



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

TAISE CERQUEIRA CASTRO SILVESTRE

OS EFEITOS DA SUCESSÃO ENTRE OS COMPANHEIROS E OS  
CÔNJUGES SUPÉRSTITES SEPARADOS DE FATO

SOUSA - PB  
2009

TAISE CERQUEIRA CASTRO SILVESTRE

OS EFEITOS DA SUCESSÃO ENTRE OS COMPANHEIROS E OS  
CÔNJUGES SUPÉRSTITES SEPARADOS DE FATO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA - PB  
2009

TAISE CERQUEIRA CASTRO SILVESTRE

OS EFEITOS DA SUCESSÃO ENTRE OS COMPANHEIROS E OS CÔNJUGES  
SUPÉRSTITES SEPARADOS DE FATO

Trabalho de Conclusão apresentado ao  
Curso de Direito do Centro de Ciências  
Jurídicas e Sociais da Universidade  
Federal de Campina Grande em  
cumprimento aos requisitos necessários  
para obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais

Orientador: Prof. Admilson Leite de  
Almeida Junior

Banca Examinadora:

Data de aprovação: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Prof. Admilson Leite de Almeida Junior  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Examinador Interno

\_\_\_\_\_  
Examinador Externo

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me permitido superar todos os obstáculos impostos e chegar até aqui.

Aos meus pais, as minhas irmãs, em especial a Eveline, e aos meus avós maternos; bem como ao meu esposo, minha filha Mariana, minha tia Maria Odete e minha amiga Jullyanne Rocha, por todo o esforço e paciência que tiveram para comigo durante toda esta minha caminhada educacional.

Por fim, agradeço ao meu orientador: Profº Admilson Leite de Almeida Junior, pela paciência e pelo apoio que me proporcionou durante a construção deste trabalho.

## RESUMO

Tratando-se do Direito Hereditário Brasileiro, encontra-se sua primeira disposição datada de 1916, sendo que o código Civil da época apresentava-se como vindo a ser o mais preconceituoso de todos os diplomas legais, por só reconhecer como legítima a família decorrente do casamento civil e abominar as uniões informais. Neste contexto o presente estudo tem por finalidade investigar o instituto da sucessão, a partir de sua evolução, e os efeitos daquela em relação ao cônjuge e companheiros supérstites; bem como, sente-se a necessidade de verificar como a Constituição Federal e o Código Civil de 2002 se posicionaram acerca dos direitos desses últimos e de seus descendentes; enfatizando-se inclusive o amparo Estatal oferecido aos companheiros por meio da Lei 8.971/94; a ponto de se discutir a respeito da concorrência do ex cônjuge sobrevivente separado de fato e do companheiro na sucessão do autor da herança.

Palavras-chave: Sucessão. Casamento. União Estável.

## **ABSTRACT**

Concerning Brazilian Hereditary Right, we found its first provision dated 1916, and the Civil Code of the time presented itself as the most biased of all the legal texts by only recognizing as legitimate the family due to marriage, and abhor informal civil unions. In this context, the present study was to investigate the institution of succession, from its evolution, and the effects of the spouse and partner survivors; as well as, there is the need to investigate how the Federal Constitution and the Civil Code of 2002 were placed on the rights of these and their descendants, also emphasizing the support offered to partners through Law 8971/94 by the State - to the point of discussing about the competition of former spouse survivor separated in fact and partner succession author of the inheritance.

**Keywords:** Succession. Marriage. Stable Union.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CC/02 - Código Civil de 2002

CC/16 - Código Civil de 1916

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CPC - Código Processual Civil

## SUMÁRIO

|   |             |
|---|-------------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>8</b>    |
| <b>2 A SUCESSÃO <i>MORTIS CAUSA</i> NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>   | <b>1010</b> |
| 2.1 A sucessão e a abrangência da herança .....   | 11          |
| 2.2 A sucessão Legítima no novo Código Civil.....   | 17          |
| 2.3 A condição de herdeiro necessário do cônjuge.....   | 20          |
| <b>3 A SUCESSÃO ENTRE OS CONSORTES.....</b>   | <b>23</b>   |
| 3.1 A condição de herdeiro do cônjuge sobrevivente .....  | 23          |
| 3.2 A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes comuns e os unilaterais.   | 25          |
| 3.3 A concorrência do cônjuge sobrevivente com os ascendentes do autor da herança.....  | 27          |
| <b>4 A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL .....</b>  | <b>29</b>   |
| 4.1 A sucessão dos companheiros e a Lei 8.971/94.....   | 31          |
| 4.2 A sucessão dos companheiros no novo código civil .....  | 33          |
| <b>5 A SUCESSÃO ENTRE OS COMPANHEIROS E CÔNJUGE SOBREVIVENTE ...</b>  | <b>36</b>   |
| 5.1 A Proteção constitucional atribuída à união estável enquanto origem da entidade familiar e a dignidade da pessoa humana ..... | 37          |
| 5.2 A caracterização da união estável em face da separação de fato das pessoas casadas. ...                                       | 40          |
| 5.3 A concorrência do ex- cônjuge sobrevivente separado de fato e o companheiro do autor da herança.....                          | 43          |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>   | <b>47</b>   |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>49</b>   |



## 1 INTRODUÇÃO

O instituto da sucessão sofreu diversas transformações ao longo do tempo. Em 1916, com o Código Civil, teve a sua primeira disposição legal. Extremamente tradicionalista aquele só amparava as uniões resultantes do casamento e discriminava as demais.

Essa situação foi modificada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, pautada nos princípios da Dignidade da pessoa Humana e da pluralidade das formas de família, reconheceu a união estável como entidade familiar. Apesar dessa equiparação, aquele tipo de relacionamento só foi regulamentado depois de 1994, com as Leis 8.971/94 e 9.278/96, período em que a posição dos companheiros era mais favorável que a dos cônjuges em matéria de Direito Hereditário.

Esse estado não durou muito, com o surgimento do Código Civil de 2002 houve uma reviravolta nas regras de direito sucessório e os cônjuges foram absurdamente privilegiados em detrimento dos companheiros.

Nesse contexto, o presente estudo visa investigar o instituto da sucessão, a partir de sua evolução, e os efeitos daquela sobre os cônjuges e companheiros supérstites. Deseja-se verificar também, o amparo legal dispensado pela Constituição Federal e pelo Novo Código Civil àqueles últimos e aos demais herdeiros do *de cuius*; assim como a influência da Lei 8.971/94 sobre os titulares de uniões informais.

Outro ponto relevante a ser analisado, refere-se à discussão quanto a existência ou não de concorrência entre cônjuge separado de fato e o companheiro, residindo neste questionamento o busílis deste trabalho.

O primeiro capítulo trata das transformações sofridas pelo instituto da sucessão a cada época histórica, mencionando a sua evolução no Direito Brasileiro. Ainda nesta fase, trata-se da abrangência da herança; explanando a espécie legítima de sucessão frente ao novo Código Civil e analisando uma das maiores inovações deste código na área de Direito Hereditário, qual seja a condição de herdeiro necessário do cônjuge.

O segundo capítulo reporta a sucessão entre os consortes e a condição de herdeiro do cônjuge supérstite, pormenorizando a concorrência deste com os ascendentes e com a filiação comum, exclusiva e híbrida.

O terceiro capítulo traz consigo, a sucessão na união estável, além de se fazer uma análise crítica acerca do amparo estatal oferecido aos companheiros por meio das Leis 8971/94 e 10.406/02.

O último capítulo está reservado a proteção constitucional dada a união estável enquanto origem de entidade familiar e a influência do fundamento da dignidade da pessoa humana sobre aquela; como também foram feitas considerações concernentes a caracterização da união estável em face da separação de fato das pessoas casadas; tendo como desfecho discussão a respeito da concorrência sucessória entre ex cônjuge sobrevivente separado de fato e o companheiro do autor da herança.

Quanto aos métodos utilizados nessa pesquisa, destaque-se o histórico-dedutivo, o exegético-jurídico e o bibliográfico.

Enfim, através deste minucioso estudo em doutrinas, legislações, jurisprudências e artigos científicos relevantes, pretender-se-á constatar a urgente necessidade de se fazer um novo projeto de Código Civil a fim de sanar as inúmeras lacunas deixadas pelo atual no que tange ao direito sucessório na união estável.

## 2 A SUCESSÃO *MORTIS CAUSA* NO DIREITO BRASILEIRO

Diferentemente da sucessão *inter vivos*, a *Mortis causa* se dá com a morte do autor da herança. Neste exato momento o conjunto de bens, direitos e obrigações pertencidas ao *de cuius*, são transferidos aos seus novos titulares, ou seja, aos seus sucessores.

A percepção intelectual de sucessão evoluiu bastante, pois durante a antiguidade clássica, a idéia de sucessão primeiramente estava ligada à religião, a constituição de família. Tendo em vista que naquela época vigorava o princípio de que afortunados seriam aqueles que possuíssem herdeiros, pois os mesmos prolongariam a história do falecido e cultuariam a sua memória. Contudo, esse intuito religioso não perdurou muito, tendo em vista que a propriedade coletiva deu espaço a individual e a sociedade modificou seus interesses, priorizando naquele momento o acúmulo de riquezas, o fortalecimento de grupos familiares.

Neste sentido, pode-se considerar que o surgimento da razão para a transmissão da herança ao primogênito<sup>1</sup> varão, ocorre por este ser considerado como o responsável pela continuação da história do falecido e perpetuação do patrimônio adquirido; vez que as mulheres não poderiam herdar porque ao casarem-se passariam a pertencer à família do marido e não mais a sua.

Por ser tão importante essa garantia de transferência, vê-se ao longo da história que alguns povos, como os romanos, utilizaram-se de disposições de última vontade quando não existiam herdeiros legítimos, e outros se mantiveram fiéis a transmissão somente conforme o parentesco natural. Neste contexto social surgem duas formas de sucessão: a legítima<sup>2</sup> e a testamentária<sup>3</sup>.

Com o passar dos anos, a origem histórica eminentemente extra patrimonial, da sucessão deixou de existir, vindo a se configurar pela sua moderna percepção elementar que não envolve unicamente interesse privado, mas inclui-se também o interesse público; tendo assim a idéia de que o Estado é o grande interessado na transferência de patrimônio; pois com isso ele garante a proteção da família,

---

<sup>1</sup> A primogenitura foi abolida pela revolução francesa

<sup>2</sup> transmitida aos herdeiros pelo sangue

<sup>3</sup> resultante de disposição de última vontade

incentiva a capacidade produtiva (se não houvesse para quem deixar, inexistiria o estímulo para acumular riquezas) e se desobriga de outros encargos.

Dada a essa conveniência, tratou-se de editar normas legais que garantissem uma prática segura daquele tipo de transferência. Cria-se então o Direito Hereditário.

