

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

VICTÓRIA ALVES VIANA

A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL COM FILIAÇÃO HÍBRIDA

SOUSA - PB

2016

VICTÓRIA ALVES VIANA

A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL COM FILIAÇÃO HÍBRIDA

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

Orientador: Prof. Dr. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA - PB

2016

Ficha Catalográfica

XXXX Viana, Vitória Alves.
A sucessão na união estável com filiação híbrida/Vitória
Alves Viana. – Sousa, 2016.
70 f.

Monografia (Graduação) – Centro de Ciências Jurídicas
e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande,
Sousa: UFCG, 2016.

Curso: Direito.

Orientador: Admilson Leite de Almeida Júnior.

União estável. Filiação híbrida.

CDD: XXXX

VICTÓRIA ALVES VIANA

A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL COM FILIAÇÃO HÍBRIDA

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

Orientador: Prof. Dr. Admilson Leite de Almeida Júnior.

Data da defesa: ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Admilson Leite de Almeida Júnior – **Orientador**
CCJS/UFPG

Examinador (a) Interno 1
Instituição

Examinador (a) Interno 2
Instituição

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser tudo e a tudo dar propósito. Por ser meu Pai, melhor amigo e Salvador. Quem me guardou e guiou em amor a cada passo e escreveu cada um dos meus dias antes mesmo que eu nascesse. A Ele devo tudo em eterna e tenra gratidão na certeza de que o Seu amor me perseguirá para sempre.

Aos meus pais, por me amarem de modo incondicional e haverem investido suas próprias vidas e tempo em mim. Por me haverem feito olhar pra linha de chegada quando o desânimo quis ameaçar a marcha. Por me assegurarem de que o conhecimento sem amor é vago e que família é o maior bem que temos deste lado da eternidade.

À minha Glorinha, por ser a irmã mais inspiradora que alguém poderia ter, por me ensinar que lar não é um lugar, são pessoas e por me aproximar de Deus ensinando que a vida é muito mais colorida e alegre do que se vê.

A Leandro, por investir tempo, carinho e cuidado em mim todos os dias. Por me mostrar um amor que eu pensava nem existir e usar esse amor pra me incentivar a ser a melhor versão de mim. Ensinando-me que nada vale a pena se o amor a Deus e ao próximo não for a principal motivação e que caminhar pela graça de Deus é a única maneira de viver plenamente.

Aos meus avós maternos, por serem ternura e zelo em minha vida e por me ensinarem que as nossas maiores alegrias são aquelas que obtemos em união. À minha avó Birina (in memoriam), por me ensinar desde pequena que só Deus pode nos fazer feliz.

Aos meus tios e primos, por se juntarem a mim a cada desafio como numa só torcida, me incentivarem a buscar ser melhor a cada dia e me fazerem enxergar que nosso maior tesouro é o tempo que investimos ao amar.

A Géssyka, Diego, Ruth, Anyelle e Luana que me ensinaram que família vai muito além de sangue. Agradeço especialmente a Luana e Anyelle por me ensinarem que as pessoas que Deus coloca em nossas vidas são os mais hábeis instrumentos nas mãos do Escultor a fim de forjar em nós o caráter de Cristo. Sem elas as melhores

lembranças não existiriam, os acertados conselhos ficariam por dizer e as frequentes dificuldades não seriam devidas por três. Além destes, agradeço a toda família Lins que me adotou de coração aberto e repleto de hospitalidade, dando à Sousa um cheiro de casa.

Ao meu orientador, Admilson Leite de Almeida Junior, pelo tempo dedicado à orientação desta pesquisa e por haver se empenhado de maneira responsável e ética ao dom do ensino.

A todos os professores e professoras que ensinaram que a sala de aula vai além do lugar físico, que o ensino tem poder de impactar positivamente a vida daqueles que se deixam instruir e que nenhum esforço é penoso demais quando se almeja agregar conhecimento.

