

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Cássio Teixeira Vargas

ANÁLISE DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FRENTE
AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE FAMILIAR – DA (IN)
CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO
CÓDIGO CIVIL

Passo Fundo

2015

Cássio Teixeira Vargas

ANÁLISE DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FRENTE
AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE FAMILIAR – DA (IN)
CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO
CÓDIGO CIVIL

Monografia apresentada ao curso de Direito, da
Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas Sociais, sob a orientação da Ms. Renata
Holzbach Tagliari

Passo Fundo

2015

Dedico, acima de tudo, aos meus pais, por todo incentivo, assistência, força e amor, bem como por toda confiança em mim depositada ao longo desta caminhada. Dedico, também, à Mestra, professora Renata Holzbach Tagliari, por ter dedicado, em meio à toda a correria rotineira, parte do seu tempo para me orientar. Por final, quero, por aqui, também, dedicar ao meu bom amigo e ex-professor, Luis Christiano Enger Aires, por ter conseguido despertar em mim – por meio das suas brilhantes e entusiasmantes aulas, ainda no começo da faculdade – interesse pelo Direito Sucessório.

Toda a doutrina social que visa destruir a família é má. Quando se decompõe uma sociedade, o que se acha como resíduo final não é o indivíduo, mas sim a família. (Victor Hugo).

RESUMO

A presente pesquisa, através do método dialético, analisa as mudanças trazidas ao direito das sucessões, com ênfase para o estudo dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, objetivando analisar se o art. 1.790 do Código Civil – que prevê as condições de participação do convivente na sucessão – encontra-se de acordo com o que dispõe a Constituição Federal e com as evoluções e aspirações sociais. A Carta Magna reconheceu o instituto da união estável como entidade familiar, outorgando a ela proteção do Estado, e, assim, conferindo um tratamento paritário entre o casamento e a união estável. Ocorre, todavia, que os direitos sucessórios do cônjuge e do convivente são bastante distintos, o que ocasionou, entre os juristas, inúmeras discussões acerca da inconstitucionalidade dos direitos sucessórios do companheiro, por serem, na maioria das vezes, menos vantajosos. Buscou-se, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial mostrar posicionamentos diversos acerca do tema e constatou-se, apesar da diversidade de opiniões, uma crescente inclinação na defesa da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, tendo em vista o tratamento paritário entre cônjuge e companheiro que foi concedido pela Constituição Federal, desrespeitado pela legislação cível, a qual frustrou princípios básicos como o da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da igualdade. Sendo assim, a presente pesquisa demonstra o quanto o direito sucessório do companheiro carece de mais atenção do legislador e de um posicionamento uniforme e pacífico na jurisprudência.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Isonomia. Sucessão. União Estável.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DO INSTITUTO DA SUCESSÃO	7
2.1 Origem e fundamento do direito sucessório	7
2.2 Conceito de sucessão	9
2.3 Princípio da Saisine	11
2.4 Observância da finalidade da sucessão para a família.....	13
2.5 Princípios inerentes à sucessão	15
3 DA SUCESSÃO E DA HERANÇA.....	21
3.1 Distinção.....	21
3.2 Sujeitos da sucessão	22
3.3 Da ordem da vocação hereditária	24
3.4 Da sucessão testamentária	29
3.5 Do inventário e da partilha	34
4. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL.....	38
4.1 Análise da posição do companheiro no direito sucessório	38
4.2 Análise da posição do cônjuge no direito sucessório	41
4.3 Da (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil	45
4.4 Análise jurisprudencial	53
5 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O direito sucessório passou por inúmeras evoluções ao longo dos anos, deixando de ser apenas um modo de perpetuação dos bens de família, pelo qual o herdeiro era o filho homem, para proteger a família como um todo, independente de como ela é formada. Passou-se a considerar o direito à igualdade, à dignidade da pessoa humana e preponderar laços de afetividade.

Dessa forma, o presente trabalho visa analisar como aconteceu essa evolução, explicando a origem, os fundamentos, o conceito e a finalidade do direito sucessório para a família, além de expor os principais princípios que regem as relações de sucessão.

Serão analisados os institutos da sucessão e da herança, distinguindo-os e relatando os sujeitos que participam das relações sucessórias. Será imprescindível entender como ocorre a ordem de vocação hereditária, imposta pelo artigo 1.829 do Código Civil, além das principais regras atinentes à sucessão testamentária. Após desdobrar o exame de quem poderá ser herdeiro, caberá analisar como funcionam os institutos do inventário e da partilha de bens.

Finalmente, entendendo essas premissas básicas, será estudada a posição do companheiro no direito sucessório brasileiro, por meio do artigo 1.790 do Código Civil, e, assim, comparando seus direitos com os do cônjuge supérstite. Tal estudo busca observar se os preceitos constitucionais estão sendo obedecidos, principalmente no que tange à proteção conferida pelo Estado ao instituto da união estável, hoje reconhecida como entidade familiar. Serão apontadas as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, visando analisar qual prepondera: a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

Para realizar o trabalho, foi utilizado o método dialético, pelo qual são analisados os fatos através de um contexto social, e apresentadas versões contraditórias sobre o mesmo tema.

O principal objetivo da pesquisa é demonstrar as diferentes interpretações que podem se dar à norma que estabelece os direitos do companheiro, que, em muitos aspectos, o coloca em relação de inferioridade em relação ao cônjuge, evidenciando que tal questão merece mais atenção do poder legislativo e, inclusive, de um julgamento justo e pacífico no poder judiciário.

2 DO INSTITUTO DA SUCESSÃO

Apresenta-se o instituto da sucessão descrevendo quando se originou o interesse do homem em manter e, também, perpetuar seus bens no âmbito familiar, bem como se conceitua a sucessão, conforme a tratativa da doutrina especializada na temática. A importância de abordar os conceitos fundamentais de “Direito das Sucessões” envolve, portanto, compreender os instrumentos de planejamento sucessório, tanto em relação ao titular do patrimônio, ainda, em vida, como após a sua morte.

2.1 Origem e fundamento do direito sucessório

Deduz-se que é na antiguidade que remonta a origem do direito sucessório, por óbvio que distante das normas, regras e princípios¹ atuais que regem o instituto, o que cumpre ser examinado.

Menciona Monteiro que, historicamente,

O direito sucessório remonta a mais alta antiguidade. Perde-se sua origem na noite dos tempos, parecendo que se prende à comunidade da família, de que constituiria prolongamento natural. Sua fisionomia atual, todavia, em nada se parece à primitiva. Sem receio de errar, pode-se afirmar que, de todos os ramos do direito civil, o direito das sucessões foi aquele que mais se transformou. (2011, p. 12)

Observa-se que, na antiguidade, a sucessão era compreendida de forma diferente dos dias atuais, podendo-se inferir que era um meio de perpetuação dos bens de família. O direito de propriedade, então, assumia um caráter de perpetuidade, não se extinguindo com a morte do

¹ Os princípios têm “caráter fundamental no sistema das fontes do direito”, já que desempenham um papel relevante no ordenamento jurídico, por causa de sua posição hierárquica superior ou por “força de sua importância estruturante no sistema jurídico”; têm “proximidade da ideia de direito”, pois são juridicamente vinculantes, decorrentes de exigência da “justiça”, ao passo que as regras podem ter um conteúdo meramente funcional e “natureza normogenética”. Os princípios são fundamento das regras, daí a natureza da “função normogenética”. A norma se distingue do princípio porque contém uma regra, instrução, ou imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questão, ou seja, as normas contêm regras. E, ainda que regras e princípios diferenciam-se pelo grau de abstração, pois os princípios possuem um “grau de abstração relativamente elevado”, ao passo que as regras têm esse grau relativamente baixo; “grau de determinação na aplicação do caso concreto”, em decorrência do alto grau de abstração dos princípios, que reclamam mediações para serem aplicados, ao passo que as regras podem ser aplicadas diretamente. (CANOTILHO, 2003, p. 166-167)

seu titular.

Segundo Coulanges (1998, p. 64), “o homem morre, o culto permanece; o fogo doméstico não devia se apagar e nem o túmulo ser abandonado. Com a continuação da religião doméstica, devia o direito de propriedade com ela continuar.”

A colocação do autor ilustra sobre a sociedade daquela época possuir valores diferentes da sociedade atual, pois a continuação do morto era o culto à religiosidade, fato predominante no período e interpretado como uma das primeiras formas de sucessão. Essa concepção decorre por se entender que o herdeiro era o filho homem, o qual estava predestinado a ser o sucessor de seu pai no culto, nos valores sociais e nos bens familiares.

Ferreira (1995, p. 19) argumenta que a transmissão dos bens de família ocorria somente na linha masculina, ou seja, ao varão cabia a responsabilidade e a administração do patrimônio da família e, ainda, era de sua responsabilidade continuar o culto e manter a família unida.

Em comentário ao exposto pelo autor, verifica-se que era atribuído apenas ao homem – no caso, ao filho do sexo masculino – o direito ao patrimônio familiar, fosse ele de cunho religioso ou de cunho material. A herança, conseqüentemente, não se transmitia pelo lado materno.

Como demonstra Prats, ao dizer que,

a Lei das Doze Tábuas determinava, então, que, se algum homem morresse sem herdeiro próprio, a sucessão fosse deferida ao agnado mais próximo, e nunca, se era agnado, pelo lado materno. No direito antigo, o sobrinho herdava do *patrus*, isto é, do irmão do seu pai, mas não herdava *avunculus*, irmão de sua mãe. (1983, p. 29)

Convém ponderar, por conseguinte, tendo em vista os dias atuais, que o direito sucessório evoluiu em relação à antiguidade. De acordo com Rodrigues (2002, p. 5), “[...] antigas regras sobre a sucessão, quer inspiradas em motivos religiosos, quer fundadas no anseio de fortalecer a família, não levam em consideração o sentimento de equidade [...]”. Do que se depreende que, em não havendo equidade na sucessão, há injustiças, já que a herança pertence a todos da família, não podendo ser um benefício restrito a um só ente.

Porém, como informam Hironaka e Pereira:

O primeiro fundamento da sucessão foi de ordem religiosa. A sucessão se verificava exclusivamente pela tomada do lugar do *de cuius* na condução do culto doméstico pelo herdeiro, que, no entanto, não recebia os bens em transmissão, uma vez que não pertenciam ao morto, mas a toda família, capiteneada pelo varão mais velho, descendente direto dos deuses domésticos. Tratava-se, portanto, do descendente do sexo masculino de maior autoridade, na visão dos antigos. Incumbia a ele a administração do acervo familiar e a condução da vida religiosa e doméstica. (2004, p. 2-3)

Acompanhando a colocação dos autores até esse momento, é possível dizer que o direito de igualdade em relação ao patrimônio da família inexistia, as regras da sucessão, na antiguidade, eram permeadas por motivos religiosos.

Argumenta Rodrigues (2002, p. 5) que as regras do direito sucessório tinham como anseio fortalecer a família. O direito, naquela época, não contemplava a igualdade na divisão dos bens entre parentes descendentes.

Conquanto, a evolução da sucessão, para Hironaka e Pereira, abrange seu fundamento, ou seja:

Quando, todavia, a propriedade passou a ser individual, o fundamento da sucessão deslocou-se da necessidade de conduzir a vida religiosa para uma verdadeira continuidade patrimonial. Busca-se a permanência do patrimônio dentro de um mesmo grupo como forma de *manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre os vários filhos*. (2004, p. 3) (grifos dos autores)

Compreende-se, pois, que a evolução do direito de sucessão ocorreu em paralelo ao direito hereditário, ou seja, quando a sucessão legítima começou a se processar entre os herdeiros do mesmo grau, os quais recebiam partes iguais.

Portanto, uma forma de justificar o direito das sucessões é equiparar o direito de família ao direito de propriedade. Nessa perspectiva, seu fundamento estaria não apenas vinculado à continuidade patrimonial, mas, principalmente, ao fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família. (HIRONAKA; PEREIRA, 2004, p. 5)

Seguindo nessa linha de raciocínio, a sucessão começa a envolver o racional, a viver em segurança e em harmonia, tendo como eixo central o futuro da família como um todo. Destarte, tendo início à busca de instrumentos que regulamentem o direito de propriedade e, conseqüentemente, o direito sucessório, objetivando, desse modo, a proteção do patrimônio.

Ademais, passa-se a abordar o conceito de sucessão.

2.2 Conceito de sucessão

Conceitua-se o direito de sucessão – o qual trata da transmissão de direitos ou de bens operada pelas vias legais entre pessoa falecida e um ou mais sobreviventes – de acordo com certas regras ou leis especiais que tratam dos bens, direitos ou encargos a serem transmitidos.

Monteiro destaca as acepções da palavra sucessão:

Num sentido amplo, a palavra *sucessão* significa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, investindo-se, a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam. Nesse sentido se diz, por exemplo, que o comprador *sucede* ao vendedor no que concerne à propriedade da coisa vendida. De forma idêntica, ao cedente *sucede* o cessionário, o mesmo acontecendo em todos os modos derivados de adquirir o domínio ou o direito. (2011, p. 11) (grifos do autor)

O mesmo autor informa que, em relação ao direito das sucessões, emprega-se o termo em sentido mais restrito, já que designa somente a transferência da herança ou do legado pela morte de alguém para outrem, herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento (MONTEIRO, 2011, p. 11). O fato é que, no fenômeno da transmissão, há direitos ou obrigações que se extinguem subjetivamente, mas não objetivamente, nem definitivamente, porquanto passam para esfera jurídica de outrem que os adquirem derivadamente.

Trata-se, portanto, da transmissão de direito, obrigações, ou de bens operada pelas vias legais entre pessoa falecida e um ou mais sobreviventes.

Argumenta Prats (1983, p. 21) que “a sucessão é, indiscutivelmente, uma consequência necessária à conservação das afeições da família, pela perpetuação da personalidade e para o cumprimento dos deveres que ela impõe na continuação da propriedade.”

Para Venosa (2003, p. 15), o termo suceder significa trocar algo ou alguém de lugar. Assim, já no campo dos fenômenos jurídicos, sucessão envolve a substituição do titular de um direito, ocorrendo de forma que o conteúdo e objeto da relação jurídica permaneçam os mesmos, retificando-se, porém, os titulares da relação jurídica, havendo, por conseguinte, uma sucessão.

Sintetizando o exposto pelos autores, a sucessão é a transferência para alguém dos bens deixados pelo falecido em benefício de seus herdeiros, os quais passam a ser sucessores, continuadores de bens. Logo se entende a sucessão como um modo de transferência do patrimônio em uma sociedade organizada, sendo que, com a morte do proprietário do patrimônio, as suas relações jurídicas não se extinguirão.

Conforme Monteiro:

A sucessão, no questionado ramo do direito civil, tem, pois, como pressuposto, do ponto de vista subjetivo, a morte do autor da herança. Antes desse evento, o titular da relação jurídica é o *de cujus* [...]. Depois dele, o herdeiro torna-se titular, sucedendo o defunto, tomando-lhe o lugar e convertendo-se assim no sujeito de todas as relações jurídicas, que a este pertenciam. (2011, p. 11) (grifo do autor)

Veja-se que o autor citado explica sobre o herdeiro substituir o falecido, assumindo, assim, os direitos e também as obrigações.

Considera Rodrigues (2002, p.3) que a sucessão é a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morre, sendo que o patrimônio corresponde a todos os bens adquiridos. Ademais, um dos princípios jurídicos que, também, disciplinam essa transmissão é o de que o sucessor adquire tanto o ativo quanto o passivo do *de cujus*.

No direito sucessório, existe uma continuidade, porquanto não se extinguem as relações existentes mesmo frente à morte, pois a sucessão engloba os compromissos assumidos, direitos e obrigações relacionadas aos bens patrimoniais deixados.

Nesse sentido, Monteiro (2011, p. 19) informa que, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, o vocábulo sucessões delimita-se a indicar “a transferência da herança ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei ou em virtude de testamento”.