O Direito Hereditário Brasileiro só surgiu com o advento do Código Civil de 1916, pois até a promulgação da Constituição Imperial vigorava no país as leis e decretos extravagantes que substituíram as Ordenações Filipinas de Portugal, liberando o país do domínio jurisdicional Português.

Neste Código, o conceito de família era mais restrito, considerava-se como tal apenas aquela oriunda do casamento, ou seja, a legítima. Essa concepção foi modificada pela Constituição Federal de 1988 e outros tipos de instituições familiares passaram a ter o amparo Estatal. Muitas áreas sofreram alterações, dentre estas um segmento do Direito Civil - o Direito das Sucessões.

A idéia de instituição familiar interferiu na determinação da extensão do instituto da sucessão e em razão disso surgiu a necessidade de se ter uma nova codificação que suprisse as lacunas deixadas pelo antigo código e se adequasse aos fundamentos difundidos na CF/88<sup>4</sup>. Elabora-se então o Código Civil de 2002.

## 2.1 A sucessão e a abrangência da herança

Vários conceitos surgiram para caracterizar o instituto da sucessão<sup>5</sup>. Entre aqueles merecem destaque os dos autores Silvio Rodrigues (2007, p. 94) e Pena Jr (2009, p.04) que consideram a sucessão como sendo: Um conjunto formado por princípios jurídicos capazes de disciplinar a participação de uma ou mais pessoas na transmissão do patrimônio de um indivíduo falecido, transformando aquelas em titulares de direitos e obrigações, antes pertencidos ao *de cuius*.

Essa transferência de direitos e obrigações de uma pessoa para outra pode ser feita de maneira gratuita ou onerosa. A primeira resulta de ato *inter vivos*, (ex:

---

<sup>4</sup> CF/88 – Constituição Federal de 1988

<sup>5</sup> Vem do vocábulo *sub cedere*, tendo como significado: tomar o lugar de alguém.

contrato de compra e venda), e a segunda do *mortis causa*. Sendo a última o tipo de sucessão norteadora do Direito Hereditário.

A partir do momento da morte ou da decretação de ausência do titular do patrimônio inicia-se a sua sucessão, ou seja, neste instante a sua herança é repassada aos seus sucessores. Essa transferência se dá a título universal, quando se transmite todo o patrimônio ou parte deste, e a título singular, quando se é repassado apenas certos bens, ou seja, bens determinados.

É relevante saber essa diferenciação porque a mesma gera efeitos na seara sucessória. Quem sucede a título universal é chamado de herdeiro, substitui o falecido em seus direitos e obrigações; já o sucessor a título singular, conhecido como legatário, só recebe o ativo e não se obriga com o passivo do defunto. O legatário só responderá pelas dívidas desse se o mesmo dispuser em testamento tal obrigação; neste caso faculta-se ao sucessor receber ou não o legado, salientando-se que em caso de recusa, o bem retorna a posse dos herdeiros.

O exato momento do falecimento do titular do patrimônio é essencial para determinar não só a abertura da sucessão, como também a legitimação para suceder; implicando diversas conseqüências no Direito Sucessório.

Quanto a legitimação, o art. 1787 do CC/02 determina que a habilitação dos sucessores deverá ser feita conforme a lei vigente no dia da morte do *de cuius*. Sendo este o princípio que delimitará se a sucessão será regulada pelo Código Civil anterior ou pelo atual. Vale ressaltar também que “a capacidade para suceder e para adquirir a herança é apreciada no momento da abertura da sucessão”, conforme entendimento de Pena Jr. (2009, p.48).

Em relação as conseqüências, tem-se os casos onde pessoas morrem quase no mesmo instante, sendo necessário inferir quem herda da outra. Nessa situação o herdeiro que sobrevive ao *de cuius* ainda que por alguns instantes, faz sua a herança por aquele deixada; conforme a lição de Silvio Rodrigues (2007, p.12). Quando não for possível determinar quem morreu primeiro, ou seja, quando ocorrer a comoriência, presume-se que morreram no mesmo instante, de acordo com o art. 8º do CC/02.

A substituição de titulares em uma relação jurídica em razão da morte do primeiro detentor do patrimônio é norteadada pelo princípio da *saisine*. Este princípio tem sua origem no Direito francês, determina a transferência da posse e do domínio

da herança aos sucessores do morto, e ordena que o herdeiro substitua o *de cujus* na mesma situação que este se encontrava quando vivo; ou seja, se o falecido era detentor de uma posse justa e de boa-fé, o herdeiro a adquirirá na mesma condição.

A posse dos bens relativos ao espólio poderá ser direta, exercida pelo administrador provisório e pelo inventariante, e indireta, se exercida pelos demais herdeiros.

No direito brasileiro podem coexistir dois tipos de sucessão: a legítima e a testamentária.

A primeira é determinada por lei que elenca um rol de sucessores, chamados de necessários (descendentes, ascendentes, cônjuge supérstite) a quem, independente da vontade do autor da herança, será reservado metade do seu patrimônio quando este deixar testamento e a totalidade daquele quando falecer sem deixar carta testamentária ou se esta for julgada nula ou caduca.

A segunda, também chamada de voluntária, é a decorrente de disposição de última vontade do testador, através do instrumento da cédula testamentária. Nela o titular do patrimônio determina as pessoas que serão favorecidas, devendo apenas observar a limitação imposta ao seu direito de testar, metade do patrimônio se houver herdeiros necessários e a totalidade se esses não existirem.

Novamente sob inspiração de Pena Jr. (2009, p. 06), acervo hereditário ou simplesmente herança é “o conjunto de bens, direitos e obrigações atuais e futuras, transferidos ao sucessor em razão da morte do seu titular”.

Tal acervo é quase todo regulamentado pelas normas relativas ao condomínio e ainda que exista mais de um herdeiro, será sempre uma unidade indivisível até a realização da partilha dos bens. Esse estado intacto permite a cada herdeiro pleitear judicialmente a universalidade da herança, já que a porção que lhe cabe só será determinada com a partilha.

A herança é constituída não só de direitos como também de obrigações impostas aos sucessores. Estes possuem a garantia do benefício do inventário, ou seja, só respondem pelo passivo até o limite da herança, não confundindo seu patrimônio pessoal com o adquirido por meio da sucessão; diferentemente do que ocorria no Direito Romano.

Aquela possui também uma diversificada área de abrangência, incidindo sobre os mais variados tipos de bens, a exemplo os: móveis, imóveis,

inconsumíveis, consumíveis, fungíveis, infungíveis, principais e seus acessórios, entre outros.

Em relação aos direitos, somente os patrimoniais de valor econômico fazem parte do acervo hereditário. Dessa maneira excluídos estão os direitos não patrimoniais e os personalíssimos, como o usufruto, o poder familiar, a honra, a liberdade, a tutela ou curatela exercidos pelo falecido, a obrigação de prestar ou de receber alimentos em razão de parentesco, as rendas vitalícias, o contrato de trabalho, entre outros.

No que tange as demais relações jurídicas advindas da herança, cite-se o direito de representação, cabível apenas na sucessão legítima, o direito a obter cumprimento de contrato preliminar, e por fim o como direito extra patrimonial que pode ser transferido aos herdeiros: o direito moral do autor, regulado pelo art. 42, § 1º, da Lei 5.988/73.

Separados os bens que serão objeto da herança, o herdeiro ao tomar posse daquela poderá cedê-la. Mediante escritura pública e pagamento do imposto de transmissão por ato *inter vivos* esse repasse pode ser realizado a título gratuito ou oneroso, em sua totalidade ou em apenas parte dela, mas sempre de maneira genérica, vez que, o herdeiro só pode dispor do seu quinhão na herança, jamais de bem determinado. Tratando-se de alienação, o cedente casado ou em união estável necessitará de autorização do cônjuge ou companheiro para exercer aquela capacidade.

A sucessão deverá ser aberta no último domicílio do morto, de acordo com o que reza o art. 1.785 do CC/02. Para as situações de pluralidade ou inexistência de domicílio certo o legislador, nos artigos: 94 §1º e 96, inciso I do CPC, determinou como competente um dos domicílios do falecido ou o local onde se situa seus bens. Por fim, o inciso II do último artigo citado, prevendo a possibilidade de bens em locais diversos, considerou como apto a iniciar a sucessão o local do falecimento do inventariante.

Iniciada a sucessão, tem-se sessenta dias para instaurar inventário. No lapso temporal entre a instauração e a prestação de compromisso do inventariante, o espólio será administrado provisoriamente. O art. 986 do CPC delimita a figura do administrador como aquele que está na posse da herança, que representa ativa e passivamente o espólio, que se obriga a trazer ao acervo os frutos que desde a

abertura da sucessão percebeu; responsabilizando-se por dano que por dolo ou culpa deu causa e por fim, tendo direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fez.

A lei dispõe de um rol taxativo das pessoas legitimadas a assumir tal encargo. Segundo o art. 1797 do CC: cônjuge ou companheiro que convivia com o *de cujus* ao tempo da sucessão; herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, se mais de um prioriza-se o mais velho; o testamenteiro; a pessoa de confiança do juiz, na falta, escusa ou afastamento das indicadas.

Após a transmissão da herança aos herdeiros, estes terão a faculdade de aceitá-la ou não e essa decisão deve ser tomada em prazo certo ou até a prescrição do seu direito, neste caso dez anos.

A aceitação é negócio jurídico unilateral, não receptício, indivisível, incondicional, irrevogável e, com efeito, retro operante, se manifesta de maneira expressa (quando feita mediante declaração escrita), presumida (quando herdeiro notificado permanece inerte durante o prazo de trinta dias dado para sua manifestação) ou tácita (resulta de ato pessoal do herdeiro).

A manifestação positiva do recebimento do acervo hereditário pode ser anulada por erro ou por surgimento de testamento que absorva totalmente a massa, não havendo herdeiros legítimos. No entanto, só terá efeito se proposta antes de encerrado o inventário e homologada a partilha, caso contrário o único meio para pleitear o direito ao patrimônio será a ação de petição de herança.

Chamada pelos romanos de *petitio hereditatis*<sup>6</sup>, a ação petitória permite que o herdeiro demande o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título a possua. Tal conceito, extraído do art. 1824 do CC, deixa claro o amparo fornecido ao herdeiro preterido em face daqueles que detêm a herança.

As demandas comumente cumuladas com a de petição de herança são as de investigação de paternidade (cabe medida cautelar se a sua propositura se der antes de findo o inventário e feita à partilha), declaratória de união estável, nulidade de testamento, nulidade de renúncia de herança, entre outras.

---

<sup>6</sup> Para Gonçalves (2008, p. 123) *petitio hereditatis* sendo real, de cunho patrimonial, privativa de herdeiros e, com efeito erga omnes, poderá ser cumulada com outras, desde que os pedidos sejam semelhantes e de rito processual adequado.