“Abre a boca a favor do mudo, pelo direito de todos os que se acham desamparados. Abre a boca, julga retamente e faz justiça aos pobres e necessitados.”

(Provérbios 31:8-9)

RESUMO

Frente às variações pelas quais vem passando a conceituação de entidade familiar no Brasil, a análise das implicações de tais mudanças é instituto imperativo para a coerente e adequada aplicação do direito. Um dos meios mais comuns de formação familiar é a união estável. A despeito de haver sido erigida à qualidade de entidade familiar pela atual Constituição Federal, o Código Civil de 2002 não disciplinou o direito sucessório das entidades familiares de modo igualitário. Um dos pontos mais controversos quanto à sucessão dos companheiros consiste nas hipóteses que envolvem filiação híbrida, ou seja, quando o companheiro concorre com filhos comuns e unilaterais do falecido. Objetiva-se analisar a aplicabilidade do atual tratamento legal dado ao companheiro sobrevivente em casos de filiação híbrida à luz dos princípios constitucionais pertinentes, bem como busca-se examinar as melhores soluções propostas pela doutrina e jurisprudência para suprir a lacuna legal do artigo 1.790 do Código Civil/2002. Para a execução da pesquisa foram utilizados os métodos dedutivo e comparativo. Além disso, utilizou-se o método de procedimento monográfico, tendo em vista a delimitação do tema. A pesquisa seguiu a linhagem bibliográfica e acadêmica, utilizando como fontes documentais leis, doutrinas, artigos e jurisprudências. Foram elencadas quatro teorias propostas pela doutrina e aplicadas alternadamente pela jurisprudência que visam suprir a omissão legislativa e aplicar a concorrência sucessória na união estável de modo coerente com os princípios e normas do direito. Concluiu-se, por fim, pela urgente necessidade de uma reforma no sistema sucessório brasileiro a fim de extirpar do ordenamento jurídico o lastro de discriminação persistente entre as entidades familiares e especialmente suprir as lacunas atinentes aos casos de sucessão na união estável com filiação híbrida.

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

ABSTRACT

In face of variations which comes through the family entity concept in Brazil, the analysis of the implications of such changes is imperative institute for consistent and appropriate application of the law. One of the most common means of family formation is stable union. Despite having been erected to the quality of family entity by the current Federal Constitution, the Civil Code of 2002 not disciplined the succession law of the family entities so egalitarian. One of the most controversial points on the succession of the companions consists in the hypotheses that involve hybrid affiliation, i.e. when the companion competes with joint children and unilateral of the deceased. The present work aimed to analyze the applicability of the current legal treatment given to the surviving partner in cases of hybrid affiliation in the light of the relevant constitutional principles, as well as sought to examine the best solutions proposed by doctrine and jurisprudence to supply the legal gap of art. 1.790, CC/02. For the implementation of this research were used the deductive and comparative methods. In addition, we used the method of monographic procedure with regard to the delimitation of the topic. The search followed the bibliographic and academic lineage, using as documentary sources laws, doctrines, articles and case law. They were listed four theories proposed by the doctrine and applied alternately by jurisprudence that seek to compensate the omission of legislative and apply the competition of succession in the stable union in a consistent manner with the principles and rules of law. It was concluded, finally, by the urgent need for a reform in the system of succession in order to uproot the Brazilian legal system the ballast of persistent discrimination between family members and especially supply gaps related to cases of succession in the stable union with hybrid sonship.