Por sua vez, entende Diniz (2003, p. 15) que “a sucessão é a continuação, em outrem, de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo um dos modos, ou títulos de transmissão, ou de aquisição de bens ou direitos patrimoniais”.

Cabe mencionar, por final, que o Direito Sucessório surge como um reconhecimento natural da propriedade privada, garantida pelo artigo 5º, inciso XXII², da Constituição Federal.

Embora observe-se uma concordância em relação ao conceito de sucessão disposta pelos autores citados, demonstra-se necessário compreender a importância do princípio da *Saisine*, bem como observar a finalidade da sucessão para o direito de família.

2.3 Princípio da Saisine

De acordo com o artigo 6º do Código Civil, a existência da pessoa natural termina com a sua morte, sendo esse o momento exato da abertura da sucessão. A transmissão da herança ocorre *ipse jure* com o falecimento do *de cujus*, ou seja, o próprio falecido transmite aos seus sucessores o seu acervo patrimonial. Esse princípio é chamado *droit de saisine*, consagrado pelo art. 1.784 do Código Civil: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos

² CF/88 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] XXII – é garantido o direito à propriedade; [...]

herdeiros legítimos e testamentários”.

Dessa forma, decorrem importantes efeitos do princípio da *saisine*, não somente os relacionados à imediata transmissão de pleno *jure* da herança aos sucessores, mas também alguns correlatos a ele. (SANTOS; LEITE; VARGAS, 2005, p. 2)

A propósito Cahali, Fernandes e Hironaka informam sobre o primeiro efeito ser

[...] a identificação da lei aplicável à data da sucessão e respectiva capacidade sucessória, prevista no art. 1.787 do Código Civil [...] Outro efeito é que se identificam os herdeiros neste momento, ressalvado o direito dos já concebidos, se posteriormente nascidos com vida. Só em situações especiais (art. 1.799, I, CC) pode-se cogitar em benefício testamentário de pessoas não concebidas, como prole eventual. [...] Por fim, com a abertura da sucessão, o quinhão hereditário, embora ainda não individualizado ou discriminado, passa a integrar o patrimônio do herdeiro (como direito, e não bem móvel ou imóvel), podendo, nestas condições, ser transmitido, no todo ou em parte, por ato inter vivos, através de cessão de direitos hereditários, ou até mesmo ser objeto de penhora ou constrição judicial por eventuais credores do herdeiro. (2003, p.44).

Com isso, o fato jurídico morte desencadeia uma série de atos a serem praticados para a formalização e a efetivação da sucessão. Dentre eles está a abertura do inventário, o qual não se confunde com o momento da transmissão da herança, pois a abertura do inventário representa apenas a oportunidade de os interessados provocarem o judiciário através de processo judicial, no qual buscarão a efetiva transferência dos direitos hereditários. (SANTOS; LEITE; VARGAS, 2005, p. 2)

Outrossim, há importância de fazer referência aos bens, porque a sucessão implica, sempre, uma mudança na titularidade deles, porquanto a sucessão que ocorre em função do falecimento de uma pessoa, impõe um seguimento quanto ao comando do patrimônio. Dito de outra forma, é preciso transmiti-lo aos herdeiros, o que é feito desde logo por força do princípio da *saisine*³, consoante artigo 1.784 do Código Civil.

Ademais, torna-se necessário, também, destacar que os herdeiros não respondem por encargos superiores às forças da herança, *intra vires hereditatis*⁴. Ou seja, não é possível receber mais dívidas do que bens no sistema do Direito Brasileiro, como dispõe o artigo 1.792⁵ do

³ É por meio da adoção do princípio da *saisine*, que o Código Civil brasileiro considera aberta a sucessão e transmitido, desde logo, a posse e a propriedade de todos os bens do *de cujus* para os seus herdeiros, tão logo ocorra o evento morte, mesmo que esses herdeiros ainda não saibam dela. (DINIZ, 2004)

⁴Dentro das forças da herança.

⁵ CC/02 Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

Código Civil. Além de que, a sucessão também pode ter diferentes fundamentos: os laços familiares (sucessão legítima), ou a vontade do autor da herança (sucessão testamentária).

2.4 Observância da finalidade da sucessão para a família

Ao se abordar a sucessão no direito de família, pode-se inferir, fazendo-se uma retomada ao já exposto, que se trata da continuidade dos bens da família, da união da família e da preservação do patrimônio. Nessa esfera, entende-se que não há discussão ou conflitos.

Pois, como afirma Monteiro:

O verdadeiro ponto de vista é aquele que, sem perder a visão de seu aspecto econômico, descortina no direito das sucessões natural complemento do direito de propriedade, projetando-se além da morte do autor da herança conjugado ou não com o direito de família. Propriedade que se extinga com a morte do respectivo titular e não se transmita a um sucessor não é propriedade, porém mero usufruto. [...] a propriedade não existiria se não fosse perpétua, e a perpetuidade do domínio descansa na sua transmissibilidade *post mortem*. (2011, p. 18)

No entendimento do autor, a família tem o direito de contar com o patrimônio deixado por um de seus membros, trata-se, inclusive, de uma questão de subsistência dela, correlato salienta o artigo 5º, inciso XXX⁶ da Carta Política.

A sucessão, como já dito, implica a transmissão do patrimônio do *de cujus* aos seus herdeiros no sentido restrito. Contudo, o artigo 1.784⁷ refere-se à abertura da sucessão e a transmissão imediata aos herdeiros legítimos e testamentários, empregando o termo sucessão em dois sentidos amplos.

Comenta Leite (2005, p. 5) que o termo “abertura” é empregado em relação ao “[...] surgimento do direito de herança independentemente da existência, ou não, de supérstites e, igualmente, como devolução”, também denominada delação, devolução sucessória, ou delação hereditária do patrimônio do ex-titular aos novos titulares, um ou vários supérstites.

A propósito Hironaka e Pereira relatam que:

⁶ CF/88 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] XXX - é garantido o direito de herança;[...]

⁷CC/02 Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

A expressão *aberta a sucessão*, que vem repetida em ambas as codificações brasileiras (art. 1.784, CC/2002 e art. 1.572, CC/1916), faz referência ao momento em que surgem os direitos sucessórios, sem fazer referência, entretanto, aos titulares desses direitos. A atribuição desses mesmos direitos aos sucessores traduz-se pelo vocábulo *devolução*, ou *delação*, que nada mais representam do que o mesmo fenômeno visto pelo prisma da sucessibilidade. (2004, p. 7) (grifos do autor)

Observa-se que, tanto no direito anterior, como no atual, a lei considera o direito à sucessão aberta como um bem imóvel indivisível, que se transfere aos herdeiros em condomínio, conforme dispõe o artigo 1.791⁸, parágrafo único do Código Civil até que a partilha seja deferida.

Sobre o referido dispositivo e seu parágrafo único, Leite (2005, p. 66) comenta que ambos resgatam duas ideias essenciais do direito sucessório: a da devolução unitária da herança aos herdeiros e a noção da indivisibilidade do monte hereditário no momento da abertura da sucessão até o partilhamento final da herança.

Hironaka e Pereira (2004, p. 8) explicam que a herança transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários, o que equivale dizer que ela se transmite, por meio de condomínio, a todos aqueles que foram contemplados com a atribuição de uma quota parte ideal instituída pelo autor da herança por meio de testamento, herdeiro testamentário, ou aqueles que receberão a quota parte ideal determinada por lei, herdeiros legítimos.

Outro dispositivo importante no direito sucessório que cabe ser mencionado é o 1.785⁹, do Código Civil, o qual relaciona o lugar da abertura da sucessão com o último domicílio do *de cuius*.

Analisa Leite, sobre o artigo 1.785 do Código Civil que:

Preliminarmente vale ressaltar o cuidado e coerência do legislador em referir-se ao lugar da abertura da sucessão logo após falar em abertura da sucessão e não como fez o legislador de 1916, no art. 1.578, em capítulo relativo à transmissão da herança. Sabido o momento da abertura da sucessão interessa, de imediato, determinar o lugar da abertura da mesma. Correto, pois que o art. 1.785 se reporte ao *lugar*, como sede, para unificar nela, múltiplos atos e operações em que pode desdobrar-se o fenômeno sucessório. (2005, p. 21) (grifos do Autor)

⁸ CC/02 Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

⁹ CC/02 Art. 1.785. A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.

Verifica-se que à lei interessa a localização geográfica, a sucessão *causa mortis*¹⁰ e a fixação do *locum successionis*¹¹. Nesse último, ficando evidenciado através da disposição inserta do artigo em comento, sob a justificativa de que o lugar da abertura não coincide necessariamente com o lugar da morte. A determinação do lugar é necessária em razão de que a morte pode ocorrer em lugar que nenhuma atinência tenha com o centro de interesses do *de cujus*¹². Assim, a lógica é pela qual se presume que há concentração dos interesses que o falecido teve em vida, mesmo sendo a morte em um lugar estranho à sede dos seus bens.

O descrito até o momento são noções preliminares. Outrossim, passa-se a abordar sobre os princípios norteadores das relações familiares, tendo em vista que as alterações na sociedade estão cada vez mais frequentes, sendo impossível a norma prever todas as situações futuras. Assim, torna-se necessária a fusão dos princípios com as normas, em busca de uma solução mais adequada a todas adversidades que surgem no mundo jurídico.

2.5 Princípios inerentes à sucessão

Passa-se à análise dos princípios que regem as relações familiares, e, que por proporcionarem uma margem maior de interpretação, possibilitam ao legislador a compreensão das normas de acordo com o atual momento vivido pelas instituições familiares.

Atualmente, observam-se modificações relacionadas ao conceito de família no sentido de ampliar sua noção. A principal modificação refere-se às novas relações familiares, que não decorrem mais somente do casamento, transformando a proteção da família como instituição em uma tutela funcionalizada à dignidade de seus membros. Sendo assim, torna-se necessária a análise de princípios como da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica de todos os filhos e da afetividade.

2.5.1 Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe um marco na ordem jurídica nacional, quando impõe que os seres humanos devem ser respeitados, independentemente de cor, raça, sexo, idade e credo, pois possuem liberdade de escolha que se limita em relação ao

¹⁰Causa determinante da morte de alguém.

¹¹ Lugar da sucessão.

¹²Falecido cujos bens estão em inventário.

respeito da liberdade do outro. Através desse princípio, o ser humano deve ser considerado e respeitado em sua dignidade.

Para Ferreira Filho (1999, p. 110): “[...] a unidade do estatuto jurídico que é o mesmo para todos”, deve compreender e aceitar todas as diferenças sociais, religiosas e culturais sem preconceitos ou discriminações, pois todos são iguais em dignidade.

Entende-se que a dignidade, no direito sucessório, envolve estar em conformidade com o conjunto de regras que regulam a transmissão *causa mortis* do patrimônio de uma pessoa.

Sustenta Serejo que:

O destaque da dignidade humana, em nossa Constituição, como um dos fins do Estado Democrático de Direito reflete a ideia de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, não só em referência ao Estado, mas também em suas relações pessoais, como o direito de ser reconhecido como pessoa humana. A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro. (1999, p.30)

A Constituição Federal de 1988 traz os princípios como valores de todo o ordenamento constitucional e jurídico. Para tanto, prevê em seu artigo 1º¹³, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana, proibindo, desse modo, qualquer forma de discriminação.

Ademais, o legislador teve como prioridade o homem na sua dignidade, como afirma Sarlet (2004, p. 44): “todos mesmo [...] são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoa”, inibindo-se, assim, qualquer critério de discriminação.

O princípio da dignidade da pessoa humana se consagra em razão de como o ser humano deve ser tratado pelo Estado, o qual tem obrigação de dar e criar condições para que possibilite a todos indivíduos desenvolver suas potencialidades, resguardando seus direitos e suas diferenças em prol de uma sociedade justa e igualitária.

Observa Sarlet que:

O princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos

¹³ CF/88 Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito federal, constitui-se em Estado Democrático e de Direito e tem como fundamentos:[...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]

órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio. (2004, p.111)

Para que os indivíduos tenham seus direitos garantidos, não deve haver diferenças no tratamento legal e social dispensado a eles, devendo, ainda, ser respeitada sua essência como ser humano.

É sobretudo, importante assinalar o artigo 29, da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas em relação à proteção da pessoa humana:

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas as limitações estabelecidas pela lei como a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar de uma sociedade democrática. (MORAES, 2004, p. 63)

Entende-se o fato que o Estado tem o fim de assegurar os direitos sociais e individuais de toda a coletividade, sendo valores supremos a segurança, o bem estar e a igualdade, que é um dos pressupostos essenciais para o respeito da dignidade da pessoa humana. Com a proteção desses princípios, formadores de todo o ordenamento jurídico, tem-se um Estado Democrático de Direito. A família, também, insere-se nesse contexto e tem essa proteção do Estado. Assim, justo seria equiparar, ao mesmo patamar, no direito sucessório, cada um dos membros da família, sendo que todos comungam das mesmas aspirações, dos mesmos desejos no que se refere à criação de condições de convivência de sobrevivência.

Conforme salienta Sarlet (2004, p.111), “por sua natureza igualitária e por exprimir a ideia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre os particulares”.

Assim, fica evidente a importância do referido princípio para o direito de família, principalmente no momento atual, no qual estão ocorrendo inúmeras alterações no seio familiar, tendo em vista a maior relevância que o ordenamento jurídico tem proporcionado às relações que, até então, eram atípicas.

2.5.2 Igualdade Jurídica da filiação e o direito sucessório

A Constituição Federal de 1988 traz, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade justa, fraterna, solidária, onde a igualdade

passou a ser um fim no Estado Moderno. Dessa forma, o preceito da isonomia deve ser assegurado pelo Estado, não podendo haver, por conseguinte, distinção no que se refere à família e aos seus membros.

Silva destaca:

Por que existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real [...] que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal, que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí por que o legislador sob o impulso das forças criadoras do direito, teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais [...]. (2004, p. 213)

O princípio da igualdade tem como função delegar um tratamento igualitário, independente de raça, de sexo, de idade, de posição social ou de qualquer outra forma de discriminação, amparando, portanto, todos os indivíduos que se encontrem em situação desigual – em termos de oportunidades, de desenvolvimento – com as mínimas condições de dignidade, no sentido de ser presente e atuante na sociedade, devendo ser vedado todo tipo de tratamento desigual, no que se refere às condições econômicas de cada um, priorizando, finalmente, o ser e não o ter para que assim não haja injustiça em relação aos menos favorecidos.

Veja-se o que diz Silva:

[...] igualdade constitucional é mais que expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental. (2004, p. 213)

Ressalta-se que a igualdade não é somente entre homens e mulheres, na família ou fora dela, porquanto o princípio da igualdade deve abranger, também, as diversas espécies de famílias e todos os seus membros com tratamento isonômico pela lei. O direito sucessório encontra-se amparado pela Constituição Federal de 1988, no que se refere à proteção da igualdade familiar, inclusive no que se refere à igualdade jurídica de todos os filhos.

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos pode ser visualizado no art. 227, §6º da Constituição Federal, o qual afirma que os filhos, sejam eles advindos ou não da relação de casamento ou, ainda, por adoção, terão todos os mesmos direitos e qualificações, ficando proibida qualquer discriminação.

A respeito de tal princípio, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho nos trazem:

Não há mais espaço, portanto, para a vetusta distinção entre filiação legítima e ilegítima, característica do sistema anterior, que privilegiava a todo custo a "estabilidade no casamento" em detrimento da dimensão existencial de cada ser humano integrante do núcleo familiar. (2014, p.83)

Em razão de tal direito, o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos também é vislumbrado no direito sucessório, tratando da mesma forma todos os descendentes de um ascendente comum. É o que leciona o art. 1.834 do Código Civil: “Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus descendentes”.

Nesse sentido, Gonçalves aduz:

Hoje, todos herdam em igualdade de condições (CC/2002, art. 1.834). Mesmo os adotados pelo sistema do diploma revogado (adoção restrita) preferem aos ascendentes. O mesmo sucede com os filhos consanguíneos havidos fora do casamento, desde que reconhecidos. (2011, p. 166)

Portanto, nota-se que todos os filhos têm igualdade no direito de herança, independente se a filiação é advinda da relação de casamento, fora dela ou por adoção, sendo proibido qualquer espécie de discriminação.

