

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

CAIO CESAR RODRIGUES LEITE ARARUNA

A SUCESSÃO LEGÍTIMA NA UNIÃO ESTÁVEL: A CONCORRÊNCIA DO
COMPANHEIRO SOBREVIVENTE COM DESCENDENTES COMUNS E
UNILATERAIS DO AUTOR DA HERANÇA

SOUSA-PB

2017

CAIO CESAR RODRIGUES LEITE ARARUNA

A SUCESSÃO LEGÍTIMA NA UNIÃO ESTÁVEL: A CONCORRÊNCIA DO
COMPANHEIRO SOBREVIVENTE COM DESCENDENTES COMUNS E
UNILATERAIS DO AUTOR DA HERANÇA

Monografia apresentada ao curso de
Direito da Universidade Federal de
Campina Grande como requisito para a
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Admilson Leite de
Almeida

SOUSA-PB

2017

CAIO CESAR RODRIGUES LEITE ARARUNA

A SUCESSÃO LEGÍTIMA NA UNIÃO ESTÁVEL: A CONCORRÊNCIA DO
COMPANHEIRO SOBREVIVENTE COM DESCENDENTES COMUNS E
UNILATERAIS DO AUTOR DA HERANÇA

Aprovada em: 16 de março de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Admilson Leite de Almeida – UFCG
Professor Orientador

Prof. Me. Francisco Cesar Martins Oliveira - UFCG
Professor

Prof. Ozael da Costa Fernandes - UFCG
Professor

AGRADECIMENTOS

Fazer essa monografia não foi tarefa das mais fáceis, especialmente para mim. Em diversos momentos acreditei que não conseguiria concluí-la, entretanto, sempre que eu fraquejava alguém aparecia para me levantar e me ajudar a continuar lutando. Essas pessoas foram meus pilares e a elas devo os meus mais sinceros agradecimentos.

Em primeiro lugar, a Deus e a nosso senhor Jesus Cristo por sempre estarem presentes em meus pensamentos e na minha vida, por não me abandonarem, por escutarem as minhas preces a todo momento, por terem me conferido paciência, discernimento e força para trilhar o caminho até aqui. Sempre que eu pensava em desistir Deus me lembrava o porquê de continuar!

Agradeço ao meu pai, José Araruna, um exemplo ímpar de coragem e perseverança. O meu maior incentivador. Sua dedicação para com a nossa família é invejável! Sem sua companhia nas madrugadas em claro durante a realização desse trabalho, com certeza, ele não seria concluído. Obrigado por seu apoio incondicional, por batalhar dia e noite para me proporcionar uma vida boa e digna, por ser o maior “resolvedor” de problemas do mundo, por nunca cansar de me levantar nas minhas quedas, por cada palavra de incentivo e lição de vida. Você é o combustível para que eu queira ser sempre melhor, sem você não teria chegado até aqui, devo-lhe gratidão eterna pelo pai tão maravilhoso que você é.

Agradeço a minha mãe, Edilene Araruna, uma mulher guerreira, com um coração enorme. Um exemplo de esposa, mãe e mulher. Obrigado por se preocupar comigo, mais até do que se preocupa consigo mesma, por demonstrar seu amor diariamente em cada ligação, por todas as orações em meu favor, pela preocupação para que eu sempre trilhasse o caminho do bem, por ser minha psicóloga em momentos difíceis dando o melhor apoio emocional que alguém pode receber, por me fazer sentir seguro e protegido sempre, por desde pequeno me mostrar o valor da educação e me lembrar depois de adulto a importância de concluir a graduação. O nosso sonho de eu me formar está chegando ao fim e a grande responsável por isso é você, obrigado!

Agradeço a minha namorada, Kyssia Nogueira, por todo amor, carinho e paciência que tem me dedicado, por estar sempre orando por mim, sempre me

apoiando nas minhas decisões e também por ser tão compreensiva, especialmente nos difíceis dias durante elaboração desse TCC. Obrigado por estar sempre ao meu lado, apesar da distância. Seu apoio foi muito importante para a conclusão desta etapa. Sou muito feliz por ter você ao meu lado!

Agradeço ao meu orientador, Admilson Leite de Almeida. Um professor e advogado exemplar. Obrigado por sempre estar à disposição quando precisei, por toda paciência e compreensão que teve comigo, por ter dedicado seu tempo na elaboração e correção desse trabalho, seus ensinamentos sempre serão lembrados.

Agradeço aos meus colegas de curso, em especial, Leon Rodrigues, Jean Lacerda, Glauber Ferreira, Breno Araújo, Valter Lúcio e Heitor Dantas por ajudarem a esquecer um pouco a saudade de casa, por me acolherem em suas vidas como um verdadeiro irmão e por tornarem os meus dias em Sousa e na universidade mais fáceis, amenos e felizes. Esses cinco anos nunca serão esquecidos “os caba”, obrigado irmãos!

Por fim, agradeço a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha vida e da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo o estudo da sucessão legítima na união estável através da análise da concorrência do companheiro sobrevivente com filhos comuns e unilaterais do autor da herança. Sucessão é a transferência patrimonial de uma pessoa a outra por *mortis causa*. União estável é a convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família. O art. 1.790 do Código Civil traça as regras acerca da sucessão do companheiro, conferindo direitos sucessórios ao convivente em concorrência com os ascendentes, descendentes e outros parentes sucessíveis do autor da herança. No entanto, situação não descrita pelo dispositivo é aquela que diz respeito à *sucessão do companheiro diante da filiação híbrida, ou seja, a transmissão patrimonial do de cujos* nos casos em que o companheiro concorre, ao mesmo tempo, com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança. Nesse sentido, diante da atual dinâmica dos relacionamentos afetivos, é cada vez mais comum o surgimento de uniões estáveis nas quais um ou ambos os companheiros já possuem filhos de outros relacionamentos. A omissão legislativa para esses casos gera uma enorme instabilidade para quem, nessa situação, aguarda por uma manifestação judicial. Desta feita o objetivo geral do trabalho é identificar a sucessão na união estável e sua aplicabilidade no Código Civil Brasileiro; enquanto que seus objetivos específicos são: i) analisar a união estável e seus efeitos no ordenamento jurídico; ii) identificar as formas de sucessão no direito brasileiro; e iii) apontar a forma de concorrência do companheiro sobrevivente na sucessão do outro com filiação híbrida. Para a realização da pesquisa foi utilizado o método de abordagem dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica. A partir da análise doutrinária e jurisprudencial foi possível realizar um estudo pormenorizado da união estável examinando seu histórico, conceito e proteção constitucional, bem como elencando seus elementos caracterizadores; em seguida o trabalho examinou a sucessão no direito brasileiro frisando sua importância, expondo suas espécies e a ordem de vocação hereditária; por fim a sucessão legítima na união estável - tema central do trabalho - foi esmiuçada desde sua regulamentação na Lei nº 8.971/94 até sua normatização no Código Civil de 2002, partindo, em seguida, para a análise do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 878.694, a fim de explicar como se dará a confusa sucessão do companheiro sobrevivente em concorrência com filiação híbrida. Dessa forma, propõe alterações na atual legislação com o fito de uniformizar o entendimento da jurisprudência, a fim de evitar decisões conflitantes em casos de mesma natureza, permitindo, assim, a consagração da efetiva e justa prestação jurisdicional.

Palavras-chave: União estável. Sucessão. Filiação híbrida.

ABSTRACT

The present research has as scope the study of the legitimate heritage in the stable union by analyzing the competition of the surviving spouse with common and unilateral children of the author of the inheritance. Heritage is the transference of property from one person to another by mortis causa. Stable union is the public coexistence, continuous and lasting with the purpose of constituting a family. The art. 1.790 of the Civil Code outlines the rules on the succession of the companion, granting heritage rights to the cohabitant in competition with the descendants, descendants and other successive relatives of the author of the inheritance. However, a situation not described by the device is that which relates to the heritage of the companion to the hybrid affiliation, that is, the patrimonial transmission of the one of whose cases the fellow competes, at the same time, with common and exclusive descendants of the author inheritance. In this sense, in the face of the current dynamics of affective relationships, it is increasingly common for stable unions to arise in which one or both partners already have children from other relationships. The legislative omission in these cases creates a great instability for those who, in this situation, awaits a judicial demonstration. Therefore the general objective of the work is to identify the heritage in the stable union and its applicability in the Brazilian Civil Code; While its specific objectives are: (i) to analyze the stable union and its effects on the legal order; li) identify the succession forms in Brazilian law; And iii) to point out the form of competition of the surviving companion in the succession of the other with hybrid affiliation. For both was used as method for the collection of data the bibliographical research through the analysis of doctrine and jurisprudence homelands. From the doctrinal and jurisprudential analysis it was possible to carry out a detailed study of the stable union by examining its history, concept and constitutional protection, as well as listing its characterizing elements. Then the work examined the succession in Brazilian law emphasizing its importance, exposing its species and the order of hereditary vocation; Finally, the legitimate succession in the stable union - the central theme of the work - has been scrutinized since its regulation in Law No. 8.971 / 94 until its normatization in the Civil Code of 2002, starting then for the analysis of the new understanding of the Federal Supreme Court In Extraordinary Appeal 878.694, in order to explain how the confused succession of the surviving companion in competition with hybrid membership will occur. Pursuant to, it proposes changes in the current legislation in order to standardize the understanding of the jurisprudence, in order to avoid conflicting decisions in cases of the same nature, thus allowing for the effective and fair judicial consecration.

Keywords: Stable union. Succession. Hybrid filiation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 UNIÃO ESTÁVEL	10
2.1 HISTÓRICO E CONCEITO	10
2.2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DEFERIDA À ENTIDADE FAMILIAR	15
2.3 OS ELEMENTOS CARACTERIZADOS DA UNIÃO ESTÁVEL	18
2.3.1 <i>Intuito familiae</i> (ânimo de construir família)	20
2.3.2 Dualidade de sexos	22
2.3.3 Estabilidade	24
2.3.4 Continuidade	24
2.3.5 Publicidade	25
2.3.6 Ausência de impedimentos matrimoniais	26
3 SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO	28
3.1 O DIREITO SUCESSÓRIO E SUA IMPORTÂNCIA	28
3.2 ESPÉCIES DE SUCESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	30
3.2.1 Sucessão legítima	30
3.2.2 Sucessão testamentária	32
3.2.3 Sucessão a título universal	34
3.2.4 Sucessão a título singular	35
3.3 A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO CÓDIGO CIVIL	36
4 A SUCESSÃO LEGÍTIMA NA UNIÃO ESTÁVEL	41
4.1 SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL NA LEI Nº 8.971/94	42
4.2 O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E A SUCESSÃO ENTRE COMPANHEIROS	43
4.3 A APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.829 DO CÓDIGO CIVIL PARA OS COMPANHEIROS E O NOVO ENTENDIMENTO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694	47
4.4 A CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO OUTRO COM FILIAÇÃO HÍBRIDA	51
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O estudo, ora apresentado, abordará o tema: A sucessão legítima na união estável: a concorrência do companheiro sobrevivente com filhos comuns e unilaterais do autor da herança. Trazendo, no seu contexto, o estudo da União Estável no direito brasileiro e, também, demonstrando juridicamente os Direitos Sucessórios do Companheiro sobrevivente em concorrência com filiação híbrida, tendo em vista a omissão legislativa quanto a matéria.

O artigo 1.790 do Código Civil trata da sucessão do companheiro estabelecendo regras quando suceder sozinho ou em concorrência com ascendentes, descendentes e outros parentes sucessíveis. Entretanto o referido artigo possui várias falhas, contradições e omissões em sua redação destacando-se, principalmente, a falta de tutela da sucessão do companheiro sobrevivente quando há concorrência com filiação híbrida.

Desta forma, buscará realizar uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial a fim de elucidar como se dará a sucessão do companheiro sobrevivente quando concorrer na sucessão do outro com descendentes comuns e unilaterais.

