e companheiros. A união estável está contemplada em um único artigo (CC 1.790). O companheiro foi inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos parentes colaterais, enquanto o cônjuge, além de figurar em terceiro lugar, foi elevado à categoria de herdeiro necessário. Mas há mais. A grande novidade – que foi batizada com o nome de concorrência sucessória – também concedeu aos herdeiros tratamento assimétrico. Desfruta o cônjuge de privilégios em maior extensão. Todas estas odiosas diferenças são de escancarada inconstitucionalidade⁹⁷.

Desse modo, percebe-se que as normas de direito sucessório brasileiro ainda tem muito o que evoluir para que sejam quebradas tradições antigas que vêm se mantendo no ordenamento jurídico pátrio no decorrer dos anos. O Código Civil atual perdeu uma grande oportunidade de acabar com várias desigualdades, tanto no âmbito do direito das famílias como do direito sucessório.

O Código Civil trata do direito das sucessões em seu livro V, do artigo 1.784 ao 2.027. A regulamentação começa com as disposições gerais e, em seguida, trata das sucessões legítima e testamentária. Por fim, passa a disciplinar o inventário e a partilha, o que também está previsto nos artigos 982 ao 1.045 do Código de Processo Civil.

⁹⁵ DIAS, **Manual das sucessões**, p. 28-29

⁹⁶ *Ibidem*, p. 29.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 29.

2.2 Conceitos elementares do direito das sucessões

No âmbito jurídico, a palavra sucessão tem o sentido de suceder a alguém em seus direitos, ou seja, tomar o lugar de outra pessoa como titular de um direito. A transmissão de bens *causa mortis* ocorre quando uma pessoa falece e seu patrimônio, direitos e obrigações se transmitem para outrem⁹⁸. Nesse sentido, o direito sucessório trabalha justamente com este fenômeno da transferência de bens em razão da morte.

Desse modo, percebe-se que o direito das sucessões está intimamente ligado ao direito de família, visto tratar-se do ramo do direito civil que estuda a transferência dos bens deixados por uma pessoa em razão de sua morte, a qual pode ser tanto natural como presumida. A morte natural é aquela onde cessam as atividades cerebrais da pessoa, sendo atestada por profissionais da medicina, segundo as regras da ciência⁹⁹. Já a morte presumida é aquela oriunda da ausência, disciplinada na Parte Geral do Código Civil¹⁰⁰, embora seja admitido o reconhecimento da morte de imediato, conforme o artigo 7º do Código Civil¹⁰¹. Nesse sentido, a relação entre tais ramos do direito se dá, principalmente, pelo fato do direito de herança, no Brasil, ocorrer em virtude do parentesco, pela sucessão legítima. Esta é a modalidade sucessória derivada da lei, a qual recebeu esse nome numa clara referência à discriminação que sofriam os filhos havidos fora do casamento, os quais recebiam o nome de filhos ilegítimos e não podiam herdar¹⁰². Destarte, com o término dessa desigualdade pela Constituição Federal¹⁰³, não há razão para persistir tal expressão.

A sucessão legítima não possui testamento e, assim, não contém declaração de última vontade do *de cuius*, restando na transmissão de seu patrimônio a seus herdeiros. A legítima

⁹⁸ DIAS, **Manual das sucessões**, p. 31.

⁹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 1.

¹⁰⁰ Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

¹⁰¹ Art. 7º. Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

¹⁰² DIAS, 2011, op. cit., p. 112.

¹⁰³ Art. 227. [...]

§ 6º. 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.

compreende a metade dos bens do falecido, de modo que é intangível, não podendo sofrer gravames.

Ainda há a sucessão testamentária, a qual "é derivada de disposição de última vontade do defunto, expressa em testamento, elaborado de acordo com as condições estabelecidas por lei, no qual o próprio autor da herança elege os seus sucessores"¹⁰⁴.

Dessa maneira, a sucessão testamentária, ao contrário da legítima, independe do herdeiro ter vínculo de parentesco com o *de cujus*. Porém, a existência de parentes limita a sucessão por testamento, visto que, havendo os denominados herdeiros necessários, o testador poderá dispor somente da metade dos bens para outras pessoas e entidades, conforme o artigo 1.846 do Código Civil¹⁰⁵.

No instante da morte da pessoa, é aberta a sucessão, desligando-se a mesma dos direitos e obrigações transmissíveis que compõem seu patrimônio. O artigo 1.784 do Código Civil¹⁰⁶ expressa o princípio da *saisine*, segundo o qual o autor da herança transmite seu patrimônio aos herdeiros de forma íntegra no momento da morte¹⁰⁷.

Existem hipóteses em que os herdeiros ou legatários podem ser excluídos da sucessão, como é o caso da indignidade, a qual é uma penalidade aplicada ao sucessor por ter ofendido o *de cujus* ou seus familiares¹⁰⁸. Tal matéria está expressa no artigo 1.814 do Código Civil. Pelo inciso I desse dispositivo, é indigno o herdeiro ou legatário que foi autor, co-autor ou partícipe de homicídio doloso consumado ou tentado contra o autor da herança ou seus familiares. A segunda hipótese de indignidade está no inciso II do artigo 1.814, o qual afirma que é indigno quem acusou caluniosamente em juízo o autor da herança ou cometeu crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro. A última hipótese, elencada no inciso III, preceitua que é indigno o herdeiro ou legatário que, mediante violência ou fraude, inibe ou obsta o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

¹⁰⁴ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Elementos de uma teoria geral do direito sucessório e a experiência jurisprudencial brasileira. **Revista IOB de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, n. 49, v. 9, 2008, p. 64.

¹⁰⁵ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

¹⁰⁶ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

¹⁰⁷ HIRONAKA; PEREIRA, **Direito das sucessões e o novo Código Civil**, p. 7.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 72-73.

Também, é possível aos ascendentes deserdarem seus descendentes, nas hipóteses do mencionado artigo 1.814 do Código Civil e mais as outras arroladas no artigo 1.962, quais sejam, ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com a madrasta ou padrasto e desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Enquanto a indignidade é pleiteada posteriormente à morte do *de cuius*, a deserção exige que o falecido tivesse conhecimento do ocorrido e elaborado um testamento a fim de deserdar seu herdeiro¹⁰⁹. Nesse viés, o artigo 1.964 do Código Civil afirma que somente com declaração expressa pode a deserção ser ordenada em testamento.

Por outro lado, é possível a renúncia do herdeiro, a qual é um "ato jurídico unilateral, por meio de que o herdeiro declara não aceitar a herança, repudiando a transmissão que a lei opera e despojando-se, por conseguinte, da sua titularidade"¹¹⁰. Assim, na renúncia, o herdeiro declara seu repúdio, sua discordância na transmissão da herança, fazendo com que inexista a transferência da mesma. Decorre a renúncia do princípio da autonomia da vontade, de modo que o herdeiro não tem a obrigação de permanecer com a herança. O efeito desse ato é *ex tunc*, ou seja, retroage à data da abertura da sucessão¹¹¹. Com a renúncia, os bens retornam ao acervo hereditário e são recebidos pelos outros herdeiros como se o renunciante jamais tivesse sido um herdeiro do falecido.

Há, por fim, a possibilidade da cessão, quando o herdeiro cede total ou parcialmente a outrem aquilo que recebeu como herança. Diferentemente da renúncia, na cessão o herdeiro recebe o patrimônio e apenas o transfere a quem desejar. Ao passo que a renúncia é sempre gratuita, a cessão pode ser tanto gratuita como onerosa. Contudo, quando ocorre a cessão pura e simples dos bens aos outros herdeiros, trata-se de renúncia, eis que não caracteriza a aceitação da herança¹¹².

A cessão somente pode ocorrer do momento da abertura da sucessão até a partilha, eis que, posteriormente, os bens serão individualizados, podendo ocorrer somente venda ou doação. Desse modo, antes da abertura da sucessão também não é possível a cessão, porque

¹⁰⁹ HIRONAKA; PEREIRA, **Direito das sucessões e o novo Código Civil**, p. 356.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹¹¹ Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.

Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.

¹¹² DIAS, **Manual das sucessões**, p. 210-211.

antes da morte do *de cuius* não existe herança, não podendo aquele que vai herdar dispor de bens que não são seus. Isso decorre da vedação do pacto sucessório, a qual é expressa no artigo 426 do Código Civil¹¹³. Já na hipótese de existir cláusula de inalienabilidade à herança, não pode o herdeiro ceder à herança, mas apenas renunciar a mesma.

2.3 Formas testamentárias

Testamento, conforme Zeno Veloso, é o “negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe no todo ou em parte de seu patrimônio ou faz outras determinações de última vontade”¹¹⁴. Nesse sentido, o testamento é o negócio jurídico unilateral em que o testador firma sua vontade em relação ao seu patrimônio para após sua morte.

O testamento é um ato estritamente formal devido ao fato de que o mesmo busca reproduzir a manifestação de vontade do *de cuius* somente após sua morte, devendo o rigorismo resguardar a liberdade do testador e garantir que sua última vontade seja cumprida conforme seu desejo.

Aqueles que são chamados para suceder podem apresentar-se tanto como herdeiros ou como legatários. Herdeiro é aquele que sucede na universalidade do patrimônio ou numa quota-parte ou fração da mesma. No tocante ao legatário, pode-se dizer que este sucede a título particular, sobre bens ou valores determinados. Portanto, o principal critério que distingue essas duas espécies de sucessores é a determinação ou indeterminação dos bens sucessíveis¹¹⁵.