Jr. (2009, P. 114), declara que a ação petítória obriga o possuidor de bens hereditários a restituí-los ao acervo, responsabilizando-o conforme esteja ele de boa ou má fé. Assim como prevê que o herdeiro real busque os bens da herança que esteja em posse de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados, de acordo com os artigos 1826 e 1827 do CC/02.

Regressando as formas de disposição da herança, vê-se que além da aceitação supracitada, tem-se também a manifestação negativa de vontade, ou seja, a renúncia.

Por se tratar de desistência de direitos, a lei exige que este ato seja solene e que conste expressamente em escritura pública juntada aos autos ou termo judicial lavrado nas peças constitutivas do processo. Para ser considerado válido, o agente deve possuir capacidade jurídica plena de renunciante, receber outorga uxória se casado (exceto se o regime for o da separação absoluta ou participação final nos aquestos com clausula de livre disposição dos bens imóveis particulares) e não prejudicar os credores.

Diferentemente da aceitação, a renúncia não admite as formas tácita e presumida de manifestação, e por ter forma determinada em lei não necessita de homologação judicial.

Pode ser feita de forma abdicativa ou translativa. Na primeira o herdeiro desiste da herança, deixando sua cota parte aos outros beneficiados; Na segunda ocorre o inverso, ele aceita a herança e depois a transfere a um herdeiro específico, funcionando neste caso como um tipo de cessão. É preciso diferenciar uma da outra porque implica na determinação da condição de herdeiro e conseqüentemente define que impostos devem ser pagos.

Assim como existem disputas entre os herdeiros pela herança, pode ocorrer da mesma não ser pleiteada por ninguém. Fala-se então das situações de jacência e vacância do acervo hereditário.

A jacência é um período transitório, em que os herdeiros são desconhecidos, deixando o patrimônio sem titulares. Geralmente ocorre quando o autor da herança falece sem deixar testamento, herdeiros legítimos conhecidos ou até mesmo quando todos os beneficiados renunciam àquela.

Durante a jacência a massa fica sob a guarda de um curador designado pelo juiz, este cuidará do patrimônio até que haja habilitação de algum herdeiro ou a transferência do acervo hereditário para o ente federativo competente (realizada após declaração de vacância). Na fase jacente, os credores poderão se habilitar para terem salgadas suas dívidas, nos limites das forças da herança.

Concomitante a guarda para conservação é feita uma investigação destinada a encontrar possíveis bens e herdeiros do dono da herança. Finda esta fase sem lograr êxito, o juiz determina a expedição de um edital, por três vezes com intervalo de 30 dias entre um e outro, no órgão oficial e na imprensa da comarca para que os sucessores do falecido se habilitem no prazo de seis meses a contar da primeira publicação. Passado um ano da primeira publicação sem nenhum herdeiro aparecer, a herança é declarada vacante. (Pena Jr, 2009, p. 102)

Este estado possui uma particularidade, ele exclui da sucessão os herdeiros colaterais, portanto, finda para esses a oportunidade de requerer seu direito sucessório no momento em que é declarada vacante a herança. O mesmo não acontece com os demais herdeiros, pois terão após a sentença declaratória, o prazo de cinco anos para assumirem suas posições na sucessão. Saliente-se que após este tempo os bens passarão definitivamente ao domínio do Estado, decaindo o direito do sucessor de discuti-los.

Existindo herdeiros, a herança não chegará a ser vacante e dar-se-á início ao processo de inventário.

## 2.2 A sucessão Legítima no novo Código Civil

Já foi dito que existem dois tipos de sucessão: a legítima e a testamentária. A primeira prevalece quando o autor da herança morre sem deixar testamento (por isso sucessão *ab intestato*), quando este é considerado nulo ou caduco, ou quando existem bens não abrangidos pela carta testamentária.

Decorrendo de Lei e não de disposição de vontade, esse tipo de sucessão possui um rol taxativo de herdeiros que respeitam uma ordem de vocação hereditária em que uns possuem prioridade em relação aos outros.

Esse rol é formado pelos descendentes, ascendentes, cônjuges supérstites e colaterais até quarto grau. Salienta-se que apenas os três primeiros são considerados necessários, conforme o art.1845 do CC/02.

As principais mudanças ocasionadas com o novo Código na seara do Direito Sucessório dizem respeito à ordem de vocação hereditária e ao tratamento dado a cônjuges e companheiros. Algumas dessas modificações serão abaixo mencionadas.

O art.1788 do CC/02 é resultado da fusão dos artigos: 1574 e 1575 do CC/16<sup>7</sup>. O mesmo destaca a utilização da sucessão decorrente de disposição legal quando não houver testamento ou quando este não puder produzir seus efeitos. Ainda em relação a este artigo, alguns autores ressaltam a necessidade de retificação da redação do mesmo, incluindo o pronome reflexivo "se" para sanar a errônea interpretação textual que induz o leitor a crer que é o de cujus quem transmite a herança e não que esta é repassada reflexivamente, como mencionado no CC/16.

Os entes federativos faziam parte do rol de herdeiros sucessórios do CC/16, não subsistindo atualmente, apesar de terem garantido o seu direito de receber a herança quando não houver sucessores legítimos e testamentários.

Ainda em relação a esse rol, o legislador restringiu o grau dos herdeiros colaterais beneficiados com a sucessão, passando de sexto para o quarto grau.

No art.1784 do CC/02, verifica-se a supressão da expressão "o domínio e a posse da herança", que fazia parte do texto do art.1572 do antigo código. Esse artigo trata do já mencionado princípio da *saisine*, segundo o qual com a morte do inventariado a herança é transmitida de forma simples e genuína aos herdeiros. Destacando que nessa situação o sucessor legítimo será sempre herdeiro e nunca legatário.

O art. 1786 que substitui o art.1573 do antigo código inverte as maneiras de sucessão, priorizando a legítima em detrimento da testamentária.

Em artigo publicado no site Jusnavegandi, a procuradora federal Hironaka<sup>8</sup>(2002) cita os argumentos do autor brasileiro Veloso e do francês Planiol no que diz

---

<sup>7</sup> CC/16-Código Civil de 1916

<sup>8</sup> Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093>. Acesso em: 15 de setembro de 2009

respeito à escassa prática testamentária brasileira. Esses afirmam que isso se dá porque o ordenamento jurídico do Brasil é completo no que diz respeito a regulamentação do instituto da sucessão, funcionando praticamente como um testamento tácito ou presumido, vez que, resguarda de maneira eficaz os direitos dos sucessores do *de cujus*, pessoas que certamente o autor da herança recorrerá à disposição de última vontade para beneficiar.

Ainda naquele artigo, a mencionada procuradora, pautada em aspectos psicológicos, afirma que os brasileiros não gostam de tratar de assuntos referentes a pós morte porque não os consideram auspiciosos.

O brasileiro não gosta, em princípio, de falar a respeito da morte, e sua circunstância é ainda bastante mistificada e resguardada, como se isso servisse para 'afastar maus fluídos e más agruras...'. Assim, por exemplo, não se encontra arraigado em nossos costumes o hábito de adquirir, por antecipação, o lugar destinado ao nosso túmulo ou sepultura, bem como não temos, de modo mais amplamente difundido, o hábito de contratar seguro de vida, assim como, ainda, não praticamos, em escala significativa, a doação de órgãos para serem utilizados após a morte. Parece que estas atitudes, no dito popular, 'atraem o azar.'

A inclusão do cônjuge supérstite, que convivia com o *de cujus* a época de seu falecimento, na classe dos herdeiros necessários (art.1841 do CC) é sem dúvida uma das principais mudanças realizadas pelo CC/02. Agora aquele concorrerá em primeiro grau com os descendentes, em segundo grau com os ascendentes, e na falta desses terá a totalidade da herança, conforme redação do art.1829, incisos I e II, do dito código.

Mencione-se a importância dessa disposição legal para o cônjuge, vez que, no antigo regramento o mesmo figurava em terceiro lugar na ordem de vocação e poderia ser excluído da sucessão hereditária por via testamentária, situação extremamente desfavorável e que hodiernamente não ocorre mais.

No que tange a sucessão legítima, os cônjuges foram os mais beneficiados pelo CC/02, pois além de concorrerem em pé de igualdade com os demais herdeiros necessários tiveram garantido seu direito real de habitação independente do regime de bens ou da manutenção do estado de viuvez, adquiriram a segurança de não mais serem excluídos da sucessão por meio do testamento, em contrapartida à

---

retirada do usufruto viual passaram a ter o direito da propriedade plena dos bens, entre outros ganhos.

A concorrência entre o cônjuge e os demais herdeiros, assim como as quotas de cada um, serão abordadas em capítulos seguintes.

Apesar de todas as alterações, o atual Código ainda deixa a desejar em alguns aspectos. Um desses está relacionado ao tratamento diferenciado concedido aos direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros. Estes, apesar de terem constitucionalmente reconhecidos seus vínculos afetivos como entidades familiares equiparadas aos casamentos civis, ainda são tratados de maneira desigual no atual Código. Situação que também será abordada posteriormente.

### 2.3 A condição de herdeiro necessário do cônjuge

Herdeiro necessário é aquele que possui garantido por lei o seu direito de beneficiário da herança do *de cuius*, independente da vontade desse.

Antes de tratarmos da legítima, ou seja, da parte do patrimônio reservado aos herdeiros legalmente instituídos, é preciso que se distinga meação de sucessão. Meação<sup>9</sup> é a parte do patrimônio reservada ao cônjuge conforme o regime de bens adotado no matrimônio. Se o regime, por exemplo, for o da comunhão universal, terá direito aquele a cinquenta por cento dos bens da família, a outra metade constituirá o acervo hereditário, objeto do inventário e da partilha.

A parte do patrimônio objeto da sucessão será dividida em duas. O autor da herança, através de testamento, disporá livremente de uma porção ( cinquenta por cento) e a outra obrigatoriamente será reservada à composição da legítima.

O legislador colocou esta limitação ao direito de dispor da herança para proteger as pessoas mais próximas do inventariado, objetivando não deixá-las desamparadas.

O CC/16 não considerava o cônjuge como herdeiro necessário, só herdando este nos casos de inexistência de descendentes e ascendentes ou quando nenhum

---

<sup>9</sup> Não é direito sucessório, mas sim direito adquirido pelo regime de bens instituído na sociedade conjugal.

desses aceitasse a herança. Na lei civil vigente, como já foi dito, o cônjuge exerce posição privilegiada. Não pode mais ser afastado da sucessão pelo testamento, concorrem com descendentes e ascendentes e na falta desses herda exclusivamente.