Portanto, conforme visualizado, a igualdade jurídica entre os filhos é expressa na Constituição Federal, mostrando como o tratamento isonômico é fundamental em todas as espécies de família. Apesar de não expresso, fica evidente que, da mesma forma como foram tratados os filhos, as demais relações familiares também possuem o mesmo direito de proteção do Estado, independentemente do modo como é formada. Sendo assim, merece tratamento igualitário as diversas formas de relação familiar, sejam elas advindas do casamento ou da união estável.

2.5.3 Afetividade

Atualmente, o direito de família passou a abranger a família sócio-afetiva como mais um modelo de família. Ou seja, também é reconhecida a família proveniente de um vínculo havido fora do casamento, como a união estável, ou até mesmo aquela formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, conhecida como família monoparental. Ainda, sob essa ótica, inclui-se em tal modelo a família adotiva, que, a partir da Constituição Federal de 1988,

concedeu aos filhos adotivos os mesmos direitos e qualificações daqueles havidos ou não da relação de casamento, sendo proibida qualquer espécie de discriminação.

A cerca disso, vale salientar o que expõe Maria Berenice Dias:

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo [...] A família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas. (2007, p.68)

Portanto, percebe-se que, atualmente, o que predomina nas relações familiares é o afeto, identificando o conceito de família na convivência e na identidade de interesses, independentemente do vínculo entre as pessoas provirem do matrimônio ou de uma relação extraconjugal, podendo, pois, os filhos serem biológicos ou não.

Após a análise dos princípios basilares à compreensão de como se estrutura o direito sucessório, passa-se propriamente ao estudo dos institutos da sucessão e da herança, especificando suas principais distinções e conceituando os sujeitos que fazem parte da relação de transmissão de direitos e bens, verificando, também, a ordem da vocação hereditária e testamentária, além do estudo do inventário e da partilha.

3 DA SUCESSÃO E DA HERANÇA

Nesse capítulo, serão estudados os principais aspectos da sucessão e da herança, iniciando pelas suas distinções, os sujeitos da sucessão e, por conseguinte, a ordem de vocação hereditária, a sucessão testamentária, além dos institutos do inventário e da partilha, visando, assim, compreender os aspectos mais relevantes acerca da distribuição dos bens do *de cujus*.

3.1 Distinção

Sucessão, como já abordado, é a transmissão de direito ou de bens operada pelas vias legais, entre pessoa falecida e um ou mais sobreviventes; já herança é a totalidade do patrimônio, incluindo bens, direitos e também dívidas deixados por alguém, em razão do seu falecimento, que será distribuída entre os herdeiros. Enfim, trata-se do patrimônio que se recebe por sucessão hereditária/testamentária.

Retoma-se, dessa forma, o que dispõe o artigo 1.784¹⁴ do Código Civil, para comentar o que diz Leite, sobre sucessão, na técnica jurídica, a qual

[...] tem vários significados. No sentido amplo, suceder uma pessoa significa vir depois dela, tomar o seu lugar, assumindo todo ou parte dos direitos que lhe pertencem. É nesse sentido, por exemplo, que se aplica o vocábulo na sucessão *inter vivos*, por meio da qual o comprador sucede ao vendedor, ou o donatário ao doador. No sentido restrito, que é o empregado pelo legislador, a palavra sucessão designa a transmissão de bens de uma pessoa em virtude de sua morte. A sucessão implica na transmissão do patrimônio de uma pessoa falecida a uma ou outras pessoas. (2005, p. 4)

Ademais, a sucessão pode ser interpretada em sentido derivado, que designa o patrimônio transmitido. Pode ser jacente, aquela cujos herdeiros não são conhecidos e que, por essa razão, fica sob a conservação e administração de um curador até que herdeiro hábil seja encontrado, ou, ainda, pode ser vacante, que é a designação que toma a herança jacente depois de cumpridas todas as formalidades exigidas e verificados os prazos legais, sem que o herdeiro hábil seja localizado, passando a constituir patrimônio da Fazenda Pública.

¹⁴ CC/02 Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Hironaka e Pereira (2004, p. 77), dispendo sobre a herança jacente, salientam o dispositivo 1.819¹⁵ do Código Civil, o qual estabelece que, falecendo alguém e não havendo testamento nem herdeiro legítimo conhecido, a herança ficará sob a guarda de um curador até a sua entrega ao sucessor habilitado. Essa situação diz respeito a alguém que falece e não deixa testamento que indique quem são os herdeiros, preocupando-se, assim, o legislador em impedir que os bens deixados pelo *de cujus* desapareçam.

A vacância da herança é abordada por Leite (2005, p. 191-192) conforme artigo 1.823¹⁶, do Código Civil, o qual contempla duas hipóteses de jacência: na primeira, desconhecidos os herdeiros sucessíveis e na segunda, quando conhecidos mas renunciarem a herança. “Dispõe o texto legal que será esta, desde logo, declarada vacante.”

Pode-se inferir, pois, que os dispositivos em comento vêm confirmar a intenção do legislador de efetivar todos os esforços para atribuir a quem de direito cabe a herança, ao legítimo sucessor do autor. A seguir, para melhor compreensão acerca de quem poderá receber os bens do *de cujus*, adentra-se no estudo dos sujeitos da sucessão.

3.2 Sujeitos da sucessão

Observa-se que na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXX, já citado, encontra-se disposto os direitos e garantias fundamentais, objetivando

[...] impedir que a sucessão *mortis causa* seja suprimida do nosso ordenamento jurídico, com a consequente apropriação pelo Estado dos bens do indivíduo após a sua morte. Tais bens deverão ser transmitidos aos sucessores do finado, conforme a prescrição da lei civil, só passando para o ente público na ausência dos sucessores legais ou testamentários, hipótese em que a herança será vacante. (NEVARES, 2004, p. 32)

Dessa forma, ou com esse intuito, como dizem Hironaka e Pereira (2004, p. 15), compreenda-se que “[...] o sujeito ativo da sucessão é sempre o antigo titular do direito transmissível, chamado de autor da herança”. Entretanto, comentam os autores que o sujeito que falece, pode ter deixado consignada a sua vontade uma cédula testamentária, cujo objetivo

¹⁵ CC/02 Art. 1.819. Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.

¹⁶ CC/02 Art. 1.823. Quando todos os chamados a suceder renunciarem à herança, será esta desde logo declarada vacante.

é o de proceder ao endereçamento de seus direitos a pessoas designadas por ele.

Já os sujeitos passivos da sucessão são os herdeiros¹⁷ e os legatários¹⁸. Essa posição é ocupada na estrutura da relação jurídica transmissiva *mortis causa* pelos sucessores, conforme sejam agraciados com uma quota-parte ideal ou com um bem. (HIRONAKA; PEREIRA, 2004, p. 15)

Sendo assim, conforme leciona o art. 1.788¹⁹ do Código Civil, falecendo o autor da herança sem deixar testamento, ela será transmitida aos herdeiros legítimos. Essa transmissão ocorrerá de acordo com uma ordem preferencial, chamada de *ordem da vocação hereditária*, a qual será estudada no próximo item desse capítulo. Costuma-se afirmar que na sucessão legítima são chamados a suceder aquelas pessoas que o *de cujus* escolheria caso houvesse elaborado testamento, ou seja, representa a vontade presumida do falecido. (GONÇALVES, 2011, p. 42)

A respeito dos herdeiros legítimos, distingue-se os necessários dos facultativos. O herdeiro necessário é o parente ou o cônjuge que tem direito à parte da herança, e disso não poderá ser privado – é o caso dos descendentes, ascendentes e do cônjuge. Já o facultativo é aquele que herda na falta dos necessários e de testamento que disponha sobre o destino dos bens. Nesse caso, é possível o testador excluí-lo da sucessão, dispondo do seu patrimônio por inteiro, sem contemplá-lo. (GONÇALVES, 2011, p. 156)

Ainda, consoante o artigo 1.788 do Código Civil, a sucessão também será legítima se o testamento caducar (tornar-se ineficaz por causa ulterior, como por exemplo a falta de beneficiário deixado pelo testador ou dos bens deixados) ou for julgado nulo. Outrossim, além das hipóteses citadas pelo artigo, a doutrina considera caso de sucessão legítima as hipóteses de ser o testamento anulado e rompido. (GONÇALVES, 2011, p. 43)

Quando o autor da herança deixar testamento, ocorrerá a sucessão testamentária. Nesse

¹⁷ “Há duas ordens de herdeiros: os parentes (descendentes, ascendentes e colaterais); e o cônjuge sobrevivente. Há quatro classes sucessíveis: dos descendentes; dos ascendentes; do cônjuge sobrevivente e dos colaterais.” (RODRIGUES, 2008, p. 142)

¹⁸ “Os legatários não devem ser confundidos com os herdeiros, merecendo, por isso, tratamento jurídico próprio. São os sucessores instituídos por testamento para receber determinado bem (certo e individualizado) a título singular, podendo igualmente, coincidir com pessoa do próprio herdeiro legítimo ou do herdeiro testamentário”. (HIRONAKA; PEREIRA, 2004, p. 18)

¹⁹CC/02 Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

caso, a sucessão dos bens do *de cujus* se opera por ato de última vontade, permitindo ao titular do direito ditar o destino de seus bens após sua morte, desde que obedecidas às exigências legais. Sobre testamento, define-se:

É ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo norma jurídica, dispõe, no todo ou em parte, de seu patrimônio para depois de sua morte, ou determina providências de caráter pessoal ou familiar. (OLIVEIRA, 1972; *apud* DINIZ, 2014, p. 211)

De outra banda, vale ressaltar que a lei, no seu artigo 1.789²⁰ do Código Civil, afirma que, caso existam herdeiros necessários, o testador não poderá dispor de todos seus bens – apenas da metade. Portanto, havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e cônjuge) a herança é dividida em duas partes iguais, e o autor do testamento só poderá dispor livremente da metade, podendo outorgá-la ao cônjuge sobrevivente, a qualquer de seus herdeiros ou até mesmo para estranhos. (GONÇALVES, 2011, p. 43)

Maria Helena Daneluzzi (2004, p. 111) frisa que, se o testador for casado pelo regime da comunhão universal de bens, metade do seu patrimônio pertencerá ao outro consorte. Dessa forma, para calcular a legítima e a porção disponível, considera-se apenas a parte que restou ao testador.

Portanto, em resumo, são sujeitos da sucessão: os herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e cônjuge) e os facultativos (aqueles que herdam na falta dos necessários e por testamento). Caso haja testamento, aos herdeiros necessários caberá metade dos bens do *de cujus*, e a outra metade restará a quem o falecido escolheu dispor. Na falta tanto dos herdeiros, como dos legatários, caberá ao ente público o direito à herança do falecido.

Para uma melhor compreensão acerca da distribuição dos bens deixados pelo falecido, a seguir serão estudadas a ordem da vocação hereditária e a sucessão testamentária, explicitando a quem caberá receber as respectivas quotas-partes da herança.

3.3 Da ordem da vocação hereditária

Conforme visto anteriormente, a sucessão por hereditariedade ocorre quando a lei assim dispuser, se os bens não forem abarcados pelo testamento, ou quando há inexistência,

20 CC/02 Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

caducidade ou invalidade da disposição de última vontade do falecido. Ela possui uma ordem preferencial chamada de ordem de vocação hereditária.

A matéria encontra-se regulada pelo Código Civil no artigo 1.829²¹, em seus incisos. Abrange a ordem da vocação hereditária, determinada por lei e, segundo uma hierarquia, coloca os sucessores em graus de preferência em relação ao sucessível, conforme a classe a que pertencem. É determinada pelo parentesco ou pela afinidade. Na sucessão legítima, convocam-se os herdeiros segundo a ordem legal. (LEITE, 2005, p. 210-211)

Observa-se, assim, que, o artigo 1.829 do Código Civil, com possível exatidão, abrange o direito de família, organizando o terreno sucessório em relação à sucessão legítima da seguinte forma: descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais.

Sendo assim, aberta a sucessão legítima, a primeira classe a ser chamada é a dos descendentes, sendo eles: filhos, netos, bisnetos, tetranetos, etc. Os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau. (DANELUZZI, 2004, p. 156)

Concorre com os descendentes o cônjuge sobrevivente, devendo, contudo, ser observado o regime de casamento em que figurava o casal. Nesse sentido, Gonçalves aduz:

Em regra, não há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, se o regime de bens no casamento era o da *comunhão universal*. Entende o legislador que a confusão patrimonial já ocorrera desde a celebração da união nupcial, garantindo-se ao cônjuge sobrevivente, pela meação adquirida, a proteção necessária. De fato, sendo o viúvo ou a viúva titular da meação, não há razão para que seja ainda herdeiro, concorrendo com os filhos do falecido. (2011, p. 169) (grifos do autor)

Observando o que nos diz o autor, nota-se que, caso o regime de casamento for o da comunhão universal de bens, assim que ocorrer o falecimento, metade dos bens do *de cujus* irão pertencer à esposa, não havendo necessidade, assim, de concorrer com os descendentes quanto à metade restante.

Não ocorrerá, também, a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do *de*

²¹ CC/02 Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

cujus se o regime de casamento era o da separação obrigatória²². Essa separação é total e permanente, atingindo inclusive os bens adquiridos na constância do casamento, que não se comunicam. (GONÇALVES, 2011, p. 169)

A terceira hipótese em que não há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes ocorre quando, no regime da comunhão parcial²³, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Vale dizer, a contrário sensu, que haverá a mencionada concorrência se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança deixou bens particulares, ou seja, se já possuía bens ao casar, ou lhe sobrevieram bens, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar. (GONÇALVES, 2011, p. 170)

Visto a primeira classe sucessória, passa-se a análise da segunda classe: a dos ascendentes. Conforme visto anteriormente, caso não existam descendentes, serão chamados a suceder os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Nesse sentido:

Somente não havendo herdeiros na classe dos descendentes é que são chamados à sucessão os ascendentes, em possível concorrência com o cônjuge sobrevivente (CC, 1.836²⁴). Nesse caso, a sucessão orienta-se por dois princípios: a) o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas; b) havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna. (GONÇALVES, 2011, p. 178)

Nesse caso observa-se que não é admitida a representação. Se o autor da herança possuir o pai vivo e apenas avós maternos, seu patrimônio caberá somente ao pai, nada restando aos ascendentes da sua mãe. Assim, continua vigorando a regra de que o parente mais próximo exclui o mais remoto. Portanto, se os pais do *de cujus* já estiverem mortos, mas seus avós maternos e paternos forem vivos, a eles caberá o direito à herança, dividido igualmente.

Quando o *de cujus* possui apenas três avós, dois maternos e um paterno, por exemplo, Diniz (2014, p. 136) expõe: “[...]todos receberão a herança, que será repartida entre as duas linhas meio a meio, metade será devolvida aos dois avós maternos (uma linha) que receberão

22 CC/02 Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

23 “O regime de comunhão parcial de bens é aquele em que, basicamente, são excluídos da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar, ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como doações e sucessões, comunicando-se os bens adquiridos posteriormente.” (DANELUZZI, 2004, p. 71)

24 CC/02 Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente

¼ cada um, e a outra metade ao único avô paterno (outra linha).”

Ressalta-se que a restrição imposta pelo artigo 1.829 do Código Civil, anteriormente citado, não permanece no caso da sucessão dos ascendentes. Independentemente do regime de bens adotado pelos cônjuges, ocorrerá a concorrência sucessória entre o viúvo ou a viúva com os ascendentes do falecido. (LEITE, 2013, p. 127)

Caso não existam descendentes, nem ascendentes, a sucessão será por inteiro ao cônjuge sobrevivente, mesmo que casados pelo regime de separação obrigatória. Nesse sentido, Cateb (2000, p. 94) afirma: “o cônjuge sobrevivente é chamado a recolher a herança, qualquer que seja o regime de bens adotado no casamento à falta de descendentes e ascendentes, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.”