Keywords : Successions. Stable union. Hybrid affiliation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A UNIÃO ESTÁVEL	12
2.1	CONCEITO E HISTÓRICO DA UNIÃO ESTÁVEL	12
2.2	A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA.....	16
2.3	PRESSUPOSTOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL	20
2.4	DISTINÇÕES DOS EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO	24
3	O SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO	27
3.1	HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DO SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO	27
3.2	A SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA	32
3.3	CAPACIDADE PARA SUCEDER	36
3.4	A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E A FIGURAÇÃO DO HERDEIRO CONCORRENTE	40
4	A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL COM FILIAÇÃO HÍBRIDA	44
4.1	A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL.....	44
4.2	A CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO OUTRO COM FILHOS COMUNS E UNILATERAIS	49
4.3	A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL	54
4.4	O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	58
5	CONCLUSÃO	63
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

Os dias atuais apresentam variadas celeumas nas questões relacionadas ao direito de família. No mesmo diapasão, apesar da vasta previsão legal, o direito sucessório ainda apresenta certas lacunas axiológicas que, quando relacionadas às situações fáticas, causam litígios familiares.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, reconhecendo como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher (artigo 226, § 3º, Constituição Federal/88), bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, § 3º, Constituição Federal/88). Desde então, esperava-se que os direitos civis dos companheiros, inclusive quanto à sucessão, fossem equivalentes àqueles cabíveis aos cônjuges. No entanto, isto não ocorreu.

No ordenamento jurídico brasileiro, o companheiro supérstite concorre não só com os ascendentes e descendentes do *de cujus*, mas também com os que lhe são colaterais até o quarto (4º) grau. Além disso, ao companheiro sobrevivente só competirá o direito ao total da herança quando não há qualquer outro parente sucessível, diferentemente da sucessão conjugal.

Na esteira do relacionamento íntimo entre sucessões e direito de família e suas controvérsias, exsurge, ainda, uma importante questão: os direitos sucessórios do companheiro ou companheira na união estável em casos de filiação híbrida, principalmente frente a ordem legal do artigo 1.790, incisos I e II, do novo Código Civil.

No referido dispositivo o legislador regulou diversamente a concorrência do companheiro sobrevivente com os filhos comuns, com os filhos apenas do autor da herança e com filiação híbrida.

Sendo certo que, apesar de ser constitucionalmente considerada entidade familiar, a união estável padece de desigualdade fática quanto ao processo sucessório com filiação híbrida, mister se faz a análise das possíveis soluções para tal problemática.

Com o crescente número de brasileiros que procuram constituir família com base não no matrimônio enquanto processo formal, mas levando em conta o vínculo afetivo existente entres seus sujeitos, sejam quais forem os agentes motivadores

que os levaram a esta escolha, o procedimento sucessório nesta vertente necessita ser mais profundamente estudado.

Considerando-se a previsão legal sucessória da união estável constante do Código Civil (artigo 1.790, incisos I e II), apresenta-se a necessidade de se analisar até que ponto esse dispositivo, considerado por muitos doutrinadores dúbio ou lacunoso, reflete a efetiva proteção que a união estável merece.

O presente trabalho objetiva analisar os conceitos e direitos dos sujeitos principais desta relação entre união estável e sucessão patrimonial: os companheiros e seus filhos, especialmente a filiação híbrida.

O primeiro capítulo tratará da conceituação e histórico da união estável, bem como seus pressupostos caracterizadores. Abordará também a evolução histórica da família e sua proteção jurídica elencando as distinções entre os efeitos jurídicos da união estável e do casamento.

O segundo capítulo versará sobre o histórico e evolução do sistema sucessório pátrio abrangendo as principais características da sucessão legítima e testamentária. Examinará a capacidade geral e específica para suceder, bem como a ordem de vocação hereditária e a figuração do herdeiro concorrente.

O terceiro e último capítulo trará a análise da problemática da sucessão na união estável com filiação híbrida. Para tanto, será abordada a sucessão na união estável à luz da concorrência do companheiro sobrevivente com filhos comuns e unilaterais do autor da herança. Por conseguinte também versará acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil/2002 e do posicionamento da atual jurisprudência brasileira.

Visando obter os desígnios propostos para o presente trabalho, a forma de pesquisa será a de cunho bibliográfico e acadêmico, utilizando-se como fontes de pesquisa e embasamento doutrinas, jurisprudências, leis, entre outros.