Vige no ordenamento a regra segundo a qual o herdeiro de classe superior e de grau mais próximo ao *de cuius* adquire a herança e exclui os demais da sucessão. Neste diapasão, a possibilidade da concorrência supramencionada permitiu ao cônjuge a oportunidade de disputar a herança mais justamente, vez que, se continuasse na terceira classe teria que esperar o chamamento de todos os herdeiros das classes anteriores, podendo nunca usufruir dos bens deixados pelo seu consorte.

Não terá direito a concorrer aquele que a época do falecimento do autor da herança estava separado judicialmente ou de fato a mais de dois anos, exceto se provar que a convivência deixou de ser pacífica sem culpa sua, conforme o art. 1830 do CC.

O regime de bens adotado no casamento também é determinante para a garantia da posição na hierarquia sucessória, pois se casados nos regimes da comunhão universal, separação total e comunhão parcial sem bens particulares, os cônjuges não concorrerão com os descendentes, de acordo com o art. 1829, inciso I do CC.

Isto se justifica porque na primeira situação por meio da meação o cônjuge já recebe metade do patrimônio, não sendo justo que ainda tenha direito a outra metade disponível aos demais herdeiros necessários; o segundo e terceiro caso fundamentam-se na faculdade de mudança de regime oferecida aos cônjuges em qualquer momento do casamento, ora, se esses não quiseram modificá-lo, injusto seria que a lei o fizesse contrariando as suas vontades.

Por fim, trate-se do direito personalíssimo do cônjuge já citado no tópico 1.2 deste capítulo, qual seja o direito real de habitação.

O Direito real de habitação é dado ao cônjuge com o fim de proporcionar-lhe segurança de moradia e a permanência no imóvel que residia antes do falecimento do autor da herança. Para ser autorizado é preciso que seja o único imóvel residencial a ser inventariado, não importando suas características físicas e pecuniárias.

O antigo Código extinguiu esse direito caso o seu detentor não mantivesse a situação de viúvo, requisito inexistente atualmente, pois se permite ao titular desse direito inclusive utilizar este bem para sua morada e de seu novo cônjuge ou companheiro.

Muitas críticas surgiram a respeito dessa prerrogativa, considerando-a ilimitada e injusta, vez que, haverá casos em que o cônjuge herdará de maneira desproporcional aos demais herdeiros. A exemplo temos: a situação em que o cônjuge se beneficia de forma legítima com o direito real de habitação sobre o imóvel residencial, além da sua quota parte e por testamento ele recebe outros bens.

### 3 A SUCESSÃO ENTRE OS CONSORTES

Desde a criação do mundo é possível constatar a importância da família, dos vínculos afetivos que unem pessoas diferentes, mas com objetivos semelhantes: construir uma vida feliz, harmoniosa e com prestação de apoio mútuo. Nesse sentido, temos: “Então o Senhor Deus declarou: “não é bom que o homem esteja só; farei para ele alguém que o auxilie e lhe corresponda” (Gn 2.18)<sup>10</sup>.

É sabido que nenhuma relação é perfeita, surgem problemas e dificuldades que na maioria das vezes, apenas consortes solidários são capazes de superá-los. Diante de tamanho desprendimento, nada mais justo que com o falecimento de um o outro cônjuge seja recompensado pelo esforço e dedicação prestados àquele, através de uma assistência que o impeça de ficar ao desamparo.

Apesar da relevância familiar, os membros desta, nem sempre foram tratados com a devida atenção e respeito; por exemplo, as mulheres casadas e os filhos provenientes de relacionamento extraconjugal sofreram diversos preconceitos. No antigo código as esposas se encontravam em posição inferior aos seus maridos, não sendo consideradas plenamente capazes, possuíam direitos e obrigações diferentes daqueles no que tange a sociedade conjugal; Os filhos fora do casamento eram considerados ilegítimos e não tinham os mesmos direitos dispostos aos legítimos.

Com a promulgação da Constituição Federal, esse entendimento foi modificado. Norteadas pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da pluralidade das formas de família, paridade entre filhos e reciprocidade entre pais e filhos, a carta magna direcionou a feitura do novo Código Civil, que, apesar das inovações em relação ao antigo, ainda clama por uma reforma.

#### 3.1 A condição de herdeiro do cônjuge sobrevivente

Consolidada a necessidade de prestação assistencial ao cônjuge, justo se fez a sua colocação entre os herdeiros necessários, concorrendo com descendentes e

---

<sup>10</sup> Gêneses, capítulo 2, versículo 18, da Bíblia Sagrada.



ascendentes. Na primeira situação o legislador impôs uma condição para a existência da disputa, já mencionada no capítulo anterior, o que não ocorreu na segunda.

Como as disposições do CC/02 relativas ao cônjuge causaram discordâncias em diversos setores sociais, *mister* se faz mencionar as propostas de alteração das mesmas, destacadas por Jr.(2009) em sua obra.

A primeira, pertencente ao Projeto de Lei nº 276/2007, de autoria do deputado Leo Alcântara, visa retificar o art. 1831 do CC, referente ao direito real de habitação, incluindo nesta condição resoluto desse direito, qual seja, constituir uma nova família por meio do casamento ou união estável. Este posicionamento encontra justificativa na inexistência de razão plausível para manter o direito real de habitação na superveniência de uma nova sociedade conjugal.

Pautado no objetivo do direito em apreço, qual seja, garantir a continuidade de moradia do cônjuge supérstite no imóvel que residia, vê-se que o disposto no código deve permanecer inalterado. Pelo princípio da solidariedade, a morte do autor da herança desfez o casamento, mas não eximiu o falecido da obrigação de assistir o cônjuge sobrevivente e seus filhos. Trata-se de uma obrigação subjetiva, de ordem moral, consistente na faculdade de ajudar aqueles que em vida se dedicaram para proporcionar-lhe uma vida mais tranqüila e feliz. O fato do cônjuge, contrair novas núpcias ou reconhecer uma união estável não deve apagar, nem desmerecer o que ele proporcionou enquanto vivo ao antigo consorte. Todos possuem o direito de refazer suas vidas e buscar sua felicidade, sendo neste caso aquela punição completamente descabida.

Outra sugestão foi o deslocamento do cônjuge da terceira para a segunda classe. Na situação proposta o cônjuge trocava de lugar com os ascendentes, deixando de concorrer com esses. Seguindo a regra de que a classe superior exclui as inferiores, conclui-se que neste caso os ascendentes não seriam chamados a sucessão.

Essa permuta só se justificaria se a classe dos ascendentes sucessíveis fosse constituída apenas pelos avôs, vez que, seria injusto privilegiar o cônjuge em prejuízo dos pais. Como não pode haver dois pesos e duas medidas, melhor que a ordem de vocação continue inalterada.

A última proposta de modificação em relação a sucessão do consorte tem como objeto o art. 1830 do CC/02. Este dispositivo determina condições para que o cônjuge sobrevivente seja considerado herdeiro. Bastante conveniente, aquela proposição determina a retirada do prazo de dois anos da separação de fato e requer a revogação da parte final do artigo que menciona o elemento culpa como ressalva para eximi-lo da responsabilidade pelo fim da sociedade conjugal.

Não se admite esperar esse lapso temporal quando na realidade a relação terminou a tempo, resultando no rompimento dos vínculos existentes entre os consortes. Continuando a vigorar tal possibilidade, notória se faz a oportunidade de enriquecimento ilícito por parte do ex cônjuge.

3.2 A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes comuns e os unilaterais.

Para determinar as pessoas privilegiadas na sucessão, é necessário saber localizá-las na árvore genealógica, identificando suas classes, linhas e graus em relação ao autor da herança. Neste contexto Pena Jr (2009, p. 127), defende que a classe como o agrupamento de seres com características idênticas é basicamente a ligação de um indivíduo para com os seus antepassados. Já foi dito que a invocação dos herdeiros<sup>11</sup> é contínua e excetuada, portanto na sucessão por classe ou grau os mais próximos excluem os mais remotos, salvo direito de representação a ser tratado mais adiante.

Pela disposição legal, os primeiros a herdar são os descendentes. Preenchidas as exigências do supracitado art. 1830 e respeitadas as ressalvas do art. 1829, inciso I, ambos do CC/02, habilitado estará o cônjuge para com aqueles afluir.

Nesta disputa, o consorte terá direito a quota parte equivalente à dos descendentes do finado que herdaram por direito próprio, frisando-se que se aquele

---

<sup>11</sup> Faz-se a classificação dos herdeiros e inicia-se a sucessão a partir da ordem de vocação prescrita em lei. Quanto ao grau, a herança pode ser dividida por cabeça (quando todos os descendentes estão no mesmo grau), ou estirpe (quando os descendentes concorrentes estão em graus distintos).

figurar como ascendente desses, não poderá receber menos de um quarto da herança; de acordo com o mandamento do art. 1832 do CC/02.

Para facilitar o entendimento, exemplifica-se:

- Primeira situação: Maria possui três filhos e casa-se com João. Com o falecimento de Maria, a sua herança será dividida pelo número de herdeiros, neste caso quatro. Como o consorte da inventariante não é pai dos seus filhos, ele terá direito a mesma porção deferida aos descendentes, ou seja, terá direito a um quarto da herança.

- Segunda situação: se João for o ascendente dos demais herdeiros, o resultado diferencia-se, pois nesta posição é garantido a ele o mínimo correspondente a um quarto da herança. Então o cálculo se dará da seguinte forma: Do montante da herança diminuirá a parcela relativa à porção do cônjuge ( $1 - \frac{1}{4} = \frac{3}{4}$ ), o resultado é dividido entre o número de descendentes ( $\frac{3}{4} / 3 = \frac{3}{12}$ ). Desta maneira, caberá ao cônjuge  $\frac{1}{4}$  da herança e a cada descendente  $\frac{3}{12}$ .

Questões como essas são facilmente solucionadas através da regra supracitada. O mesmo não ocorre nas situações de concorrência híbrida, ou seja, quando existem filhos comuns ao casal e descendentes exclusivos do *de cuius*. A lei foi omissa e em razão disso muitas divergências surgiram no que tange a divisão do patrimônio.

A doutrina majoritária defende que nesses casos deve-se aplicar a regra da quarta parte garantida ao cônjuge, pois deve ser mantido o intuito do legislador de beneficiá-lo. Venosa (2009) é adepto à corrente majoritária, mas não deixa de citar posicionamentos contrários aos seus, a exemplo de Rodrigues (2004, p. 99), que propõe a divisão igualitária entre todos os herdeiros.

Superado esse ponto, *mister* se faz comentar o instituto da representação. Privativo da sucessão legítima, consiste no direito dado ao herdeiro de receber o quinhão de seu ascendente pré-morto. Mais uma vez, Venosa (2009), ao tratar do equilíbrio na distribuição da herança entre os herdeiros descendentes, salienta que o filho em grau mais próximo do falecido, recebe sua herança por direito próprio, por cabeça; os mais distantes e em graus diferentes receberão por estirpe, ou seja, havendo desigualdade de graus de parentesco na linha descendente, a herança poderá ser atribuída a herdeiros de graus diversos.