A respeito da sucessão do companheiro, ou seja, daquele que vivia em união estável com o *de cujus*, o Código Civil, em seu artigo 1.790²⁵, prescreve que ele somente participará na divisão dos bens quando esses forem adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Contudo, a sucessão do cônjuge sobrevivente e do companheiro serão melhores analisadas no capítulo a seguir, tendo em vista que será abordada uma linha de comparação dos direitos do cônjuge e do companheiro, julgando o que cabe a cada um, além do estudo do tratamento diferenciado que é dado pela Constituição Federal e pelo Código Civil quanto aos direitos do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens do *de cujus*.

Conforme o art. 1.839²⁶ do Código Civil, os próximos a suceder, caso o *de cujus*, na época de seu falecimento, não possuía ascendentes, nem descendentes e nem cônjuge, são os colaterais, até o quarto grau. No direito brasileiro, são colaterais: irmãos (2º grau); tios e sobrinhos (3º grau); primos, tio-avô, sobrinho-neto (4º grau). (LEITE, 2013, p. 129)

O art. 1.840²⁷ do Código Civil explica que na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, e dispõe de uma exceção a essa regra: o direito de representação concedido aos filhos de irmãos. Sobre tal regra, Diniz exemplifica:

25 CC/02 Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes [...]

26 CC/02. Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas n art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

27 CC/02 Art. 1.840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

Assim, se forem convocados à sucessão os irmãos (parentes de segundo grau), excluídos estarão os tios e sobrinhos (terceiro grau); igualmente, os do terceiro grau arredam os do quarto (primos, tios-avós, e sobrinhos-netos). [...] se o autor da herança deixa dois irmãos e dois sobrinhos, filhos de um irmão premorto, a herança será dividida em três partes iguais, cabendo as duas primeiras partes aos irmãos sobreviventes, e a terceira aos sobrinhos, que a dividirão entre si. (2014, p. 183)

Destarte, apesar de os irmãos pertencerem ao segundo grau e os sobrinhos ao terceiro, esses herdam por direito de representação à mãe ou ao pai falecido, aproximando-se, imaginariamente, um grau do *de cujus*. Não estão incluídos em tal direito os tios, apesar de pertencerem também ao terceiro grau de parentesco, pois a legislação é clara ao fazer a ressalva apenas aos sobrinhos.

Ainda sobre os colaterais, a sucessão entre irmãos obedece regras próprias. Se concorrem à herança irmãos bilaterais (filhos do mesmo pai e da mesma mãe), com irmãos unilaterais (apenas por parte de pai ou apenas por parte de mãe), cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar, conforme preceitua o artigo 1.841²⁸ do Código Civil. (GONÇALVES, 2011, p. 201)

Assim sendo, se o *de cujus* deixou dois irmãos, um bilateral e um unilateral, e um patrimônio de R\$ 150.000,00, o primeiro receberá R\$ 100.000,00 e segundo 50.000,00, pois os bilaterais deverão receber o dobro dos unilaterais.

Ainda, sobre a sucessão dos colaterais quanto aos tios e sobrinhos, Daneluzzi afirma:

Temos que, se com tios concorrem filhos de irmão unilateral, estes só receberão metade do quinhão cabente aos tios, pois, como aqueles herdam por direito de representação, só recebem aquilo que seu pai receberia, se vivo fosse. Insta ainda afirmar que, como determina a lei, quando na sucessão concorrem só sobrinhos, e houver filhos de irmãos unilaterais e bilaterais, estes herdarão o dobro do que herdarem aqueles (CC, art. 1.843, §2º²⁹). Mas, se todos os sobrinhos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual. (2004, p. 179)

Conforme descreve a autora, os representantes herdarão apenas o que herdaria o representado, caso ainda fosse vivo. Diante disso, se concorrem com tios filhos de irmãos unilaterais, a eles caberá a metade do que couber a cada tio. Já se concorrem com tios filhos de irmãos bilaterais, a eles caberá quinhão igual ao de cada um dos irmãos.

²⁸ CC/02 Art. 1.841. Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.

²⁹ CC/02 Art. 1.843 § 2º-Se concorrem filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles.

Dispõe o artigo 1.842³⁰ do Código Civil que, caso não existam irmãos bilaterais, herdarão, em partes iguais os unilaterais. Ou seja, ocorre a sucessão por direito próprio - sucessão por cabeça.

Caso não existam sobrinhos, serão chamados os tios do falecido (3º grau), em seguida os primos-irmãos, sobrinhos-netos e tios-avós (4º grau). Nesses casos, como não existe representação, a sucessão ocorre por direito próprio, com divisão igualitária, sem distinções. (GONÇALVES, 2011, p. 201)

Por fim, caso não existem parentes capazes de suceder, nem cônjuge ou convivente sobrevivente, ou se todos renunciarem a herança, o art. 1.844³¹ do Código Civil dispõe que os bens serão devolvidos ao Município ou ao Distrito Federal, se estiverem localizados nas respectivas circunscrições, ou, ainda, à União quando situados em território federal.

Nesse sentido, Diniz conclui:

O Poder Público não mais consta no rol dos herdeiros apontados na ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.829), sendo chamado à sucessão do *de cujus* na falta de consorte ou companheiro sobrevivente e de parente sucessível até o quarto grau, desde que haja sentença que declare a vacância dos bens, que só passarão ao seu domínio após 5 anos de abertura da sucessão, porque esse lapso de tempo o herdeiro pode, ainda, reclamar judicialmente a herança.

Sendo assim, conclui-se que, para a herança pertencer ao Poder Público, é necessário que não existam herdeiros, ou que, após a abertura da sucessão, tenham decorridos cinco anos sem que ninguém tenha reclamado, judicialmente, o direito aos bens do *de cujus*; que seja declarada a vacância em sentença transitada em julgado.

Após o estudo da ordem da vocação hereditária, será analisada a sucessão testamentária, porquanto é outra forma de sucessão que pode vir a acontecer, caso o *de cujus* disponha da sua última vontade em uma cédula testamentária.

3.4 Da sucessão testamentária

Ao contrário da sucessão hereditária (legal), a sucessão testamentária não obedece

30 CC/02 Art. 1.842. Não concorrendo à herança irmão bilateral, herdarão, em partes iguais, os unilaterais.

31 CC/02 Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

ordem, porém se tem formalidades a serem observadas.

De acordo com o que foi estudado anteriormente, a vontade do *de cujus* pode estar consignada em uma cédula testamentária, visando proceder o endereçamento de seus bens para quem ele escolher. Dessa forma, a sucessão dos bens se opera por ato de última vontade, desde que obedecidas todas as exigências legais.

Sobre testamento, Veloso esclarece: “conceituo testamento como negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe no todo ou em parte de seu patrimônio ou faz outras determinações de última vontade.”

Conforme o que expôs o autor, o testamento poderá abarcar todos os bens ou somente alguns. Caso o testador tenha herdeiros necessários, não poderá dispor de todo seu patrimônio em testamento, devendo, para tanto, reservar metade dos seus bens aos seus descendentes, ascendentes ou ao seu cônjuge, respectivamente. É o que afirma o parágrafo primeiro, do artigo 1.857 do Código Civil: “A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.”

Sobre tal tema, Diniz explica:

Na transmissão hereditária conjugam-se dois princípios: o da autonomia da vontade, em que se apoia a liberdade de dispor, por ato de última vontade, dos bens, e a da supremacia da ordem pública, pelo qual se impõem restrições a essa liberdade. Com isso protege-se a propriedade e a família, ou melhor, o interesse do autor da herança e o da família. Tendo em vista o interesse social geral, acolhe o Código Civil o princípio da liberdade de testar limitada aos interesses do *de cujus* e, principalmente, aos de sua família, ao restringir a liberdade de dispor, no caso de ter o testador herdeiros necessários, ou seja, descendentes, ascendentes e o cônjuge, hipótese em que só poderá dispor da metade de seus bens, pois a outra metade pertence de pleno direito àqueles herdeiros [...], exceto se forem deserdados ou excluídos da sucessão por indignidade. (2012, p. 205)

Ainda, sobre sucessão testamentária, resta esclarecer quem poderá ser sujeito ativo e passivo de tal relação, a fim de que seja considerado válido o ato de última vontade do *de cujus*. Isso posto, devem ser verificadas as condições necessárias para que o sujeito possa dispor do seu patrimônio e quem poderá ser por ele beneficiado.

A capacidade testamentária ativa está disposta no artigo 1.860³² do Código Civil, o qual afirma que não podem testar os incapazes e os que não tiverem pleno discernimento durante o ato. Sobre o que contempla a legislação, Gonçalves aduz:

³² CC/02 Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

O dispositivo em apreço menciona somente os que não podem testar: os incapazes e os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Compreende-se que, exceto estas, todas as pessoas podem fazer testamento válido. Nessa conformidade, podem testar, por exemplo, o cego, o analfabeto, o falido, etc. (2011, p. 234)

Desse modo, percebe-se que a regra geral é a capacidade de testar, e a exceção é a incapacidade, tendo em vista que todas as pessoas que não estiverem incluídas no rol do artigo supracitado são capazes de testar.

O parágrafo único do artigo em comento afirma que os maiores de dezesseis anos podem testar. Isso ocorre por que o legislador não levou em consideração a plena capacidade civil, e sim a eleitoral. (LEITE, 2013, p. 169)

A capacidade testamentária passiva é a possibilidade de ser beneficiário da herança do *de cujus*. A regra geral é de que todas as pessoas, naturais ou jurídicas, são capazes de receber bens através de testamento. Como a legislação faz referência a pessoas, animais e coisas inanimadas são excluídas de tal rol, a não ser que as disposições que se referem a eles se apresentem em forma de um ônus ou de uma liberalidade a uma pessoa capaz de ser beneficiário. (DINIZ, 2014, p. 216)

Ademais, a legislação³³ faz menção somente às pessoas nascidas ou concebidas em que tange à capacidade testamentária passiva, no entanto

“[...] se o herdeiro ou legatário falecerem antes do testador, a cláusula testamentária que os contempla caduca ou se torna ineficaz, embora nada obste que o testador, prevendo a premorte do herdeiro instituído, declare que, na ocorrência desse fato, o direito à sua sucessão passará aos descendentes daquele, que herdarão em razão de substituição ordenada no testamento e não em razão de direito de representação, que inexistente na sucessão testamentária. (DINIZ, 2014, p. 216-217)

Desse modo, percebe-se a ausência do instituto da representação quando se fala de testamento, cabendo aos descendentes do beneficiário receber os bens do *de cujus* somente se o testador deixou claro no ato de disposição de última vontade que a eles caberá o direito de substituição do real favorecido.

O artigo 1.799, I³⁴ do Código Civil afirma que é possível ser chamado a suceder os

33CC/02 Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

34 CC/02 Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Diniz afirma que são absolutamente incapazes para beneficiar-se do testamento:

O indivíduo não concebido (*nondum conceptus*) até a morte do testador, salvo se a disposição testamentária se referir à prole eventual de pessoas designadas pelo testador, desde que estejam vivas, ao abrir-se a sucessão. [...] Para receber herança ou legado será preciso que o beneficiado seja nascido ou esteja ao menos concebido por ocasião do óbito do disponente. (2014, p. 218)

Sendo assim, percebe-se que não poderá estar abarcada pelo testamento pessoa que ainda não era concebida ao tempo da morte do *de cujus*, salvo se foi expressamente mencionado pelo testador a prole eventual.

Quanto à capacidade de pessoa jurídica ser beneficiária de testamento, o Código Civil é claro no artigo, 1.799, II, III³⁵, ao afirmar que é possível que ocorra a sucessão. O que ainda se discute é quanto à possibilidade de pessoa jurídica ainda não existente, mas em formação, ser sujeito passivo da herança. Quanto a isso, o doutrinador Venosa (2014, p. 215) afirma: “Se, porém, a lei permite que o nascituro seja sucessor, nada impediria que a pessoa jurídica, em vias de formação, também possa ser beneficiada, pois sua situação se equipara a do nascituro.”

Assim sendo, nota-se que se a pessoa jurídica já está em formação, é plenamente aceitável que seja sujeito passivo da herança. Se, porém, ela ainda não existe, nem mesmo embrionariamente, não será considerada capaz de receber o que o *de cujus* a ela destinar, tendo em vista que é comparada a um indivíduo não concebido, o que a legislação impossibilitou de ter capacidade testamentária passiva.

Por conseguinte, deve ser analisado o artigo 1.801³⁶ do Diploma Civil, que também trata do sujeito passivo, referindo-se a situações específicas para determinado testamento, consideradas, portanto, incapacidades relativas para ser beneficiário.

O inciso I afirma que não são passíveis de ser herdeiros e legatários aqueles que a rogo

35 CC/02 Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: II - as pessoas jurídicas; III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

36 CC/ 02 Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II - as testemunhas do testamento; III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

escreveram o testamento, nem seu cônjuge ou companheiro, ascendentes e irmãos. Segundo Diniz (2014, p. 221), isso ocorre por que “a pessoa que redigiu o testamento é suspeita, podendo abusar da confiança que o testador nela depositou, alterando o conteúdo de sua última vontade[...]”

O inciso II trata das testemunhas testamentárias, que também não podem ser favorecidas, pois devem manter absoluta distância das disposições do testamento, visto que poderiam influenciar na vontade do testador (VENOSA, 2014, p. 220)

O inciso III refere-se à impossibilidade de ser herdeiro ou legatário o concubino do testador casado e faz uma ressalva quando, sem culpa, o sujeito ativo do testamento estiver separado de fato há mais de cinco anos.

Cabe salientar que o doutrinador Venosa (2014, p. 220) denomina como concubinato a união impura ou adúltera. Sobre o que diz a legislação, o autor aduz:

No sistema atual, o concubino em geral do testador casado, homem ou mulher, não pode ser nomeado herdeiro ou legatário. O Código de 2002, no entanto, no sentido de abrandar a norma, introduz situação de fato que deverá trazer muita discussão no caso concreto. A restrição não se aplica se o concubino estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos, sem culpa sua. [...] O dispositivo é inconveniente porque traz muita incerteza à disposição. O projeto o corrigiria em parte. (2014, p. 220-221)

Assim sendo, nota-se que a legislação visou proteger a instituição da família, e, por motivo de ordem moral, excluiu o concubino do rol de pessoas capazes de receber a herança do *de cujus* via testamento. A exceção prevista no artigo supracitado, de que o concubino poderá ser beneficiado pelo testamento caso o falecido já estivesse separado de fato há mais de cinco anos, desde que ausente sua culpa, é bastante criticada pela doutrina, tanto pelo lapso temporal ser muito extenso, quanto pela dificuldade de provar ter decorrido o referido tempo e de quem foi a culpa da separação, provocando uma discussão desnecessária em incontáveis demandas.

Quanto ao filho do concubino, só poderá ser contemplado pelo testamento, se também for filho do testador. Caso não se trate de filho em comum, sendo ele apenas do concubino, não poderá ser favorecido pelo testamento. (PEREIRA, 2011, p. 193)

Por fim, o inciso IV refere-se ao tabelião, civil ou militar, ao comandante ou escrivão, perante quem se fizer, bem como o que fizer ou aprovar o testamento, os impedindo de ser beneficiários dos bens do *de cujus*, pois, assim como citado no inciso II, são considerados suspeitos, e, assim, visa-se impedir interferências abusivas na vontade do testador.

Após a análise dos principais pontos a respeito da sucessão testamentária, desmontando quais são as partes disponíveis e indisponíveis da herança para fazer parte do ato de disposição de última vontade do *de cujus*, bem como quais são os sujeitos capazes de testar e de ser beneficiado pelo testamento, passa-se ao estudo dos institutos do inventário e da partilha.