O método de abordagem aplicado será o dedutivo, tendo em vista atingir conclusões mediante análises acerca das hipóteses propostas.

O método de procedimento será o monográfico, visando a temática pertinente ao trabalho de conclusão de curso.

2 A UNIÃO ESTÁVEL

Historicamente, a análise do convívio social do homem é indissociável do papel que a família desempenha como fenômeno basilar para o desenvolvimento pessoal e social do ser humano. É no seio familiar que as pessoas são introduzidas às primeiras lições sobre sociedade, moral, direitos e deveres.

Assim, desde seu surgimento, é notória a preocupação do direito com as relações familiares. A princípio, o ordenamento jurídico pátrio prezava-se em resguardar apenas a chamada *família de direito*, originada do compromisso formal do casamento. No entanto, paralelamente à constituição das famílias formais, outras modalidades de composição familiar foram tornando-se comuns. As *famílias de fato*, como ainda são em parte conhecidas, surgiram da iniciativa voluntária ou circunstancial que o homem teve de desvincular-se dos ditames formais do matrimônio.

Devido a sua crescente popularização, o estudo concernente à formação, conceito e efeitos das famílias de fato nunca se mostrou tão necessário à precisa compreensão da hodierna estrutura familiar. No Brasil, em 10 anos o número de pessoas que vivem em uniões estáveis subiu de 28,6% para 36,4% conforme o “Censo Demográfico 2010: nupcialidade, fecundidade e migração” realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Por possuir um relevante papel na atual sociedade brasileira, a união estável deve ser vista como objeto de estudo obrigatório para uma adequada análise do caráter instrumental da família à luz do ordenamento jurídico pátrio.

2.1 CONCEITO E HISTÓRICO DA UNIÃO ESTÁVEL

Após longa e curvilínea trajetória, a união estável é, hoje, reconhecida em sede constitucional como entidade familiar. O artigo 226, §3º, da Magna Carta afirma:

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.

O Código Civil (2002) trata da união estável em seus artigos 1.723 a 1.727, delineando o instituto nestes termos: “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 constituir família”.

Diversas considerações são apresentadas pela doutrina visando conceituar o que seria união estável. Nas palavras de CUNHA PEREIRA (2015, p. 682):

É a convivência *more uxorio*, ou melhor, é a relação afetivo-amorosa entre duas pessoas, não-incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil. (...) É um casamento de fato.

Semelhantemente, CARVALHO (2010, p.247) delinea a união estável nos seguintes termos:

União livre e estável de pessoas de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil, que é a ausência de matrimônio para o casal que viva como marido e mulher, ou ainda, a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim de satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem.

Conforme ensinamentos de LÔBO (2011, p. 168):

A união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxorio*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia.

Visando a adequada compreensão do que hoje se conhece por união estável, cogente se faz um exame histórico de seu surgimento e delimitações. Esta modalidade de formação familiar remonta à antiga Roma. Naqueles tempos, conforme afirma RIBEIRO (2003) um casal dispunha de três formas para adquirir a

manus maritalis, ou seja, o direito/dever de submissão da mulher à autoridade do marido:

A *confarreatio* era a forma de união dos patrícios que permitia que os filhos nascidos dela participassem dos cultos sacerdotais; era o matrimônio religioso celebrado na presença de testemunhas que perdurou até o Império de Augusto. A *coemptio* era reservada aos plebeus e constituía-se numa espécie de casamento civil, onde o pai vendia a filha para o futuro marido; um resquício dos costumes bárbaros sem qualquer cunho religioso. O *usus* era uma forma de usucapião em que o homem adquiria a posse da mulher após o prazo de um ano de convivência desde que aquela não se ausentasse de casa por três noites consecutivas, *usurpatio trinoctium*, o que impedia que se concretizasse a aquisição.

O *usus*, pois, era uma forma de constituição familiar que não requiritava formalidades. Mas, uma vez constituído, produzia os mesmos efeitos jurídicos que as modalidades formais de união. Os efeitos jurídicos do casamento, *justae nuptiae*, só não existiriam em casos de impedimentos entre os conviventes, a exemplo da união adúltera.