Trazendo a possibilidade de representação para o assunto neste tópico tratado, conjecture-se que **A**, casado com **B**, ao falecer, tenha deixado dois filhos seus. Um desses filhos tinha dois descendentes e morreu antes do dono da herança. Neste caso, como dividir a herança entre os descendentes e o cônjuge do inventariado? Simples, basta utilizar a regra da primeira parte do art. 1832 do CC/02. Como o consorte não é ascendente dos demais herdeiros, receberá o mesmo que estes, cabendo a cada beneficiado um terço do patrimônio. A quota parte do filho pré-morto será transmitida por representação aos seus dois filhos. Diante do exposto, o cônjuge e o filho vivo herdarão um terço cada um, e cada descendente do filho pré-morto herdará um sexto da herança.

Perceba-se que não existe mais distinção entre descendentes, essa garantia é dada pelo art. 227, § 6º da CF de 1988, que expressamente proíbe qualquer forma de discriminação ou restrição baseada na origem do parentesco.

Por fim, deve-se citar a única situação em que o cônjuge herdará sozinho o patrimônio. Será quando os descendentes não puderem ou não quiserem a herança, transmitindo-se esta, através do direito de acrescer, ao consorte do *cujus*. A falta de herdeiros da primeira classe não permite àquele suceder sozinho, devendo ser chamado os próximos herdeiros sucessíveis, neste caso os ascendentes.

### 3.3 A concorrência do cônjuge sobrevivente com os ascendentes do autor da herança

Pelo princípio da reciprocidade, descendentes herdam de ascendentes e estes recebem herança daqueles. A ordem sucessória determina o chamamento dos ascendentes, quando inexistirem descendentes sucessíveis. Havendo a invocação mencionada, nova concorrência se inicia desta vez mais simples e entre ascendentes e cônjuge *supérstite*.

Considera-se menos complexa que a citada no tópico 2.2 porque a lei não determina condições para sua existência, assim como não disponibiliza aos herdeiros o direito de representação. Portanto, "o ascendente de grau mais próximo

exclui o de grau mais remoto, sem distinção de linhas”, conforme Rodrigues (2007, p. 108).

Quando um ascendente sucede o *de cujus*, a divisão do patrimônio é feita pelas linhas paternas e maternas daquele. Pode ocorrer de existirem mais pessoas em uma linha que em outra, divergindo da norma segundo a qual parentes da mesma classe e grau sucedem igualmente por direito próprio.

No Código Civil de 1916, os ascendentes, uma vez requisitados, sucediam sozinhos; o que não ocorre atualmente. Com o advento do novo diploma legal o cônjuge passou a concorrer também com os ascendentes, como já exposto.

Se a concorrência do cônjuge se der com os dois ascendentes de primeiro grau, ele herdará um terço da totalidade do patrimônio; se disputar com um só ascendente ou se maior for o grau desse, terá direito a metade da herança, conforme art. 1837 do CC.

A regra acima é simples. Se concorrer com sogro e sogra, a herança será dividida em três partes iguais; se houver apenas um desses vivos ou se os herdeiros ascendentes forem de grau mais distante, o cônjuge receberá sempre a metade da herança.

Poderão ocorrer situações de inexistência (os dois morreram) ou ilegitimidade dos pais do falecido. Neste caso será reservada metade da herança para o cônjuge e a outra metade será dividida entre as linhas: paterna e materna daquele, de acordo com o art. 1836, § 2º do CC.

#### 4 A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

O casamento por muito tempo foi considerado a única forma de família, a mais correta e aceita. Qualquer união diferente daquele, era tida como inferior e sofria inúmeras discriminações.

Utilizado como forma alternativa para aqueles que são ou estão proibidos de casar, o concubinato é exercido desde a antiguidade e em cada momento histórico foi visto de maneira diferente. Plebeus e Patrícios, membros de classes sociais distintas e proibidos de se casarem, são exemplos dessa prática em Roma.

Na Idade Média, o período de aceitação da união informal em comento foi efêmero. A igreja Católica, que antes admitia o concubinato de caráter perpétuo (previsto no Concílio de Toledo), com o surgimento da forma pública de celebração do casamento, passou a excomungar aqueles que persistissem na manutenção destes vínculos. Passando para a Idade Contemporânea, em 1912 na França, surge o primeiro diploma legal que reconhece o concubinato público para fins de reconhecimento de paternidade.

No Brasil não foi diferente quanto à supervalorização das uniões formais. Por muito tempo vigorou no país a impossibilidade dos cônjuges desfazerem seus matrimônios, e este fato contribuiu para o aumento das relações concubinárias. Somente no final da década de 70, com a Lei do divórcio (Lei nº 6515/77) é que se teve banida esta intangibilidade matrimonial.

Com o advento da supramencionada Lei, esperava-se que o companheirismo se tornasse mais comum e admitido, o que infelizmente não ocorreu. O concubinato continuou a ser desprezado não só pela sociedade quanto pelo sistema legislativo nacional. Este fez questão de se mostrar extremamente tradicionalista na feitura do CC/16, quando apesar de não dispor a respeito das uniões extraconjugais, fez questão de instituir diversas punições aos que as utilizassem. As exceções plausíveis ao fato citado, dizem respeito ao Decreto nº 2681/12 que garantiu indenização à companheira em caso de morte do seu companheiro por acidente em estrada de ferro e o art.363, I do CC/16 que permitiu aos filhos ilegítimos pleitear reconhecimento de paternidade, desde que seus pais não estivessem impedidos de casar e que provasse o vínculo existente entre esses à época de sua concepção.

Com o passar dos anos, a situação evoluiu. O companheirismo passou a ser beneficiado pelas codificações trabalhistas, previdenciárias e as de registros públicos, além dos direitos garantidos pela jurisprudência.

O supremo Tribunal Federal sumulou algumas decisões a esse respeito, entre essas: a de nº 35, que garantia indenização a concubina em caso de morte do amásio em acidente de trabalho ou de transporte, se entre esses não houvesse impedimento para o matrimônio; a de nº 380 que possibilitava o término judicial do relacionamento com partilha de bens, se comprovada a existência da relação; a de nº 382 que abordava a desnecessidade de convivência sobre o mesmo teto para caracterização do concubinato; e por fim a de nº447 que dispunha sobre a faculdade testamentária do autor da herança de beneficiar filho extraconjugal.

A Carta Magna de 1988, não conceituou o instituto, mas reconheceu a união estável como entidade familiar e determinou que a sua conversão em casamento fosse facilitada, em obediência ao artigo 226, §3 do CC. Sem dúvida foi de grande valia aos membros dessas relações, todavia, deixou muito a desejar em inúmeros quesitos, a exemplo do direito àqueles a sucessão, objeto deste capítulo.

No que diz respeito à sucessão dos companheiros na união estável, pelo breve relato acima dá para perceber que até a CF/88 não havia nenhuma disposição que tratasse do assunto. Somente com a edição da Lei 8.971/94, a ser explanada em tópico posterior, é que os companheiros foram inseridos na ordem de vocação hereditária. Em 1996, surgiu a Lei nº 9.278 que complementou a de 1994 e regulou o art. 226, § 3º da CF. A última Lei ratificou o reconhecimento da união estável como forma de família, elencou os direitos e deveres dos conviventes<sup>12</sup>, considerou os bens adquiridos onerosamente na constância da união como pertencentes ao casal, cabendo aos dois a disposição dos mesmos, exceto estipulação em contrário; garantiu direito a alimentos (no caso de rescisão), e direito real de habitação (por ocasião da morte de um dos membros e manutenção do estado de viúvo); facultou aos conviventes a conversão da união estável em casamento e por fim determinou o Direito de Família, como competente para tratar de todos os assuntos referentes à mesma.

As Leis citadas foram alvo de considerações. Uma destas, proferida por Rodrigues (2007), se pauta no favorecimento do companheiro em detrimento do

---

<sup>12</sup> Como era chamado o companheiro naquela Lei.

cônjuge, vez que aquele poderia dispor tanto do direito ao usufruto viudal quanto do direito real de habitação, diferentemente do cônjuge que sofria a limitação decorrente do tipo de regime adotado no casamento.

Não obstante, esse cenário foi alterado com a feitura do CC/02, podendo-se dizer até que a situação inverteu e a partir daquele o companheiro viu-se totalmente prejudicado em seus direitos sucessórios. Rodrigues (2007, p.119), responsável pelas considerações mencionadas no parágrafo anterior, também se manifestou nesse sentido:

Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e restrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito em questão.

Em meio a tantas mudanças, faz-se necessário trabalhar individualmente os efeitos causados pela principiante lei no campo das sucessões, a já mencionada Lei 8.971/94, e o Código Civil em atividade. Só assim será possível entender melhor o funcionamento do Direito Hereditário para os titulares das uniões informais.

#### 4.1 A sucessão dos companheiros e a Lei 8.971/94

Como preleciona Venosa (2009, p. 136):

[...] até a promulgação da CF, os companheiros não tinham direitos sucessórios. A divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos conviventes era feito pelos tribunais a título de liquidação da sociedade de fato; cabendo ao juiz separar os bens adquiridos pelo esforço comum dos pertencentes à meação ou herança do cônjuge, quando tiver havido concubinato impuro ou adulterino e o autor da herança falecesse no estado de casado, com eventual separação de fato. Quando não fosse possível atribuir parte do patrimônio pelo esforço comum, a jurisprudência indenizava a concubina, a título de serviços domésticos prestados.

Essa conjuntura foi alterada com a chegada da Lei 8.971/94 que garantiu o direito a herança e a alimentos aos componentes das uniões extras matrimoniais.



Considerada por muitos como precária, aquela possui cinco artigos, sendo aqui analisados apenas três.

No primeiro artigo o legislador ordinário dispôs sobre o direito a alimentos, direcionou os companheiros ao regramento processual contido na Lei nº 5.478/68<sup>13</sup> e exigiu daqueles certos requisitos para o amparo legal. Entre as condições, está à comprovação do concubinato com pessoa de sexo diferente, sem impedimentos para casar ou separados judicialmente, por lapso temporal maior que cinco anos, exceto se houver prole (situação em que o benefício poderá ser exigido a qualquer momento), com obrigação de manter seu estado de viuvez e comprovar necessidade à assistência alimentar.