Devido à sua formalidade, o testamento só pode ser realizado se observadas as formas disponibilizadas em lei. Existem duas categorias de testamentos, a saber, as formas ordinárias, em que se encontram o testamento público, o cerrado e o particular; e as formas especiais, que

¹¹³ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

¹¹⁴ HIRONAKA; PEREIRA, **Direito das sucessões e o novo Código Civil**, p. 122.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 121.

englobam o testamento marítimo, o aeronáutico e o militar¹¹⁶. Assim, o testador tem a liberdade de escolher qual modalidade testamentária deseja, salvo situações peculiares, sendo que não existe hierarquia entre as formas de testamento.

Entre os testamentos ordinários, está o público, o qual é o mais utilizado no Brasil¹¹⁷. Ele é realizado perante o tabelião ou seu substituto legal, outorgado por escritura pública e, desse modo, dotado de fé pública, fazendo prova plena, como afirma o artigo 215 do Código Civil¹¹⁸. Os requisitos essenciais do testamento público estão expressos no artigo 1.864 do mesmo diploma civil.

Pelo inciso I do citado dispositivo, o testamento público deve ser escrito por tabelião ou seu substituto legal, sendo registrado em seu livro de notas conforme as declarações do testador, o qual pode utilizar minuta, notas ou apontamentos. O inciso II estabelece que, após lavrado o instrumento, deve o mesmo ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e duas testemunhas, em um único momento. Contudo, se for da vontade do testador, ele pode ler o testamento na presença das testemunhas e do oficial. Já pelo inciso III, após a leitura, o instrumento deve ser assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião. Esta é a última formalidade, de modo que, terminada a solenidade, o tabelião entrega ao testador o traslado do testamento, ou seja, uma cópia daquilo que ficou registrado no livro notarial.

Se o testador não souber ou não puder assinar, o tabelião declarará o fato e uma das testemunhas assinará por ele, a seu rogo. Quanto ao surdo, se este souber ler, lerá o testamento, ao passo que, se não souber, designará quem o leia em seu lugar, na presença das testemunhas. Por fim, ao cego só é permitida a modalidade de testamento público, sendo que este será lido duas vezes, uma pelo tabelião ou seu substituto legal e outra por uma das testemunhas designada pelo testador.

O testamento cerrado busca manter sigilo total em relação a terceiros, de modo que não possui rol de testemunhas¹¹⁹. Existem dois elementos básicos para essa modalidade de

¹¹⁶ DIAS, *Manual das sucessões*, p. 358.

¹¹⁷ HIRONAKA; PEREIRA, *Direito das sucessões e o novo Código Civil*, p. 136.

¹¹⁸ Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

¹¹⁹ RIZZARDO, *Direito das sucessões*, p. 297.

testamento, a saber, o testamento propriamente dito, onde está expressa a vontade do testador, e a sua aprovação, a qual é levada a efeito pelo tabelião num momento posterior¹²⁰.

O testamento cerrado está disciplinado do artigo 1.868 ao 1.875 do Código Civil, sendo que este primeiro traz as formalidades que devem ser seguidas pelo testador que opte por tal modalidade como requisitos de validade do ato¹²¹. A grande qualidade desse modo de testamento é o sigilo, a certeza de que a vontade permanecerá ignorada até o momento de sua morte. Segundo o artigo 1.872 do Código Civil, aquele que não sabe ou não pode escrever, é vedado de dispor de seus bens em testamento cerrado, ao passo que o artigo 1.873 estabelece que essa modalidade testamentária é a única que o surdo-mudo pode utilizar, devendo escrever todo o testamento e assiná-lo de sua mão, entregando o mesmo ao tabelião na presença de duas testemunhas e escrevendo, externamente, que aquele é seu testamento, cuja aprovação lhe pede.

Ao término da solenidade, depois de lido e assinado o auto de aprovação, o tabelião deve cerrar e coser o instrumento, entregando o testamento ao testador e lançando em seu livro nota do local e da data em que o testamento foi aprovado e entregue¹²². Após a morte do testador, o testamento é apresentado ao juiz, que ordenará seu cumprimento se o mesmo for livre de vícios que o tornem nulo ou que haja suspeita de falsidade. Percebe-se, por fim, que tal modalidade de testamento detém o inconveniente de ser facilmente extraviado ou inutilizado, devido ao fato de ficar em posse do próprio testador.

O testamento particular é aquele escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, assinado pelo testador e lido a três testemunhas, as quais também o assinam¹²³. Esses requisitos são fundamentais para que o ato seja considerado válido. Tal modalidade testamentária não tem sido muito utilizada ultimamente em razão do risco que traz, qual seja,

¹²⁰ DIAS, **Manual das sucessões**, p. 362.

¹²¹ Art. 1.868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

I – que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;

II – que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;

III – que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;

IV – que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.

Parágrafo único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas.

¹²² HIRONAKA; PEREIRA, **Direito das sucessões e o novo Código Civil**, p. 153.

¹²³ *Ibidem*, p. 156.

o fácil desaparecimento ou extravio em decorrência de ser elaborado e guardado pelo próprio testador¹²⁴.

Está o testamento particular disciplinado do artigo 1.876 ao 1.880 do Código Civil. Exige a lei que o testamento, após a morte de seu autor, seja publicado em juízo com a oitiva das testemunhas que o assinaram e a citação dos herdeiros legítimos. Excepcionalmente, pode o juiz confirmar o testamento particular escrito e assinado pelo próprio testador sem que haja testemunhas. Por fim, a lei permite que o testamento particular seja escrito em língua estrangeira, desde que seja compreendido pelas testemunhas.

Terminada a exposição sobre as formas de testamento ordinárias, cabe agora a breve análise das modalidades especiais, a saber, o testamento marítimo, o aeronáutico e o militar. O primeiro deles, o marítimo, é realizado a bordo ou no interior de um navio de guerra, mercante, ou de transporte, em viagens de alto-mar. Trata-se de modalidade testamentária em completo desuso, de raríssima aplicação, mas que foi mantida pelo atual Código Civil¹²⁵.

O primeiro requisito para que se opere o testamento marítimo é a exigência da nacionalidade brasileira do navio, já que este é considerado como integrante do território nacional, mesmo que esteja em águas estrangeiras. O segundo requisito é o de que o testador se encontre em navio de guerra, mercante ou de transporte. O Código atual não fez distinção entre os navios que navegam em rios, lagos ou canais, como fez o Código Civil de 1916, entendendo-se que nestes também é possível a realização do testamento marítimo. O terceiro requisito é o de que a pessoa que esteja a bordo do navio se encontre em viagem, independente de estar navegando em alto-mar. Por fim, o registro do testamento deve ser realizado em livro diário de bordo¹²⁶.

O Código Civil permite que o testamento marítimo seja realizado tanto na forma pública quanto na forma cerrada. Ressalte-se que a primeira dessas formas é efetuada pelo comandante do navio, ao qual se atribui a função notarial. O testamento fica com a guarda do comandante, o qual entrega o mesmo às autoridades administrativas do primeiro porto

¹²⁴ DIAS, *Manual das sucessões*, p. 365.

¹²⁵ RIZZARDO, *Direito das sucessões*, p. 343.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 344-345.

nacional que atracar. Por fim, se o testador não morrer na viagem ou nos noventa dias subsequentes ao seu desembarque, caducará seu testamento.

O testamento aeronáutico é aquele realizado a bordo de aeronave militar ou comercial, perante pessoa designada pelo comandante. Além dos passageiros, podem testar os tripulantes e o próprio comandante. Essa modalidade testamentária submete-se às mesmas regras do testamento marítimo, o qual já foi brevemente exposto acima.

Por fim, o testamento militar é realizado por quem se encontra a serviço das Forças Armadas, em campanha, dentro ou fora do país, de modo que o comandante atua como notário, à luz do artigo 1.893 do Código Civil¹²⁷. Pelo *caput* do artigo 142 da Constituição Federal, as Forças Armadas são compostas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica.

Essa modalidade testamentária, assim como as demais, possui requisitos que devem ser observados para que seja admitida. O primeiro requisito é o de que a pessoa esteja participando de guerra, ou em campanha, ou em praça sitiada, de maneira que não possa se afastar das tropas ou do campo de batalha. O segundo requisito é o de que inexista tabelionato na corporação ou no local em que esteja o testador. Por fim, deve haver uma situação de perigo, ou seja, a possibilidade de não conseguir sobreviver após uma batalha ou até o término do conflito armado¹²⁸.

O testamento militar pode ser realizado de três maneiras diferentes. A primeira é a forma de testamento público, segundo as regras do citado artigo 1.893 do Código Civil. A segunda modalidade é em forma de testamento cerrado, de que trata o artigo 1.894 do Código Civil. Por fim, há a possibilidade do testamento nuncupativo, disciplinado no artigo 1.896 do Código Civil, que é o testamento realizado de forma oral perante duas testemunhas por militares ou demais pessoas a serviço das Forças Armadas em situação de perigo de morte.

¹²⁷ Art. 1.893. O testamento dos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do País ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que esteja de comunicações interrompidas, poderá fazer-se, não havendo tabelião ou seu substituto legal, ante duas, ou três testemunhas, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma delas.

§ 1º. Se o testador pertencer a corpo ou seção de corpo destacado, o testamento será escrito pelo respectivo comandante, ainda que de graduação ou posto inferior.