Segundo PEREIRA (*apud* FARIAS e ROSENVALD, 2013, p. 513):

A velha história grega está crivada de concubinatos célebres (...) que tiveram nobre atuação na cultura dos gregos, notadamente Aspásia, que ensinou retórica, em aulas próprias, a um grande número de alunos, inclusive velhos gregos (...). Antes de viver com Péricles, Aspásia tornara-se concubina de Sócrates, e depois da morte deste, de Alcebiades.

A despeito da historicidade fática desta modalidade de vínculo familiar, a união estável nem sempre foi tida como entidade familiar. O Concílio de Trento (1545 – 1563), por exemplo, ao passo que sacralizou o casamento, condenou qualquer relação extramatrimonial.

O direito concubinário propriamente dito teve sua origem na França. Conforme CUNHA PEREIRA (2003, pág. 47), “na idade contemporânea começam a operar mudanças a partir da primeira metade do Século XIX, quando os tribunais franceses apreciam e consideram as pretensões das concubinas”. Em 1892 pela primeira vez um tribunal reconheceu o esforço indireto de uma companheira na constituição de patrimônio comum. Esta iniciativa baseada na teoria do enriquecimento ilícito norteou durante muito tempo os julgados concernentes às uniões estáveis.

Em se tratando do ordenamento jurídico pátrio, a união estável tardou em figurar no polo do Direito de Família, constando efeitos apenas na seara das obrigações. A Constituição da República de 1967 prescrevia no artigo 167: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.” O Código Civil de 1916 também considerava núcleo familiar apenas o advindo da união matrimonial. Em seu artigo 229 o supracitado código afirmava: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes de nascidos ou concebidos”. A “ilegitimidade” dos demais núcleos familiares alcançava, portanto, não somente a vínculo entre os conviventes, mas também as relações filiais, pois que os filhos ilegítimos não desfrutavam dos mesmos direitos reconhecidos aos legítimos.

Nas palavras de TEPEDINO (2010, p. 352):

Em síntese estreita, se poderia dizer que o vínculo conjugal atraía intensa proteção por parte do Código Civil, em favor da coesão formal do núcleo familiar, a prescindir de qualquer valoração substancial do legislador quanto à realização pessoal dos cônjuges e dos filhos no âmbito da família.

Em termos gerais o concubinato significava, nas objetivas palavras de FARIAS e ROSENVALD (2013, p. 514), “a união entre homem e mulher sem casamento, seja porque não poderiam casar, seja porque não pretendiam casar”. Este tipo de relação não ecoava efeitos na seara familiar do ordenamento jurídico. Por ser o concubinato considerado uma sociedade de fato, e não uma entidade familiar, os seus direitos advinham apenas do Direito das Obrigações.

Ensina, neste sentido, DIAS (2015, p. 239):

Em um momento posterior passou a justiça a reconhecer a existência de uma sociedade de fato: os companheiros eram considerados “sócios”, procedendo-se à divisão de “lucros”, a fim de evitar que o acervo adquirido durante a vigência da “sociedade” ficasse somente com um dos sócios. Para ensejar a divisão dos bens adquiridos na constância da união, havia necessidade da prova da efetiva contribuição financeira de cada consorte na constituição do patrimônio.

À medida que essas relações tornavam-se cada vez mais comuns e produziam efeitos fáticos, os conviventes viam-se necessitados de proteção jurídica. Em virtude da ausência de previsão legal a respeito do tema, não restou alternativa aos concubinos a não ser buscar guarida no Poder Judiciário. Nesta senda, foram

editadas pelo Supremo Tribunal Federal as Súmulas 380 e 382. Afirma a Súmula 380: “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”. Por sua vez, estabelece a Súmula 382 “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Os referidos posicionamentos da Corte desencadearam evolução da jurisprudência no sentido de conceder efeitos jurídicos ao concubinato a despeito da ausência de previsão legal. Tal proteção jurídica abrangia, no entanto, apenas a seara patrimonial, abstendo-se de proteger os efeitos pessoais da relação.