Azevedo (2002, p. 330-331) considera inadequada a fixação exclusiva do caminho processual indicado nesse artigo, como o da Lei de Alimentos. Para sanar críticas como a mencionada, parte deste parágrafo foi revogado, pela Lei nº 9.278/96 (art. 7º) e pela nova regulamentação a concessão de alimentos à concubina foi permitida em casos de rescisão do contrato de convivência sem culpa da beneficiada. Dessa maneira, concedendo direito alimentar aos conviventes, reconheceu a lei, sob cogitação, os mesmos direitos e deveres existentes entre cônjuges, constantes da aludida Lei de Alimentos.

Tratou também a Lei 8.971/94 de estabelecer a irretroatividade do dever alimentar, portanto para o ajuizamento da ação de alimentos é preciso comprovar a existência do concubinato à época da entrada em vigor daquela. A sucessão dos companheiros está disposta no segundo artigo da lei acima citada e em seu caput percebe-se a inserção do companheiro na ordem de chamamento hereditário.

Tendo sido taxativa a lei ao mencionar companheiro de homem ou mulher não impedidos de casar; não resta dúvida que somente o concubinato puro é resguardado, ou seja, se aquele coexistir com o casamento a companheira não terá direito a sucessão por se tratar de relação impura ou adulterina, cabendo a mesma mitigar judicialmente sua parte sobre os bens que ajudou a amealhar através da divisão da sociedade de fato.

Os incisos I e II tratam do usufruto viual sobre os bens do falecido, garantindo ao companheiro um quarto do patrimônio quando existirem filhos daquele ou comuns e um meio quando sobrevivam apenas ascendentes. Insatisfações

---

<sup>13</sup> Lei de Alimentos

surgiram quanto à incidência desse instituto sobre a totalidade dos bens do *de cujus*; Como exemplo temos o entendimento de Rolf, (entre 1990 e 2000),<sup>14</sup> apud Azevedo (2002, p. 336), defendendo que esse usufruto

Só deveria pesar sobre o patrimônio exclusivo dos concubinos, por eles adquirido na constância da união estável e mais do que isto, concentrado sobre alguns destes bens, preferencialmente sobre aqueles que já estariam na posse do usufrutuário, como é exemplo a moradia do casal e não  $\frac{1}{4}$  ou metade de todo o acervo.

Por fim, o instituto do usufruto é considerado vitalício, coexiste com a meação (por se referir à herança) e só será extinto por morte ou estabelecimento de nova união por parte do usufrutuário.

O último inciso do art. 2º da Lei 8971/94 garante a totalidade da herança ao companheiro, na falta de descendentes e ascendentes. Frise-se que a lei não especificou a forma (gratuita ou onerosa) de consecução dos bens, o que significa que a mesma se refere a todos os bens adquiridos durante a união estável. Esta regra não retroage em benefício do companheiro, portanto, se o falecimento do autor da herança se der antes da entrada em vigor do regulamento mencionado, a sucessão será regida pelo CC/16 e os colaterais serão os beneficiados quando inexistirem descendentes e ascendentes.

O instituto da meação, já conceituado em capítulo anterior, está presente no terceiro artigo da lei de 1994, e tende a garantir ao companheiro a metade dos bens adquiridos; a título oneroso, na constância da união estável, salvo estipulação em contrário.

#### 4.2 A sucessão dos companheiros no novo código civil

Como dito em linhas anteriores, o atual Código Civil foi inoperante e injusto quanto às disposições sucessórias atinentes aos companheiros. Para comprovar tamanha afirmação é interessante desmembrar o artigo 1970 daquele código, pois

---

<sup>14</sup> “A fidelidade vidual na união estável”, artigo na JSTJ e TRF-Lex 79/9 a 33, especialmente pág. 33.

nele são encontradas as bases orientadoras do Direito Hereditário nas uniões informais.

O *caput* do artigo ordena que o companheiro só tenha direito a sucessão dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, sendo destes reservados os da meação. Separados aqueles bens do acervo hereditário, o que sobrar será submetido à ordem de vocação hereditária.

O regime de bens adotado na união estável é o da comunhão parcial. Colocando em prática o dispositivo anterior, conclui-se que se o autor da herança falecer deixando apenas bens particulares, seu companheiro não terá direito a concorrer com os seus herdeiros, muito menos fará jus a meação. Inovação danosa se nos reportarmos à Lei 8.971/94, que em seu art. 2º garantia direito ao usufruto sobre qualquer tipo de bem.

Os incisos I a III do artigo em questão, abordam a concorrência do companheiro com os demais herdeiros, fixando a cota parte de cada um. Desse modo, disputando o companheiro com: filhos comuns (terá direito a mesma cota dada ao filho); filhos exclusivos (receberá metade do que couber a cada um); com outros parentes sucessíveis (terá direito a 1/3 dos bens adquiridos onerosamente durante a união). Inexistindo parentes sucessíveis, o companheiro herdará sozinho.

Esta última parte, referente ao inciso IV, suscita questionamentos concernentes ao tipo de patrimônio a ser herdado em sua totalidade pelo companheiro. Alguns entendem que a universalidade refere-se apenas aos bens particulares, outros acreditam que abarca os bens comuns. O art. 1844 do CC/02 põe fim a qualquer dúvida quando declara que a herança só será entregue ao Poder Público quando inexistirem herdeiros sucessíveis ou quando estes tenham renunciado a herança; dessa maneira, quando inexistirem descendentes e ascendentes sucessíveis ou estes renunciarem, herdará sozinho o companheiro todo o patrimônio, incluindo-se os bens particulares.

Considera-se essa como melhor decisão, pois seria absurdo preterir o impessoal Poder Público em face do companheiro que se dedicou a construir uma história com o autor da herança.

A lei em comento não previu expressamente a concorrência do companheiro com filiação híbrida (composta por filhos comuns e filhos exclusivos do de cujus) e esse silenciamento deu margem a diversas manifestações doutrinárias a respeito.

Pena Jr (2002, p. 146) seleciona três desses posicionamentos:

O primeiro, fundamentado no inciso I do art. 1790 do CC, defende que ao companheiro deverá caber quota igual a atribuída aos filhos, já que neste inciso o legislador não deu exclusividade aos filhos comuns, podendo dessa forma estender a regra aos demais. O segundo acredita que deverá ser aplicado o mandamento do inciso II, dando-se ao companheiro a metade do quinhão que couber a cada filho, pois o legislador restringiu a disposição aos filhos exclusivos. Por fim, o terceiro entendimento é a junção dos acima relatados, resguardando a divisão da herança em duas partes, uma para os filhos comuns e a outra para os exclusivos do cujus; dessa forma o companheiro terá direito a parte correspondente aos filhos comuns a mesma porção que couber a cada filho, e da dos exclusivos caberá ao mesmo, metade do quinhão que recebeu cada herdeiro.

Após análise do artigo 1970 do CC/02, constatou-se que o legislador tratou dos direitos sucessórios dos companheiros de maneira inferior e prejudicial em relação aos titulares das uniões formais. Tamanha atitude atenta contra o preceituado no art. 226, incisos I a III da CF de 1988, qual seja a consideração da união estável como entidade familiar.

Pena Jr (2009, p. 142), manifesta a sua opinião acerca do mencionado artigo, considerando-o discriminatório (por violar o art. 3º, IV, da CF), desnecessário (pois a sucessão do companheiro deveria estar inserida no capítulo da ordem de vocação hereditária, em condições de igualdade com a sucessão do cônjuge) e infeliz.

O fundamento das críticas mencionadas será exibido no capítulo seguinte, a fim de não se tornar repetitivo.

## 5 A SUCESSÃO ENTRE OS COMPANHEIROS E CÔNJUGE SOBREVIVENTE

As principais mudanças trazidas pelo CC/02 em relação ao cônjuge e ao companheiro serão aqui comparativamente analisadas.

Na Lei 10.406/02, a sucessão do cônjuge e do companheiro está disciplinada em locais diferentes, quando o certo seria que as duas fossem dispostas no capítulo dedicado a ordem de vocação hereditária. Esse lapso estrutural foi justificado por a disposição referida não ter sido criada à época da feitura do código; explicação não convincente.

O cônjuge foi considerado como herdeiro necessário, não podendo ser afastado da sucessão por simples disposição de vontade do testador. O mesmo não ocorreu com o companheiro que continua figurando como herdeiro facultativo.

A única forma legal de um herdeiro necessário ser excluído da sucessão é por meio da deserdação, mas o cônjuge se exime dessa punição porque o legislador não criou norma prevendo a sua exclusão. Como não se pode fazer analogia ao art.1961 do CC/02, por se tratar de assunto restritivo de direito, mais uma vez este saiu privilegiado.

Outra importante mudança para o cônjuge foi a sua colocação nas duas primeiras classes da ordem de vocação hereditária, concorrendo desta forma com os descendentes e ascendentes. Isso aumentou as chances de vir a usufruir da herança, vez que herdeiros de classes superiores excluem os das inferiores.

Ainda em relação a sua concorrência com descendentes é relevante citar que a lei condicionou aquela ao regime de bens adotado no casamento. Só disputarão os que não forem casados em comunhão universal, separação obrigatória ou comunhão parcial sem bens particulares.

Habilitado a concorrer, e sendo ascendente dos herdeiros da primeira classe, o cônjuge terá direito a no mínimo um quarto do patrimônio. Diante disso, quanto maior o número de filhos mais desigual será a partilha, pois aquele não poderá receber menos que o definido por lei. Existindo filhos exclusivos do inventariado, todos herdarão igualmente.

Os companheiros por seu turno só recebem por herança os bens adquiridos onerosamente na vigência da união e neste caso nenhuma quota mínima será aos mesmos, reservada.

Para o cônjuge herdar sozinho basta que não existam descendentes e ascendentes, ou esses tenham renunciado. Desigualmente, o companheiro precisará que não subsistam todos os parentes sucessíveis (colaterais até quarto grau). Há quem defenda ainda que nesses casos aquele só terá direito aos bens onerosos, devendo os demais serem entregues ao poder público. Felizmente este entendimento não procede, como visto em tópicos anteriores.

Os cônjuges deixaram de ter direito ao usufruto viual, vez que agora possuem direito real sobre a herança, e os companheiros só não disporão desse direito quando existirem bens comuns.

Em relação ao direito real de habitação, o Código Civil de 2002 foi claro ao ofertá-lo ao cônjuge e omissivo em relação aos membros de união estável. Não tendo aquele revogado expressamente a lei que garante aos companheiros o instituto em tela e inexistindo nova previsão, a doutrina majoritária entende que enquanto o código não se manifestar e suprir essas lacunas, a Lei nº 9278/96 deverá continuar a surtir os seus efeitos nesta seara; equiparando companheiro a cônjuge, ao menos neste direito.

Clarividente está a situação desprestigiada do companheiro em relação ao cônjuge, sendo urgente a necessidade de modificação das disposições do novo código atinentes ao Direito Hereditário.