§ 2º. Se o testador estiver em tratamento em hospital, o testamento será escrito pelo respectivo oficial de saúde, ou pelo diretor do estabelecimento.

§ 3º. Se o testador for o oficial mais graduado, o testamento será escrito por aquele que o substituir.

¹²⁸ RIZZARDO, **Direito das sucessões**, p 352.

Essa modalidade testamentária é exceção à regra de que o testamento deve ser expresso de forma escrita. Contudo, se o testador não morrer na guerra, não terá efeito seu testamento¹²⁹.

Concretizam-se, assim, as formas testamentárias.

2.4 Ordem da vocação hereditária

Falecido alguém, seus parentes, cônjuge ou companheiro são chamados a herdar. Essa transferência segue uma ordem segundo a proximidade de parentesco ou se a aliança decorre do casamento ou da união estável. Quando se trata de parentesco, segue-se a ideia de que o contemplado mais próximo em grau exclui o mais remoto. Os parentes herdeiros sucedem tanto por direito próprio, como por representação ou por transmissão.

A sucessão por direito próprio é aquela em que os parentes mais próximos são chamados a herdar, em igualdade de condições, em razão de pertencerem à mesma linha sucessória. A herança por direito de representação ocorre quando são chamados os parentes do herdeiro falecido para assumir o lugar desse último na sucessão. Por fim, a herança por direito de transmissão se dá quando o herdeiro falece antes de declarar a aceitação da herança, sendo que esse direito transfere-se aos respectivos herdeiros do falecido¹³⁰.

Quanto à ordem da vocação hereditária, o Código Civil de 2002 inovou em relação ao Código de 1916, colocando o cônjuge ao nível de herdeiro necessário, junto aos descendentes e ascendentes. Maria Berenice Dias afirma que, enquanto o cônjuge é herdeiro necessário, o companheiro é apenas herdeiro legítimo, herdando somente após os parentes colaterais de quarto grau¹³¹. Já Gustavo Pereira Leite Ribeiro diz que, por uma interpretação do artigo 226, parágrafo terceiro, da Lei Maior, pode-se dizer que o companheiro também deve ser considerado herdeiro necessário¹³². A diferença está no fato de que, enquanto os herdeiros

¹²⁹ DIAS, *Manual das sucessões*, p. 373.

¹³⁰ RIZZARDO, *Direito das sucessões*, p. 147.

¹³¹ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 159.

¹³² RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Elementos de uma teoria geral do direito sucessório e a experiência jurisprudencial brasileira*, p. 71.

necessários herdam obrigatoriamente, independente da vontade do autor da herança, os herdeiros legítimos facultativos dependem da vontade do *de cuius* para herdar.

O artigo 1.829 do Código Civil elenca a ordem da sucessão legítima, iniciando-se, no inciso I, com os descendentes concorrendo com o cônjuge. Mas, por tal dispositivo legal, o cônjuge somente concorre com os descendentes se não foi casado com o falecido no regime da comunhão universal ou na separação obrigatória de bens, ou, ainda, se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Nesse caso, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça. Contudo, a quota do cônjuge não pode ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer, segundo o artigo 1.832 do Código Civil.

Pelo inciso II do artigo 1.829 do Código Civil, os ascendentes concorrem com o cônjuge, independente do regime de bens. Aqui, por aplicação do artigo 1.837 do Código Civil, se o cônjuge concorre com ascendente de primeiro grau, receberá um terço da herança, ao passo que, se concorrer com apenas um ascendente de primeiro grau ou ascendentes de grau maior, receberá metade da herança.

Na terceira classe de herdeiros necessários está o cônjuge, o qual herda independentemente do regime de bens¹³³. Assim, o cônjuge recebe a totalidade da herança se o falecido não deixou descendentes ou ascendentes, conforme o inciso III do artigo 1.829 do Código Civil.

Por fim, no inciso IV do dispositivo em análise, constam os colaterais como herdeiros, os quais serão chamados a suceder até o quarto grau, se não houver cônjuge sobrevivente, à luz do artigo 1.839 do Código Civil. Cabe lembrar que os colaterais são herdeiros facultativos, podendo ser excluídos da sucessão pela vontade do testador.

Em relação à sucessão do companheiro que vivia em união estável com o *de cuius*, em primeiro lugar, está regulado no artigo 1.790 do Código Civil, ou seja, dentro do Capítulo denominado "Disposições Gerais", da sucessão geral. Desse modo, incorreta a posição da

¹³³ VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo código civil. *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 17, v. 5, 2003, p. 147.

matéria, visto não se tratar de disposições gerais, devendo estar na parte que regula a ordem da vocação hereditária¹³⁴.

Pelo *caput* do artigo 1.790, o companheiro só herda em relação aos bens conquistados onerosamente na constância da união estável. No inciso I do mesmo artigo, está expressa a regra de que o convivente que concorre com filhos comuns, deve receber a mesma porção da herança que cabe a cada um dos filhos, dividindo-se a mesma em partes iguais. Embora o artigo ora em análise contenha a expressão "filhos comuns", deve-se ler "descendentes comuns", com base em uma interpretação extensiva¹³⁵. Assim, enquanto o cônjuge supérstite tem reservada a quarta parte da herança para si, o companheiro sobrevivente não goza desse mesmo direito, não possuindo nenhuma vantagem em relação aos descendentes comuns.

Já pelo inciso II, se o convivente concorrer com descendentes só do *de cuius*, receberá metade do que couber a cada um deles. Aqui ocorre mais uma divergência em relação ao casamento, eis que o cônjuge sobrevivente herda um quinhão igual aos descendentes só do *de cuius*, ao passo que o companheiro tem seu quinhão limitado a apenas metade do que cada um receber.

No inciso III consta a regra de que, concorrendo o companheiro sobrevivente com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. Enquanto o cônjuge tem exclusiva para si a terceira classe de herdeiros necessários, herdando sozinho se não houver descendentes ou ascendentes do falecido, o companheiro supérstite recebe apenas um terço da herança quando concorre com outros parentes sucessíveis.

Finalmente, na ausência de parentes sucessíveis, terá o companheiro direito à totalidade da herança, segundo o inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil. Portanto, o companheiro receberá a totalidade da herança somente se o falecido não houver deixado parentes aptos a herdar, além de não ser excluído da sucessão, já que não é considerado um herdeiro necessário e pode ser removido da linha sucessória.

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice (Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 242.

¹³⁵ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: será que precisamos mudar o código civil? **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 29, v. 7, 2005, p. 216.

Vencidas as etapas do estudo dos principais aspectos do direito de família e do direito das sucessões, o próximo capítulo abordará, especificamente, a problemática da presente pesquisa, analisando a possibilidade de equiparação sucessória da união estável ao casamento em face da constitucionalização do direito de família e observando o tema na jurisprudência brasileira.

3 DIFERENÇAS SUCESSÓRIAS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL E A POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DO COMPANHEIRO AO CÔNJUGE NA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Aborda-se o problema da possível equiparação, no direito sucessório, entre as entidades familiares do casamento e da união estável, ante a proteção constitucional recebida por esta última. Assim, primeiramente, analisa-se a possibilidade de tal equiparação, com os argumentos de vários doutrinadores e da jurisprudência brasileira. Após, explana-se os argumentos da corrente contrária à equiparação entre casamento e união estável, tanto na doutrina como na jurisprudência. Por fim, faz-se uma ponderação a fim de se verificar qual corrente atende de forma mais efetiva os anseios sociais.

3.1 Da igualdade do direito sucessório aos cônjuges e companheiros

Conforme verificou-se nos capítulos anteriores, o ordenamento jurídico brasileiro, em especial o Código Civil, trata a questão do direito sucessório de um modo muito desigual em relação ao cônjuge e ao companheiro. Assim, o Livro V do Código Civil inicia trazendo o problema de tratar separadamente a vocação hereditária dos companheiros, analisando a mesma, inadequadamente, no capítulo das disposições gerais do direito das sucessões, ao passo que a ordem da vocação hereditária do cônjuge é disciplinada em um capítulo especial, em que a sucessão dos companheiros também devia ser tratada. Ademais, existe o problema da injusta restrição aos direitos sucessórios na união estável, em desconformidade com a amplitude de direitos reservados àqueles que decidem estabelecer sua entidade familiar mediante o casamento.

Nesse sentido, para solucionar o primeiro problema e sistematizar o ordenamento jurídico pátrio, a saber, o regulamento do direito sucessório do companheiro de forma totalmente inadequada no capítulo das disposições gerais do direito das sucessões, o

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil Santos, propõe a revogação do artigo 1.790 do Código Civil, levando a matéria para dentro do artigo 1.829 do mesmo código, o qual trata, especificamente, da ordem de vocação hereditária, acarretando uma simetria entre o direito sucessório dos cônjuges e dos companheiros¹³⁶.

Como forma de observância à isonomia, levando em consideração que a união estável, assim como o casamento, é uma forma de entidade familiar reconhecida constitucionalmente, o mesmo doutrinador afirma que deve haver uma outorga aos companheiros dos mesmos direitos sucessórios que são garantidos aos cônjuges¹³⁷.

Seguindo a mesma linha, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que, em razão dos princípios e direitos fundamentais da atualidade, deve-se buscar um tratamento igual e uniforme nas relações privadas, inclusive em relação aos herdeiros, acabando com os privilégios exclusivos do casamento e as restrições à união estável. Assim, deve haver uma efetividade e aplicabilidade das normas constitucionais no direito das sucessões, a fim de exigir do intérprete a observância da validade nas normas infraconstitucionais em relação aos valores, princípios e normas constitucionais¹³⁸.