O trabalho possui como objetivo geral identificar a sucessão na união estável e sua aplicabilidade no Código Civil Brasileiro; e tem como objetivos específicos: i) analisar a união estável e seus efeitos no ordenamento jurídico; ii) identificar as formas de sucessão no direito brasileiro; e iii) apontar a forma de concorrência do companheiro sobrevivente na sucessão do outro com filiação híbrida.

Diante da imprecisão legislativa para tratar da concorrência do companheiro sobrevivente com filiação híbrida, inúmeras celeumas apresentam-se tanto no campo social como no campo jurídico. A sociedade é deveras prejudicada com decisões equivocadas advindas dificuldade de interpretar a questão na falta de legislação específica, fato que também afeta o mundo do direito, tendo em vista a insegurança jurídica provocada por decisões dispares, o que justifica o estudo ora apresentado.

Para o desenvolvimento do presente trabalho será utilizado o método dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica, que será realizada através de doutrina, artigos e internet, em especial na legislação referente ao tema e, por fim, jurisprudencial, para que sejam analisados os casos práticos,

tendo em vista a falta de regulamentação jurídica no Brasil, da concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes comuns e unilaterais do autor da herança.

O trabalho de conclusão de curso estrutura-se em três capítulos:

No primeiro capítulo será abordada a evolução histórica da união estável no ordenamento jurídico brasileiro, partindo da indiferença relegada a ela pelo Código Civil de 1916 até o seu reconhecimento como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988 e posterior ratificação pelo Código Civil de 2002. Em seguida, aborda a proteção constitucional deferida a união estável como entidade familiar culminando com uma explanação acerca dos elementos caracterizadores de sua constituição.

No segundo capítulo será feita uma análise pormenorizada da sucessão no direito brasileiro, apresentado inicialmente o conceito e a importância do direito sucessório, na sequência são elencadas e analisadas as espécies de sucessão no ordenamento jurídico brasileiro: legítima, testamentária, a título singular e a título universal, culminando com o estudo acerca da ordem de vocação hereditária no Código Civil de 2002.

No terceiro e último capítulo tratar-se-á da sucessão legítima na união estável desde a sua regulamentação na Lei nº 8.971/94 até a sua normatização pelo Código Civil, partindo, em seguida, para a análise do novo entendimento do STF no Recurso Extraordinário 878.694, a fim de explicar como se dará a confusa sucessão do companheiro sobrevivente em concorrência com filiação híbrida.

2 A UNIÃO ESTÁVEL

No início do século XX as relações livres marcadas pelo afeto não eram reconhecidas como entidade familiar, apenas o matrimônio era considerado forma legítima de se constituir uma família, a evolução social e jurisprudencial levou ao reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal e posteriormente por leis extravagantes como as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 e o Código Civil de 2002.

2.1 HISTÓRICO E CONCEITO

A união estável logrou um longo e árduo caminho para alcançar o papel que ocupa na sociedade atual. Durante um longo período na história do Brasil as uniões livres e informais, marcadas pelo afeto sofreram uma forte rejeição social e legislativa, sendo conferido o status de entidade familiar apenas às relações constituídas sob o selo do casamento.

Nesse sentido lecionam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 408):

Até o início do século XX, qualquer tentativa de constituição de família fora dos cânones do matrimônio era destinatária da mais profunda repulsa social.

A união livre simplesmente não era considerada como família e a sua concepção era de uma relação ilícita, comumente associada ao adultério e que deveria ser rejeitada e proibida.

Tão dura era essa rejeição que o Código Civil de 1916 simplesmente se omitiu em regular as relações extramatrimoniais, de forma que nas poucas vezes em que se referiu a tal modalidade de relação tratou de puni-la, como se pode inferir na obra de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 603):

O Código Civil de 1916 continha alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, proibindo, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à

concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Portanto, às vistas da supracitada legislação, a única forma de se constituir uma entidade familiar era através dos laços sagrados do matrimônio onde se constituía a chamada “família legítima” sendo conferido o status de “ilegítima” qualquer outra forma de construção familiar. (FARIAS E ROSENVALD, 2013).

Entretanto, mesmo com tantos empecilhos e reprovações as relações surgidas fora do âmbito do casamento continuaram a existir, pois, como aduz Maria Berenice Dias (2016, p. 239) “não há lei, nem do deus que for, nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade”. Essas relações foram rotuladas de concubinato.

A esse propósito, elucidam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, (2013, p. 514):

“Todavia, considerando que o casamento tinha caráter indissolúvel, não raro, diversas pessoas – inclusive aquelas cujo casamento terminava de fato, mas não de direito – viviam maritalmente com alguém, mas optando por não casar ou, de outro modo, não podendo casar. Essas pessoas passaram a viver em entidades que foram intituladas como concubinato.

Desta feita, mesmo sendo ignoradas pelo direito, tais relações passaram a produzir consequências fáticas, seja pelo seu rompimento ou pela morte de um dos companheiros, com isso, rapidamente várias demandas começaram a bater às portas do judiciário. Foi nesse momento que o entendimento jurisprudencial prestou um grande auxílio no reconhecimento dos direitos advindos deste tipo de relação.

Nesse raciocínio Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 603-604) preleciona:

“A realidade é que o julgador brasileiro passou a compreender que a ruptura de longo concubinato, de forma unilateral ou por mútuo consentimento, acabava criando uma situação extremamente injusta para um dos concubinos, porque em alguns casos, por exemplo, os bens amealhados com o esforço comum haviam sido adquiridos somente em nome do varão.

Em um primeiro momento, passou-se a admitir que a dissolução de um relacionamento extramatrimonial em que a mulher não exercia atividade remunerada

e nem possuía nenhuma fonte de renda, porém prestasse todo suporte do lar, como se esposa fosse, ensejaria enriquecimento indevido do homem.

Nestes casos, como as relações concubinárias não possuíam natureza familiar, os concubinos não faziam jus a alimentos, então os tribunais concediam alimentos de forma camuflada, com o nome de indenização por serviços domésticos prestados.

Como bem explicam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 413):

Assim por algum tempo, foi a *ação indenizatória por serviços domésticos prestados* – modalidade encontrada para evitar enriquecimento sem causa, no caso - o único instrumento de amparo material reconhecido à companheira necessitada, funcionando, de fato como uma construção pragmática, diante da recusa do ordenamento positivo em lhe reconhecer o direito a alimentos.

Posteriormente, em uma evolução jurisprudencial, a justiça passou a reconhecer a existência de uma sociedade de fato entre os companheiros, nesse contexto eles eram considerados “sócios”, havendo a divisão de “lucros” do patrimônio comum, na parcela do que houvessem contribuído. (DIAS, 2016).

Esse entendimento levou o Supremo Tribunal Federal a editar a súmula 380, considerada um grande marco no reconhecimento dos direitos dos companheiros. Tal súmula dispõe: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012), a redação dessa súmula levantou dúvidas de interpretação da jurisprudência acerca da expressão “esforço comum”. Duas correntes surgiram para solucionar essa questão. A primeira entendia que só fazia jus a participação do patrimônio formado durante o relacionamento, a companheira que com seu esforço, trabalhou ao lado do companheiro na atividade lucrativa. A segunda utilizava como baliza a indenização por serviços domésticos prestados, inexigindo prova efetiva de participação econômica por parte da concubina, de forma que ela concorria para o enriquecimento da sociedade por meio dos afazeres domésticos. A última restou por ser adotada pelos tribunais.

Complementa Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 605):

As restrições existentes no Código Civil passaram a ser aplicadas somente aos casos de concubinato adulterino, em que o homem vivia com a esposa e, concomitantemente, mantinha concubina. Quando, porém, encontrava-se separado de fato da esposa e estabelecia com a concubina um relacionamento *more uxorio*, isto é, de marido e mulher, tais restrições deixavam de ser aplicadas, e a mulher passava a ser chamada de companheira.

Com isso, a doutrina começou a utilizar as expressões “concubinato impuro” e “concubinato puro” para diferenciar os dois novos tipos de relacionamentos extramatrimoniais que passaram a existir. A primeira faz referência a pessoa casada que mantinha outro relacionamento amoroso, enquanto que a segunda seria a união livre e informal sem os impedimentos decorrentes do casamento.

Nesse sentido, lecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2013, p. 516):

i) o concubinato puro (composto por pessoas que poderiam casar, mas preferiam não fazê-lo), ii) o concubinato impuro (formado por pessoas que não poderiam casar, como por exemplo, as pessoas casadas, caracterizando o típico e conhecido exemplo das “amantes”. Era o concubinato adulterino ou incestuoso).

O grande passo, no entanto, foi dado pela Constituição Federal de 1988 que elevou o concubinato ao status de entidade familiar, enquadrando-o no âmbito do Direito da Famílias e garantindo a ele especial proteção do Estado. A partir daí a relação familiar nascida fora do casamento, sem os impedimentos decorrentes do mesmo (concubinato puro), passou a denominar-se “união estável”.

Assim se lê no art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988: “Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Contudo, a especial proteção constitucional conferida a união estável, não logrou efeito imediato, pois os tribunais continuaram mantendo o instituto no âmbito do direito das obrigações nas varas cíveis. Com isso, duas leis surgiram para regulamentar o novo instituto: a Lei 8.971/94 e a Lei 9.278/96.

A Lei 8.971/94 disciplinou o direito dos companheiros aos alimentos e a sucessão, impôs o prazo mínimo de cinco anos para o reconhecimento da união estável, a existência de prole e que os companheiros fossem solteiros, divorciados ou viúvos.

Mais abrangentes são os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2016, p. 241):

Não tendo a norma constitucional logrado aplicabilidade, duas leis regulamentaram o novo instituto. A L 8.971/94 assegurou direito a alimentos e à sucessão. No entanto, conservava ainda certo ranço preconceituoso, ao reconhecer como união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, excluindo os separados de fato. Reconheceu como estáveis as relações existentes há mais de cinco anos ou das quais houvesse nascido prole. No caso de inexistirem descendentes ou ascendentes, o companheiro foi incluído na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo.

Já a Lei 9.278/96 passou a considerar a união estável como entidade familiar de convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família, afastando assim a exigência temporal trazida pela legislação anterior, também admitiu união estável entre pessoas separadas de fato, fixou a competência das varas de família para os litígios envolvendo a união estável, reconheceu a direito real de habitação e deu um passo na matéria sucessória.

Sobre a referida lei, esclarece Maria Berenice Dias (2016, p. 241):

A Lei 9.278/96 teve maior campo de abrangência. Não quantificou prazo de convivência e admitiu como estáveis as relações entre pessoas separadas de fato. Além de fixar a competência das varas de família para o julgamento dos litígios, reconheceu o direito real de habitação. Gerou a presunção *juris es de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são frutos de esforço comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro na partilha igualitária.

Por fim, o Código Civil de 2002 regulou em definitivo o instituto da união estável, localizando-o no último capítulo do livro do direito das famílias no artigo 1.723, onde se lê: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Desta feita, com base no Código Civil de 2002 e no atual entendimento jurisprudencial, pode-se conceituar a moderna união estável como “uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou

não, com objetivo imediato de constituição de família” (STOLZE E PAMPLONA; 2011).

2.2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DEFERIDA À ENTIDADE FAMILIAR

As legislações anteriores a Constituição Federal de 1988, marcadas pelo patriarcalismo e influenciadas, em grande parte, pela religião afirmavam que a única maneira legítima de se constituir uma entidade familiar era através do vínculo matrimonial.

Como assevera Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 32) “o Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada”.

A evolução do comportamento e do pensamento da sociedade de 1916 até a Constituição Federal 1988, praticamente, forçou a nova Carta Magna a romper com esse antigo paradigma.