#### 5.1 A proteção constitucional atribuída à união estável enquanto origem da entidade familiar e a dignidade da pessoa humana

A união estável, antigamente chamada de concubinato, por muito tempo esteve à margem da sociedade e ao desamparo estatal. Isso se deu porque o Brasil é um país tradicionalista, com raízes históricas extremamente influenciadas pela Igreja Católica que abominava qualquer outra forma de convivência que não fosse o casamento.

Os legisladores justificavam suas omissões a respeito do reconhecimento da união estável utilizando-se do argumento de que a família legítima deveria ser protegida a todo custo, não devendo os mesmos amparar outros tipos de uniões porque isto significaria estimular ainda mais o crescimento de vínculos informais. Entendimento fortemente presente no antigo código, mas que foi perdendo força gradativamente.

Inelutavelmente a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um divisor de águas para o instituto em comento, vez que reconheceu a sua existência e pautado no fundamento da dignidade da pessoa humana o considerou uma forma de entidade familiar.

O art. 226, § 3º da CF/88 é evidente ao declarar que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Mas o que tem a ver este dispositivo com o fundamento da dignidade da pessoa humana, presente no seu art. 1º, inciso III?

Na metafísica dos costumes de Kant<sup>15</sup> (1785), o homem é considerado o fim em si mesmo e não o meio para que os outros atinjam seus fins. Quis ele dizer que o homem como pessoa não pode ter desprezado os seus valores, e seus princípios em razão da vontade de outros. Não pode haver relação desproporcional entre homens, muito menos entre o homem e o Estado, deve-se haver sempre uma harmonia entre os direitos em questão para que se faça justiça com equidade.

Em consonância ao afirmado, o art. 5º, inciso III da CF/88, garante a todo ser humano, sem nenhuma distinção, o direito a não ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Entendida a dignidade do ser humano como bem maior e intocável, não podia o Estado continuar a rotular os relacionamentos, discriminando uns em razão de outros e principalmente definindo que tipo de família as pessoas deveriam ter.

Família é aquela formada por pessoas unidas pelo amor, respeito, consideração, apoio mútuo e principalmente com objetivo de construção de uma história. Mesmo porque não é uma celebração formal que vai garantir a felicidade de ninguém.

---

<sup>15</sup> Immanuel Kant, filósofo alemão.

O que não merece amparo igual ao estabelecido às uniões formais são os relacionamentos adulterinos, aqueles firmados simultaneamente aos casamentos. Estes sim constituem um risco a sociedade conjugal e aceitá-los representaria a descriminalização do crime de bigamia.

Constitucionalmente a união estável foi apenas intitulada como um tipo de entidade familiar, sua conceituação só veio com o surgimento do CC/02 que repetiu a caracterização constante na Lei 9.278/96, fazendo apenas a inclusão do termo supramencionado, qual seja: “União estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família”, presente no art. 1723 CC/02.

Enfim, com o advento da CF/88 os termos concubinato e sociedade de fato foram considerados praticamente em desuso, dando lugar a nova nomenclatura: união estável. Também a competência para julgar as ações relativas aquela passou a ser da Vara da família, em segredo de justiça, e não mais de Varas Cíveis. As indenizações a companheira por serviços prestados foram substituídas pelo pensionamento, e por fim o regime da comunhão parcial dos bens dispensou a necessidade de prova do trabalho comum na construção do patrimônio. Com igual entendimento<sup>16</sup>, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito<sup>17</sup> (in memoriam).

Com a nova disciplina constitucional, o que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro nas regras da sociedade de fato, do Código Civil, passa ao patamar da união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar e, como tal, gozando da proteção do Estado, legitimada para os efeitos das regras do direito de família. Assim, não se deve mais falar em concubinato, em sociedade de fato. São termos que têm de ser arquivados [...] como conseqüência, o tratamento de todas as questões relativas à união estável deve ser nas varas especializadas de família, não mais nas varas cíveis. Com isso, também, estão superadas tanto a necessidade da prova do esforço comum, como a indenização por serviços domésticos. No primeiro caso, é de ser reconhecida a comunhão de bens adquiridos na sua constância e, no segundo caso, deve ser facultado o pensionamento.

Essa legitimação constitucional permite que o Direito de Família regule todas as relações jurídicas envolvendo esse tipo de entidade familiar. Dessa forma garantidos estarão seus direitos, principalmente o de terem preservadas as suas

---

<sup>16</sup> Em “Conferência pronunciada no III encontro Estadual de curadores de família no auditório da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em 10.08.90.

<sup>17</sup> Ministro de STJ desde 1996, faleceu em 2009.



dignidades; afinal “Família é quem você escolhe para viver. Família é quem você escolhe para você. Não precisa ter conta sanguínea. É preciso ter sempre um pouco mais de sintonia” (O Rappa).<sup>18</sup>

## 5.2 A caracterização da união estável em face da separação de fato das pessoas casadas.

Antes de caracterizar a união estável em face da separação de fato das pessoas casadas, é importante entender o que significa o instituto do casamento e que efeitos a separação mencionada causa.

O casamento é um ato formal e público, em que duas pessoas de sexos diferentes resolvem se unir por livre e espontânea vontade visando o estabelecimento de uma vida compartilhada. Preenchidos os requisitos para a formalização da união e realizada a celebração conforme os requisitos legais, os cônjuges serão submetidos a direitos e obrigações. Dentre os deveres estão o da fidelidade recíproca, coabitação, mútua assistência e sustento, guarda e educação dos filhos, conforme o art. 231 do CC/02.

Como ninguém é obrigado a continuar casado, sem a sua vontade, a lei disponibilizou meios para a dissolução do vínculo matrimonial. Por manifestação de vontade de um dos cônjuges ou dos dois, o casamento pode ser desfeito pela separação judicial e pelo divórcio.

É importante legalizar o rompimento da sociedade conjugal porque esta implica em diversos efeitos patrimoniais e extra patrimoniais. No Brasil, os cônjuges tendem a postergar essa autenticação e preferem permanecer separados de fato.

Neste tipo de separação, houve o rompimento da união conjugal e os cônjuges preferiram não formalizá-la judicialmente. Significa então que para justiça os deveres e direitos advindos do matrimônio ainda não foram dispensados, ou seja, para a lei os cônjuges continuam casados.

---

<sup>18</sup> Esta musica intitulada “Não perca as crianças de vista” é uma breve reflexão sobre o papel da família nos dias atuais; tendo com autores, os próprios músicos da banda “O RAPPA”

A situação se complica quando um daqueles resolve viver com outra pessoa. Essa relação poderia ser considerada união estável?

O art. 1723 do CC/02 determina que para uma união ser considerada estável é preciso que seus membros tenham convivência contínua, pública e com intenção de constituir família.

Nesse sentido, a lei impede a formação da união estável se um dos companheiros estiver impedido de casar, excetuando os casados que se acharem separados de fato ou de direito, conforme § 1º, inciso IV do dispositivo correlacionado.

Pelo o exposto, entende-se que para a caracterização do instituto em tela, é necessário que o indivíduo tenha realmente rompido seus vínculos com o antigo cônjuge, não mais convivendo com este e assumindo portanto um novo relacionamento. Se a regra é essa, o que fazer quando o relacionamento é simultâneo ao casamento? Deve o mesmo ser considerado união estável?

A doutrina se divide em duas correntes. A primeira fundamentada no respeito ao sistema monogâmico, não admite o reconhecimento por acharem que este vai de encontro a proteção da família garantida pela CF/88. Defensor desta posição, o professor da Universidade Federal de Minas Gerais Marcos Aurélio S. Viana, salienta que considerar solução diferente seria o mesmo que ir de encontro ao sistema legal e aos princípios do respeito e lealdade mútuos preconizados pela união estável.

A segunda, partindo do pressuposto que, através do princípio da dignidade humana as pessoas possuem o direito de constituir vínculos afetivos com quem quiserem e sendo aquele garantido pela art. 1º, inciso III, da CF/88, nada obsta que a união paralela ao casamento seja dotada de estabilidade.

Para por termo a tamanha celeuma busca-se amparo na jurisprudência que, considerado o cenário atual, se manifesta contrária à equiparação do concubinato impuro a união estável, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida pelo Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca (REsp nº 742.685/RJ) <sup>19</sup>

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO E CONCUBINATO SIMULTÂNEOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

<sup>19</sup> Publicação: DJ 05.09.2005, p.484.

- A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro(a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar.
  - Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino.
  - Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido.
- Recurso especial provido.

Os julgados dos Tribunais não equiparam o concubinato impuro à união estável, todavia, garantem à concubina auferir parte do patrimônio que direta ou indiretamente ajudou a construir em sede de sociedade de fato. Neste diapasão, decisão do Superior Tribunal de Justiça, em sede de REsp 120335 RJ<sup>20</sup>, cujo relator foi Ministro Waldemar Zveiter:

CIVIL - SOCIEDADE DE FATO - CONTRIBUIÇÃO INDIRETA DA COMPANHEIRA PARA A FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO.

I - A jurisprudência do STJ acolhe entendimento no sentido de que, se a concubina, direta ou indiretamente, contribuiu para a formação do patrimônio, a este faz jus.

II - Recurso conhecido e provido

A lei e a jurisprudência não determinaram tempo para configuração da união estável, mas fizeram questão de coibir os relacionamentos dúbios e adúlteros, distinguindo-os do instituto da união estável.

Aos companheiros é garantida a proteção estatal, inclusive quanto ao direito a pensão por morte, conforme acórdão<sup>21</sup> do Tribunal Regional Federal da terceira região:

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE COMPANHEIRA - MULHER CASADA, SEPARADA DE FATO - CONCUBINATO ADULTERINO NÃO CARACTERIZADO - DEPENDÊNCIA PRESUMIDA - TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO - CORREÇÃO MONETÁRIA - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA MANTIDA.

I - Aplica-se ao caso a Lei nº 8.213/91, vigente à época do óbito do segurado, ocorrido em 1999.

II - O art. 16, I, da Lei n. 8.213/1991, que enumera os dependentes da 1ª classe, reconhece essa qualidade ao (à) companheiro(a) que, nos termos do § 3º, é a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o (a) segurado(a), na forma do § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

<sup>20</sup> Publicado em: DJ 24.08.98

<sup>21</sup> Publicado em : D.J.U. em 23/11/2006

III - A figura do(a) companheiro(a), prestigiada como dependente do segurado falecido, é aquela que, no campo dos fatos, está na vida do segurado como se cônjuge fosse. Tanto é assim que a lei expressamente prevê a situação em que o cônjuge está ausente, e prestigia o(a) companheiro(a), assim como lhe dá a condição de dependente único quando o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato não recebe alimentos.

IV - O concubinato que o direito previdenciário prestigia é aquele que se configura como união estável, restando afastado o concubinato adulterino. Isso porque, se adulterina a convivência, não há como facilitar-lhe a conversão em casamento.