Doutrinariamente o concubinato passou a ser dividido em duas modalidades: concubinato puro – configurado entre pessoas que não eram impedidas de se casar; e concubinato impuro – formado por pessoas impedidas de contrair matrimônio. Com o advento da Constituição de 1988 e posteriormente do Código Civil de 2002, o concubinato puro passou a ser considerado entidade familiar. Em virtude do largo preconceito que o termo *concubinato* sofria, estigmatizado como sinônimo de relacionamento ilegítimo, achou por bem o legislador substituí-lo por *união estável*.

O concubinato impuro, hoje denominado apenas *concubinato*, permaneceu com o status de sociedade de fato e tendo seus efeitos assistidos apenas à luz do Direito das Obrigações.

2.2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

Para que seja realizado um apropriado estudo sobre as vicissitudes atinentes ao instituto da união estável, objeto central do presente trabalho, imperiosa se faz a apreciação do gênero do qual este tipo de relacionamento deflui: a família. A origem da família confunde-se facilmente com a origem da humanidade. Segundo HIRONAKA (*apud* FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 41), a família é um instituto “ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos”. O homem enquanto ser sociável tem como primeiro rol de relacionamentos interpessoais aqueles que ocorrem entre os seus. Conforme assertiva do estudioso NADER (2014, p. 5):

Em sua estrutura e finalidade, a família é um grupo social *sui generis*, que encerra interesses morais, afetivos e econômicos. Antes de jurídica é uma instituição de conteúdo moral, sociológico e biológico, que centraliza interesses sociais da maior importância. O seu papel é relevante para a criação da prole, equilíbrio emocional de seus membros e para a formação da sociedade.

A complexidade da vida em sociedade fatalmente acarreta constantes evoluções culturais. A família, por ser instituto basilar do convívio social é um dos principais pontos das referidas mudanças. “A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas” (PERROT *apud* FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 39). À vista disto, árdua é a tarefa de conceituar família como instituto, afirmando alguns juristas até mesmo a impossibilidade do alcance conceitual satisfatório (ARNAUD *apud* NADER, 2014, p. 3).

À luz dos movimentos sociais apresentados modernamente, NADER (2014, p. 3) propõe o seguinte conceito de família:

Família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Conquanto a família desempenhe papel de instrumento transmissor de valores e costumes, FARIAS e ROSENVALD (2014, p. 46) consideram-na um “regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem a presença de sexualidade humana, com o desiderato de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo”.

Em sede legal, a Lei 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha e vista por alguns doutrinadores como a consagração do conceito moderno da família em sede infraconstitucional (CARVALHO, 2010, p. 8), em seu artigo 5º, II, conceitua a família como a “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

Na cultura romana a estrutura da família baseava-se na religião do lar e no culto que era prestado aos antepassados, pouco importando, no ato de sua formação, a motivação afetiva. Marcada pelo patriarcado, estas unidades familiares tinham o homem – *pater* - como indivíduo central, detentor de todo o poder sobre escravos, filhos e esposa. (NADER, 2014, p. 11).

Com a expansão do cristianismo, a arbitrariedade da autoridade masculina no lar foi mitigada pela valorização da pessoa humana quanto à esposa e filhos. O casamento, ao contrário do que normalmente ocorria na cultura grega e romana, era sempre de caráter monogâmico.

Aos tempos da Idade Contemporânea a estrutura familiar variou conforme a base econômica de cada núcleo. Nas regiões agrárias a economia familiar adivinha primariamente do cultivo coletivo do solo. Tal atividade era exercida por todos os entes da família sob a liderança dos pais. Com o advento da Revolução Industrial e, conseqüentemente, a migração populacional do campo para a cidade, muitos deixaram de exercer as atividades agrícolas para dedicarem-se aos trabalhos nas fábricas dos grandes centros. Conseqüentemente, a união familiar por força da economia doméstica foi abalada com a desagregação dos membros das famílias.