Assim, a Constituição Federal de 1988, consagrou a pluralidade de formas de constituição da entidade familiar. A hierarquização foi extirpada do Direito das Famílias dando lugar ao afeto como baliza da constituição da entidade familiar. Dessa forma, foi garantida especial proteção do Estado ao casamento civil, à união estável e à família monoparental, como se pode ler no artigo 226 da Constituição Federal de 1988:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O texto Constitucional confere uma função instrumentalista da família e não finalística, como era trazido nas legislações anteriores. Foi garantido a sociedade que a constituição de uma entidade familiar é instrumento para a construção da

dignidade da pessoa humana e da felicidade e não um fim para esse objetivo, como explicam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p. 507):

Com efeito, o Texto Magno atribui especial proteção do Estado à família (inclusive aquela não fundada no matrimônio), deixando antever o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade da pessoa humana. É que partindo de uma concepção instrumentalista da família, é possível afirmar que a tutela jurídica dedicada a família não se justifica em si mesma. Isto é, não se protege a família por si mesma, mas para que, através dela, sejam tuteladas as pessoas que a compõem. Assim sendo, seja qual for o núcleo familiar, merecerá especial proteção do Estado para que através dele esteja garantida a dignidade dos seus membros.

Nessa baliza, toda doutrina, jurisprudência e legislação infraconstitucional deve tratar de forma igualitária todos os modelos de construção de entidade familiar trazidos pela constituição pois, fazer o contrário, é atentar contra o próprio espírito da constituição e da dignidade da pessoa humana

Nesse sentido são as lições de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p. 506-508):

O exame da disciplina jurídica da união estável – assim como de qualquer outra entidade familiar – há de se realizar, necessariamente, à luz do balizamento constitucional, dependendo, sempre, do atendimento ao seu elemento finalístico. Nessa ordem de ideias, toda e qualquer norma infraconstitucional codificada ou não, deverá garantir a especial proteção aos componentes da união estável, sem discriminações, mas também sem privilégios, sob pena de incompatibilidade com a norma constitucional e conseqüente invalidade.

[...]

Observe-se, inclusive, que tratar de forma discriminatória a união estável implicaria negar o papel promocional da família e, conseqüentemente, atentar contra a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes. Não é crível, nem admissível, que as pessoas sejam obrigadas a casar somente para adquirir mais direitos. A opção pelo casamento, pela união estável, ou, seja lá pelo que for, não pode implicar na aquisição de mais ou menos garantias jurídicas.

Ainda assim, há quem entenda que a união estável merece tratamento inferior ao casamento civil sob a justificativa de que, quando a Constituição Federal mencionou no § 3º do seu artigo 226 que “deve a lei facilitar sua conversão em casamento” quis estabelecer graus de importância entre as entidades familiares.

Seguramente, esse não é o entendimento que deve prevalecer pois, a medida que o legislador busca facilitar a conversão da união estável em casamento, quer apenas desburocratizar a formalização de uma família que já existe de fato e de direito, entretanto com um rótulo diferente. (DIAS, 2016)

Ainda se infere acerca do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 sobre a sua abrangência. O questionamento levantado é se o legislador constituinte, ao elencar as entidades familiares, trouxe um rol aberto ou fechado. O melhor entendimento é que o rol do artigo 226 da CF de 88 é aberto, como explica Flavio Tartuce (2016, p. 1203 a 1204), “tem prevalecido, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento pelo qual o *rol constitucional familiar* é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*)”.

Assim sendo, atualmente, são admitidas outras formas de manifestação de entidades familiares além das elencadas pela Constituição Federal de 1988, como a família anaparental constituída sem pais, a família homoafetiva constituída por pessoas do mesmo sexo e a família mosaico ou pluriparental decorrente de vários casamentos, uniões estáveis ou simples relacionamentos afetivos dos seus membros. (TARTUCE, 2016)

Garantir a pluralidade na forma de construção da entidade familiar e garantir especial proteção do Estado a ela não foi o único avanço da Constituição em relação às legislações passadas. Esse foi apenas um dos três eixos transformadores trazidos pela Carta Magna. Os outros dois eixos se encontram no artigo 227, § 6º da CF e nos artigos 5º, I e 226, § 5º da CF/88. O primeiro artigo consagra a igualdade entre os filhos enquanto que o segundo garante a igualdade entre homem e mulher, como elucida Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 33):

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

Não há dúvidas que a Constituição Federal de 1988 galgou um importante passo no caminho da dignificação e da humanização do Direito das Famílias, trazendo inúmeras modificações legislativas que romperam com os antigos paradigmas sociais. Todas essas inovações trazidas pela Constituição foram reproduzidas no atual Código Civil, o que levou ao que hoje se chama de constitucionalização do direito civil.

2.3 OS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL

Uma das características mais marcantes do instituto da união estável no direito das famílias é a desnecessidade de formalismo para a sua constituição. A legislação não traz um ritual solene para que se inicie uma união estável, ao invés disso, elenca certos elementos necessários para a prova da sua constituição.

Assim, para analisar a união estável se faz necessário o estudo dos artigos 226, § 3º da Constituição Federal e 1.723 do Código Civil que trazem os pressupostos para a sua configuração.

O artigo 226, § 3º da CF aduz:

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

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

Por seu turno, prescreve o artigo 1.723 do CC:

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

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo, da análise desses dispositivos legais se extrai os elementos essenciais a que está submetida a união estável, sendo eles: a) diversidade de sexos; b) estabilidade; c) publicidade; d) continuidade; e) ausência de impedimentos matrimoniais. Esses requisitos devem, necessariamente, estar ligados em torno do elemento principal: o ânimo de construir família (*intuito familiae*) que é a intenção de estar vivendo como se casados fossem, sob pena de não conhecimento da união estável. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2011)

Nessa ótica, pode se acentuar que o ânimo de constituir família é o elemento primordial para a caracterização da união estável, sendo os outros acessórios e a ele subordinado. Assim é possível diferenciar os requisitos para a configuração da união estável em subjetivos e objetivos.

Nesse sentido lecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2013, p. 530):

Noutra perspectiva, é possível diferenciar os requisitos para a configuração da união estável em perspectiva subjetiva e objetiva. Os requisitos objetivos dizem respeito à diversidade de sexos, à estabilidade, à publicidade e à inexistência de impedimentos nupciais. Já o elemento subjetivo é o *animus familiae*, a intenção de estar em convivência verdadeiramente familiar.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, além desses elementos ainda existem os elementos acidentais que não são essenciais para a caracterização da união estável, porém, quando presentes, auxiliam na comprovação de sua existência. São eles: tempo de convivência, existência de prole e tempo de coabitação. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2011)

A Lei nº 9.278/96 trouxe a desnecessidade de tempo de convivência ou existência de prole. O mesmo posicionamento foi adotado pelo Código Civil de 2002, como ensinam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 234), “a configuração da união estável, portanto, no Código Civil de 2002, na mesma vereda da Lei n. 9.278 de 1996”, poderá se dar qualquer que seja o tempo de união do casal e, bem assim, quer existam ou não filhos comuns.

Já o tempo de coabitação foi dispensado pela súmula 32 do Supremo Tribunal Federal que aduz: “A vida em comum sob o mesmo teto, ‘*moxe uxório*’, não é indispensável a caracterização do concubinato”.

Feitas estas considerações, torna-se mister analisar individualmente as principais características da união estável.

2.3.1 *Intuito familiae* (ânimo de construir família)

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013) definem o *intuito familiae* como a “firme intenção de viver como se casados fossem”.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 430) dispõem que “o principal e inafastável elemento para o reconhecimento da união estável, sem sombra de dúvidas, é o teleológico ou finalístico: objetivo de constituição de família”.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 614) completa dizendo:

O elemento subjetivo é essencial para a configuração da união estável. Além de outros requisitos, é absolutamente necessário que haja entre os conviventes, além do afeto, o elemento espiritual caracterizado pelo ânimo, a intenção, o firme propósito de constituir uma família, enfim, a *affectio maritalis*.

A partir desses conceitos pode-se concluir que o *intuito familiae* é o pressuposto de caráter subjetivo, indispensável para a caracterização da união estável, que consiste no firme propósito de constituir uma família como se casados fossem.

Esse elemento é considerado essencial para a caracterização da união estável pois é ele que divide a tênue linha entre um namoro prolongado ou um noivado da união estável. O *animus familiae* necessário para a configuração da união estável deve ser imediato, os companheiros precisam conviver como se estivessem enlaçados pelo matrimônio e não como se possuíssem a intenção futura de viver assim.

Nesse sentido leciona Flávio Tartuce (2016, p. 1.341):

Em complemento, não se pode confundir a união estável com um namoro longo, tido como um *namoro qualificado*. No último caso há um objetivo de família futura, enquanto na união estável a família já existe (*animus familiae*). Para a configuração dessa intenção de família no futuro ou no presente, entram em cena o tratamento dos

companheiros (*tractatus*), bem como o reconhecimento social de seu estado (*reputatio*). Nota-se, assim, a utilização dos clássicos critérios para a configuração da posse de estado de casados também para a união estável. Esses critérios e o projeto presente ou futuro igualmente servem para diferenciar a união estável de um noivado.

Contudo, por ser um elemento de ordem subjetiva, a prova de sua existência pode apresentar dificuldades, especialmente quando um dos conviventes vier a negá-la.

Por conta disso alguns casais optam por celebrar um contrato de namoro, especificando naquele documento que a relação por eles vivida não é de união estável. De acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 431):

Precisamente por receio de caírem na malha jurídica da união estável, muitos casais brasileiros convencionaram celebrar, em livro de notas de Tabelião, o denominado “contrato de namoro”, negócio jurídico firmado com o nítido propósito de afastarem o regramento do Direito de Família.

Entretanto, tal documento não pode ser considerado como absoluto. A união estável decorre de um fato da vida, existindo um contrato de namoro em um caso concreto em que o casal exterioriza socialmente uma vida como marido e mulher, compartilhando projetos econômicos comuns, coabitando o mesmo lar, possuindo contas bancárias conjuntas, frequentando eventos sociais e familiares, dentre outros fatos da vida, descaracteriza-se esse contrato de namoro.

Desta feita a melhor maneira para provar a existência do *intuito familiae* e por consequência a configuração da união estável é a utilização da teoria da primazia da realidade, defendida por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p. 532):

Um bom critério a ser utilizado para a comprovação do *intuito familiae* é a *teoria da primazia da realidade*. Partindo dos contornos dessa teoria (que, de certo modo, incorpora as ideias da teoria da aparência), mais relevante do que a existência de contratos celebrados é o tratamento real e concreto dispensado entre as partes. Se elas se tratam como marido e mulher, mesmo que a relação seja denominada de um simples namoro, será enquadrada nas latitudes e longitudes da união estável.

Portanto, aplicação desta teoria se mostra relevante na identificação da união estável, pois impende em evitar qualquer injustiça que venha a ser provocada por

algum documento acordado pelas partes que venha de encontro ao que é imposto por lei.

2.3.2 Dualidade de sexos

Ao tratar acerca da união estável a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, exige a diversidade de sexo para a sua caracterização, como se pode ler: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar [...]”. Tal exigência foi seguida pelo Código Civil em seu artigo 1.723.

Até pouco tempo, a presença desse requisito era determinante para a caracterização da união estável, de forma que as uniões entre pessoas do mesmo sexo eram consideradas pela doutrina ato inexistente para o direito das famílias. A jurisprudência, por sua vez, reconhecia somente a existência de uma sociedade de fato entre os companheiros, como explica Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 616):

A jurisprudência reconhecia tão somente a existência de sociedade de fato, entre os sócios, a indicar direitos de participação no patrimônio formado pelo esforço comum de ambos, e não união livre como entidade familiar. Desse modo, a união de duas pessoas do mesmo sexo, chamada de parceria homossexual ou união homoafetiva, por si só, não gerava direito algum para qualquer delas, independentemente do período de coabitação.