V - O art. 16, § 6º, do Decreto n. 3.048/1999 define a união estável como aquela verificada entre homem ou mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum, enquanto não se separarem. Porém, apesar das disposições do Regulamento, a união estável não se restringe às pessoas que não têm impedimentos para o casamento. É comum que pessoas casadas se separem apenas de fato e constituam novas famílias, situação que a seguridade social não pode desconsiderar a ponto de negar proteção aos dependentes.

VI - Os documentos juntados comprovam que, por longo período, o segurado residiu no mesmo endereço da autora.

VII - A prova oral, colhida sob o crivo do contraditório, não deixa dúvidas acerca do relacionamento havido.

VIII - Comprovada a condição de companheira do segurado falecido, a autora tem direito ao benefício da pensão por morte. A dependência, no caso, é presumida, na forma prevista no art. 16 da Lei n. 8.213/1991.

Acórdão: A Nona Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à remessa oficial e manteve a tutela antecipada.

Em face do exposto, percebe-se que só poderá existir união estável se a pessoa casada realmente estiver separada de fato. Ocorrendo o contrário, descaracterizado estará o instituto em tela.

### 5.3 A concorrência do ex- cônjuge sobrevivente separado de fato e o companheiro do autor da herança.

Anteriormente foi mencionado que apesar de constituir uma nova família através da união estável, a pessoa separada de fato poderá não perder seus direitos em relação ao matrimônio. Tal fato gera muita controvérsia quando trazido para o Direito sucessório porque tanto o cônjuge quanto o companheiro possuem direitos sobre a herança do *de cuius*. Seria então um caso de concorrência entre o ex-cônjuge supérstite e companheiro do autor da herança?

A resposta para esta pergunta depende do tempo de separação existente entre as pessoas casadas. O Código Civil de 2002, em seu art. 1830 reza que

[...] 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.

Por esta disposição, entende-se que o direito sucessório do cônjuge só será deferido se esse estiver até dois anos separado de fato do autor da herança, excedido esse tempo o mesmo só usufruirá desse benefício se provar que o rompimento se deu sem culpa sua.

Em contrapartida, ao membro sobrevivente da união estável também é permitido o direito hereditário sobre os bens do falecido, como expressa o art. 1790 do CC/02:

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.

Considerando os pareceres acima e fazendo uma junção dos mesmos, constata-se como perfeitamente possível que, morrendo o dono da herança e deixando ex cônjuge separada de fato e companheira, ambas concorram a sua sucessão.

Dúvidas e divergências surgem quanto à forma que se dará essa disputa e conseqüente divisão do patrimônio, vez que o legislador foi omissivo a esse respeito.

Compartilhando desse pensamento, Pena Jr (2009, p. 157) selecionou e expôs em sua obra os dois principais entendimentos doutrinários.

O primeiro, desconhece a concorrência e elege como melhor solução a disponibilização do direito hereditário a um dos dois (ex cônjuge separado de fato ou ao companheiro). O segundo prima pela existência da disputa e conseqüente divisão do patrimônio, cabendo a cada concorrente os bens adquiridos na constância de seus relacionamentos, frisando-se que aos companheiros só caberá o patrimônio adquirido a título oneroso.

Após alusão às posições defendidas por parte da doutrina, Jr ( 2009, P. 158) explanou sua opinião:

A nossa posição é de que com a separação de fato entre os cônjuges cessa a comunhão de bens entre as partes, e somente a partir daí pode ser reconhecida a união estável entre duas pessoas. Assim, não há que se falar em concorrência entre cônjuge e companheiro sobrevivente. O sucessor legal é aquele (cônjuge ou companheiro sobrevivente), quando da morte do outro, com este estava em comunhão plena de vida.

Venosa (2009) compartilha da mesma posição adotada por Pena Jr. (2009, p. 158) no que diz respeito a inexistência da concorrência em comento. Não obstante essa semelhança, seu argumento se faz discrepante ao utilizado por aquele, porque entende que a inclusão do companheiro na ordem de vocação hereditária foi feita de maneira confusa, devendo-se a isso a falta de autorização para o companheiro concorrer e não àquilo proferido anteriormente por seu colega.

Nesse emaranhado de idéias, a jurisprudência se declara permissiva a concorrência entre ex cônjuge separada de fato e companheira, possibilitando àquelas, inclusive, direito à pensão deixada pelo *de cuius*. Nessa linha de raciocínio, julgado<sup>22</sup> do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. PENSÃO. COMPANHEIRA. DESIGNAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. RATEIO COM EX-CÔNJUGE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ART. 1º DA LEI 8.917/94. SEPARAÇÃO DE FATO. COMPROVAÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que 50% da pensão por morte de militar é devida aos filhos e a outra metade deve ser dividida entre a ex-esposa e a companheira, não havendo falar em ordem de preferência entre elas.

2. Nos casos em que estiver devidamente comprovada a união estável, a ausência de designação prévia de companheira como beneficiária não constitui óbice à concessão de pensão vitalícia. Precedentes.

3. Reconhecida a separação de fato do militar e sua ex-esposa com base no contexto probatório carreado aos autos, é vedada, em sede de recurso especial, a reforma do julgado, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial conhecido e improvido.

Inovação doutrinária se refere à concorrência sucessória entre duas companheiras, sendo uma putativa. Esta se dá quando falta uma condição para

<sup>22</sup> Resp nº 544.803/RJ. Divulgado em: DJ 18/12/2006, p. 464

configuração da relação estabilizada, e tal requisito é desconhecido por um dos companheiros. Como exemplo: uma mulher que vive informalmente com um homem desconhecendo sua condição de companheiro de outra. Na situação, falta ao homem o objetivo de constituição de família, vez que aquele já possui uma. Neste cenário a mulher que de boa fé acredita viver em união estável com aquele homem, na realidade tem um concubinato impuro com o mesmo.

O que fazer diante de tal situação? Deverá haver equiparação entre as duas uniões?

A lei também não regulamentou hipóteses como a descrita e a doutrina se manifesta dividida em suas opiniões. Alguns acreditam que estando à companhia de boa-fé, o patrimônio deverá ser dividido entre ambas. Outros entendem como inadmissível a concomitância entre duas uniões estáveis, devendo, portanto ignorar a existência dessa para efeitos sucessórios.

Fortalecendo a segunda opinião, informativo<sup>23</sup> nº 274 do Superior Tribunal de Justiça:

UNIÃO ESTÁVEL. CONCOMITÂNCIA. UNIÕES. INCABÍVEL.

Não se equipara ao casamento putativo o relacionamento do autor da herança com uma mulher, sem que tenha se desvinculado da anterior união estável, na qual vivia como se fosse marido. Não há como configurar união estável concomitante a outra.

Como visto, o STJ não considerou, para efeitos de equiparação do relacionamento putativo a condição de união estável, a boa-fé da concubina. Fez bem não aproveitá-la, porque estaria se vinculando a condição subjetiva, onde seria praticamente impossível verificar a veracidade do alegado por aquela.

Além do mais, todo esse trabalho defendeu-se a igualdade de direitos entre os cônjuges e companheiros, e como é notório, pelo princípio da monogamia não se permite mais de um casamento. Portanto, não seria justo que o legislador restringisse à união estável a faculdade de possuir mais de um relacionamento legalizado ao mesmo tempo.

---

<sup>23</sup> Referente ao julgamento do REsp nº 798.293- RJ, feito pela terceira turma do STJ em 2006.

## 6 CONCLUSÃO

No decorrer deste estudo, constatou-se que a sucessão evoluiu historicamente. Seu objeto deixou de sofrer influências religiosas e passou a significar uma forma de enriquecimento e assistência familiar.

No território nacional, transcendeu do arcaico idealismo preconizado pelo discriminatório CC/16 para a atual Constituição Federal, que baseada em princípios fundamentais ao ser humano inspirou a feitura do CC/02.

Este comprovadamente tratou de maneira diferenciada cônjuges e companheiros ao considerar os primeiros como herdeiros necessários, garantindo os direitos não oferecidos ao segundo, tais como: o da reserva de um quarto da herança quando a disputa se der com filhos comuns, posição privilegiada na ordem de vocação hereditária, impossibilidade de ser excluído da sucessão por meio do testamento; entre outros.

A lei 10.406/02<sup>24</sup>, por sua má redação, deixou de abarcar em seus dispositivos inúmeras questões abordadas nesse trabalho, cabendo a doutrina e a jurisprudência dirimi-las. Entre as soluções encontradas, destaque-se a relativa à concorrência entre ex- cônjuge supérstite separado de fato e companheiro sobrevivente na disputa pela herança do falecido.

A jurisprudência reconheceu essa concorrência e determinou que cada uma daquelas teria direito a herdar apenas da parcela do patrimônio adquirido na constância de cada união; impedindo que uma ou outra usufrua de patrimônio que não ajudou a construir. Ressalte-se que se o relacionamento for concomitante ao casamento, não se considerará união estável, mas sim concubinato impuro, onde somente os direitos sucessórios da esposa serão resguardados.

Da pesquisa realizada, pode-se perceber que houve uma significativa evolução sucessória. Todavia, os companheiros não foram agraciados com aquela, vez que, continuam sendo discriminados e tendo seu direito tolhido em face daquela instituição que a própria Constituição Federal o equiparou.

---

<sup>24</sup> Lei que instituiu o Código Civil 2002



Sendo o atual Código Civil o responsável pela abordagem da matéria, faz-se de suma importância que um novo projeto de lei civil seja elaborado o mais urgente possível, a fim de evitar que injustiças como as aqui tratadas sejam evitadas.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406/02. 2 ed./ São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Senado federal, centro gráfico do congresso, 1988.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 742.685/RJ**. Quarta Turma. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>. Relator Ministro: José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 04/08/2005. Acesso em: 03 out. 2009

CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR. Conferência pronunciada no III Encontro Estadual de Curadores de Família**. Rio de Janeiro em 10/08/1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das sucessões**. 2º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2008

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil**, 2002. Disponível em: <[jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093)>. Acesso em: 15 de setembro de 2009

JÚNIOR, Moacir César Pena. **Curso Completo de direito das sucessões: doutrina e jurisprudência**, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; MENDES, Juarez de Oliveira. **Novo Código Civil**. 1998

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 35 ed. São Paulo: Saraiva.2006

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Vol. 6. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense.2007

NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. **Direitos das sucessões** – Comentários à parte geral e à sucessão legítima . 3 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006

PACHECO, José da Silva. **Inventários e Partilhas**. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense. 2001

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** / Vol.6. 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense. 2004

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Vol. 7. 26. São Paulo: Saraiva, 2007.

**VADE MECUM**. Revista dos tribunais. São Paulo, 2008

VENOSA, Silvio de Salvo **Direito Civil**: Vol. 7. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009