Na medida em que a sociedade tornava-se mais liberal e deixava para trás certos costumes morais, novos hábitos foram incorporados ao cotidiano das famílias. Os jovens passaram a dedicar-se mais à vida intelectual, frequentando universidades e alargando seu ciclo de convivência. O trabalho para além do âmbito doméstico, dantes restrito aos homens, passou a ser exercido também por mulheres. Além disso, a revolução sexual trazida pela pílula anticoncepcional, dentre outras descobertas científicas, foi fator de grande relevância para que a juventude modificasse sua forma de se relacionar afetivamente (NADER, 2014, p. 12). Em se tratando do instituto familiar em nosso país, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 a família era vista como sinônimo de casamento, vínculo indissolúvel. Por sua vez, as uniões estáveis e os filhos extramatrimoniais eram considerados ilegítimos. Neste sentido ensina CARVALHO (2010, p. 7):

A família era concebida como um instituto em prol da própria família, um fim em si mesma, porque o legislador entendia que aquele modelo fechado era o único correto, ainda que custasse o sacrifício pessoal de seus membros. Os sacrifícios seriam recompensados com valor mais importante que era a manutenção do vínculo familiar.

Tal proteção jurídica restrita não impediu a pulsante modificação fática da estrutura familiar. Institutos como a união estável e as famílias monoparentais disseminaram-se largamente a despeito da indiferença ou mesmo punição com que eram tratados pelo direito positivo. Nas palavras de NADER (2014, p. 6):

A família é uma instituição guiada pela ordem natural das coisas, pela natureza, e tem seu curso ditado pelo afeto, instinto e razão. Não são convenções sociais, portanto, a fonte geradora da família.

Neste diapasão, o conceito de família foi significativamente ampliado quando o artigo 226, §3º e §4º da Constituição Federal/1988 reconheceu como entidades familiares, além do casamento, a união estável e a família monoparental:

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.

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

O novo ordenamento jurídico, portanto, deixa de lado a vertente protetiva do núcleo familiar em si mesmo e passa a resguardar um princípio mais abrangente e efetivo: a família como instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana. O foco é deslocado do matrimônio enquanto instituição e passa para o membro familiar enquanto indivíduo. Neste sentido, FARIAS e ROSENVALD (2014, p. 47) ensinam que:

É simples, assim, afirmar a evolução de uma família-instituição, com proteção justificada em si mesmo, importando, não raro, violação dos interesses das pessoas nela compreendidas, para o conceito de uma família-instrumento do desenvolvimento da pessoa humana, evitando qualquer interferência que viole os interesses dos seus membros, tutelada na medida em que promova a dignidade das pessoas de seus membros, com igualdade substancial e solidariedade entre eles (arts. 1º e 3º da CF/88).

Hoje a família não mais é tida como um grupo institucionalizado, mas como meio de promoção da felicidade pessoal e coletiva de seus membros, importando uma despatrimonialização e repersonalização das relações familiares. Nas objetivas palavras de CARVALHO (2010, p. 9), “a realização moral e material dos membros da nova família brasileira reflete em prol de toda a sociedade, cumprindo assim uma função social”. Com efeito, *o affectio familiae* tomou lugar da tradição como coluna da família, haja vista que é nas relações afetivas que reside a estrutura de formação pessoal de cada indivíduo.

2.3 PRESSUPOSTOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL

O casamento é um vínculo familiar marcado pela formalidade, sendo imprescindível para sua constituição determinadas solenidades como, por exemplo, prévia habilitação, cerimônia presidida por autoridade competente e exteriorização inequívoca da vontade dos nubentes.