Contudo, é inadmissível que em uma sociedade tão diversa e plural tal exigência seja feita para que duas pessoas ligadas pelo afeto possam viver juntas, como uma família. Não é crível que a diversidade de sexos seja o termômetro para medir a capacidade das pessoas de constituir ou não uma família. Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p.533):

Efetivamente, a união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual. Ou seja, ambas as configurações de relacionamentos humanos estão fundadas, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida, não é a diversidade de sexos que garantirá a

caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas.

Aos poucos o assunto ganhou repercussão, a doutrina o colocou em evidência, a falta de legislação específica fez com que os casais que viviam em união homoafetiva passassem a buscar seus direitos junto ao Poder Judiciário o que culminou com a decisão do STF no julgamento da ADI 4.277 que proclamou:

[...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (Supremo Tribunal Federal, 2011)

Com isso encerrou-se de vez o questionamento acerca da posição da união homoafetiva no ordenamento jurídico. Proclamou-se, com efeito vinculante, que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Foram reconhecidos todos os efeitos (pessoais e patrimoniais) decorrentes de uma união

estável aos casais homossexuais, relativizando o requisito da diversidade de sexos e inserindo-os de vez na ceara do direito das famílias.

2.3.3 Estabilidade

A estabilidade é um dos requisitos presentes no artigo 1.723 do Código Civil para a configuração da união estável que preleciona que a união deve ser pública, contínua e *duradoura*.

Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p. 537) “a família convivencial exige um caráter estável, uma duração prolongada no tempo”.

Assim, pode-se concluir que tal requisito exige que a relação entre os companheiros não seja acidental, momentânea, fugaz e sim que se prolongue no tempo, por um período razoável para indicar que se constituiu uma entidade familiar.

Contudo, vale ressaltar que desde a Lei n. 9.278/96 não se exige prazo mínimo de convivência para a caracterização da união estável, ficando a cargo do juiz, em cada caso concreto, verificar se o relacionamento possui tempo suficiente para ser considerado como entidade familiar.

2.3.4 Continuidade

A continuidade é outro requisito trazido pelo artigo 1.723 do Código Civil para a configuração da união estável que preleciona que a união deve ser pública, *contínua* e *duradoura*.

A relação contínua é aquela que se estende ao longo do tempo, sem interrupções. Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p. 537) a continuidade “significa que o relacionamento permanece, transpassa o tempo, não sofrendo interrupções constantes”.

Tal exigência mostra importante relevância, pois como a união estável não é uma relação formalmente documentada igual ao casamento sua solidez é

comprovada pela perpetuação da relação no tempo, afastando assim que relações instáveis se alcem a categoria de união estável.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 621):

Diferentemente do casamento, em que o vínculo conjugal é formalmente documentado, a união estável é um fato jurídico, uma conduta, um comportamento. A sua solidez é atestada pelo caráter contínuo do relacionamento. A instabilidade causada por constantes rupturas desse relacionamento poderá provocar insegurança a terceiros, nas suas relações jurídicas com os companheiros.

Vale ressaltar que não é qualquer ruptura no relacionamento que configura a quebra da continuidade na relação. A vida a dois é repleta de desafios e dificuldades, é certo que conflitos e desavenças surgirão entre os companheiros, podendo culminar, até, em uma breve ruptura, contudo apenas uma grave interrupção de convivência que acabe com a intenção de continuar comprometido com a outra pessoa configurará a quebra da continuidade, pondo fim a união estável.

Assim, o que deteriora o vínculo afetivo é a ruptura séria, aquela que quebra a base objetiva (que é a convivência) e subjetiva (a intenção de continuar comprometido a outra pessoa) do relacionamento. De modo que a continuidade subjetiva é a necessária para caracterizar a união estável, pois exprime a real intenção das partes de imprimir continuidade ao relacionamento, não se tratando de mera relação transitória, independentemente de tempo. (FARIAS E ROSENVALD, 2013)

2.3.5 Publicidade

Exige o art. 1723 do Código Civil, para que se configure a união estável, que a convivência, além de contínua e duradoura, seja *pública*.

Ou seja, é necessário que o relacionamento dos companheiros seja notório perante o meio em que vivem, apresentando-se a todos como se casados fossem. Com isso, relações furtivas, sigilosas, misteriosas e secretas não gozarão do status de união estável.

Nesse sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 618-619):

Não pode, assim, a união permanecer em sigilo, em segredo, desconhecida no meio social. Requer-se, por isso, notoriedade ou publicidade no relacionamento amoroso, ou seja, que os companheiros apresentem-se à coletividade como se fosse marido e mulher (*more uxório*). Relações clandestinas, desconhecidas da sociedade, não constituem união estável.

Vale frisar que exigir publicidade a relação dos companheiros não é obriga-los a propagar a todo tempo e lugar o seu relacionamento amoroso, expondo suas vidas de maneira inconveniente, pois a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XII garante como direito fundamental a proteção a vida privada. O que se exige é que o relacionamento seja de notório conhecimento social a fim de diferenciar a união estável, por exemplo, de um caso.

2.3.6 Ausência de impedimentos matrimoniais

O Código Civil estabelece em seu artigo 1.723, § 1º que é vedada a constituição da união estável se ocorrerem um dos impedimentos presentes no artigo 1.521 (impedimentos matrimoniais).

Com isso, estão proibidos de constituir união estável: os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou cívico; os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os irmãos, unilaterais ou bilaterais e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; o adotado com o filho do adotante; e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Conforme lecionam os doutrinadores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p. 540), “A ideia fundamental do Código Civil, como regra geral, é de que somente é possível a caracterização de uma união estável quando for possível a sua conversão em casamento”.

Vale destaque a escusa feita as pessoas separadas judicialmente ou de fato pelo final do parágrafo 1º do artigo 1.723 do Código Civil, onde se lê: “não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

Por fim, vale salientar que as causas suspensivas do casamento presentes no artigo 1.523 do Código Civil não são óbice a constituição da união estável por expressa previsão do parágrafo 2º do artigo 1.723 do Código Civil.

3 A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O direito sucessório trata da transferência patrimonial de uma pessoa a outra por *mortis causa*, compreendendo o patrimônio do *de cujos* não só o ativo, mas também o passivo do acervo hereditário, sendo sua existência de suma importância, tendo em vista que além de garantir a continuidade do patrimônio e das relações jurídicas do falecido, também promove a proteção e a manutenção de sua família.

3.1 O DIREITO SUCESSÓRIO E SUA IMPORTÂNCIA

O vocábulo sucessão, em sentido amplo, significa substituir. No campo jurídico, ocorre uma sucessão quando determinada pessoa assume o lugar de outra na titularidade de algum direito, a fim de promover a manutenção dos efeitos deste.

No mesmo sentido entende Maria Berenice Dias (2015, p. 34):

Suceder significa substituir, ou seja, tomar o lugar do outro. Quando uma pessoa toma o lugar de outra, uma sucede a outra. Sucessão, em sentido geral e vulgar, é a sequência de fenômenos ou fatos que aparecem uns após outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações. No âmbito jurídico o significado da palavra sucessão é o mesmo. É a substituição do titular de um direito, com relação a bens, direitos ou encargos.

A sucessão em sentido amplo pode ocorrer em diversos ramos do direito como no direito das obrigações em que o comprador sucede o vendedor no contrato de compra e venda, no direito das famílias quando o tutor substitui os pais ou no direito das coisas, onde a tradição opera. Nesses casos ocorre a sucessão *inter vivos*.

Entretanto, para o direito das sucessões o vocábulo deve ser utilizado em seu sentido estrito, delimitando a transmissão de bens, direitos ou obrigações decorrentes da morte de alguém, ou seja, a sucessão *mortis causa*.

Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 1) atenta para essa diferenciação:

No direito, costuma-se fazer uma grande linha divisória entre duas formas de sucessão: a que deriva de um ato entre vivos, como um contrato, por exemplo, e a que deriva ou tem como causa a morte (*causa mortis*), quando os direitos e obrigações da pessoa que morre transferem-se para seus herdeiros e legatários. Quando se fala, na ciência jurídica, em direito das sucessões, está-se tratando de um campo específico do direito civil: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. É o direito hereditário, que se distingue do sentido lato da palavra *sucessão*, que se aplica também a sucessão entre vivos.

Vale destaque a lição de Carlos Roberto Gonçalves quando afirma que com a morte, não só o patrimônio, mas também os direitos e obrigações do falecido são transferidos para outra pessoa. Isso ocorre porque a herança não compreende apenas em parte, mas sim como uma universalidade, englobando todo ativo e passivo do *de cujos*. (GONÇALVES, 2012)

O direito das sucessões possui vários fundamentos. Pablo Solze e Rodolfo Pamplona (2016, p. 37) afirmam que “o direito hereditário encontra sua razão existencial na projeção jurídica *post mortem* do próprio direito de propriedade privada”. Já Maria Berenice Dias (2015, p. 35) defende que “o direito sucessório tem sua razão de ser no direito da propriedade, conjugado ao direito das famílias”.

Respeitando ambos posicionamentos, entende-se que o melhor caminho a se seguir é considerar o direito de família alinhado ao direito de propriedade como fundamento do direito das sucessões, não apenas o direito de propriedade isoladamente. Isso porque o direito sucessório não se preocupa somente com a continuidade patrimonial do *de cujos* mas também com a proteção de sua família.

Na visão de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p. 5):

O fundamento da transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mais ainda e principalmente no fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família.

Portanto, do fundamento do direito das sucessões se extrai a sua importância, pois o homem desaparece, mas seu patrimônio subsiste, sendo fundamental que ele sirva para a manutenção da vida dos que sobrevivem.

3.2 ESPÉCIES DE SUCESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A morte do autor da herança é o fenômeno que marca a abertura da sucessão. É nesse momento que todos os bens, direitos e obrigações do *de cujos* são transferidos, imediatamente, aos seus herdeiros, em face do princípio da *saísine*.

A abertura da sucessão implica em entender como se dará a transferência da herança do *de cujos* e de que maneira ele pode dispor de seus bens.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona existem duas classificações de espécies de sucessão hereditária: quanto a matiz normativa e quanto ao conjunto de bens transmitidos. A depender da matiz normativa a sucessão pode ser legítima (arts. 1.829 a 1.856 do CC) e testamentária (arts. 1.857 a 1.990 do CC) enquanto que em relação ao conjunto de bens transmitidos a sucessão pode se dar a título universal (arts. 1.829 a 1.856 do CC) ou a título singular (arts. 1.912 a 1.940 do CC). (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2016)

Feitas estas considerações, passa-se a analisar separadamente as espécies sucessórias.

3.2.1 Sucessão legítima

A sucessão legítima é aquela que ocorre em decorrência da lei. Também é chamada de *ab intestato*, por não existir testamento, de forma que os bens do *de cujos* são transmitidos as pessoas que o legislador indica como herdeiro na ordem de vocação hereditária.

Nas palavras de Flávio Tartuce (2016, p. 1.479) “sucessão legítima é aquela que decorre da lei, que enuncia a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade do autor da herança”. É também denominada sucessão *ab intestato* justamente por inexistir testamento.

Essa espécie sucessória também pode ser chamada de testamento tácito, tendo em vista que, ao não dispor sobre os seus bens em testamento, o *de cujos* deixa a cargo da lei a incumbência de transmitir sua herança, atribuindo legitimidade

sucessória a ordem de vocação hereditária imposta pelo legislador. (BERENICE DIAS, 2015)

A sucessão legítima sempre foi mais difundida no Brasil. O autor aduz que os principais motivos para isso são o costume e a cultura de não se elaborar testamentos junto a boa disciplina legislativa da sucessão *ab intestato* em que são chamadas a suceder exatamente as pessoas que o *de cujos* elencaria se, na ausência de regras, tivesse que testar. (GONÇALVES, 2012)

Dentro da sucessão legítima existe uma categoria de herdeiros a qual a lei defere especial proteção, garantindo-lhes metade dos bens da herança quando presentes na sucessão. São os chamados herdeiros necessários elencados no artigo 1.845 do Código Civil, compreendendo os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Assim dispõe o artigo 1.789 do Código Civil: “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade da herança”.