3.5 Do inventário e da partilha

Com o falecimento do *de cujus*, dá-se a abertura da sucessão, ficando seus bens, então, em comunhão entre todos os seus herdeiros, motivo pelo qual é imprescindível a abertura do processo de inventário visando realizar a partilha justa dos bens entre os sujeitos capazes de receber a herança. É o que afirma Gonçalves:

A abertura da sucessão instaura entre os herdeiros um verdadeiro condomínio sucessório, um estado de comunhão, relativamente aos bens do acervo hereditário, que só cessará com a partilha. A tão só constatação dessa realidade é suficiente a revelar a importância capital do processo de inventário, que tende a pôr fim à situação de indivisão do espólio, considerada fonte de litúgio e de permanente tensão. (2011, p. 480)

Desse modo, percebe-se que os herdeiros, mesmo já sendo titulares da herança, só terão seus direitos materializados através do processo de inventário e da realização da partilha, visando a entrega dos respectivos bens aos seus titulares.

Porém, o inventário não possui somente o objetivo de dividir os bens do *de cujus*. Visa, além de avaliar toda a massa passível de partilha, apurar as dívidas e liquidar o acervo com a disposição do ativo e assim quitar os débitos. Portanto, ao fazer o levantamento dos bens do finado, revela o acervo líquido, possibilitando a divisão, entre os herdeiros, dos bens que serão objeto da partilha. (DINIZ, 2014, p. 412)

A respeito das pessoas que podem requerer o início do inventário, Pereira descreve:

Qualquer pessoa, que tenha legítimo interesse, é apta a requerer a abertura do inventário: o cônjuge sobrevivente, o companheiro ou a companheira; o herdeiro, o legatário ou o cessionário de um ou de outro; o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança; o testamentário; o curador do herdeiro interdito, na qualidade de seu representante; o síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge sobrevivente; o órgão do Ministério Público, se houver herdeiro incapaz; e, finalmente, o representante da Fazenda Pública. [...] Tem legitimação concorrente aquele que, não sendo nenhuma das pessoas indicadas, estiver, porém, na posse e administração do espólio [...]. Se, todavia, nenhum dos legitimados requerer a abertura do inventário no prazo legal, poderá determiná-la o juiz, de ofício. (2011, p. 340)

Portanto, qualquer pessoa que tenha interesse legítimo na herança poderá requerer a abertura do inventário, seja ela parente ou não do *de cujus*, inexistindo, portanto, exigência de sucessividade entre elas. Caso nenhum interessado o faça, caberá ao juiz, de ofício, requerer que seja dado início ao processo de inventário, tendo em vista o interesse público no patrimônio do falecido, pois caso não exista nenhum herdeiro, a herança caberá ao Estado.

Ademais, em princípio, apenas era autorizado fazer o inventário através de processo judicial. Conquanto, visando aliviar os feitos desnecessários no judiciário, a Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007 veio autorizar o inventário e a partilha por escritura pública, sendo desnecessária, por conseguinte, a homologação judicial quando os herdeiros forem maiores e capazes e não houver testamento. (VENOSA, 2014, p. 90-91)

Ressalta-se que o “[...]inventário e a partilha constituem um único procedimento, que se cinde em duas fases distintas.” (DINIZ, 2014, p. 455)

Assim sendo, como já exposto, no inventário, é realizado um levantamento de todos os bens que pertenciam ao falecido, observando suas dívidas e liquidando-as por meio do patrimônio por ele deixado, para, por fim, observar o que poderá ser distribuído entre os herdeiros, considerado o monte partilhável.

Sobre a partilha, Diniz aduz:

A partilha é, portanto, a divisão oficial do monte líquido, apurado durante o inventário, entre os sucessores do *de cujus*, para lhes adjudicar os respectivos quinhões hereditários. Tem, portanto, efeito declaratório, pois, assim que for julgada o direito de cada herdeiro circunscrever-se-á ao seu quinhão (CC, art. 2.023³⁷) e também retroativo (*ex tunc*), desde a abertura da sucessão (CC, art. 1.784³⁸). (2014, p. 455)

Considera-se a partilha com efeito declaratório, pois o herdeiro já recebeu o domínio do bem desde a morte do autor da herança e com efeito retroativo, pois não é a partir do momento em que é dada a sentença homologatória que os bens passarão a caber ao herdeiro, e sim desde a data do óbito.

A partilha poderá ser amigável ou judicial. Ainda, é possível fazer a partilha, em vida, do ascendente. A respeito da partilha amigável:

37CC/02 Art. 2.023. Julgada a partilha, fica o direito de cada um dos herdeiros circunscrito aos bens do seu quinhão.

38 CC/02 Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Acordo de vontades, em que são todos os herdeiros reciprocamente outorgantes e outorgados. É mais conveniente do que a judicial, pelo fato de permitir maior flexibilidade na escolha e distribuição dos bens pelos vários quinhões, atendendo às preferências dos herdeiros e evitando a fragmentação da propriedade e a atribuição de bens em comum a herdeiros que não tenham afinidades mútuas. (PEREIRA, 2011, p. 382)

Desse modo, tal modalidade de partilha é aquela que ocorre de comum acordo entre todos os herdeiros. O artigo 2.015³⁹ do Código Civil é claro ao afirmar que para realizar a partilha amigável é necessário que todos os herdeiros sejam capazes. Assim como o inventário, ela poderá ser feita extrajudicialmente. Poderá, ainda, ser realizada por escrito particular homologado pelo juiz, ou por termo nos autos do inventário.

Quanto à partilha judicial⁴⁰, ela será obrigatória sempre que os herdeiros divergirem, bem como quando algum deles for considerado incapaz. Sobre ela, Pereira elucida:

Será deliberada por decisão do juiz, que resolverá quanto aos requerimentos dos interessados, determinando quinhões. Efetua-se pelo partidor que, ao lavrar o esboço, lançará os pagamentos das dívidas, calculará a meação do cônjuge e a do finado, e a comporá os quinhões dos herdeiros a começar pelo mais velho. Feito o esboço, serão ouvidos os interessados, e, em seguida, sobem os autos conclusos do juiz, que resolverá as dúvidas e reclamações, julgando-a por sentença. (PEREIRA, 2011, p. 382)

Sendo assim, na partilha judicial, caberá ao juiz a decisão acerca da divisão dos bens do falecido, sempre agindo de modo a obedecer o princípio da igualdade, basilar nas relações familiares, não somente quantitativa, como também qualitativa, distribuindo os bens atendendo a comodidade dos herdeiros, visando, assim, evitar possíveis conflitos posteriores.

Por fim, a partilha em vida é aquela feita pelo ascendente. Quando realizada por ato entre vivos é chamada de partilha-doação, e, quando por ato de última vontade, partilha-testamento. Em ambos os jeitos, o ascendente define o quinhão hereditário de cada herdeiro. Ressalta-se que essa modalidade de partilha não pode prejudicar a legítima. (GONÇALVES, 2011. p. 558)

Visto os principais pontos acerca da sucessão e da herança, com a observância de como se originou o direito sucessório, seus principais princípios, os sujeitos da sucessão, a ordem de vocação hereditária, a sucessão testamentária e, finalmente, os institutos do inventário e da

39 CC/02 Art. 2.015. Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz.

40 CC/02 Art. 2.016. Será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for incapaz.

partilha, torna-se possível a melhor compreensão do foco desse trabalho: a (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, assunto que será abordado no capítulo a seguir.

4. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Nesse capítulo, será analisada a posição do companheiro e do cônjuge no direito sucessório, por meio do estudo dos artigos 1.790 e 1.829, III, ambos do Código Civil, visando observar se foi obedecido o que preceitua o art. 226, §3º⁴¹ da Constituição Federal. Serão analisados, também, os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência acerca da (in)constitucionalidade do artigo que trata do direito sucessório do companheiro, assunto que, ainda, é muito discutido entre os juristas.

4.1 Análise da posição do companheiro no direito sucessório

Conforme visto no segundo capítulo desse estudo, o direito de família passou por grandes modificações ao decorrer do tempo, sendo uma delas o reconhecimento da união estável como entidade familiar, conforme demonstra o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal e o artigo 1.723⁴² do Código Civil.

No referido artigo do Diploma Civil, a união estável é intitulada como aquela “contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” Sendo assim, desde a inserção dessa modalidade de entidade familiar no mundo jurídico, tornou-se necessária a regulamentação dos direitos sucessórios do companheiro. Foi o que fez o artigo 1.790 do Código Civil:

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

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

41CF/88 Art. 226, § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

42 CC/02 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Primeiramente, cabe observar que o legislador, no artigo supracitado, restringiu o direito de sucessão àqueles bens que foram adquiridos somente na vigência da união estável, não cabendo ao companheiro a sucessão dos bens obtidos antes e depois dela.

Como se pôde perceber, o legislador cuidou de quatro hipóteses distintas. A primeira delas refere-se ao fato de o companheiro concorrer com os descendentes do autor da herança, quando comuns os filhos, hipótese em que a ele caberá uma quota equivalente à do filho comum. A doutrina afirma que ocorreu um erro por parte do legislador ao usar a palavra “filhos”, quando na verdade teria que dizer “descendentes”. Como exemplo, atenta-se ao que diz Pereira:

Ao descrever a primeira hipótese, fala-se em concorrência “com filhos comuns”, devendo-se entender, porém, que a referência correta é a descendentes comuns. A semelhante conclusão se chega não somente pela oposição nítida que se pretendeu estabelecer entre os dois primeiros incisos – o segundo dos quais alude, de modo adequado, a descendentes não comuns –, como também pelo fato de que, se assim não for, os descendentes comuns mais remotos (netos, bisnetos etc.) acabariam por enquadrar-se entre aqueles “outros parentes sucessíveis” de que fala o n° III do art. 1.790, com isso produzindo resultados absurdos: basta imaginar que o cônjuge, se concorrer com muitos netos comuns (quatro ou mais), terá direito a 1/4 da herança (art. 1.832⁴³), enquanto o companheiro, na mesma situação, receberia a fração (maior) de 1/3 – a lei teria, em iguais circunstâncias, conferido ao companheiro mais direitos que ao cônjuge. (2011, p. 140-141)

Assim sendo, caso o inciso I se referisse apenas aos “filhos em comum”, e não aos “descendentes em comum”, estaria em desconformidade com o que diz o inciso II, tendo em vista que esse se refere aos descendentes só do autor da herança. Ainda, se os demais descendentes de enquadrassem no inciso III, caberia ao companheiro apenas um terço da herança, enquanto que o cônjuge, se concorresse com quatro ou mais netos, por exemplo, teria direito a um quarto da herança, fazendo com que a lei proporcionasse maiores direitos ao companheiro do que ao cônjuge.

Na segunda hipótese, o art. 1.790 tratou dos descendentes só do autor da herança, dando ao companheiro o direito de receber metade do que couber a cada um dos descendentes. Gonçalves (2011, p. 195) afirma que o cálculo observa a proporção “dois para um, entregando-

43 CC/02 Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

se ao companheiro sobrevivente uma parte da herança, e, a cada um dos descendentes, o dobro do que a ele couber”.

Ocorre que o Código Civil não tratou da hipótese de como será dividida a herança se o *de cujus* deixou descendentes comuns e não comuns com o companheiro. Sobre tal hipótese, Gonçalves leciona:

Embora a questão seja polêmica, e malgrado respeitáveis opiniões em contrário, a melhor solução, se houver descendentes comuns e descendentes unilaterais do *de cujus*, é efetuar a divisão igualitária dos quinhões hereditários, incluindo o companheiro ou a companheira, afastando destarte o direito dos descendentes unilaterais de receberem o dobro do que couber ao companheiro sobrevivente. (2011, p. 195-196)

Dessa forma, para o doutrinador supracitado, a melhor maneira de resolver tal impasse é dividir igualitariamente os quinhões hereditários, conforme ilustra o inciso I, cabendo ao companheiro uma quota equivalente ao que caberia aos descendentes. Trata-se da solução mais favorável a quem vivia em união estável com o falecido.

O inciso III trata da sucessão do companheiro quando concorre com outros parentes sucessíveis, ou seja, ascendentes e colaterais até o quarto grau. Nesse caso, caberá ao convivente, um terço da herança.

Nesse caso, se o *de cujus* possuir ambos os ascendentes (pai e mãe), caberá um terço a cada um deles, e um terço ao companheiro. Se um dos ascendentes for premorto, o sobrevivente terá direito de ficar com dois terços da herança, cabendo ao companheiro o terço restante. Se ambos os pais forem mortos, será convocada a segunda linha de ascendentes, ou seja, os avós maternos e paternos. Caso todos os avós sejam vivos, por exemplo, dividirão entre si dois terços do acervo, cabendo ao cônjuge a quantia fixa de um terço. (GONÇALVES, 2011, p. 196-197)

Quando não houver ascendentes, caberá a sucessão aos colaterais, conforme aponta Daneluzzi:

"Só concorrerá com colaterais até 4º grau (parentesco estabelecido pelo Código Civil art. 1.839) se inexistirem ascendentes, pois estes excluirão os primeiros, por hierarquia de classes, concorrendo o convivente com tios e até mesmo primos do falecido; ele terá direito, da mesma maneira, à terça parte, tal como com os ascendentes, sendo que o cônjuge sobrevivente, em decorrência do art. 1.829, III, adquirirá a totalidade dos bens, inexistindo descendentes e ascendentes, preferindo os colaterais, que herdarão, se não houver descendentes, ascendentes e cônjuge. (2004, p. 168)

Portanto, conforme o que preconiza o autor, não existindo ascendentes, concorrerá com o companheiro, os colaterais até o 4º grau. Caberá ao convivente um terço da herança, e o restante aos colaterais. Tal regra possibilita que um primo, por exemplo, possa receber dois terços da herança do falecido, e o convivente apenas um.

Por fim, o inciso IV afirma que, se não houver parentes sucessíveis, caberá ao companheiro a totalidade da herança. Sobre essa regra, Pereira (2011, p.143) enfatiza: “Por 'totalidade da herança' deve-se entender a porção não testada: [...] Havendo testamento, o que nele não estiver compreendido, tocará ao companheiro (art. 1.788).”

Chegando ao fim da análise do art. 1.790 do Código Civil, o qual mostra a posição do companheiro no direito sucessório, faz-se necessário o estudo do art. 1.829 do Código Civil, o qual demonstra a posição do cônjuge na sucessão, assunto que será abordado no próximo item desse trabalho.

4.2 Análise da posição do cônjuge no direito sucessório

Conforme analisado no item 3.3 desse estudo, não havendo descendentes e ascendentes, será chamado a suceder, por inteiro, o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime matrimonial de bens, tendo em vista que é herdeiro necessário.

A respeito da sucessão do cônjuge, cabe frisar que o art. 1.830⁴⁴ do Código Civil impõe que, para que seja reconhecido o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, é necessário que, ao tempo da morte do autor da herança, o casal não esteja separado judicialmente, nem de fato há mais de dois anos, exceto, nesse último caso, se provado que a convivência se tornara impossível sem a culpa do cônjuge supérstite.

Sendo assim, fica evidente que, se ao tempo da morte, os cônjuges estavam separados judicialmente, não será, por conseguinte, reconhecida a legitimidade do cônjuge sobrevivente para suceder. Quanto à possibilidade de o casal estar separado de fato há mais de dois anos, Venosa elenca:

44CC/02 Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

[...] também não haverá direito sucessório do supérstite se estava o casal separado de fato há mais de dois anos. Aqui já se abre margem a infundáveis discussões judiciais, porque pode o *de cujus* ter falecido em união estável, que pode ser reconhecida na separação de fato. A questão será então definir quem será herdeiro; o cônjuge ou o companheiro. Ainda, não bastasse esse aspecto, pode o cônjuge sobrevivente provar que a separação ocorreu porque a convivência se tornara impossível sem a sua culpa. Neste ponto, poderão se abrir discussões muito mais profundas que o legislador poderia ter evitado. Aliás, esse dispositivo, em sua totalidade, será um pomo de discórdias, e terá muita importância o trabalho jurisprudencial. (2014, p. 147)

À vista disso, caso o autor da herança já estivesse separado de fato, ao tempo do falecimento, e possuísse união estável com outra pessoa, o legislador, ao introduzir o artigo em comento, criou uma zona de conflito entre os direitos do cônjuge e do companheiro. Tal artigo também é defeituoso em razão de exigir prova de que a separação não ocorreu por culpa do possível herdeiro, para que esse pudesse herdar caso estivesse separado de fato há mais de dois anos. A dificuldade de se obter a prova é enorme, tendo em vista que um dos consortes já está morto, impossibilitando-o de estar presente para se defender das acusações.