Defendendo a inconstitucionalidade e ilegalidade do citado artigo 1.790 do Código Civil e afirmando que deve o magistrado afastar sua aplicabilidade, utilizando em seu lugar o artigo 1.829 que se aplica ao casamento, João Henrique Miranda Soares Catan expressa que “devemos rechaçar qualquer discriminação entre um instituto e outro, pois a união estável não é menor nem maior que o casamento, principalmente porque a tendência do mundo moderno é de abolir formalidades e burocracias de modo que simplifique a vida do cidadão”¹³⁹.

Portanto, como forma de atender aos anseios sociais hodiernos, deve-se interpretar a legislação infraconstitucional de acordo com a Constituição Federal, fazendo com que o

¹³⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Direito das sucessões: propostas de alteração. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 29, v. 7, 2005, p. 187.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 187.

¹³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 29, v. 7, 2005, p. 15.

¹³⁹ CATAN, João Henrique Miranda Soares. **Injustiças sociais entre união estável e o casamento no direito sucessório**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/837>. Acesso em: 08 abr. 2013.

direito se adapte às mudanças da sociedade, a saber, a busca pela desburocratização e menos formalidades na vida das pessoas, principalmente quando se trata do núcleo familiar.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama critica, ainda, o mencionado artigo 1.829 do Código Civil por não ter incluído o companheiro na ordem de vocação hereditária, tratando da matéria no artigo 1.790, em uma parte totalmente diferente daquela reservada aos cônjuges, demonstrando a permanência do tratamento desigual e discriminatório em relação ao companheirismo¹⁴⁰.

Maria Berenice Dias afirma que não se justifica o tratamento desigual empregado pela lei ao casamento e à união estável em âmbito sucessório. A mesma critica o fato dos companheiros concorrerem com os parentes colaterais, alegando que basta a existência de um tio-avô ou de um sobrinho-neto para que este fique com a maior parte, restando ao companheiro sobrevivente apenas um terço da herança¹⁴¹. Assim, aqueles que têm dúvidas se devem ou não casar necessitam atentar ao fim do relacionamento, mesmo que estejam tratando de seu início, com o objetivo de verificar se existem descendentes, ascendentes ou parentes colaterais. Baseado nos ensinamentos dessa douta doutrinadora, a seguir serão apresentadas situações concretas para que se firme o entendimento sobre a matéria e possa ser mais perceptível a discriminação realizada pela lei.

Há a situação de haver mais de quatro herdeiros na concorrência com descendentes. Nesse caso, o cônjuge percebe sua quota mínima de um quarto da herança, recebendo um quinhão maior que seus filhos¹⁴², enquanto o companheiro recebe paritariamente com os outros herdeiros, sem ter direito a uma quota mínima¹⁴³. Já no caso dos herdeiros serem filhos somente do *de cujus*, o cônjuge sobrevivente recebe parcela igual à dos enteados¹⁴⁴, ao passo que o companheiro recebe apenas metade dessa parcela¹⁴⁵.

¹⁴⁰ GAMA, **Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002**, p. 22-23.

¹⁴¹ DIAS, **Manual das sucessões**, p.155.

¹⁴² Numa situação hipotética em que os cônjuges tenham cinco filhos, cada um deles receberá 15% (quinze por cento) dos bens comuns, enquanto o cônjuge sobrevivente recebe 25% (vinte e cinco por cento) em razão da sua quota mínima de um quarto da herança.

¹⁴³ Na situação hipotética dos companheiros terem cinco filhos, cada um deles receberá 16,6% (dezesesseis vírgula seis por cento), mesma quantia que o companheiro sobrevivente receberá, em razão da herança ser dividida em partes iguais.

¹⁴⁴ No caso do cônjuge falecido ter tido cinco filhos, cada um deles herdará 16,6% (dezesesseis vírgula seis por cento), mesma quantia reservada ao cônjuge sobrevivente.

¹⁴⁵ Havendo cinco filhos do companheiro falecido, o sobrevivente recebe a título de herança somente 9% (nove por cento), enquanto cada um dos filhos recebe 18% (dezoito por cento).

Contudo, o tratamento desigual continua em se tratando de concorrência com ascendentes. O entendimento unânime é o de que o cônjuge calcula sua herança em relação à totalidade dos bens, enquanto o companheiro divide apenas os bens comuns, já que os particulares dividem-se integralmente entre os ascendentes¹⁴⁶. Somente no caso do cônjuge ou companheiro concorrerem com ambos os genitores do falecido é que vão receber a mesma quantia. Cada um deles receberá um terço da herança. Nos demais casos, o tratamento é diverso. Nesse sentido, na concorrência com um só dos pais do *de cujus*, o cônjuge sobrevivente recebe metade da herança, ao passo que a quota do companheiro permanece em um terço. No caso dos ascendentes serem de graus maiores, independente do número de herdeiros, o cônjuge continua a receber a metade. Já o companheiro mantém a quota de um terço. Dessa maneira, se os herdeiros forem os quatro avós do falecido, o cônjuge recebe a metade e cada um deles percebe um oitavo da herança. Já na situação do companheiro, este recebe um terço da herança e cada um dos avós recebe um sexto da mesma.

Por fim, há ainda a concorrência com os parentes colaterais. Se o *de cujus* era casado, os colaterais nada recebem, porquanto o cônjuge é considerado herdeiro necessário e figura sozinho na terceira classe, abaixo dos descendentes e ascendentes. Todavia, se o falecido mantinha união estável, os parentes colaterais herdaram dois terços dos bens, deixando ao companheiro supérstite apenas um terço da herança.

Com a análise das situações hipotéticas, resta claro que a lei tratou, injustificadamente, de forma desigual situações idênticas. Tal tratamento discriminatório representa um verdadeiro retrocesso, ferindo os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos na Constituição Federal em seus artigos 1º, III e 5º, *caput*, respectivamente¹⁴⁷.

Ao lado dos doutrinadores que defendem um direito sucessório equânime, está Ana Luiza Maia Nevares, a qual também inadmitte o fato das normas que regulam o direito dos companheiros estar no capítulo onde são tratados os princípios gerais do direito sucessório e, portanto, evidenciando uma má sistematização do legislador referente à união estável¹⁴⁸.

¹⁴⁶ DIAS, **Manual das sucessões**, p. 157-158.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 161.

¹⁴⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 36, v. 8, 2006, p. 150.

Contudo, como afirma Zeno Veloso, a localização do artigo 1.790 no Código Civil é o menor dos problemas. A questão principal é a substância do dispositivo, a qual é deficiente e falha, merecendo uma crítica severa¹⁴⁹. Nesse sentido, a restrição do direito de herança ao companheiro somente aos bens conquistados onerosamente da constância da união pode gerar sérias injustiças, como no caso da pessoa que viveu um bom tempo em união estável, mas só adquiriu bens a título gratuito ou antes de estabelecer a união. Nesse caso, quando a pessoa falecer, seu companheiro nada receberá, a herança ficará com os outros parentes sucessíveis ou, em último caso, será vacante e pertencerá ao Estado, conforme o artigo 1.844 do Código Civil¹⁵⁰.

Desse modo, percebe-se que aos casados são atribuídos mais direitos sucessórios do que aos companheiros, já que aqueles percebem a herança em sua totalidade, enquanto esses só participam da herança em relação aos bens constituídos onerosamente na constância da união estável. Ademais, com o cônjuge ocupando um lugar privilegiado na ordem de vocação hereditária, não havendo descendentes ou ascendentes, ele receberá toda a herança, afastando os parentes colaterais, ao passo que o companheiro deve concorrer com os descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau¹⁵¹.

Por fim, a doutrinadora Ana Luiza Maia Nevares propõe uma série de mudanças que deveriam ser impostas ao Código Civil a fim de tornar o casamento e a união estável entidades familiares com os mesmos direitos, para que se garanta a aplicação do princípio da igualdade. Primeiramente, deve-se afastar a norma contida no artigo 1.790 do Código Civil e preencher tal lacuna pela analogia com as regulamentações referentes ao casamento, ante a impossibilidade de tratamento discriminatório entre tais entidades. Assim, o companheiro seria considerado herdeiro necessário, ao lado do cônjuge, impedido de ser afastado da sucessão por testamento. Também, na falta de descendentes ou ascendentes, tanto o cônjuge como o companheiro receberiam metade da herança, conforme o disposto nos artigos 1.845 e 1.846 do Código Civil¹⁵².

¹⁴⁹ DIAS; PEREIRA, *Direito de família e o novo código civil*, p. 242.

¹⁵⁰ NEVARES, *Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional*, p. 150.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 156.

¹⁵² *Ibidem*, p. 166-167.

Com a igualdade de direitos no casamento e na união estável, o cônjuge e o companheiro concorrerem com os descendentes dividindo a herança em partes iguais com aqueles que sucedem por direito próprio, respeitado o direito de reserva de um quarto da herança quando o cônjuge ou companheiro forem ascendentes de todos os descendentes com quem concorram, à luz do artigo 1.832 do Código Civil. Já no caso de existirem ascendentes, tanto o cônjuge como o companheiro teriam direito a um terço da herança, independente do regime de bens, quando concorrerem com ascendente em primeiro grau. Em caso de concorrerem com ascendente de maior grau, seria reservada a metade do acervo hereditário aos mesmos¹⁵³.