Tem-se nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 203) a seguinte explicação:

Não se olvide que a sucessão legítima é impositiva quando o autor da herança tiver *herdeiros necessários* (CC, art. 1.845: descendentes, ascendentes e cônjuge – e, por óbvio, em interpretação conforme a constituição, também compreendido como herdeiro necessário o companheiro, malgrado silente o texto exposto da norma codificada). Havendo herdeiro necessário, a sucessão legítima é impositiva ao autor da herança, que somente poderá dispor, no testamento, da metade do seu patrimônio líquido. Isso porque a outra metade se torna indisponível a sua vontade, restando bloqueada. Esta porção indisponibilizada chama-se *legítima*. A base justificadora da legítima é, sem dúvida, a solidariedade social e familiar. Pretende-se garantir a determinados familiares (descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro) um percentual mínimo de patrimônio para garantir a subsistência.

Maria Berenice Dias (2015) leciona que todos os herdeiros (parentes em linha reta, colaterais até quarto grau, cônjuge e companheiros) possuem legitimidade para suceder decorrente do fato da lei consagrar-lhes herdeiros, por isso são chamados de herdeiros legítimos. Entretanto alguns são considerados necessários e não podem ser privados da condição de herdeiros e outros são considerados facultativos, de forma que mesmo estando legitimados a suceder podem ser

excluídos pelo autor da herança por meio de testamento. É o caso dos colaterais até o quarto grau.

Vale destacar que a ausência de testamento não é a única hipótese de incidência da sucessão legítima, ela também pode estar presente se o testamento caducar ou for julgado nulo, conforme consta na parte final do artigo 1.788 do Código Civil: “Morrendo sem deixar testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

O dispositivo retrotranscrito também proclama a possibilidade de existência simultânea entre a sucessão legítima e testamentária quando o testamento não compreender todos os bens do *de cujos*, pois os não incluídos passarão a fazer parte da legítima. (GONÇALVES, 2012)

3.2.2 Sucessão testamentária

Como menciona o artigo 1.786 do Código Civil: “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. A sucessão que se dá por lei é chamada de legítima, como mencionado anteriormente, já a que ocorre por disposição de última vontade é chamada de sucessão testamentária.

Nas palavras de Flavio Tartuce (2016, p. 1.479) “sucessão testamentária tem origem em ato de última vontade do morto, por testamento, legado ou codicilo, mecanismos sucessórios para exercício da autonomia privada do autor da herança”.

A sucessão legítima é a regra, enquanto que a testamentária é a exceção. Os herdeiros testamentários só irão receber o que lhes foi deixado pelo testador se existirem bens depois de pagas as dívidas do espólio e estiver garantida a legítima dos herdeiros necessários (DIAS, 2015).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2002), na presença de herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuge) o testador não pode dispor da totalidade dos seus bens. Nesse caso a herança é dividida em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade denominada porção disponível.

Isso significa dizer que na hipótese de haver herdeiros legítimos que não estejam enquadrados na categoria de necessários (colaterais até quarto grau) o testador poderá dispor da totalidade dos seus bens.

O testamento não se restringe a disposições de caráter patrimonial para após a morte, também é possível disposição acerca de conteúdos de natureza não econômica como: disposição do corpo humano para fins altruísticos ou científicos pós morte (art. 14, CC), o reconhecimento de filhos pelo testador (art. 1.609, CC), deserdação de herdeiro necessário (art. 1.916, CC), instituição de bem de família (arts. 1.711 a 1.713, CC), construção de uma fundação (art. 62, CC), dentre outras possibilidades. (FARIAS E ROSENVALD, 2015)

Essa prerrogativa consagra o princípio da autonomia da vontade que norteia a sucessão testamentária, as vistas de que a autonomia do testador em sua disposição de ultima vontade é tão forte que pode ultrapassar a fronteira material.

Tomando como substrato o que foi mencionado até aqui é possível conceituar o que é testamento. De acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2016, p. 266):

Um testamento, portanto, nada mais é do que um negócio jurídico, pelo qual alguém, unilateralmente, declara a sua vontade, segundo pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de dispor, no todo ou em parte, dos seus bens, bem como determinar diligências de caráter não patrimonial, para depois da sua morte.

Essa definição é rica em conteúdo e permite que, a partir dela, se extraiam as principais características do testamento.

Em síntese apertada Carlos Roberto Gonçalves leciona que o testamento é: i) um ato personalíssimo, pois é privativo do autor da herança, não se admitindo sua feitura nem por procurador com poderes especiais; ii) constitui negócio jurídico unilateral, pois aperfeiçoa-se com uma única manifestação de vontade, a do testador, iii) é solene, ou seja, só terá validade se forem observadas todas as formalidades prescritas em lei; iv) é gratuito, pois não visa a obtenção de vantagens para o testador; v) é revogável, sendo inválida a cláusula que proíbe sua revogação; e é também vi) um ato *causa mortis*, pois só produz efeitos após a morte do testador. (GONÇALVES, 2012)

Por fim, vale destaque a proibição legislativa acerca do pacto sucessório, também conhecido como *pacta corvina*, conforme se extrai da leitura do art. 426 do Código Civil: “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

Nesse sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 45):

O nosso direito não admite outras formas de sucessão, especialmente a contratual, por estarem expressamente proibidos os pactos sucessórios, não podendo ser objeto de contrato herança de pessoa viva (CC, art. 426). Aponta-se, no entanto, uma exceção: podem os pais, por ato entre vivos, partilhar o seu patrimônio entre os descendentes.

Contudo, como bem menciona o autor, nos termos do artigo 2.018 do Código Civil é permitido ao ascendente proceder a partilha da parte disponível dos seus bens por ato *inter vivos*, desde que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

3.2.3 Sucessão a título universal

A sucessão a título universal ocorre quando o herdeiro recebe a totalidade da herança, fração ou porcentagem dela, podendo tal fenômeno ocorrer tanto na sucessão legítima quanto na testamentária.

Segundo Maria Berenice Dias (2015) a sucessão legítima sempre ocorre a título universal, ou seja, sempre se transmitirá a totalidade dos bens a todos os herdeiros, ainda que, por ocasião da partilha, cada um receba somente seu quinhão.

A mesma autora ainda aduz que a sucessão a título universal também pode ocorrer na sucessão testamentária. Para isso é necessário que o herdeiro testamentário receba a totalidade da herança, na falta de herdeiros necessários, ou receba uma parte ideal da herança, desde que essa parte seja composta por bens não individualizados, como por exemplo o valor percentual de um patrimônio ou uma joia ou um imóvel quando exista outros. O importante é que os bens recebidos sejam fungíveis (bens que possam ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e gênero (DIAS, 2015).

Por fim, Carlos Roberto Gonçalves leciona que na sucessão a título universal o sucessor sub-roga-se na posição do falecido, sendo responsável por toda totalidade do patrimônio que lhe foi atribuído, de modo que, da mesma maneira que se investe na titularidade do ativo, se torna responsável também pelo passivo, referente a parte ideal que recebeu. (GONÇALVES, 2012)

3.2.4 Sucessão a título singular

A sucessão a título singular ocorre quando o testador deixa ao beneficiário um bem certo e determinado, que é denominado de legado.

Mais precisas são as lições de Sílvio Salvo Venosa (2010, p. 10) quando aduz:

Legado é um bem determinado, ou vários bens determinados, especificados no monte hereditário. O legatário sucede a título singular, em semelhança ao que ocorre na sucessão entre vivos. Só existe legado, e conseqüentemente a figura do legatário, no testamento. Não tendo o morto deixado um testamento válido e eficaz, não há legado.

Essa afirmação revela que além de o legado ser um bem determinado, só pode ser transmitido, unicamente, por via testamentária. Contudo isso não impede que um herdeiro legítimo receba um legado, além de receber sua parte na herança (sucessão a título universal), pode ser contemplado com algum bem que pertença a parte disponível do acervo hereditário (sucessão a título singular), tornando-se dessa forma herdeiro universal e singular ao mesmo tempo.

Maria Berenice Dias leciona que o legatário não sub-roga-se na posição do falecido, tendo responsabilidade tão somente pelos bens que lhe foram destinados, ou seja não assume o passivo da herança do *de cujos* somente as obrigações referentes ao legado recebido (DIAS, 2015).

3.3 A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO CÓDIGO CIVIL

Com o falecimento de algum indivíduo, todos os bens que a ele pertenciam devem ser entregues àquelas pessoas que com ele possuíam laços sanguíneos ou de afetividade, sendo estes os seus sucessores.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves (2012), o chamamento dos sucessores é feito seguindo uma sequência denominada de ordem da vocação hereditária. Esta significa a relação de preferência pela qual a lei convoca determinadas pessoas à sucessão da herança.

Nesse sentido, sendo o núcleo familiar formado por diferentes membros a partir de diferentes formas de parentesco, o Código Civil de 2002 buscou delimitar a infinidade de parentes do indivíduo, dividindo-os em herdeiros necessários e facultativos, o que ocasionou importantes reflexos no processo de sucessão dos bens do *de cuius*.

Conforme leciona Fábio Ulhôa Coelho (2012), são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. No outro grupo estão os herdeiros facultativos, que são os familiares sucessíveis não classificados como necessários, ou seja, os parentes colaterais.

De acordo com o que dispõe o art. 1.829 do Código Civil de 2002:

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

A ordem de vocação hereditária estabelecida pelo Código Civil de 2002, portanto, prevê a concorrência dos descendentes e dos ascendentes com o cônjuge, estabelecendo a seguinte ordem de preferência: descendentes concorrendo com o cônjuge, ascendentes concorrendo com o cônjuge, o cônjuge sozinho e, por fim, os colaterais até o quarto grau.

De acordo com Fábio Ulhôa Coelho (2012, p. 490):

Os familiares sucessíveis são os descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro e os colaterais até o quarto grau. Assim, titulam o direito de sucessão, quando chamada a classe a que pertencem, os filhos, netos, bisnetos, tataranetos (descendentes), pais, avós, bisavós, tataravós (ascendentes), irmãos, sobrinhos, tios, primos, sobrinhos-netos e tios-avós (colaterais), cônjuge e convivente do falecido. São esses os familiares que podem suceder a pessoa morta na titularidade do patrimônio por ela deixado. Os demais parentes do falecido, como os afins, não são sucessíveis. No caso de serem não sucessíveis todos os parentes vivos do autor da sucessão, e não tendo este deixado testamento, destina-se o seu patrimônio ao Estado.

De forma didática, Maria Berenice Dias (2015, p. 133) explica a ordem de vocação hereditária no Código Civil de 2002:

A indicação de quem são os chamados para receber a herança caminha pelas linhas de parentesco: reta e colateral. Na linha reta, em primeiro lugar a herança desce para depois ascender. Na passagem da linha reta para a colateral, indaga a existência do cônjuge sobrevivente. Se o encontrar não prossegue sua caminhada; do contrário, estende-se até os colaterais de quarto grau. Ainda dá uma mirada para saber da existência do companheiro, estancando após esta jornada. Ninguém sendo encontrado, a herança jaz sem dono.

Nesse sentido, nos casos em que o autor da herança deixa descendentes ou ascendentes, apenas os primeiros estarão legitimados a suceder os bens, tendo em vista que a existência de descendentes afasta da sucessão os ascendentes. Isso porque os descendentes são herdeiros por excelência, os quais ocupam primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, adquirindo os bens, então, por direito próprio.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2012), a primeira classe a ser chamada é a dos descendentes. Caso exista algum descendente, todos os demais herdeiros que pertencem às classes subsequentes ficam afastados, exceto na hipótese de concorrência com cônjuge sobrevivente ou com companheiro. Dentro de uma mesma classe, a preferência é estabelecida pelo grau, no qual o mais afastado é excluído pelo mais próximo.