Cabe lembrar, outrossim, que a Emenda Constitucional 66/2010⁴⁵ aboliu, do nosso ordenamento jurídico, a separação judicial ou por escritura pública, passando a vigorar a figura do divórcio direto, que rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial, colocando fim também as causas subjetivas (culpa) e as objetivas (lapso temporal). Dessa forma, por estar em conflito com uma norma constitucional, o art. 1.830 do Código Civil estaria tacitamente revogado, no entender de alguns doutrinadores. (GONÇALVES, 2011, p. 185)

Conforme visto anteriormente, no estudo da ordem de vocação hereditária, item 3.3 desse trabalho, o cônjuge supérstite, para concorrer com os descendentes do *de cujus*, não poderá ser casado pelo regime da comunhão universal de bens, da separação obrigatória, bem como pelo regime de comunhão parcial, se o falecido não deixou bens particulares.

Diante de tais exceções, caberá ao cônjuge concorrer com os descendentes nas seguintes hipóteses:

- (a) se o regime de bens do casal era o da *separação convencional*, isto é, aquele livremente adotado pelos cônjuges mediante pacto antenupcial *válido* (novo Código Civil, art. 1.687⁴⁶);
- (b) se o regime de bens do casal era o da comunhão *parcial*, e o *de cujus* tinha bens particulares (caso em que o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro e meeiro, incidindo a meação obviamente, apenas sobre o patrimônio *comum*);

⁴⁵ EC 66/10 Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art 226 [...] §6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."

⁴⁶ CC/02 Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

(c) se o regime de bens era o da participação final nos aquestos (novo Código Civil, art. 1.672⁴⁷). Também aqui haverá herança e meação (art. 1.685⁴⁸) (PEREIRA, 2011, p. 132-133) (grifos do autor)

Assim sendo, se o regime de bens for o da separação convencional, comunhão parcial quando há bens particulares do falecido (porque dos bens em comum o cônjuge já é meeiro) ou de participação final dos aquestos, caberá ao cônjuge concorrer com os descendentes do autor da herança.

Quando há concorrência, pertencerá ao cônjuge sobrevivente quinhão igual ao dos descendentes que sucedem por cabeça. Por exemplo, se tiver dois filhos, a herança será dividida em três partes iguais. Se os descendentes estiverem em graus distintos, como por exemplo, um filho e dois netos do *de cujus*, filhos de um filho pré-morto, a herança será dividida em três partes idênticas, a serem distribuídas entre o cônjuge, o filho e os representantes do filho pré-morto. (PEREIRA, 2011, p. 104)

Merece destaque o final do art. 1.832 do Código Civil, citado anteriormente, que afirma que, se o cônjuge tiver filhos em comum com o autor da herança em número igual ou superior a quatro, ele não poderá receber quota inferior à quarta parte da herança. Isso é, se houver quatro descendentes ou mais, a eles caberá a divisão de três quartos da herança, devendo um quarto pertencer ao cônjuge.

Caso o casal não possua filhos em comum, Diniz afirma:

Nada mais justo do que garantir uma parcela da herança se o casal não tiver filhos comuns, pois poderia ser o viúvo privado da sucessão pela existência de filho do leito anterior ou extramatrimonial do falecido. Se o *de cujus*, p. ex, tiver quatro filhos, que não são do supérstite, a herança será dividida em cinco partes iguais, cada um receberá 1/5. (2014, p. 149)

Desse modo, caso o casal não tenha filhos em comum, não há que se falar na limitação da quarta parte ao cônjuge, cabendo a ele a divisão em partes iguais, de acordo com o número de filhos. Assim como foi abordado quando o assunto era a união estável, o Código Civil

47CC/02 Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

48CC/02 Art. 1.685. Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.

também não disciplinou a questão da divisão dos bens se houvesse filhos comuns e filhos só do falecido. Sobre tal situação, Diniz expõe:

Surge aqui uma lacuna normativa, a ser preenchida pelo critério apontado no art. 4º⁴⁹ da Lei de Introdução ao Código Civil, que é o do *princípio da igualdade jurídica de todos os filhos* [...], consagrado pelo nosso direito positivo. Se assim é, só importa, para fins sucessórios, a relação de filiação com o *de cujus* (autor da herança) e não a existente com o cônjuge supérstite. Por isso, para que não haja quotas diferentes entre os filhos do falecido, diante da omissão legal, parece-nos, que este deveria receber quinhão igual ao dos filhos exclusivos, que herdam por cabeça, não se aplicando a quota hereditária mínima de 1/4. (2014, p. 149-150) (grifos do autor)

Portanto, quando houver filhos em comum e filhos só do autor da herança, diante da omissão da norma, a doutrina majoritária considera que todos devem receber quinhão igual, não aplicando a quota mínima de um quarto para o cônjuge sobrevivente, visando, assim, não prejudicar os filhos exclusivos, os quais receberiam quota menor caso fosse reservado ao cônjuge a quarta parte do patrimônio do falecido.

De outra banda, na hipótese de não haver descendentes, concorrerá o cônjuge sobrevivente com os ascendentes do *de cujus*, independentemente do regime de bens adotado pelo casal. O modo como ficarão partilhados os bens encontra-se elencado no art. 1.837⁵⁰ do Código Civil.

Em interpretação a tal artigo, Pereira (2011, p. 109) esclarece que, havendo apenas um ascendente de primeiro grau, por exemplo, o pai do *de cujus*, a herança será dividida em partes iguais, que serão atribuídas ao ascendente e ao cônjuge; se, por outro lado, o único ascendente for de segundo grau, por exemplo um avô, a herança é dividida em partes iguais entre ele e o cônjuge; por outro lado, ainda, se houver ascendentes de segundo grau maternos e paternos, metade da herança caberá ao cônjuge, dividindo-se entre as duas linhas a outra; por fim, se haver ascendentes de primeiro grau, por exemplo o pai, e ascendentes de segundo grau, por exemplo, avô paterno e avó materna, caberá metade ao ascendente de primeiro grau e metade ao cônjuge, tendo em vista que, na linha ascendente, o mais próximo exclui o mais remoto.

49 LICC Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁵⁰ CC/02 Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Se não houver descendentes, nem ascendentes, caberá ao cônjuge a sucessão por inteiro, independente do regime de bens adotado, inclusive se for o da separação obrigatória.

Quanto ao direito real de habitação do imóvel destinado à residência, o art. 1.831⁵¹ do Código Civil concedeu ao cônjuge sobrevivente independentemente do regime de bens do casal. O dispositivo visa preservar o direito à moradia do viúvo. Apesar da omissão do artigo, tal direito perdura enquanto o cônjuge sobrevivente permanecer viúvo ou não viver em união estável.

Visto os direitos do cônjuge e, anteriormente, do convivente, passa-se, no próximo item desse trabalho, a realizar um comparativo dos direitos de um e de outro, visando observar se os direitos do companheiro estão sendo respeitados à luz da Constituição Federal.

4.3 Da (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

Como se pôde verificar nos dois primeiros itens desse capítulo, os direitos à sucessão do cônjuge e do companheiro são bastante distintos. Ocorre que, entretanto, o artigo 226, §3º da Constituição Federal, reconheceu o instituto da união estável como entidade familiar, conferindo a ela proteção do Estado, e, com isso, proporcionando um tratamento paritário entre os institutos da união estável e do casamento. Essa situação, desse modo, proporcionou uma divisão na doutrina e na jurisprudência acerca da (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Sendo assim, cabe analisar, primeiramente, o posicionamento doutrinário acerca do tema, visando verificar os motivos das discussões entre os juristas e averiguando as razões pelas quais levam a maioria deles a defender a inconstitucionalidade do artigo em comento.

Inicialmente, cabe citar que o artigo 1.790 está disposto no Código Civil no título “Das Disposições Gerais” do direito das sucessões, e não no capítulo referente à “Ordem de Vocação Hereditária”. Sobre isso, Pereira declara:

Chama atenção do intérprete, desde logo, a inadequada inserção do dispositivo em Capítulo dedicado às “Disposições Gerais” do Título I (“Da Sucessão em Geral”), e não, como teria sido próprio, naquele pertinente à ordem de vocação hereditária, no Título II (“Da Sucessão Legítima”), em ostensivo prejuízo à sistematização das

51CC/02 Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

regras sobre o assunto. É evidente que o companheiro não poderia ter deixado de figurar, a rigor, na lista dos herdeiros legítimos [...]. (2011 p.137)

Como a sucessão do companheiro faz parte dentro das “Disposições Gerais” em que tange ao título “Da Sucessão em Geral” dentro do Código Civil, deixou o companheiro de figurar na lista de herdeiros necessários, ao contrário do que ocorre com o cônjuge sobrevivente, que tem seu espaço garantido no Título “Da Sucessão Legítima”, Capítulo “Da Ordem de Vocação Hereditária”, juntamente com os descendentes e ascendentes, herdeiros legítimos do *de cujus*.

A respeito da posição desfavorável do companheiro em relação ao cônjuge, Diniz elucida:

Há desigualdade de tratamento sucessório entre cônjuge e convivente sobrevivente, pois aquele é, em certos casos, herdeiro necessário privilegiado, podendo concorrer com descendente, se preencher certas condições, ou com ascendente do falecido. O convivente, não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do outro, se ele dispuser isso em testamento, [...] pois só tem direito à sua meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. (2014, p. 178)

Então, conforme afirma a doutrinadora, o convivente, por não fazer parte do rol de herdeiros necessários, poderá ficar excluído da sucessão, se assim o testador quiser, tendo em vista que a garantia da legítima é conferida apenas aos que a lei dispôs como herdeiros necessários do falecido: descendentes, ascendentes e cônjuge.

Ainda, é garantido ao companheiro o direito a participar da sucessão somente no que tange ao patrimônio adquirido onerosamente na vigência da união estável. Assim, os bens adquiridos antes da união, além dos recebidos a título gratuito, como os advindos de sucessão ou de doação, não estarão incluídos no rol de bens passíveis de serem deixados ao convivente.

Na opinião de Pereira (2011, p. 139), limitar a divisão do patrimônio àqueles bens adquiridos na vigência da união estável pode fazer com que companheiros que não formaram patrimônio em comum fossem excluídos da sucessão. O jurista afirma: “Em casos tais, a lei acabaria frustrando o objetivo de amparar o companheiro sobrevivente, que não quanto somente não faria jus à meação, como ainda não seria chamado a suceder o *de cujus*.”

Outra polêmica acerca desse assunto, refere-se à qualidade de meeiro atribuída ao

companheiro, pois, segundo o art. 1.725⁵² do Código Civil, se não houver contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às suas relações patrimoniais, o regime da comunhão parcial de bens. Assim, restaria ao convivente a qualidade de meeiro e, concomitantemente, a de herdeiro, quanto aos bens adquiridos na constância da união. Dessa forma, Venosa (2014, p. 158) afirma: “[...] o convivente terá direito à metade dos bens adquiridos na constância da convivência, além da quota ou porção hereditária, que é definida nos incisos do art. 1.790.”

Sendo assim, a concorrência do convivente com os demais herdeiros será exatamente sobre aqueles bens pelos quais já possuía a qualidade de meeiro. Dessa forma:

No sistema estabelecido, se o autor da herança, por exemplo, deixa um único bem adquirido onerosamente durante a convivência, um herdeiro filho e companheira, esta receberá 50% do bem pela meação e mais 25% pela concorrência na herança com o filho. Se o autor da herança fosse casado, nas mesmas condições, o cônjuge-viúvo teria direito apenas a 50% pela meação, restando igual percentagem íntegra para o herdeiro filho. (GONÇALVES, 2011, p. 192)

No exemplo supracitado, o cônjuge estaria em situação de desvantagem em relação ao companheiro, o que mais uma vez demonstra a má redação legal, uma vez que na maioria das vezes trata o casamento como uma situação mais favorável para os consortes, porém, no caso em comento, coloca a união estável em posição de vantagem. Ressalta-se que o direito dá proteção especial às relações de casamento, inclusive a Constituição Federal incentiva que a lei facilite a conversão da união estável em matrimônio.

Outra discussão versa no seguinte sentido: se o companheiro apenas é capaz de suceder os bens que foram adquiridos na vigência da união estável, assim, quando o *de cujus* deixar somente bens particulares e não possuir outros parentes sucessíveis, a quem caberá seu patrimônio?

A doutrina se divide. Zeno Veloso, por exemplo, afirma ser vacante a herança:

A totalidade da herança, mencionada no inciso IV do artigo 1.790, é da herança a que o companheiro sobrevivente está autorizado a concorrer. Mesmo no caso extremo de o falecido não ter parentes sucessíveis, cumprindo-se a determinação do caput do artigo 1790, o companheiro sobrevivente só vai herdar os bens que tiverem sido adquiridos na vigência da união estável. Se o de cujus possuía outros bens, adquiridos antes de iniciar a convivência, e não podendo esses bens integrar a herança do companheiro sobrevivente, passarão para o Município ou para o Distrito Federal, se

52 CC/02 Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situado no Território Federal (art. 1.844). (VELOSO *apud* DINIZ, 2014, p. 173-174)

Na opinião do doutrinador, se o falecido não possuía bens em comum com seu convivente, os bens passarão para o Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, se em Território Federal, tendo em vista que o artigo 1.790 é claro ao afirmar que só se comunicam os bens adquiridos na constância da união estável.

O posicionamento de Diniz é inverso:

Se o Município, o Distrito Federal ou a União só é *sucessor irregular* de pessoa que falece sem deixar herdeiro, como se poderia admitir que receba parte do acervo hereditário concorrendo com herdeiro *sui generis* (sucessor regular), que, no artigo *sub examine*, seria o companheiro? Na herança vacante configura-se uma situação de fato em que ocorre a abertura da sucessão, porém não existe quem se intitule herdeiro. Por não existir herdeiro ou sucessor regular é que o Poder Público entra como sucessor irregular. Se houver herdeiro ou sucessor regular, afasta-se o Poder Público da condição de beneficiário dos bens do *de cujus*, na qualidade de sucessor irregular. Daí o nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis ou tendo havido renúncia destes, o companheiro receberá a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, portanto, todos os bens do *de cujus*, que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1844, 1ª. Parte, do Código Civil, que é uma norma especial (relativa à herança vacante), sobrepondo-se ao art. 1.790, IV (norma geral sobre sucessão de companheiro). Isto seria mais justo, pois seria inadmissível a exclusão do companheiro sobrevivente, que possuía laços de afetividade com o *de cujus*, do direito à totalidade da herança quando prevalência à entidade pública. (2014, p. 174)

Assim sendo, na opinião da supracitada, o companheiro é sucessor regular do *de cujus* e, por isso, não poderia o Poder Público, sucessor irregular, figurar no polo passivo da relação sucessória, devido existir um sucessor. No seu posicionamento, a doutrinadora afirma ser essa uma forma mais justa de resolver o impasse, tendo em vista os laços afetivos que o companheiro possuía com o falecido, sendo, dessa maneira, inadmissível a herança ser tratada como vacante.

Pereira (2011, 139) também não encontra motivos para tratar como vacante a herança: “Não parece razoável, em tais circunstâncias, ter por vacante a herança, destinando-a ao ente estatal, quando, entre duas possíveis interpretações de dispositivo acerca da sucessão legítima, há de se dar preferência àquela que maior proteção confira à família.”

Ademais, grande debate versa acerca do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil, que afirma que se o convivente concorrer com outros parentes sucessíveis (leia-se ascendentes e colaterais até o quarto grau, pois os descendentes já foram tratados nos incisos I e II), receberão um terço da herança.