Para amenizar as injustiças ocasionadas pela legislação pátria, o Poder Judiciário vem corrigindo alguns absurdos, como se percebe nas seguintes jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

INVENTÁRIO - UNIÃO ESTÁVEL - SITUAÇÃO COMPROVADA NOS AUTOS - DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA RECONHECIDO EM CONCORRÊNCIA COM FILHOS HERDEIROS - DECISÃO QUE DETERMINA REALIZAÇÃO DE OUTRO PLANO DE PARTILHA, OBSERVADO O DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA, AFASTADO O ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL - SITUAÇÃO DE INIQUIDADE EM RELAÇÃO À ESPOSA QUE VAI DE ENCONTRO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS - RECURSO DESPROVIDO. (TJSP, AI 990101566133, Rel. Des. Elliot Akel, 2. T., Cív. j. 21.09.2010)¹⁵⁴.

SUCCESSÃO. Herança - Afastamento da preliminar de não conhecimento do recurso - Cabimento dos embargos de declaração contra qualquer decisão judicial - Interrupção do prazo recursal se dá pela mera oposição dos embargos de declaração, sendo irrelevante, no geral, o preenchimento ou não dos requisitos de admissibilidade - No mérito, trata-se de disputa entre a companheira e o irmão do falecido, pelos bens recebidos pelo finado a título gratuito (bens de herança) - Interpretação harmônica do sistema jurídico de proteção às entidades familiares e do direito à herança - Inexistência de hierarquia entre a união estável e o casamento - Princípio constitucional da igualdade entre entidades familiares J - Inaplicabilidade do art. 1790 do CC - Incidência dos artigos 1829, III e 1838, CC - Atribuição à companheira dos mesmos direitos da esposa viúva, quanto à sucessão hereditária - Agravo de instrumento conhecido, mas improvido, revogado o efeito suspensivo. (TJSP, AI 990093677245, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, 2. T., Cív. j. 20.04.2010)¹⁵⁵.

¹⁵³ NEVARES, **Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002**: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional, p. 167.

¹⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 990101566133**, da 2 Turma Cível. Relator: Elliot Akel, 21 de setembro de 2010. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2013.

¹⁵⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 990093677245**, da 2 Turma Cível. Relator: Paulo Eduardo Razuk, 20 de abril de 2010. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2013.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vinha seguindo na mesma linha, como se depreende das decisões abaixo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria. (Agravado de Instrumento Nº 70017169335, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 08/03/2007)¹⁵⁶.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MATÉRIA TRANSITADA EM JULGADO. Quando o de cujus não deixa descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, o que afasta o direito hereditário dos parentes colaterais. Ao excluir a companheira do rol de herdeiros, a decisão agravada andou em sentido contrário ao que a Corte já havia decidido, merecendo reforma. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA. (Agravado de Instrumento Nº 70029273265, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 16/07/2009)¹⁵⁷.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE ARTIGO 1.790, INCISO III DO CÓDIGO CIVIL. A decisão agravada está correta. No caso, apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório, não havendo razão para os parentes colaterais permanecerem no inventário. As regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Isso porque a nova lei substantiva - artigo 1.790, inciso III do Código Civil - rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite. Violação dos princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei acima citada, deve o incidente de inconstitucionalidade ser apreciado pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, mediante seu Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, artigo 481 e seguintes do Código de Processo Civil e artigo 209 do RITJRGS. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO. (Agravado de Instrumento Nº 70027138007, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 18/12/2008)¹⁵⁸.

¹⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravado de instrumento n. 70017169335**, da 8 Câmara Cível. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, 08 de março de 2007. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2013.

¹⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravado de instrumento n. 70029273265**, da 8 Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, 16 de julho de 2009. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2013.

¹⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravado de instrumento n. 70027138007**, da 8 Câmara Cível. Relator: Claudir Fidelis Faccenda, 18 de dezembro de 2008. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2013.

Contudo, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil¹⁵⁹, alegando que a Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem sido acusado de ferir a Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁰ por julgar afastando a aplicação do mencionado dispositivo.

Portanto, para essa corrente de pensamento, em razão da Constituição Federal elevar a união estável ao patamar de entidade familiar reconhecida, deve a legislação infraconstitucional equiparar a mesma ao casamento em relação aos direitos sucessórios, porquanto tais restrições são injustas e discriminatórias, ferindo os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

3.2 A não equiparação da união estável ao casamento

Por outro lado, há doutrinadores que defendem a posição tomada pelo legislador ao estabelecer as regras sucessórias diferenciadas em relação ao casamento e a união estável. Segundo Mário Luiz Delgado Régis, o Código Civil assegurou o direito dos companheiros de participar da sucessão em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, elevando tal entidade familiar quase ao mesmo patamar do casamento, mas sem cometer o equívoco de equiparar as duas entidades de maneira completa¹⁶¹.

O mesmo doutrinador afirma que o legislador adotou um posicionamento coerente com a Constituição Federal, precisamente com o parágrafo terceiro do artigo 226, ao não equiparar a união estável ao casamento, apenas assegurando a proteção do Estado, de modo que determina que a lei facilitará sua conversão em casamento e, portanto, não se converte aquilo que já é igual¹⁶².

¹⁵⁹ Arguição de Inconstitucionalidade 70029390374, j. 09.11.2009.

¹⁶⁰ Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

¹⁶¹ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil?. *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 29 v. 7, 2005, p. 192.

¹⁶² *Ibidem*, p. 214.

Mário Luiz Delgado Régis conclui afirmando que devem ser separados os argumentos de justiça do artigo 1.790 do Código Civil com os de sua aplicação prática. O legislador optou por um tratamento díspar em relação à sucessão do companheiro por entender que isso não implica em discriminação, mas atende plenamente os preceitos constitucionais que, em momento algum, equipararam as entidades do casamento e da união estável¹⁶³.

Por sua vez, Alexandre Gir Gomes afirma que a vontade do legislador do Código Civil tem lastro constitucional, porquanto a Lei Maior deu prioridade à família constituída pelo matrimônio em relação à família adveniente da união estável. Nesse sentido, quando o parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal estabelece que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, demonstra-se o tratamento desigual entre as entidades familiares, servindo a união estável como um caminho para o matrimônio, não como um fim em si mesmo¹⁶⁴. Assim, o constituinte rotulou a união estável como instituição-meio, privilegiando o casamento, considerado instituição-fim.

O mesmo doutrinador explica, ainda, que a desigualdade entre as entidades familiares deve ser observada sobre o cunho da sociologia. Nesse sentido, a sociedade é formada, há muito tempo, por famílias de origem matrimonial, cuja base é muito mais sólida do que aquela advinda da união estável. Do mesmo modo, o argumento de que a união estável é uma tendência social inexorável também não deve persistir, já que o casamento, no Brasil, ainda é a forma mais comum de constituir família, havendo um consenso sobre o vínculo oriundo dessa entidade ser mais forte do que aquele da união estável, cujo desfazimento é mais fácil e menos burocrático. Portanto, ao mesmo tempo em que o direito deve acompanhar a evolução social, deve estabelecer regras que limitem as diretrizes sociais e mantenham o respeito pelos valores socialmente consagrados, a exemplo do casamento¹⁶⁵.

Por fim, Alexandre Gir Gomes alega que a equiparação entre o casamento e a união estável acabaria por extinguir o matrimônio, visto as uniões estáveis serem mais céleres,

¹⁶³ RÉGIS, Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil?., p. 221-222.

¹⁶⁴ GOMES, Alexandre Gir. A desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo Código Civil: constitucionalidade. **Revista de direito privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11 v. 3, 2002, p. 14.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 15.

simples e informais. Dessa maneira, prevaleceria a insegurança e a transitoriedade, aumentando os litígios familiares e acarretando inúmeros prejuízos sociais¹⁶⁶.

Ao lado dos doutrinadores que não concordam com a equiparação sucessória entre casamento e união estável, está a jurisprudência dos principais Tribunais de Justiça do país, conforme os julgados a seguir expostos, primeiramente, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70029390374, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 09/11/2009)¹⁶⁷.

APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. INVENTÁRIO ABERTO PELA COMPANHEIRA. AUSÊNCIA DE ASCENDENTES OU DESCENDENTES. SENTENÇA QUE EXCLUIU AS IRMÃS DO FALECIDO. INCIDÊNCIA DO INCISO III DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. FORÇA VINCULANTE INTERNA DA DECISÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL. 1. A constitucionalidade do inciso III do art. 1790 do Código Civil, reconhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal, vincula os órgãos fracionários, que somente por motivo relevante, inócurre no caso em tela, podem suscitar novo incidente, respeitando a reserva de plenário. 2. Embora sejam ambas entidades familiares, casamento e união estável são figuras jurídicas diferentes, distinção essa feita pela própria Constituição ao proclamar que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (art. 226, §3º). Ora, se o Constituinte não os considerasse figuras jurídicas diversas, não haveria de estabelecer facilidade para conversão de um instituto em outro. 3. Aplicável, na sucessão dos companheiros, a regra do inciso III do art. 1790 do Código Civil, que estabelece em favor da apelada o direito à herança em concorrência com os colaterais, sobre a terça parte da herança, compreendido nesse conceito todo o conjunto de bens deixados pelo falecido (após separada eventual meação que caiba à apelada) e não apenas aqueles adquiridos no curso da união estável. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70052062692, Oitava Câmara

¹⁶⁶ GOMES, Alexandre Gir. A desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo Código Civil: constitucionalidade, p. 15.