Sendo os descendentes os herdeiros por excelência, estão incluídas nesse grupo todas as espécies de filiações, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 consagrou a igualdade entre os filhos, não importando se são filhos naturais, se decorreram do processo de adoção ou se são filhos havidos dentro ou fora do casamento.

Nessa perspectiva, conforme destaca Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 164-165):

A Constituição de 1988 (art. 227, § 6º) já estabelecera absoluta igualdade entre todos os filhos, não mais admitindo a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que imperava na legislação anterior. Em suma: em face da atual Constituição Federal (art. 227, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 20) e do Código Civil de 2002 (art. 1.596), não mais subsistem as desigualdades entre filhos consanguíneos e adotivos, legítimos e ilegítimos.

Após os descendentes, seguindo a ordem preferencial de vocação hereditária, aparecem os demais contemplados pelo art. 1.829 do Código Civil de 2002, quais sejam: os ascendentes, em concorrência com o cônjuge, o cônjuge sobrevivente e os colaterais.

Desse modo, seguindo a linha reta de parentesco, a herança será ocupada em segundo lugar pelos ascendentes, os quais só terão direito à sucessão caso não haja descendentes de qualquer grau. Aplica-se a mesma regra de que os mais próximos excluem os mais remotos, não havendo limite de graus e nem direito de representação. Os pais herdam em partes igualitárias, mas na falta de um dos genitores, a totalidade da herança cabe ao sobrevivente (COELHO, 2012).

Nesse sentido, conforme aduz Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 130):

Não existindo descendentes em qualquer grau, são chamados a suceder os ascendentes. A partir da vigência do Código de 2002, os ascendentes chamados a concorrer na herança juntamente com o cônjuge supérstite (art. 1.829, II). Não há representação para os ascendentes. O mais próximo exclui o mais remoto. Vivo um dos progenitores do morto, recebe ele a herança, com exclusão dos avós. Vivos ambos os pais, a herança caberá a eles. Os ascendentes são herdeiros por direito próprio.

Em seguida, o cônjuge figura como o terceiro habilitado a suceder o autor da herança por direito próprio. Basta que o cônjuge sobrevivente (ou supérstite) comprove que era casado e que a sociedade conjugal existiu até a morte do *de cujus*. Isso porque, nos termos do art. 1.830 do Código Civil de 2002, a separação de fato exclui o direito à herança, conforme se extrai do citado dispositivo:

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

É importante ressaltar que o cônjuge supérstite encontra-se em posição de destaque no que se refere à sucessão legítima, tendo em vista que este passa a ser considerado como herdeiro necessário, além de concorrer com os descendentes do *de cujus*, dependendo do regime de bens do casamento.

Conforme Áurea Maria Ferraz de Sousa (2011, p. 1), na sucessão do cônjuge há algumas regras específicas:

Quando o cônjuge concorre com o descendente, esta sucessão depende do regime de bens adotado, sendo possível que não haja direito de sucessão do cônjuge em três hipóteses. São elas: a) adotado o regime da comunhão universal (o cônjuge não herda, pois tem direito à meação de tudo), b) adotado o regime da comunhão parcial de bens, sem a existência de bens particulares (o cônjuge também não herda, pois na prática há uma comunhão universal) e c) adotado o regime da separação obrigatória (quando o cônjuge sofre uma exclusão legal, logo também não pode herdar).

Importa destacar que a concorrência entre o cônjuge e os descendentes incide apenas sobre os bens particulares, tendo em vista que sobre os bens comuns o cônjuge já possui direito à meação. Nessa concorrência, no que diz respeito ao quinhão, o Código Civil de 2002 determina que:

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

No entanto, na hipótese de o cônjuge concorrer com o ascendente, o art. 1.837 do Código Civil de 2002 estabelece que “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Desse modo, o cônjuge sempre concorrerá com os ascendentes, qualquer que tenha sido o regime de matrimônio: na hipótese de concorrer com dois ascendentes de primeiro grau, o cônjuge terá direito a um terço da herança; na concorrência com apenas um ascendente de primeiro grau, o cônjuge receberá a metade da herança; e caso concorra com um ou mais ascendentes de segundo ou maior grau, o cônjuge terá assegurada a metade da herança.

Ainda, conforme estabelece o art. 1.831 do Código Civil de 2002:

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

Na hipótese de não haver descendentes nem ascendentes, a sucessão será deferida por inteiro ao cônjuge sobrevivente, seguindo aquilo que dispõe o art. 1.838 do Código Civil de 2002.

Em última posição na ordem de vocação hereditária estão os colaterais, sendo estes habilitados a suceder caso não haja herdeiros nas classes anteriores. Os colaterais, conforme já visto, não são herdeiros necessários, sendo apenas herdeiros legítimos, podendo suceder o *de cuius* até o quarto grau seguindo a mesma regra de que os mais próximos excluem os mais remotos, nos termos dos arts. 1.839 e 1.840 do Código Civil de 2002.

Por fim, nos termos do art. 1.844 do Código Civil de 2002, caso não haja nem cônjuge nem companheiro, nem qualquer parente sucessível, ou tendo estes renunciado à sucessão, a herança será devolvida ao Município ou ao Distrito Federal, se estiver localizada nas respectivas circunscrições, ou será entregue à União, caso esteja situada em território federal.

No que se refere à sucessão do companheiro, existem algumas regras específicas, tendo em vista que o art. 1.790 do Código Civil de 2002 prescreve que

este terá direito sucessório apenas em relação aos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável, conforme será visto no próximo capítulo.

4 A SUCESSÃO LEGÍTIMA NA UNIÃO ESTÁVEL

Durante longo período histórico, quando homem e mulher mantinham vida marital sem formalizar o matrimônio, dizia-se que estes viviam em concubinato. Para os efeitos da antiga legislação que vigorava no Brasil, não apenas eram concubinos aqueles que mantinham vida marital sem serem casados, mas também aqueles que haviam contraído matrimônio não reconhecido legalmente, como nos casos daqueles que só possuíam o casamento religioso, por exemplo.

Antes da regulamentação da união estável, no caso de falecimento de um dos concubinos ou no caso de dissolução da sociedade de fato, o único instrumento que estes possuíam para partilhar os bens adquiridos pelo esforço comum na constância da união era por meio da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, como pondera Euclides Benedito de Oliveira (2003, p. 201), “a jurisprudência somente reconhecia direito de partilha daqueles bens adquiridos por esforço comum, encarada como sociedade de fato, conforme a Súmula 380 do STF”.

Conforme destaca Venosa (2006, p. 139):

Na aplicação dessa súmula, os julgados foram paulatinamente se posicionando no sentido de que a divisão devia ser proporcional ao esforço comprovado e não simplesmente dividir-se o patrimônio à metade. Essa solução continua possível em sede de transação, com interessados maiores e capazes.

O Código Civil de 1916 trazia em seu texto alguns dispositivos que estabeleciam restrições àqueles indivíduos que viviam em concubinato, vedando, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, proibindo também a inclusão da concubina como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Contudo, essa realidade passou a ser modificada gradativamente a partir das inovações em matéria previdenciária, quando alguns direitos da concubina

passaram a ser reconhecidos, tendo a jurisprudência admitido outros, como o direito à meação daqueles bens adquiridos pelo esforço comum.

4.1 A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL NA LEI Nº 8.971/94

O grande marco para reconhecimento da união estável, no entanto, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que proclamou, em seu art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A partir de então, a relação familiar desenvolvida fora do casamento deixou de ser chamada de concubinato, passando a ser denominada de união estável, assumindo, assim, novo status dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Sob esse enfoque, a promulgação de duas leis posteriores à Carta Magna de 1988 garantiram aos companheiros, dentro outros direitos, o direito de herança, quais sejam: a Lei nº 8.971/1994, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a Lei nº 9.278/1996, que regulamentou o parágrafo terceiro do art. 226 da Constituição Federal de 1988, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Nesse sentido, a sucessão na união estável foi estabelecida primeiramente no art. 2º da Lei 8.971/1994, o qual tratava do usufruto dos bens do *de cuius* pelo companheiro sobrevivente. Referido artigo, apesar de estabelecer que quem participaria da sucessão seriam apenas os filhos e ascendentes, determinou que na falta destes, o companheiro teria direito a totalidade da herança, conforme se vê *in verbis*:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:
I – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;
II – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;
III - na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Desta feita, a Lei nº 8.971/94 ampliou, por meio do inciso III do art. 2º, o rol de herdeiros que era estabelecido no art. 1.603 do Código Civil de 1916, pois determinou que o patrimônio do *de cujus* deveria ser transmitido ao companheiro ou companheira sobrevivente quando inexistissem filhos e ascendentes. No entanto, a mesma lei exigia os requisitos para caracterização da sociedade de fato, tais como: a união com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, bem como a prova da efetiva união marital pelo prazo de cinco anos, ou por qualquer tempo, se houvesse prole.

A partir do advento da Lei nº 9.278/96, não mais se exigia todos esses requisitos para caracterização da união estável, tendo em vista que o art. 1º da referida lei reconhecia “como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Para tanto, bastava que fosse provada a constituição da sociedade conjugal de fato, com a formação do patrimônio.

A Lei nº 9.278/96 também tratou de aspectos importantes da sucessão do companheiro, como a partilha dos bens adquiridos onerosamente durante a união, e o direito de habitação em caso de dissolução da união estável pela morte de um dos conviventes. O direito de habitação se referia apenas em relação ao imóvel destinado a moradia da família, e durava enquanto o companheiro sobrevivente não constituísse nova união ou matrimônio.

Desse modo, percebe-se que as Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 foram vanguardistas no sentido de reconhecerem direitos dos companheiros, notadamente quando da dissolução da união estável, seja pela vontade ou pela morte de algum destes.

4.2 O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E A SUCESSÃO ENTRE COMPANHEIROS

O Código Civil de 2002, em seus arts. 1.723 a 1.726, dispõe sobre a união estável e regulamenta o referido instituto. De acordo com Rodrigues (2009, p. 117),

“O Código Civil tratou satisfatoriamente do assunto, aproveitando as conquistas e avanços já incorporados ao nosso direito positivo, prevendo outras situações, aproveitando as lições da doutrina e jurisprudência”.

No entanto, em comparação com a Lei nº 8.971/94 e a Lei nº 9.278/96, o Código Civil de 2002 significou um grande retrocesso no direito sucessório do companheiro sobrevivente.

Conforme afirma Rodrigues (2009, p. 117):

Ao regular o direito sucessório entre companheiros, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, o Código Civil coloca os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo status sucessório dos cônjuges.

O Código Civil de 2002 regulamentou a sucessão do companheiro em seu art. 1.790, sendo esse dispositivo alvo de diversas críticas e divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tendo em vista que estabelece uma ordem de vocação hereditária para o companheiro diferente daquela prevista no art. 1.829, o que representa inúmeras desvantagens para o companheiro em relação ao direito de sucessão que é conferido ao cônjuge.

Nessa perspectiva, de acordo com o que estabelece o art. 1790 do Código Civil de 2002:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Sob esse enfoque, conforme pondera Crispino (2003) apud Murard (2015), o referido dispositivo fora inserido de forma indevida nas disposições gerais do direito sucessório, quando devia estar incluso no capítulo relativo à ordem da

vocação hereditária da sucessão legítima, dentro do Capítulo I do Título II do Livro V do Código Civil 2002.

Silvio de Salvo Venosa (2008, p.146), complementando esse entendimento, afirma que:

A impressão que o dispositivo transmite é que o legislador teve reboços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável “participará” da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero “participante” da herança. Que configura híbrida seria essa senão a de herdeiro.