O posicionamento de Tartuce⁵³ é no seguinte sentido: “Ora, muitas vezes não se sabe sequer o nome de um tio-avô, de um sobrinho-neto ou mesmo de um primo”. Deve ficar claro, destarte, que esse autor está filiado à tese de inconstitucionalidade do comando.

Portanto, o posicionamento citado é pela inconstitucionalidade do inciso III, tendo em vista que ele favorece parentes que, muitas vezes, são desconhecidos para o *de cujus*, quando deveria proporcionar uma posição mais vantajosa ao companheiro sobrevivente, o qual dividiu sua vida ao lado do falecido.

Por sua vez, Dias também considera absurdo o posicionamento do companheiro em relação aos outros parentes sucessíveis:

O companheiro só faz jus à integralidade da herança quando não há nenhum outro herdeiro legítimo (CC 1790 IV). Basta a existência, por exemplo, de um único primo para a herança se transferir a ele. A sorte é que o primo não fica com tudo. Em face do direito de concorrência, o companheiro recebe um terço da herança e dois terços ficam com o parente colateral de quarto grau (CC 1790 III). O resultado da aplicação desta regra é totalmente absurda, pois gera o enriquecimento injustificado dos parentes em detrimento do companheiro. (2008, p. 70)

Na opinião da autora, o modo como está redigido o inciso III faz com que os outros parentes sucessíveis acabem por enriquecer injustificadamente, pois ele possibilita que o companheiro fique com um terço da herança e que dois terços dela fique para um parente colateral de quarto grau, por exemplo.

Conforme analisado no item 3.3 desse estudo, na sucessão do cônjuge, os colaterais até o quarto grau não são herdeiros necessários. Na falta de descendentes e ascendentes, a herança restará, por inteira, ao cônjuge sobrevivente. Assim, observa-se o tratamento desigual concedido ao convivente em relação ao cônjuge, pois aquele receberá apenas um terço da herança ao concorrer com colaterais até o quarto grau, enquanto esse ficará com a totalidade dos bens.

Outra questão em evidência trata-se do direito real de habitação. O Código Civil concedeu ao cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens do casal, o direito real de habitação do imóvel destinado à residência. Ocorre que a legislação não proporcionou o mesmo direito ao companheiro.

⁵³TARTUCE, Flávio. *A sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 27 de abril de 2015

Na opinião de Cahali:

Questão tormentosa a ser enfrentada pelos tribunais, à luz dos caminhos traçados pela doutrina, será definir se o direito real de habitação e o usufruto viual em favor do companheiro sobrevivente ainda prevalecem diante do atual Código Civil, o primeiro previsto no art. 7º, parágrafo único⁵⁴, da Lei 9.278/1996 e o segundo previsto nos incisos I e II do art. 2º⁵⁵ da Lei 8.971/1994⁵⁶. Em nosso entender, houve a revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei. Com efeito, o art. 1.790 estabelece que o companheiro ou a companheira 'participará da sucessão do outro nas condições seguintes'. Fora das condições previstas na norma, o sobrevivente não participa da sucessão de seu falecido companheiro, e aqueles direitos não deixam de representar uma forma de participar na sucessão. (2009, p. 185)

Isso posto, para o autor supracitado, mesmo que as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 – que, respectivamente, regulou o direito do companheiro à sucessão e regulamentou o art. 226, §3º da Constituição Federal – não tenham sido expressamente revogadas, o Código Civil ao tratar do assunto, revogou a matéria por incompatibilidade. Assim, por não conferir o direito real de habitação no rol dos direitos dados ao companheiro, tal garantia não representa uma forma de participação na sucessão do convivente.

Opinião diversa tem Diniz:

Além disso, urge lembrar que o companheiro sobrevivente, por força da Lei 9.278/96, art. 7º, parágrafo único, e, analogicamente, pelo disposto nos arts. 1.831 do CC, e 6º⁵⁷ da CF (Enunciado n. 117⁵⁸ do STJ, aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002),

54 Lei 9.278/1996, art. 7º, parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

55 Lei 8.971/1994, art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

56 “A lei n. 8971, de 29 de dezembro de 1994, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão, e a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentou o art. 226, §3º, da Constituição federal, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, asseguraram aos companheiros, dentre outros direitos, o de herdar.” Para o autor, “restaram, porém, tacitamente revogadas as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança [...]” (GONÇALVES, 2011, p. 188)

57 CF/88 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

58 ENUNCIADO 117, STJ – Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6o, caput, da CF/88.

também terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência de família; mas pelo Código Civil tal direito só é deferido ao cônjuge sobrevivente. Diante da omissão do Código Civil, o art. 7º, parágrafo único daquela Lei estaria vigente por ser norma especial.

Assim sendo, para a doutrinadora citada, como o Código Civil é omissivo sobre o assunto, e não revogou expressamente a Lei 9.278 que garante o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente no art. 7º parágrafo único, tal direito prevalece por ser essa lei uma lei especial, em detrimento do Código Civil que é uma Lei Geral⁵⁹.

Ainda, o Enunciado 117 do STJ reconheceu o direito real de habitação ao companheiro, em interpretação analógica ao artigo 1.831 do Código Civil, que reconheceu o direito ao cônjuge e da previsão do art. 6º da Constituição Federal, que garante o direito social à moradia.

Desse modo, foram expostos os principais motivos que levaram os juristas a questionar a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, dentre eles: por ter limitado a sucessão dos bens àqueles adquiridos na vigência da união estável; por não ser o convivente herdeiro necessário, colocando-o em posição inferior à do cônjuge; por estabelecer concorrência com os colaterais até o 4º grau; por não conceder ao convivente o direito real de habitação.

De outra banda, para Gonçalves, o artigo pode até ser injusto, mas não inconstitucional:

Efetivamente, a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento. Se assim fosse não teria determinado que a lei facilitasse sua conversão em casamento. As regras sucessórias foram estabelecidas pela legislação ordinária. O fato de, eventualmente, serem injustas não as tornam inconstitucionais. A referida equiparação depende de alterações no âmbito legislativo.

Para o autor, a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento. Portanto, não estaria o artigo 1.790 em desconformidade com a lei maior, porquanto a legislação ordinária quem estabeleceu que as regras do direito sucessório assim fossem, o que, apesar de algumas vezes injustas, não as torna inconstitucionais.

Veloso pensa de modo diverso. Para ele, o artigo em comento é inconstitucional:

59 Critério da especialidade: “a norma especial revoga a geral quando disciplinar, de forma diversa, o mesmo assunto”. GONÇALVES, 2011a, p. 68

As famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito. Não há, em nosso país, família de primeira classe, de segunda ou terceira. Qualquer discriminação, neste campo, é nitidamente inconstitucional. O art. 1.790 do Código Civil desiguala as famílias. É dispositivo passadista, retrógrado, perverso. Deve ser eliminado, o quanto antes. O Código ficaria melhor – e muito melhor – sem essa excrescência. (2008, p. 1955)

Para o doutrinador, a base da inconstitucionalidade é a afronta a direitos como os da igualdade e da dignidade. A Constituição Federal zela pela proteção da família, independentemente da forma como ela é composta, e, assim sendo, todas devem possuir as mesmas garantias, devendo o art. 1.790 ser eliminado, por ser arcaico e regressista.

No mesmo sentido é o pensamento de Dias:

O companheiro nem foi incluído na ordem de vocação hereditária. O seu direito hereditário encontra-se previsto entre as disposições da sucessão em geral, em um único artigo com quatro incisos (CC 1790). Esse tratamento diferenciado não é somente perverso. É flagrantemente inconstitucional. (2008, p. 66)

Segundo ela, a inconstitucionalidade encontra-se fundamentada na exclusão do companheiro na ordem de vocação hereditária, deixando de figurar no rol de herdeiros necessários. Assim, o tratamento diverso dado entre cônjuge e companheiro faz com o que o artigo 1.790 seja flagrante inconstitucional.

Rodrigues também considera inconstitucional o artigo em comento:

Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão. Não tenho dúvida em dizer que o art. 1790 terá vida muito breve [...]. (2007, p. 119)

Para ele, o principal intuito da norma não foi cumprido. O artigo 1.790 visava adequar o texto constitucional à evolução social que está ocorrendo, e, ao contrário, fez com que o direito sucessório do companheiro fosse tratado de forma diminuída, estando em desconformidade com a evolução do direitos de família.

Destarte, ante ao exposto até então, ao analisar o posicionamento doutrinário, percebe-se que a grande maioria dos doutrinadores defendem a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, pelos motivos até então expostos. A seguir, serão analisadas jurisprudências, para verificar se os julgados estão em consonância com o que alega a doutrina.

4.4 Análise jurisprudencial

Em razão da polêmica ocasionada pelo art. 1.790 do Código Civil ao tratar dos direitos sucessórios do companheiro de forma diversa do cônjuge, cabe analisar o posicionamento jurisprudencial acerca do tema, visando verificar se os julgados prevalecem no sentido de declarar que o dispositivo é constitucional ou inconstitucional.

Alguns Tribunais posicionam-se no sentido da constitucionalidade da norma. Assim fez o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790 CAPUT DO CÓDIGO CIVIL. TRATAMENTO DISTINTO PARA DIREITO SUCESSÓRIOS DE COMPANHEIROS O art.226, § 3º da Constituição Federal estabelece que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão, numa eloquente demonstração que o casamento e a união estável não são iguais para todos os efeitos, ou mesmo para os efeitos patrimoniais e sucessórios; senão era desnecessário converter a união em casamento. Não possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais. O propósito foi proteger e não igualar as duas modalidades. Assim, se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor inconstitucional a opção legislativa de criar regime próprio, como fez o Código Civil. Inexistência de vício de inconstitucionalidade no disposto no art. 1.790 do CC. Incidente de inconstitucionalidade julgado improcedente, por maioria. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70055441331, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 24/02/2014)

No incidente de inconstitucionalidade supracitado, o Tribunal decidiu por declarar que o art. 1.790 do Código Civil não é inconstitucional. Fundamenta tal posicionamento no sentido de que a Constituição Federal, para todos os efeitos, não igualou a união estável ao casamento, apenas visou proteger o convivente, mas não igualá-lo ao cônjuge. Tal posicionamento é sustentado, inclusive, por ter o legislador afirmado que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, dessa forma mostrando a diversidade dos institutos, tendo em vista que não seria possível a conversão de uma coisa em outra, se iguais.

No mesmo sentido é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CIVIL. INVENTÁRIO E PARTILHA. UNIÃO ESTÁVEL. PARTICIPAÇÃO DO COMPANHEIRO NA HERANÇA. ART. 1.790, CAPUT, E, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO À ISONOMIA E AO ARTIGO 226, § 3º, DA CF/1988. INOCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. O art. 226, § 3º, da Constituição da República não equiparou os institutos da união estável e do casamento, embora tenha reconhecido a união estável como entidade familiar, tal qual estabelece o art. 1.723, do CC/02. A diferenciação traçada pelo

Código Civil em relação à participação na herança do companheiro ou cônjuge falecido não configura afronta ao princípio da isonomia. Isso porque, no cotejo de todos os direitos concedidos a uns e outros pelo ordenamento jurídico civilista, verifica-se que o cônjuge restou sobremaneira beneficiado, se comparado ao companheiro. Não pode, assim, ser inquinado de vício o art. 1.790 do CC/02, por alegação de ofensa ao art. 226, § 3º da Constituição Federal, pois além de os institutos não terem sido equiparados entre si, a união estável é severamente mais desvantajosa que o casamento no âmbito da legislação civil. Em homenagem ao princípio da presunção de constitucionalidade das normas, o aplicador do direito não pode se escusar ao cumprimento de determinada lei, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, sem que o vício haja sido proclamado pelo órgão competente, bem como deve o intérprete conferir à norma a exegese mais compatível com o texto constitucional. Apelação conhecida e não provida. (Acórdão n.832406, 20140310057177APC, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANNA, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/11/2014, Publicado no DJE: 25/11/2014. Pág.: 362).

A Turma Julgadora acredita que a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento, apenas a reconheceu como entidade familiar, assim, tratá-los de forma diferente não afronta o princípio da isonomia. Alegam que a união estável, em toda a legislação civil, é desvantajosa em relação ao casamento, não somente no que tange à sucessão. Ainda, referem-se ao princípio da presunção de constitucionalidade das normas, pelo qual os julgadores não podem se escusar de cumprir a lei, sem que o vício seja declarado pelo órgão competente.

O Tribunal do Espírito Santo também acredita na constitucionalidade do artigo:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE ARGUIDO NO AGRAVO REGIMENTAL - ORFÃOS E SUCESSÕES DE VITÓRIA - REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE HABILITOU OS SOBRINHOS DO DE CUJUS COMO HERDEIROS NOS AUTOS DO INVENTÁRIO - PRELIMINAR DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PREVISTA NO ART. 1829 DO CC - DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL - CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL - SITUAÇÕES JURÍDICAS DISTINTAS - ARTIGO 226, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É cediço que a lei goza da presunção de constitucionalidade, e somente a afronta patente a norma ou princípio constitucional poderá acarretar o reconhecimento, incidenter tantum, de inconstitucionalidade desse ou daquele artigo. A Constituição não equiparou união estável ao casamento e, admitindo-se a não-equiparação, conclui-se que ao legislador ordinário é facultado tratar diferentemente os dois institutos. Normas regulatórias embora diferenciadas, desde que orientadas pelo sentido de proteção à família são, por certo, constitucionais. Também o é o artigo do Código Civil, por que não afrontou, ao meu sentir, o texto constitucional. Não houve, em termos de direito hereditário, arbitrariedade acerca do status sucessório do convivente supérstite, na verdade o legislador tratou diferentemente situações distintas - casamento e união estável. A Constituição Federal no artigo 226 e seu parágrafo 3º garante especial proteção do Estado à família, reconhecendo o instituto da união estável. Contudo não afirma o legislador constitucional que a constituição da família sob a forma de casamento ou mediante união estável é exatamente a mesma situação. Portanto, declaro a constitucionalidade do art.1790 do Código Civil. VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Inconstitucionalidade nº 024099165979, em que é requerente/requerida ANGELA DANIEL DE CARVALHO; ACORDA o Egrégio Tribunal

Pleno, na conformidade da ata e notas taquográficas de Sessão, por maioria de votos, declarar a constitucionalidade do artigo 1790 do CC/02, sendo vencido e designado relator para redigir o acórdão o Eminentíssimo Desembargador Adalberto Dias Tristão. (TJES, Classe: Incidente de Inconstitucionalidade AI, 24099165979, Relator Designado: ADALTO DIAS TRISTÃO, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 15/09/2011, Data da Publicação no Diário: 04/10/2011)

No incidente de inconstitucionalidade, o Tribunal do Espírito Santo declarou o artigo 1.790 do Código Civil constitucional. Os motivos de tal declaração são os mesmos até então expostos nos outros julgados: a presunção de constitucionalidade da lei, além da não equiparação da união estável ao casamento na Constituição Federal, motivo pelo qual normas diferenciadas, desde que orientadas à proteção da família, são constitucionais.

Diferente é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Sergipe:

Constitucional e Civil - Ação Declaratória - União Estável - Direito Sucessório do Companheiro - Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010 - Art. 1.790 do Código Civil de 2002 - Ofensa aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana - Art. 226, § 3º da CF/1988 - Equiparação entre Companheiro e Cônjuge - Violação - Inconstitucionalidade Declarada - Aplicação dos Arts. 1.829, III e 1.838 do CC/2002 - Direito de a Companheira Herdar a Integralidade dos Bens do Falecido na Ausência de Ascendentes e Descendentes - Sentença Mantida. I - Verificando que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, que dispõe sobre o direito sucessório do companheiro sobrevivente, ignora a equiparação da união estável ao casamento prevista no art. 226, § 3º da CF, configurada está a ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; II - Tendo sido declarada a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002 através do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010, a questão relativa à sucessão na união estável e a consequente distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido deve ser regida pelas regras atinentes à sucessão entre os cônjuges, conforme dispõem os arts. 1.829, III e 1.838 do Código Civil de 2002; III - Recurso conhecido e desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010202129, EXTINTA - 3ª Vara Privativa de Assistência Judiciária de Aracaju, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, RELATOR, Julgado em 07/06/2011)

No incidente de inconstitucionalidade supracitado, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil por afrontar os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Acreditam os julgadores que a Constituição Federal, no art. 226, §3º, equiparou o companheiro ao cônjuge, devendo o Código Civil utilizar-se do art. 1.829 – que trata dos direitos sucessórios do cônjuge – aos casos de sucessão do convivente. Nesse sentido, caberia ao companheiro o direito de herdar a totalidade dos bens do *de cujus* na falta de descendentes e ascendentes.