¹⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Incidente de inconstitucionalidade n. 70029390374**, do Tribunal Pleno. Relator: Leo Lima, 09 de novembro de 2009. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 11 abr. 2013.

Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/02/2013)¹⁶⁸.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. HABILITAÇÃO DOS IRMÃOS DO FALECIDO, QUE NÃO DEIXOU ASCENDENTES NEM DESCENDENTES. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO INCISO III DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. FORÇA VINCULANTE DA DECISÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL. 1. A constitucionalidade do inciso III do art. 1790 do Código Civil, reconhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal, vincula os órgãos fracionários, que somente por motivo relevante, inócurre no caso em tela, podem suscitar novo incidente, respeitando a reserva de plenário. 2. Embora sejam ambas entidades familiares, casamento e união estável são figuras jurídicas diferentes, distinção essa feita pela própria Constituição ao proclamar que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (art. 226, §3º). Ora, se o Constituinte não os considerasse figuras jurídicas diversas, não haveria de estabelecer facilidade para conversão de um instituto em outro. 3. Aplicável, na sucessão dos companheiros, a regra do inciso III do art. 1790 do Código Civil, que estabelece em favor do companheiro o direito à herança em concorrência com os colaterais, sobre a terça parte dos bens do falecido, adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Assim, correta a habilitação dos irmãos no inventário do falecido. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. (Agravado de Instrumento Nº 70049005564, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 09/08/2012)¹⁶⁹.

Tal entendimento é o mesmo consolidado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, conforme o demonstrado a seguir.

Incidente de Inconstitucionalidade: Direito de Família - União Estável - Sucessão - Companheiro sobrevivente - Artigo 1.790, inciso III do Código Civil. O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro encontra guarida na própria Constituição Federal, que distinguiu entre as duas situações jurídicas. Não é inconstitucional o artigo 1.790, III, do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com outros parentes sucessíveis, o direito a 1/3 da herança dos bens comuns¹⁷⁰.

APELAÇÃO CÍVEL - UNIÃO ESTÁVEL - RECONHECIMENTO - SUCESSÃO DA COMPANHEIRA SOBREVIVENTE - CONCORRÊNCIA COM

¹⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70052062692**, da 8 Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 07 de fevereiro de 2013. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 11 abr. 2013.

¹⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 70049005564**, da 8 Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 09 de agosto de 2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 13 abr. 2013.

¹⁷⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Incidente de inconstitucionalidade n. 1.0512.06.032213-2/002**, da Corte Superior. Relator: Paulo César Dias, 09 de novembro de 2011. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 13 abr. 2013.

OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL, AFASTADA PELA CORTE SUPERIOR DO TJMG - DESPROVIMENTO. É constitucional a distinção estabelecida pelo artigo 1.790, III, do Código Civil, entre casamento e união estável para fins sucessórios¹⁷¹.

CIVIL E CONSTITUCIONAL. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA. SUCESSÃO. ART. 1.190, III, DO CÓDIGO CIVIL/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. O Órgão Especial desse e. Tribunal de Justiça, no julgamento do incidente de inconstitucionalidade nº. 1.0512.06.032213-2.002, considerou constitucional a norma do art. 1.790, III, do Código Civil de 2002. Via reflexa, à companheira é garantido, em concurso com outros parentes sucessíveis, o direito a 1/3 dos bens adquiridos onerosamente na constância da união¹⁷².

Por fim, resta ainda uma análise do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, conforme o disposto abaixo.

CONSTITUCIONAL E CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. UNIÃO ESTÁVEL NÃO EQUIPARADA AO CASAMENTO PELA CONSTITUIÇÃO. ARTIGO 226, §3º, DA CF. ARGUIÇÃO REJEITADA. - EMBORA O LEGISLADOR CONSTITUINTE TENHA RECONHECIDO A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE O HOMEM E A MULHER COMO ENTIDADE FAMILIAR, NÃO A EQUIPAROU AO CASAMENTO DE MODO A ATRAIR A UNIFICAÇÃO DO REGIME LEGAL ACERCA DO DIREITO SUCESSÓRIO, HAJA VISTA A OBSERVAÇÃO FINAL NO TEXTO CONSTITUCIONAL DA NECESSIDADE DE LEI PARA A FACILITAÇÃO DE SUA CONVERSÃO EM CASAMENTO - ARTIGO 226, §3º, DA CF. - NÃO INCIDE EM INCONSTITUCIONALIDADE O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFERIDO PELO ARTIGO 1790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL, ACERCA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE QUANTO À CONCORRÊNCIA DAQUELE COM OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS DO DE CUJUS. - ARGUIÇÃO REJEITADA. UNÂNIME¹⁷³.

CONSTITUCIONAL E CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. ADJUDICAÇÃO DE BENS. INVENTÁRIO. SUCESSÃO. COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JÁ APRECIADA PELO CONSELHO ESPECIAL. INCIDENTE INDEFERIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - NOS TERMOS DO INCISO III DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL, CONCORRENDO O COMPANHEIRO/COMPANHEIRA COM OUTROS

¹⁷¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 1.0079.08.420616-2/001**, da 5 Câmara Cível. Relator: Barros Levenhagen, 29 de março de 2012. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 13 abr. 2013.

¹⁷² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo interno n. 1.0035.11.009812-2/002**, da 6 Câmara Cível. Relator: Antônio Sérvulo, 22 de janeiro de 2013. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 13 abr. 2013.

¹⁷³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Arguição de inconstitucionalidade n. 2010002004631-6 AIL**, do Conselho Especial. Relator: Otávio Augusto, 01 de junho de 2010. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em: 14 abr. 2013.

PARENTES SUCESSÍVEIS, TERÁ DIREITO A UM TERÇO DA HERANÇA.
 2 - O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFERIDO PELO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO DO COMPANHEIRO/COMPANHEIRA NÃO PADECE DE INCONSTITUCIONALIDADE, PORQUANTO A UNIÃO ESTÁVEL NÃO SE EQUIPARA AO CASAMENTO, DEVENDO A LEI APENAS FACILITAR A SUA CONVERSÃO NESTE, CONFORME PRECEITUA O § 3º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.
 3 - O CONSELHO ESPECIAL DESTA CORTE DE JUSTIÇA, AO APRECIAR A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, FEITO Nº 2010.00.2.004631-6, CONFIRMOU, POR UNANIMIDADE, A CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL.
 4 - DISPÕE O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 481 DO CPC QUE "OS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS DOS TRIBUNAIS NÃO SUBMETERÃO AO PLENÁRIO, OU AO ÓRGÃO ESPECIAL, A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, QUANDO JÁ HOUVER PRONUNCIAMENTO DESTES OU DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A QUESTÃO". APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA¹⁷⁴.

AGRAVO INTERNO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. HERANÇA. PARTICIPAÇÃO. ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRIVILÉGIO EM RELAÇÃO A CÔNJUGE SOBREVIVENTE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DESCABIMENTO.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EQUIPAROU O INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL AO DO CASAMENTO, TENDO TÃO SOMENTE RECONHECIDO AQUELE COMO ENTIDADE FAMILIAR (ART. 226, §3º, CF).
2. O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFERIDO PELO CÓDIGO CIVIL A ESSES INSTITUTOS, ESPECIALMENTE NO TOCANTE AO DIREITO SOBRE A PARTICIPAÇÃO NA HERANÇA DO COMPANHEIRO OU CÔNJUGE FALECIDO, NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, MESMO QUE, EM DETERMINADOS CASOS, COMO O DOS PRESENTES AUTOS, POSSA PARECER QUE O COMPANHEIRO TENHA SIDO PRIVILEGIADO.
3. O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL, PORTANTO, É CONSTITUCIONAL, POIS NÃO FERE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.
4. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO¹⁷⁵.

Portanto, depreende-se das jurisprudências acima expostas que, em grande parte dos Tribunais de Justiça do país, o Órgão Especial dos mesmos já decidiu acerca da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, estabelecendo que este não fere os preceitos constitucionais e, assim, deve ser aplicado nas questões de direito sucessório entre companheiros.

¹⁷⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 2008011042332-9 APC**, da 5 Turma Cível. Relator: Angelo Canducci Passareli, 06 de fevereiro de 2013. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em: 14 abr. 2013.

¹⁷⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Agravo interno n. 2012002021301-7 AGI**, da 1 Turma Cível. Relator: Flavio Rostirola, 28 de novembro de 2012. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em: 14 abr. 2013.

3.3 Possibilidade da equiparação sucessória da união estável ao casamento face ao reconhecimento constitucional desta como entidade familiar

Explandadas argumentações favoráveis às duas linhas de pensamento, resta, finalmente, fazer uma análise a fim de ponderar qual corrente beneficiaria mais a sociedade e transmitiria a verdadeira vontade do legislador constituinte.

Pode-se dizer que, pelo simples fato da Constituição Federal tutelar a união estável, está demonstrado o grau de aceitação da sociedade em relação a esta entidade familiar. Assim, com a união estável sendo reconhecida como entidade familiar protegida pelo Estado, ao lado do casamento e da família monoparental, nada mais justo do que fazer valer dois dos princípios constitucionais de maior peso, a saber, a dignidade da pessoa humana e a isonomia.