Desta maneira, diante do que preconiza o art. 1.790 do Código Civil de 2002, o companheiro sobrevivente foi obrigado a concorrer na sucessão com parentes colaterais, irmãos, tios e primos do *de cujus*, os quais muitas vezes não tinham proximidade e nem compartilhavam do convívio familiar, só podendo, ainda, concorrer em relação aos bens adquiridos de forma onerosa durante a vigência da união estável.

Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 137):

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

Diante do que estabelece o caput do art. 1.790, o legislador é claro quando se refere à sucessão dos companheiros, limitando a concorrência destes apenas aos bens que foram adquiridos onerosamente e durante a convivência. Significa, então, que se durante a convivência os companheiros não tiverem adquirido nenhum bem a

título oneroso, o companheiro sobrevivente não herdará nenhum bem, ainda que o *de cuius* tenha deixado um patrimônio considerável, formado antes de estabelecer a união estável (RODRIGUES, 2009).

No caso do inciso I do art. 1.790 do CC/2002, tendo em vista que o caput desse artigo restringe a participação do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, a concorrência deste com os filhos comuns se dá apenas em relação a esses bens. O companheiro terá, assim, direito a uma quota equivalente à do filho comum, nos bens adquiridos de forma onerosa na constância da união estável.

No caso do inciso II do art. 1.790 do CC/2002, “a partilha se faz na proporção de dois para um, entregando-se ao companheiro sobrevivente uma parte da herança e, a cada um dos descendentes, o dobro do que a ele couber” (GONÇALVES, 2012, p. 140).

Nos termos do inciso III do art. 1.790 do CC/2002, a concorrência do companheiro se dá com os ascendentes e os colaterais até o quarto grau. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2012), o legislador teria agido melhor se tivesse atribuído ao companheiro sobrevivente à metade do patrimônio deixado pelo falecido, e não apenas um terço, considerando-se o fato de ter sido adotado, como regra na união estável, o regime da comunhão parcial de bens, bem como pelo fato do companheiro ter vivido toda uma vida ao lado do *de cuius*, enquanto os outros parentes sucessíveis em nada contribuíram para construção do patrimônio.

Por último, de acordo com o inciso IV do art. 1.790, o companheiro apenas receberá a herança integralmente caso não haja nenhum parente sucessível. Carlos Roberto Gonçalves (2012) ressalta que esta integralidade só diz respeito aos bens adquiridos onerosamente na constância da relação estável, que são os que o companheiro está autorizado a recolher, de acordo com o caput do referido artigo.

Destarte, diferentemente do que ocorreu na Lei nº 9.278/96, não foi feita nenhuma referência ao direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente.

No entanto, conforme Maria Berenice Dias (2015, p. 256):

O silêncio do Código Civil sobre o direito real de habitação na união estável não inibe o seu reconhecimento. Permanece existindo por força do dispositivo legal que não foi revogado (L 9.278/96 art. 7º parágrafo único). Ao depois, cabe invocar até o princípio da

isonomia. No casamento expressamente está previsto o direito real de habitação (CC 1.831), nada justificando não assegurar o mesmo direito na união estável.

Acerca do direito de meação quando da morte de um dos companheiros, Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 50) destaca que:

Existe entre eles também uma meação decorrente dessa sociedade de fato. Aqui, sim, tal como no casamento, o convivente sobrevivente terá direito à metade dos bens adquiridos na constância da convivência, além da quota ou porção hereditária que é definida nos incisos do art. 1.790. De outra forma, não haveria como se entender a referência quanto à concorrência e se romperia o sistema criado jurisprudencialmente que veio a desaguar na aplicação analógica do regime de comunhão parcial para os conviventes. Portanto, morto um dos conviventes, o sobrevivente terá direito, além da meação, também à porção hereditária. Aplicando-se, no que couber, o regime da comunhão parcial, há de se recorrer ao art. 1.660 para definir quais os bens que se comunicam na união estável, embora o art. 1.790 se refira apenas à comunicação dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Abre-se aqui, como se percebe, mais um ponto de discussão tendo em vista a má redação legal.

Diante das omissões e contradições na interpretação do art. 1.790 do CC/2002, diversos debates foram suscitados acerca da constitucionalidade do referido artigo, defendendo-se que fossem aplicadas ao companheiro sobrevivente as mesmas regras de sucessão destinadas ao cônjuge pelo art. 1.829 do CC/2002, sob a alegação de que o dispositivo afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, tendo em vista que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988 conferiu tratamento igualitário ao casamento e à união estável.

4.3 A APLICAÇÃO DO ART. 1.829 DO CÓDIGO CIVIL PARA OS COMPANHEIROS E O NOVO ENTENDIMENTO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694

Na data de 31 de agosto de 2015, os ministros do Supremo Tribunal Federal deram início ao julgamento do recurso extraordinário 878.694/MG em que se discute a legitimidade, para fins de sucessão, da diferença de tratamento entre cônjuges e companheiros que é dada pelo artigo 1.790 do CC/2002.

No caso concreto objeto do RE 878.694-MG, a recorrente viveu em união estável, sob o regime da comunhão parcial de bens, durante cerca de nove anos, até que seu companheiro veio a falecer, sem deixar testamento. O *de cujus* não possuía descendentes nem ascendentes, mas possuía três irmãos. Nesse caso, o Tribunal de origem, com fundamento no artigo 1.790, III, do Código Civil, limitou o direito sucessório da recorrente a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

A decisão de primeira instância desse caso reconheceu que a companheira era a herdeira universal dos bens do casal, conferindo, assim, tratamento igualitário entre o instituto da união estável e do casamento. No entanto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a decisão inicial, determinando que a companheira só teria direito a apenas um terço dos bens adquiridos de forma onerosa pelo casal, devendo o restante dos bens ser repartido entre os três irmãos do falecido, decidindo dessa maneira por reconhecer a constitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002.

Inconformada com a decisão, a companheira interpôs recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, contestando a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, amparando-se no argumento de que a Constituição Federal não estabeleceu diferenciação entre famílias constituídas por união estável ou por casamento, defendendo, pois, que qualquer forma de constituição familiar deve ter a mesma proteção e garantia do Estado.

No julgamento do recurso no STF, os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia acompanharam o voto do relator do caso, ministro Luís Roberto Barroso, que votou pela procedência do recurso.

De acordo com seu voto, o ministro Barroso defendeu o entendimento de que “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002”.

O ministro Barroso, nesse sentido, considerou que a Constituição Federal de 1988 contempla diferentes formas de família legítima, além daquela que resulta do casamento, entendendo que “Nesse rol, incluem-se as famílias formadas mediante união estável”.

Conforme trecho do voto do ministro:

“Se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto”.

De acordo com Luís Roberto Barroso, não é legítimo estabelecer, para fins sucessórios, qualquer diferenciação entre cônjuges e companheiros, tendo em vista que a hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição Federal de 1988.

“Assim sendo, o artigo 1.790 do Código Civil ao revogar as leis 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira, ou companheiro, dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos a esposa, ou ao marido, entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade, como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso”.

Ao finalizar seu voto, o ministro Barroso entendeu que a produção dos efeitos da decisão deveria ser modulada, no intuito de preservar a segurança jurídica, determinando que a decisão deve ser aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

A ministra Carmen Lúcia lembrou que as mulheres serão as principais beneficiadas por esse entendimento:

"De toda sorte e de uma maneira extremamente breve, e fazendo coro a todas as observações que foram feitas com base nos ditames da Constituição, também considero incompatível o que posto e interpretado até aqui no artigo 1790 do Código Civil, com o que está

estabelecido principalmente em termos de vetores fundamentais de 1988, razão pela qual também dou provimento para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1790, fazendo com o que se aplique nestes casos o disposto no artigo 1829 do CC com a modulação tal como foi proposto".

Tendo o ministro Dias Toffoli pedido vista dos autos, o julgamento encontra-se parado. Contudo, a maioria dos ministros já decidiu pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Já são sete votos: o relator ministro Luiz Roberto Barroso e os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, os quais seguiram a tese para fins de repercussão geral, que dispõe: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002".

Caso a decisão prevaleça, além desta retirar o art. 1.790 do Código Civil, o companheiro passará a figurar na mesma posição que o cônjuge na ordem de sucessão legítima. Desse modo, concorrerá com os descendentes, dependendo do regime de bens adotado, tal qual ocorre com o cônjuge. O companheiro também concorrerá com os ascendentes, independentemente do regime de bens. Caso não exista descendentes e nem ascendentes, o companheiro receberá a herança sozinho, da mesma forma que o cônjuge, excluindo, assim, os colaterais até o quarto grau.

Sendo defensor da confirmação da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, Flávio Tartuce (2016) aduz que a principal vantagem do julgamento favorável é resolver a grande instabilidade jurídica sucessória que existe no Brasil desde a vigência do Código Civil de 2002, de modo a pôr fim aos debates sobre a inconstitucionalidade ou não do art. 1.790 do CC.

Em sentido contrário, Fischer (2017, p. 1) pondera que:

Se a tese da inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil prevalecer e a sucessão do companheiro for equiparada à do cônjuge, como uma pessoa que tem um vasto patrimônio poderá namorar sem se preocupar com que a namorada ou namorado seja confundido com companheiro em caso de sua morte e herde todo seu patrimônio familiar ou grande parte dele? Sim, porque, se a sucessão do companheiro for equiparada a do cônjuge, o namorado ou namorada confundido com companheiro herdará nos bens particulares, beneficiando-se em detrimento dos verdadeiros herdeiros.

Em virtude do pedido de vista dos autos, o Supremo Tribunal Federal ainda não concluiu o julgamento definitivo da temática. Denota-se, nesse sentido, que a referida discussão acerca da constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 é um paradigma da mais alta relevância para o Direito de Família e Sucessões, tendo em vista que muitas pessoas aguardam a palavra final do STF sobre a demanda, pois estes terão suas vidas diretamente atingidas diante do posicionamento da Suprema Corte.

4.4 A CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO OUTRO COM FILIAÇÃO HÍBRIDA

Conforme visto, o art. 1.790 do Código Civil de 2002 traça as regras acerca da sucessão do companheiro, conferindo direitos sucessórios ao convivente em concorrência com os ascendentes, descendentes e outros parentes sucessíveis do autor da herança. No entanto, situação não descrita pelo dispositivo é aquela que diz respeito à sucessão do companheiro diante da filiação híbrida, ou seja, a sucessão nos casos em que o companheiro concorre, ao mesmo tempo, com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança.

Nesse sentido, diante da atual dinâmica dos relacionamentos afetivos, é cada vez mais comum o surgimento de uniões estáveis nas quais um ou ambos os companheiros já possuem filhos de outros relacionamentos.

Diante da obscuridade do art. 1.790 do CC/2002 em definir as regras de sucessão na filiação híbrida, de acordo com Toledo (2016), existem pelo menos seis correntes doutrinárias para solução do impasse: a primeira defende a aplicação do inciso I do art. 1.790 (o companheiro recebe o mesmo que cada descendente); a segunda estabelece a aplicação do inciso II (o companheiro recebe metade do que recebe cada descendente); a terceira entende pela aplicação do inciso III (o companheiro recebe um terço da herança); há, ainda, quem entenda pela soma de frações (o companheiro recebe três meios - $3/2$ - do que cada herdeiro recebe);

outros defendem a fórmula das sub-heranças; e, por fim, há quem defenda o uso de médias ponderadas.

Apesar de serem muitos os entendimentos, apenas as duas primeiras correntes são efetivamente utilizadas pela jurisprudência pátria para definir as regras de sucessão do companheiro na filiação híbrida.

De acordo com Maria Berenice Dias (2016), a posição doutrinária predominante aconselha a aplicação, aos casos de filiação híbrida, do inciso I do art. 1.790 do Código Civil, o qual determina que o companheiro deve herdar a mesma quota de cada um dos descendentes, tratando-se, assim, todos os descendentes como se fossem comuns, já que filhos comuns estão presentes.