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. INVENTÁRIO REQUERIDO PELOS IRMÃOS E PELA COMPANHEIRA DO DE CUJUS. DECISÃO DO JUÍZO A QUO EXCLUINDO DA SUCESSÃO OS COLATERAIS DO INVENTARIADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO POR UM DOS IRMÃOS DO FALECIDO. NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Inventário requerido pelos irmãos do de cujus e pela companheira do mesmo. Decisão do juízo a quo excluindo os colaterais da sucessão, nos termos do art. 1.829, III, do CC. Agravo de instrumento interposto por um dos irmãos do inventariado requerendo a reforma da decisão. Não assiste razão ao agravante. Incontroversa união estável. O Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, exercendo controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do Código Civil, que estabelece que o(a) companheiro(a) terá direito a apenas 1/3 da herança, caso venha a concorrer com outros parentes na sucessão por morte. Daí se extrai que, in casu, deve ser aplicada a regra dos art. 1.829 e 1.838 do Código Civil vigente (o falecimento de JOSE IZIDIO se deu em 15/10/2010 - fls. 03 - índice 00012 - anexo 1) para se deferir a sucessão por inteiro à companheira sobrevivente, ante a inexistência de descendentes e ascendentes. Isonomia entre cônjuge e companheiro, nos termos do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. AGRAVO DE INSTRUMENTO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RIO DE JANEIRO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DECIMA QUARTA CAMARA CIVIL, AGRAVO DE INSTRUMENTO, DES. JUAREZ FOLHES, Julgado em: 26/11/2014)

O presente julgado trata-se de um Agravo de Instrumento pelo qual foram excluídos da sucessão os colaterais do inventariado. A decisão fundamenta-se no julgado em que o órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil, o qual estabelece que o companheiro tem direito a um terço da herança, quando concorrer com ascendentes e colaterais. Atenta-se ao tratamento isonômico concedido ao cônjuge e companheiro pela Constituição Federal nos termos do art. 226, §3º. Nesse caso, foi aplicado o art. 1.829 do Código Civil, o qual coloca o cônjuge e o convivente no rol de herdeiros necessários, não contemplando o mesmo direito aos colaterais.

Da mesma forma entende o Tribunal de Justiça do Paraná, em julgamento recente:

AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA CUMULADA COM DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE INVENTÁRIO ADMINISTRATIVO E ADJUDICAÇÃO DE BENS. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. INSURGÊNCIA DO AUTOR. NULIDADE DA DECISÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA, REFERENTE A EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL, EIS QUE INCONTROVERSA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. QUESTÃO PATRIMONIAL SEM O INTERESSE DE INCAPAZES. CONCORRÊNCIA ENTRE OS COLATERAIS E A COMPANHEIRA SOBREVIVENTE DO AUTOR DA HERANÇA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTES TRIBUNAL, ANTE A AFRONTA DO DISPOSITIVO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE, POR CONFERIR À COMPANHEIRA TRATAMENTO DIVERSO DO CÔNJUGE. DECISÃO VINCULANTE AOS DEMAIS ÓRGÃOS FRACIONADOS DESTES TRIBUNAL. SENTENÇA

ESCORREITA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR - 12ª C.Cível - AC - 1276896-6 - Matelândia - Rel.: Luiz Cezar Nicolau - Unânime - - J. 01.04.2015)

A 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também decidiu no sentido de tratar como inconstitucional o art. 1.790, III do Código Civil, em fundamento à Decisão do Órgão Especial, devido ao tratamento diverso concedido ao cônjuge e ao companheiro, desobedecendo o princípio da isonomia. No julgamento em questão, reconheceu a impossibilidade da concorrência entre os colaterais e a companheira sobrevivente do autor da herança.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina também reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - ANULATÓRIA DE INVENTÁRIO E PARTILHA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL - INCONFORMISMO DA COMPANHEIRA SOBREVIVENTE - 1) CERCEAMENTO DE DEFESA - AFASTAMENTO - MATÉRIA DE DIREITO - PROVAS SUFICIENTES - 2) NULIDADE DO INVENTÁRIO SEM A SUA PARTICIPAÇÃO - ACOLHIMENTO - ART. 226, § 3º, DA CF/88 - UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - ISONOMIA ENTRE A COMPANHEIRA E O CÔNJUGE - 3) ART. 1.790 - HERANÇA RESTRITA AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO - INAPLICABILIDADE - EQUIPARAÇÃO AO DIREITO DO CÔNJUGE - 4) CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES DO FALECIDO - INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.725 E 1.829, I, DO CC/2002 - 5) PRETERIÇÃO DE FORMALIDADE LEGAL E DE HERDEIRA NECESSÁRIA - NULIDADE DO INVENTÁRIO E PARTILHA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. 1. A teor do que o dispõe o art. 330, I, do CPC, inócorre cerceamento ante o julgamento antecipado da lide quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência. 2. A Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar, equiparando-a à formada pelo vínculo do casamento, sendo ambas merecedoras de igual proteção estatal. 3. Face a isonomia constitucional, o direito sucessório do companheiro deve ser equiparado ao do cônjuge, afastando-se a aplicabilidade de disposição legislativa que o coloque em posição inferior, tal como o art. 1.790 do CC/2002, que limita o direito do sobrevivente sobre bens adquiridos na constância da união. 4. À companheira sobrevivente possui, em concorrência com os descendentes do de cujus, direito sobre o acervo patrimonial formado por bens particulares do ex-consorte, conforme interpretação sistêmica dos arts. 1.725 c/c 1.829, I, do CC/2002. 5. É nulo o processo de inventário e, por conseguinte, a partilha realizada pelos descendentes sem a participação da companheira sobrevivente, uma vez que houve preterição de formalidade legal e prejuízo ao direito sucessório da ex-consorte. (TJSC, Apelação Cível n. 2008.008859-6, de Caçador, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 22-11-2012).

Na decisão, a companheira sobrevivente possui, em concorrência com os descendentes do *de cujus*, direitos sobre os bens particulares e não somente àqueles adquiridos na constância

da união estável. O fundamento está na equiparação feita pela Constituição Federal dos direitos do cônjuge e do companheiro.

A Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal Paulista reconheceu a inconstitucionalidade do artigo em comento por dar mais direito ao companheiro do que ao cônjuge:

INVENTÁRIO. PARTILHA. MEAÇÃO DA COMPANHEIRA. DECISÃO QUE APLICA O ARTIGO 1790, II, DO CÓDIGO CIVIL. Determinação de concorrência entre a companheira e os filhos do *de cujus* quanto aos bens adquiridos na constância da união, afora a meação. Inconformismo. Alegação de ofensa ao artigo 226, § 3º, da CF. Concessão de direitos mais amplos à companheira que a esposa Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade. Questão submetida ao Órgão Especial. Incidência do art. 481, do CPC, e 97, da CF. Aplicação da Súmula Vinculante n.º 10, do STF. Recurso conhecido, sendo determinada a remessa dos autos ao Órgão Especial, nos termos do art. 657, do Regimento Interno desta Corte”. (TJSP, Agravo de instrumento n. 598.268.4/4, Acórdão n. 3446085, Barueri, Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Grava Brasil, julgado em 20/01/2009, DJESP 10/03/2009)

A inconstitucionalidade baseou-se no inciso II do art. 1.790 do Código Civil, pois acumula ao companheiro as funções de meeiro e herdeiro, quanto aos bens adquiridos na constância da união estável, no regime de comunhão parcial de bens. Ocorre que o cônjuge meeiro não concorre com os descendentes quanto ao restante da herança, ocasionando uma posição de inferioridade do cônjuge em relação ao companheiro.

Ademais, em notícia do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família⁶⁰ – nota-se, infelizmente, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça ainda não têm decisão específica quanto ao mérito da inconstitucionalidade do artigo em discussão. Contudo, como se verificou, ao analisar as jurisprudências dos Tribunais Estaduais, nota-se que cada vez mais os juristas inclinam-se no sentido de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo, em especial, face à igualdade de formação de família prevista na Constituição Federal de 1988 e demais dispositivos legais.

⁶⁰ STJ inicia discussão sobre a constitucionalidade da sucessão em casos de união estável. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5440/STJ+inicia+discuss%C3%A3o+sobre+a+constitucionalidade+da+suces%C3%A3o+em+casos+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+>>>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

5 CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa foi possível concluir que o direito das sucessões passou por diversos avanços no decorrer dos anos, influenciado pelas mudanças nas relações familiares, que, em um primeiro momento, foram baseadas na religiosidade e na perpetuação dos bens de família, e, hoje, se baseiam em laços de afetividade, além de se debruçar em direitos como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Esses novos valores preservados pela família fizeram com que as relações sucessórias abrangessem alguns entes que, em princípio, não eram contemplados pela herança, como o cônjuge e o companheiro, os quais se tornaram herdeiros a partir do Código Civil de 2002.

Todavia, apesar da relação paritária que o texto constitucional concedeu ao casamento e à união estável a partir do disposto no §3º do art. 226, o qual reconheceu a união estável como entidade familiar, o Código Civil de 2002, por sua vez, tratou de forma desigual os direitos do cônjuge e do companheiro com relação ao direito sucessório, criando-se, por conseguinte, indagações quanto à constitucionalidade da distinção.

Assim, ao cônjuge, foi concedido o direito de figurar no rol dos herdeiros necessários. Concorrerá com os descendentes, quando casado pelo regime da separação convencional de bens, da comunhão parcial de bens - quando há bens particulares do falecido. Com os ascendentes, concorrerá independente do regime de bens do casamento. Caso não existam descendentes e ascendentes, a herança restará por inteira ao cônjuge sobrevivente.

De forma diversa foi tratado o companheiro: a sua participação na herança foi limitada aos bens adquiridos na constância da união estável e, ainda, apenas será herdeiro, quando comprovar a contribuição financeira à aquisição do patrimônio; quando concorrer com filhos comuns do falecido, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; contudo, se o descendente for somente do autor da herança, caberá ao companheiro apenas a metade do que couber àquele; quando a concorrência for com outros parentes sucessíveis, ou seja, ascendentes ou colaterais até o quarto grau, a legislação conferiu apenas o direito a um terço da herança, possibilitando que um tio-avô, por exemplo, possa receber, em alguns casos, uma fração maior do que o próprio companheiro; só restará a totalidade da herança ao convivente, se não houver parentes sucessíveis.

Destarte, fica evidente o tratamento discriminatório em relação ao companheiro na legislação civilista. Apesar de polêmico o assunto, a doutrina e a jurisprudência inclinam-se no sentido de defender a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, uma vez que a

Constituição Federal concedeu tratamento paritário ao cônjuge e ao companheiro, o que não foi respeitado pela legislação cível.

Parece ser a decisão mais correta. Nota-se que a intenção do legislador constitucional foi proteger o companheiro. Porém, a legislação civilista o tratou de forma diminuída, não obedecendo aos anseios sociais, frustrando, assim, o que estabelece os princípios básicos de constituição de família, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana, o da afetividade e, em especial, o da igualdade.

Necessita-se, pois, com urgência, de uma maior atenção do legislador quanto ao direito sucessório do companheiro, além de uma decisão pacífica da jurisprudência brasileira, tendo em vista que, a depender do Tribunal pelo qual a ação é julgada, o entendimento é diverso, o que burla a uniformidade dos julgados, bem como, em alguns caso, podendo-se chegar à desvantagem econômica, além do enriquecimento ilícito, situação essa rechaçada no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em:
11 de janeiro de 2015.

BRASIL. *Código Civil*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.
Acesso em: 11 de janeiro de 2015.

BRASIL. *Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em:
17 de abril de 2015.

BRASIL. *Lei de Introdução do Código Civil*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 17 de abril de
2015.

BRASIL. *Lei n.º 8.971 de 29 de dezembro de 1994*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 17 de abril de 2015.

BRASIL. *Lei n.º 9.278 de 10 de maio de 1996*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm> Acesso em: 17 de abril de 2015.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.832406, 2014031005717*, da 6ª Turma
Cível. Relator: Hector Valverde Santana. Brasília, DF, 12 de novembro de 2014. Disponível
em: <<http://www.tjdft.jus.br/>> Acesso em: 01 de maio de 2015.

CAHALI, Francisco José. FERNANDES, Giselda Maria. HIRONAKA, Novaes. *Curso
Avançado de Direito Civil – Direito das Sucessões*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,
2003.

_____. *Curso Avançado de Direito Civil – Direito das Sucessões*. 3Ed, rev., atual., e ampl.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed.
Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

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

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 1998.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos Polêmicos na Sucessão do Cônjuge Sobrevivente: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. *Incidente de Inconstitucionalidade n. 24099165979*, do Tribunal Pleno. Relator: Adalto Dias Tristão. Espírito Santo, 15 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br/>>. Acesso em 01 de maio de 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.v.7.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 4.ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito Civil Especializado*. São Paulo: Saraiva, 2011a

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

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *STJ inicia discussão sobre a constitucionalidade da sucessão em casos de união estável*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5440/STJ+inicia+discuss%C3%A3o+sobre+a+constitucionalidade+da+sucess%C3%A3o+em+casos+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+>>>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Direito Civil Aplicado: direito das sucessões*. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENEZES, Rafael de. *Direito das sucessões*. Disponível em: <http://www.rafaeldemenezes.adv.br/direitosuc/aula16.htm> Acessado em: 29 out., 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil Direito das Sucessões*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela do cônjuge e do companheiro na legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Ação Cível n.º 1276896-6, da 12ª Câmara Cível*. Relator: Luiz Cezar Nicolau. Paraná, 01 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/>>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PRATS, Celso Afonso Garreta. *Sucessão hereditária: vocação dos colaterais*. São Paulo: Atlas, 1983.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n.º 0050000-14.2014.8.19.0000*, da Decima Quarta Câmara Cível. Relator: Des. Juarez Folhes. Rio de Janeiro, 26 de novembro de 2014. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Incidente de Inconstitucionalidade N.º 70055441331*, do Órgão Especial. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 24 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 01 maio de 2015.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002. v.6.

_____. *Direito civil: direito das sucessões*. Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119

_____. *Direito Civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva: 2008. v. 7.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2008.008859-6*, da Quinta Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Monteiro Rocha. Santa Catarina, 22 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

SANTOS, Bernardete Schleder dos; LEITE, Elisabete dos Santos; VARGAS, Elisandra. A importância dos efeitos do contrato de doação para o Direito Sucessório. *V Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM*, Belo Horizonte – MG, out., 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça *Agravo de instrumento n. 598.268.4/4* da , Nona Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Grava Brasil. São Paulo, 20 de janeiro de 2009. Disponível em: < <http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. º 2010202129, da extinta 3ª Vara Privativa de Assistência Judiciária de Aracaju. Relator: Desa. Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Sergipe, 07 de junho de 2011. Disponível em: < <http://www.tjse.jus.br/portal/>>. Acesso em: 01 de maio de 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: 2004.

TARTUCE, Flávio. *A sucessão do companheiro. O polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 27 de abril de 2015.

VELOSO, Zeno. *Testamentos: formas gerais e especiais*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/zeno_testamento.doc>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 3. ed. Atlas: São Paulo, 2003.

_____. *Direito Civil: direito das sucessões*. 14.ed. Atlas: São Paulo, 2008.