Nesse sentido, a Carta Política de 1988 representou um marco social de novas conquistas e efetivação de direitos fundamentais, de modo que, nas relações pessoais, deve preponderar a preocupação com a dignidade da pessoa humana, a qual é considerada fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1º, III, da Constituição Federal, devendo ter exigibilidade imediata e efetiva¹⁷⁶.

Ao lado do respeito pela dignidade da pessoa humana, deve-se observar o princípio da isonomia. Tal princípio foi aquele que provocou maior transformação no direito de família, quebrando os fundamentos jurídicos da família tradicional. O princípio da igualdade é voltado ao legislador, vedando que este edite normas que o contrariem; à administração pública, fazendo com que esta crie políticas públicas que superem as desigualdades reais; à administração da justiça, para impedir desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção e; às pessoas, as quais devem observar a isonomia em suas relações cotidianas¹⁷⁷.

Desse modo, como não existe hierarquia entre as entidades familiares, nada justifica o Código Civil atribuir deveres distintos para os cônjuges e companheiros. De fato, a Constituição não desnivelou as entidades familiares ao estabelecer que a lei deve facilitar a

¹⁷⁶ SEREJO, *Direito constitucional da família*, p. 17.

¹⁷⁷ LÔBO, *Famílias*, p. 65-66.

conversão da união estável em casamento. Tal conversão é uma mera faculdade oriunda da vontade dos companheiros, os quais podem manter a família formada pela união estável ou converter em outra, se desejarem, devendo o legislador remover os obstáculos jurídicos que impeçam esse livre arbítrio¹⁷⁸.

Sabe-se que a igualdade não é sinônimo de tratamento indistinto, de modo a desconsiderar as diferenças naturais e culturais existentes entre as pessoas e entidades. Contudo, as diferenças não podem justificar o tratamento jurídico discriminatório, inexistindo fundamento jurídico-constitucional para a distinção de direitos e deveres entre as entidades familiares ou hierarquização entre elas¹⁷⁹.

Além disso, as pessoas que buscam estabelecer uma família jamais pensam em escolher uma entidade familiar que seja apenas um meio para se chegar a outra entidade posteriormente. Naquele momento em que os companheiros iniciam sua relação dentro de uma união informal, já está formada sua entidade familiar, a qual é um fim em si mesmo. Se, contudo, os companheiros resolverem transformar a união estável em casamento, a entidade familiar escolhida também será uma instituição-fim, mas sem que esta entidade que estava sendo adotada até o momento seja considerada instituição-meio. A entidade foi considerada como instituição-fim até que os conviventes resolveram adotar um outro modelo familiar. Portanto, a entidade familiar não pode ser vista como uma instituição-meio para que se chegue a outra entidade considerada fim em si mesma, porquanto o objetivo de constituir família independe de formalidades e hierarquia entre os modelos familiares.

Nesse sentido, se extrai do artigo 226, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, que a família ainda é a base da sociedade e recebe proteção especial do Estado. Todavia, esta proteção não mais está limitada ao casamento, estendendo-se à união estável e à família monoparental, haja vista que a Constituição adotou uma concepção plural de família. Assim, como o afeto é o elemento identificador do vínculo familiar, buscando sempre a satisfação do

¹⁷⁸ LÔBO, *Famílias*, p. 67.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 67.

princípio da dignidade da pessoa humana, a família passa a ser um ente com função social e não mais um instituto dependente de formalidades para existir¹⁸⁰.

Ademais, o legislador do Código Civil criou diferenciações que podem ser consideradas inconstitucionais, tal como elevar o cônjuge ao patamar de herdeiro necessário sem, contudo, fazer o mesmo com o companheiro. Essa desigualdade não existia na lei pretérita, fazendo com que ocorra um verdadeiro retrocesso social¹⁸¹. Também, a concorrência entre cônjuges e companheiros com os descendentes e ascendentes foi mal redigida pelo legislador, gerando inúmeras dúvidas e inseguranças a respeito da matéria.

Dessa maneira, quando o legislador redige uma lei que gera muitas inquietações, além de artigos com falta de clareza e objetividade, criando dificuldades na compreensão de seu conteúdo, surgem opiniões que buscam soluções aos casos concretos. Nesse viés, em se tratando de equiparação sucessória entre o casamento e a união estável, a doutrina e a jurisprudência, principalmente, devem fazer sua parte a fim de que se utilize a melhor interpretação para que não ocorram injustiças no meio social.

Tratamentos tão antagônicos e paradoxais não permitem identificar a lógica que norteou a limitação casuística levada a efeito pelo legislador. Quando depara com situações que refogem à razão, sem chegar a uma interpretação conforme com a justiça, há que se reconhecer que o codificador deixou de atender ao princípio da razoabilidade, diretriz constitucional cada vez mais invocada para subtrair eficácia a leis que afrontam os princípios prevalentes do sistema jurídico. São a igualdade e a liberdade que sustentam o dogma maior de respeito à dignidade humana. E absolutamente nada autoriza infringência ao princípio da igualdade, ao se darem soluções díspares a hipóteses idênticas e tratamento idêntico a situações diametralmente distintas¹⁸².

Portanto, o direito à liberdade, o qual possui um tratamento especial na Constituição Federal, não foi atendido pelo legislador infraconstitucional, porquanto estabelecer diferenças entre situações semelhantes é fazer com que a pessoa tenha que optar por aquilo que a lei está favorecendo. Em outras palavras, para os companheiros que desejam receber sua herança de forma mais justa, numa infeliz eventualidade de seu companheiro falecer, não resta alternativa a não ser contrair matrimônio. Em que pese a Constituição não estabelecer hierarquias entre

¹⁸⁰ SILVA, Daiana Tanan da. **O direito sucessório dos conviventes em relação aos cônjuges após a equiparação constitucional das entidades familiares**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/534>. Acesso em: 22 abr. 2013.

¹⁸¹ HIRONAKA; PEREIRA, **Direito das sucessões e o novo Código Civil**, p. 440.

¹⁸² *Ibidem*, p. 452.

as entidades familiares, a legislação infraconstitucional, especificamente o Código Civil, assim o fez, elevando o casamento acima das outras entidades familiares ao reconhecer ao mesmo maiores direitos tanto no âmbito sucessório como em diversos dispositivos espalhados pela lei.

Resta, por fim, no silêncio do legislador, aguardar que o Poder Judiciário tome a iniciativa de fazer justiça e não se curvar diante das incoerências legais, pois se a lei não está de acordo com a realidade social, incumbe aos juízes a tarefa de interpretá-la de modo mais favorável à sociedade, rompendo as barreiras do tradicionalismo e conservadorismo.

CONCLUSÃO

Conforme tratado no primeiro capítulo, o princípio da afetividade passou a regular o direito de família após a Constituição Federal de 1988. Desse modo, as relações de afeto e de comunhão de vida na família devem preponderar em relação ao patrimonialismo e o vínculo biológico, de modo que a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a convivência familiar e a igualdade entre os membros familiares são o objetivo da constituição de uma família.

Do mesmo modo, como o casamento deixou de ser a única entidade familiar reconhecida constitucionalmente, a afetividade, a qual está presente em todas as relações familiares, deve preponderar sobre as formalidades legais, fazendo com que a satisfação pessoal dos integrantes da família, seus sentimentos e o respeito aos papéis desempenhados pelos mesmos sejam os elementos que consolidam a estrutura familiar.

Nesse sentido, as modificações no direito de família acarretadas pela preponderância do princípio da afetividade fizeram com que a família, antes de ser considerada uma entidade jurídica, seja considerada uma entidade natural, ou seja, uma união sem formalidades. Portanto, o legislador infraconstitucional deve atentar para que não regule o direito das famílias e o direito sucessório de maneira contrária à vontade do legislador constituinte originário.

O pluralismo de famílias trazido pela Constituição Federal de 1988 revolucionou o direito familiarista brasileiro, retirando o casamento do grau elevado que detinha em relação às outras entidades familiares e acabando com a hierarquização entre as mesmas. Assim, não deve a lei infraconstitucional aumentar as desigualdades entre os modelos familiares, mas sim combatê-las, tendo em vista a efetiva aplicação das normas constitucionais.

É cediço que com a morte da pessoa, imediatamente é aberta a sucessão, desligando-se a mesma dos direitos e obrigações transmissíveis que compõem seu patrimônio. Isso é denominado de princípio da *saisine*, o qual pode ser considerado um verdadeiro pilar do direito sucessório.

Contudo, o direito das sucessões provoca discussões doutrinárias e jurisprudenciais quando trata da ordem da vocação hereditária. Essa é a matéria sucessória do ordenamento jurídico brasileiro que é alvo das maiores críticas apresentadas, porquanto traz uma série de desigualdades em suas regras que são, muitas vezes, taxadas de inconstitucionais.

De fato, as regras da vocação hereditária entre cônjuges e companheiros são tratadas diversamente. Enquanto o cônjuge é elencado como um herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes, recebendo a totalidade da herança em caso de falta de tais parentes, o companheiro é considerado apenas um herdeiro legítimo, podendo ser excluído da sucessão pela mera vontade do testador e herdando somente na falta de parentes colaterais até o quarto grau.