Essa corrente defende que todos os herdeiros sejam considerados comuns, sob o argumento de que, no caso de omissão da lei, o inciso I do art. 1.790 do CC/2002 não deve ficar restrito a concorrência apenas com filhos comuns, mesmo que os sucessores não tenham a mesma origem, partindo da premissa de tratamento igualitário entre filhos e cônjuge. Nesse caso, o companheiro recebe o mesmo que cada descendente.

No mesmo entendimento, Cahali (2012, p. 219) aduz que:

Pela exegese do Art. 1.790, concorrendo o sobrevivente com filhos comuns e com outros exclusivos do autor da herança, o critério de divisão deverá ser aquele do inciso I. Esta situação híbrida não cabe na abrangência do inciso II, pois expressamente se refere à disputa com descendentes só do autor da herança; mas se contém na amplitude do inciso I, em razão de esta regra não restringir a concorrência só com filhos comuns. Existindo a situação híbrida, pois, enquadra-se a vocação na concorrência com filhos comuns, mesmo que nem todos os sucessores tenham esta origem.

Nesse sentido, é válida a transcrição de um julgado que adotou a aplicação do inciso I do art. 1.790 para definir as regras de sucessão do companheiro na filiação híbrida:

CÓDIGO CIVIL. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MEAÇÃO E SUCESSÃO. NO CASO DE UNIÃO ESTÁVEL, O CÓDIGO CIVIL DE 2002 DISCIPLINOU A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO DE MANEIRA DIVERSA DA DO CÔNJUGE. DIANTE DO ART. 1790 DO CC É CORRETO AFIRMAR QUE A INTENÇÃO DO LEGISLADOR É NO SENTIDO DE QUE O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE MANTERÁ A SUA MEAÇÃO E,

ADICIONALMENTE, PARTICIPE DA SUCESSÃO DO OUTRO COMPANHEIRO FALECIDO. REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL AO DISPOR SOBRE A FORMA DE CONCORRÊNCIA ENTRE A COMPANHEIRA E HERDEIROS, RESTOU OMISSO QUANTO AOS CASOS DE FILIAÇÃO HÍBRIDA, OU SEJA, QUANDO HÁ HERDEIROS EM CÔMUM DOS COMPANHEIROS E HERDEIROS SOMENTE DO AUTOR DA HERANÇA, O QUE NÃO IMPLICA NA SUA INCONSTITUCIONALIDADE, CÂBENDO AO APLICADOR DO DIREITO SOLUCIONAR A CONTROVÉRSIA POR OUTROS MEIOS. A MELHOR SOLUÇÃO É DIVIDIR DE FORMA IGUALITÁRIA OS QUINHÕES HEREDITÁRIOS ENTRE O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE E TODOS OS FILHOS. RECURSO DE APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO PROVIDOS EM PARTE. (TJDFT. Apelação REsp 31884120058070006 DF 0003188-41.2005.807.0006, Rel. Ministra ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, sexta turma, julgado em 29/04/2009, DJe 12/05/2009)

Em contrapartida, Tartuce (2010) defende a aplicação do inciso II do art. 1.790 do CC/2002, pois segundo ele, uma vez presente a sucessão híbrida, todos os descendentes devem ser tratados como se fossem exclusivos, ou seja, só do autor da herança. De acordo com o autor, como a sucessão é do falecido, caso haja dúvida em virtude da omissão legislativa, os descendentes devem ser tratados como se fossem todos dele, do falecido. Nesse caso, o companheiro recebe metade do que recebe cada descendente.

Nesse sentido, o julgado abaixo adotou esse entendimento de aplicação do inciso II do art. 1.790 do CC/2002:

INVENTÁRIO. PARTILHA JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO DO *DE CUJUS* EM RELAÇÃO AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. CONCORRÊNCIA DA COMPANHEIRA COM DESCENDENTES COMUNS E EXCLUSIVOS DO FALECIDO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA EM LEI. ATRIBUIÇÃO DE COTAS IGUAIS A TODOS. DESCABIMENTO. CRITÉRIO QUE PREJUDICA O DIREITO HEREDITÁRIO DOS DESCENDENTES EXCLUSIVOS, AFRONTANDO A NORMA CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ENTRE OS FILHOS (ART 227, § 6º DA CF). APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART 1790, II DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. Solução mais razoável, que preserva a igualdade de quinhões entre os filhos, atribuindo à companheira, além de sua meação, a metade do que couber a cada um deles. Decisão reformada Recurso provido. (TJSP, Agravo de instrumento n. 994.08.138700-0, Acórdão n. 4395653, São Paulo, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Álvaro Passos, julgado em 24/03/2010, DJESP 15/04/2010. No mesmo sentido: TJSP, Agravo de instrumento n. 652.505.4/0, Acórdão n. 4068323, São Paulo, Quinta Câmara de Direito Privado,

Rel. Des. Roberto Nussinkis Mac Cracken, julgado em 09/09/2009, DJESP 05/10/2009)

Percebe-se, pois, que diversos são os entendimentos e correntes doutrinárias para solucionar o conflito de fixação das regras de sucessão no caso de filiação híbrida, sendo a reforma legislativa a saída mais viável para resolver a questão, de modo a evitar decisões judiciais conflitantes em casos de mesma natureza.

Diante das diversas soluções apresentadas, coadunamos com o entendimento de Maria Berenice Dias, por entendermos que a aplicação do inciso I do art. 1.790 é a solução mais plausível para resolver a questão da sucessão com filiação híbrida, tendo em vista que, a nosso ver, a melhor solução é dividir de forma igualitária os quinhões hereditários entre o companheiro sobrevivente e todos os filhos, vez que tal solução preza pela igualdade entre os descendentes e o companheiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como ocorre a sucessão do companheiro sobrevivente quando concorre na sucessão do outro com descendentes comuns e unilaterais, identificando as dificuldades advindas da omissão legislativa quanto a matéria e da posição menos privilegiada do companheiro em relação ao cônjuge no código civil.

Verificou-se que no início do século XX as relações livres marcadas pelo afeto não eram reconhecidas como entidade familiar, apenas o matrimônio era considerado forma legítima de se constituir uma família, a evolução social e jurisprudencial levou ao reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal e posteriormente por leis extravagantes como as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 e o Código Civil de 2002.

O ponto marcante para o reconhecimento da união estável como entidade familiar foi a Constituição Federal de 1988 que rompeu com o paradigma das legislações anteriores a ela e consagrou a pluralidade de formas de constituição da entidade familiar, garantindo especial proteção do Estado ao casamento civil, à união estável e à família monoparental. Essa garantia obrigou toda doutrina, jurisprudência e legislação infraconstitucional a tratar de forma igualitária todos os modelos de construção de entidade familiar trazidos pela constituição, sob pena de atentar contra o próprio espírito da constituição e da dignidade da pessoa humana.

Ainda em relação ao reconhecimento da união estável como entidade familiar é necessário que estejam presentes na relação amorosa uma série de elementos, tendo em vista a desnecessidade de formalismo para a caracterização da mesma, sendo os mais importantes: o ânimo de constituir família, diversidade de sexos, estabilidade, publicidade, continuidade e ausência de impedimentos matrimoniais; destacando o ânimo de constituir família como elemento primordial.

Em seguida, o trabalho analisou o direito sucessório, constatando-se que ele trata da transferência patrimonial de uma pessoa a outra por *mortis causa*, compreendendo o patrimônio do *de cujus* não só o ativo, mas também o passivo do acervo hereditário, sendo sua existência de suma importância, tendo em vista que além de garantir a continuidade do patrimônio e das relações jurídicas do falecido, também promove a proteção e a manutenção de sua família.

Desta sucessão, pode-se identificar duas classificações em relação as suas espécies: quanto a matiz normativa e quanto ao conjunto de bens transmitidos. A primeira classificação divide a sucessão em: legítima, que advém por força da lei e testamentária que ocorre por disposição de ultima vontade do autor da herança. Já a segunda classificação divide a sucessão em: à título universal, em que o herdeiro recebe a universalidade do patrimônio e à título singular, onde o herdeiro recebe um bem individualizado.

Dentro da sucessão legítima extrai-se a ordem de vocação hereditária que é a relação de preferência pela qual a lei convoca determinadas pessoas a sucessão da herança. Essa relação está presente no artigo 1.829 do Código Civil e compreende: os descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, ressalvados alguns regimes de bens, os ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, o cônjuge e os colaterais até o quarto grau, de forma que os três primeiros são considerados herdeiros necessários, ou seja, por força de lei recebem metade dos bens da herança, respeitando a ordem de chamamento.

Nos casos de sucessão do companheiro diante da filiação híbrida, constatou-se que existem diversos entendimentos para fixação das regras de partilha dos bens. No entanto, diante das diversas soluções apresentadas, entendemos que a aplicação do inciso I do art. 1.790 do Código Civil de 2002 é a solução mais coerente e justa para dirimir os conflitos na sucessão com filiação híbrida. Entendemos, portanto, que a divisão dos quinhões de forma igualitária entre o companheiro sobrevivente e todos os filhos é a solução que melhor se apresenta nos casos de sucessão por filiação híbrida.

Dito isso, pode-se concluir que o trabalho logrou êxito na consecução de seus objetivos, tendo em vista que analisou a união estável e seus efeitos no ordenamento jurídico, identificou as formas de sucessão no direito brasileiro e apontou a forma de concorrência do companheiro sobrevivente na sucessão do outro com filiação híbrida, levantando, como solução para o problema em questão, a proposta de alteração da legislação atual para uniformizar o entendimento da jurisprudência, para evitar decisões conflitantes em casos de mesma natureza, permitindo, assim, a consagração da efetiva e justa prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Data de acesso: 23/01/2017.

_____. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm> Acesso em: 13. De jan. 2017.

_____. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm> Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, da 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Data de acesso: 23/01/2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Brito. 05 de maio de 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 26/ 01/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 878.694/MG**. Relator: BARROSO, Luís Roberto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>. Acessado em 30-11-2016.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 4 Ed. São Paulo: RT, 2012.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil – família e sucessões**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, volume 6: direito das famílias**. 5. ed. Bahia: Juspodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, volume 7: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015.

FISCHER, José Flávio Bueno. **A constitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil**: Porque equiparar o regime sucessório do companheiro ao do cônjuge vai

gerar um caos jurídico. Disponível em: <
<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=ODkxMA==>> Acesso em: 15 jan. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume VI: direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões: introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MURARD, Ana Beatriz Conte. **Da sucessão na união estável**. 2015. Disponível em: <<https://anabmurard.jusbrasil.com.br/artigos/169168536/da-sucessao-na-uniao-estavel>> Acesso em: 15 jan. 2017.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2003

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Da ordem de vocação hereditária no Código Civil de 2002**. 2011. Disponível em: <
<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2599418/da-ordem-de-vocacao-hereditaria-no-codigo-civil-de-2002-aurea-maria-ferraz-de-sousa> > Acesso em: 13 jan. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. Sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2681, 3 nov. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17751>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

TJDF. Apelação REsp 31884120058070006 DF 0003188-41.2005.807.0006, Rel. Ministra ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, sexta turma, julgado em 29/04/2009, DJe 12/05/2009. Disponível em: < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5861438/apelacao-ci-vel-apl-31884120058070006-df-0003188-4120058070006/inteiro-teor-101956920> > Acesso em: 20 jan. 2017.

TJSP. Agravo nº 994081387000 SP, Rel. ÁLVARO PASSOS, Sétima Câmara de Direito Privado, julgado em 24/03/2010, DJe 05/04/2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/getArquivo.do?cdAcordao=4395653&cdForo=0>> > Acesso em: 21 jan. 2017.

TOLEDO, Wilian Frota. **Sucessão do companheiro em concorrência com descendentes no caso de filiação híbrida**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/12215/1/2016_WillianFrotaToledo.pdf> Acesso em: 14 de jan. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, volume 7: direito das sucessões**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito civil, volume 7: direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.