O artigo 1.829 do Código Civil elenca o rol de herdeiros necessários, sendo tratado em um capítulo próprio, apresentando o cônjuge como um herdeiro necessário que concorre tanto com os descendentes como com os ascendentes e, na falta destes, herda sozinho na terceira classe sucessória. Já o companheiro tem seus direitos sucessórios regulados no artigo 1.790 do Código Civil, ou seja, no capítulo das disposições gerais, numa posição plenamente incorreta, devendo a matéria estar regulada na parte que trata da ordem da vocação hereditária. Contudo, o problema principal não é a posição da matéria no Código Civil, mas sim seu conteúdo. Ao passo que o cônjuge tem exclusiva para si a terceira classe de herdeiros necessários, herdando sozinho se não houver descendentes ou ascendentes do falecido, o companheiro supérstite recebe apenas um terço da herança quando concorre com outros parentes sucessíveis, além de somente herdar em relação aos bens conquistados onerosamente na constância da união estável.

Em decorrência das desigualdades oriundas do Código Civil em relação ao direito sucessório no casamento e na união estável, no terceiro capítulo foi analisada a possibilidade da equiparação sucessória entre estas entidades familiares em razão da proteção constitucional recebida pela união estável.

Nesse viés, como forma de fazer valer o princípio constitucional da isonomia, deve haver uma outorga aos companheiros dos mesmos direitos sucessórios que detém os cônjuges, ante ao fato do reconhecimento da união estável como uma entidade familiar ao lado do casamento. De fato, para a lei atender os anseios sociais, deve-se interpretá-la de acordo com

a Constituição Federal, acabando com as desigualdades geradas pela legislação infraconstitucional.

Portanto, para quem defende tal pensamento, a legislação infraconstitucional deve equiparar a união estável ao casamento em relação aos direitos sucessórios, porquanto tais restrições são injustas e discriminatórias, ferindo os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, os argumentos utilizados por aqueles que defendem a posição tomada pelo legislador infraconstitucional de não igualar o direito sucessório das duas entidades familiares é no sentido de que a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento, apenas outorgou proteção àquela, mas sem elevá-la ao mesmo patamar do casamento. Com isso, a legislação está plenamente de acordo com as normas constitucionais, porquanto a Constituição estabelece que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento e, nesse sentido, não se pode converter aquilo que já é igual.

Outro argumento contrário à equiparação é o de que a Constituição Federal ainda deu prioridade ao casamento em relação a outras entidades familiares. Desse modo, a união estável pode ser considerada um caminho para se chegar ao casamento, fazendo com que aquela entidade seja uma instituição-meio que tem por finalidade o casamento, considerado instituição-fim.

Nesse sentido, a total equiparação entre o casamento e a união estável nos direitos sucessórios acabaria por extinguir do ordenamento jurídico brasileiro a figura do matrimônio, já que as uniões estáveis são mais céleres, simples e informais. Dessa maneira, prevaleceria a insegurança e a transitoriedade, aumentando os litígios familiares e acarretando inúmeros prejuízos para a sociedade.

Apesar de tais argumentos possuírem bases fortes e deverem ser respeitados, pode-se dizer que, pelo simples fato da Constituição Federal outorgar proteção jurídica à união estável, demonstra-se o grau de aceitação social em relação a esta entidade familiar. Assim, devem ser respeitados os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Este primeiro princípio, aplicado à problematização que se apresenta, serve para extinguir qualquer forma de hierarquização entre as entidades familiares. Nesse viés, sabendo-se que a Constituição Federal, em nenhum momento, deu margem à existência de hierarquia entre as entidades familiares, nada justifica o Código Civil atribuir deveres distintos para os cônjuges e companheiros. Desse modo, a Constituição não desnivelou as entidades familiares ao estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Esta conversão é uma mera faculdade atribuída aos companheiros, os quais podem manter a família formada pela união estável ou convertê-la em outra, se desejarem, devendo o legislador remover os obstáculos jurídicos que impeçam essa mudança.

A igualdade que justifica o tratamento isonômico entre o direito sucessório do casamento e o da união estável é a igualdade material, a qual respeita as diferenças naturais e culturais existentes entre as entidades familiares, mas não pode permitir o tratamento jurídico discriminatório, inexistindo fundamento jurídico-constitucional para a distinção de direitos e deveres entre as entidades familiares ou hierarquização entre elas.

Ademais, nas relações sociais deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, de modo que a pessoa seja tratada como fundamento em si mesmo, em detrimento de regras que desrespeitem seus direitos e os discriminem. Com isso, a opção adotada pela pessoa de escolher uma determinada entidade para estabelecer seus vínculos familiares deve ser respeitada, principalmente pelo legislador infraconstitucional, o qual em momento algum pode bater de frente com a vontade do legislador constituinte originário.

Como estabelece a Constituição Federal, a família é a base da sociedade e deve receber especial proteção do Estado. Contudo, esta tutela não se limita a alguma entidade familiar específica, mas sim deve ser estendida a todas as entidades, visto a Constituição adotar uma concepção plural de família, retirando a prioridade do instituto do casamento.

Portanto, o direito à liberdade também não foi observado pelo legislador ao estabelecer diferenças entre o direito sucessório do cônjuge e do companheiro. Nesse sentido, estabelecer diferenças entre situações semelhantes é fazer com que a pessoa tenha que optar por aquilo que a lei está favorecendo, no caso, o instituto do casamento. Assim, malgrado a

Constituição Federal não estabelecer diferenças e hierarquia entre as entidades familiares, a legislação infraconstitucional assim o fez, elevando o casamento acima das outras entidades familiares.

Uma possível solução seria afastar a norma contida no artigo 1.790 do Código Civil e preencher tal lacuna pela analogia com as regulamentações referentes ao casamento, ante a impossibilidade de tratamento discriminatório entre as entidades familiares. Com isso, o companheiro seria considerado herdeiro necessário, ao lado do cônjuge, impedido de ser afastado da sucessão por testamento. Ademais, na falta de descendentes ou ascendentes, tanto o cônjuge como o companheiro receberiam metade da herança, conforme o disposto nos artigos 1.845 e 1.846 do Código Civil.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, n. 39, v. 8, 2007, p. 131-153.

BIANCO, Tatiane. Os direitos sucessórios na união estável. **Revista IOB de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, n. 48, v. 9, 2008, p. 131-144.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 mai. 2013.

_____. **Constituição Federal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 mai. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 124621 SP 1997/0019838-3**, da 4 Turma. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira, 12 de abril de 1999. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 05 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 945283 RN 2007/0079129-4**, da 4 Turma. Relator: Luis Felipe Salomão, 15 de setembro de 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 05 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 4277**, da 4 Turma. Relator: Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 nov. 2012.

CATAN, João Henrique Miranda Soares. **Injustiças sociais entre união estável e o casamento no direito sucessório**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/837>. Acesso em: 08 abr. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto**. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_casamento_-_nem_direitos_nem_deveres%2C_s%F3_afeto.pdf. Acesso em: 27 ago. 2012.

_____. **Manual das sucessões**. 2. ed. São paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. (Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Agravo interno n. 2012002021301-7 AGI**, da 1 Turma Cível. Relator: Flavio Rostirola, 28 de novembro de 2012. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em: 14 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 2008011042332-9 APC**, da 5 Turma Cível. Relator: Angelo Canducci Passareli, 06 de fevereiro de 2013. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em: 14 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Arguição de inconstitucionalidade n. 2010002004631-6 AIL**, do Conselho Especial. Relator: Otávio Augusto, 01 de junho de 2010. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em: 14 abr. 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 29, v. 7, 2005, p. 11-25.

GOMES, Alexandre Gir. A desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo Código Civil: constitucionalidade. **Revista de direito privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, v. 3, 2002, p. 09-17.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2012.

_____. **Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. Barueri: Manole, 2009.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Instituições de direito das sucessões**. São Paulo: Editora de direito, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo interno n. 1.0035.11.009812-2/002**, da 6 Câmara Cível. Relator: Antônio Sérvulo, 22 de janeiro de 2013. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 1.0079.08.420616-2/001**, da 5 Câmara Cível. Relator: Barros Levenhagen, 29 de março de 2012. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Incidente de inconstitucionalidade n. 1.0512.06.032213-2/002**, da Corte Superior. Relator: Paulo César Dias, 09 de novembro de 2011. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 13 abr. 2013.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 36, v. 8, 2006, p. 139-169.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. V. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: será que precisamos mudar o código civil?. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 29, v. 7, 2005, p. 191-222.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Elementos de uma teoria geral do direito sucessório e a experiência jurisprudencial brasileira. **Revista IOB de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, n. 49, v. 9, 2008, p. 62-83.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 70017169335**, da 8 Câmara Cível. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, 08 de março de 2007. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 70027138007**, da 8 Câmara Cível. Relator: Claudir Fidelis Faccenda, 18 de dezembro de 2008. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 70029273265**, da 8 Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, 16 de julho de 2009. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 70049005564**, da 8 Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 09 de agosto de 2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70052062692**, da 8 Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 07 de fevereiro de 2013. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 11 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Incidente de inconstitucionalidade n. 70029390374**, do Tribunal Pleno. Relator: Leo Lima, 09 de novembro de 2009. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 11 abr. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Direito das sucessões: propostas de alteração. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 29, v. 7, 2005, p. 185-190.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 990093677245**, da 2 Turma Cível. Relator: Paulo Eduardo Razuk, 20 de abril de 2010. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 990101566133**, da 2 Turma Cível. Relator: Elliot Akel, 21 de setembro de 2010. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2013.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Daiana Tanan da. **O direito sucessório dos conviventes em relação aos cônjuges após a equiparação constitucional das entidades familiares**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/534>. Acesso em: 22 abr. 2013.

VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo código civil. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 17, v. 5, 2003, p. 142-148.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.