Antagonicamente, a união estável não se reveste de solenidades, pauta-se numa sucessão de eventos e fatores objetivos e subjetivos que a caracterizam. Os pressupostos legais caracterizadores da união estável encontram-se no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, que repete a ideia do artigo 1º da Lei 9.278/96, onde prescreve o legislador: “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”.

Além dos elementos caracterizadores em lei, estudiosos do direito de família acrescentam outros pressupostos que delimitam melhor o que é a união estável e seus efeitos no plano jurídico. Em proveito dos fins didáticos, alguns doutrinadores, a exemplo de GONÇALVES (2014, p. 410) preferem dividir os requisitos para configuração da união estável em objetivos e subjetivos. Seriam pressupostos de natureza subjetiva a convivência *more uxorio* e o *affectio maritalis*. Por sua vez, constituem elementos objetivos: notoriedade; estabilidade; continuidade; inexistência de impedimentos matrimoniais; e relação monogâmica.

Neste diapasão, parte-se à análise mais detida de cada um dos supracitados pressupostos. A convivência *more uxorio* consiste na comunhão de vida entre os conviventes. Nas palavras de LÔBO (2011, p. 173):

É a convivência de um homem e de uma mulher em posse de estado de casados — *more uxorio* —, ou seja, em conformidade com o costume de casado, ou como se casados fossem, com todos os elementos essenciais: impedimentos para constituição, direitos e deveres comuns, regime legal de bens, alimentos, poder familiar, relações de parentesco, filiação. É uma situação que se inicia sem qualquer ato jurídico para configurar sua constituição ou para sua dissolução.

Os companheiros devem prestar mútua assistência na perspectiva moral, sentimental e mesmo material. Conforme salienta VELOSO (*apud* GONÇALVES, 2014, p. 411):

Essa entidade familiar decorre desse fato, da aparência de casamento, e essa aparência é o elemento objetivo da relação, a mostra, o sinal exterior, a fachada, o fator de demonstração inequívoca da constituição de uma família.

Para que haja convivência *more uxorio* não se faz indispensável coabitação dos conviventes. A Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal determina que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Embora expressamente trate de concubinato, o princípio sumulado é aplicável aos casos de união estável. É o que se vê aplicado na jurisprudência no Recurso Especial nº 275.839 do Superior Tribunal Justiça:

O art. 1º da Lei nº 9.278/96 não enumera a coabitação como elemento indispensável à caracterização da união estável. Ainda que seja dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família, não se trata de requisito essencial, devendo a análise centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais se inclui a habitação comum.

Casos há em que o distanciamento físico entre o casal é forçoso devido a circunstâncias profissionais ou mesmo por deliberação dos conviventes no sentido de habitarem em moradias separadas. Nestas hipóteses, desde que reste comprovada a efetiva convivência, a união estável pode ser plenamente configurada.

Ulterior pressuposto para a configuração da união estável é o *affectio maritalis*, ou seja, a finalidade de constituir família comprovada mediante ações e atitudes tomadas pelos conviventes. Não basta apenas a intencionalidade de constituição familiar futura, como a que normalmente está presente nas relações de namoro e noivado. Nas pontuais palavras de GAGLIANO (2011, p. 430):

Essa aparência de casamento, essa finalidade de constituição de um núcleo estável familiar é que deverá ser investigada em primeiro lugar pelo intérprete, ao analisar uma relação apontada como de união estável. Trata-se da essência do instituto no novo sistema constitucionalizado, diferenciando uma união estável de uma relação meramente obrigacional.

Adentrando no que a doutrina denomina pressupostos objetivos, outro requisito basilar para configuração da união estável consiste na notoriedade. É imperioso que a relação não seja mantida veladamente, o vínculo entre os conviventes deve ser notório e de conhecimento de todos aqueles pertencentes ao

seu círculo social, a exemplo de familiares e amigos. Neste sentido é o que preconiza DINIZ (2010, p. 386):

A convivência *more uxorio* deve ser notória, os companheiros deverão tratar-se, socialmente, como marido e mulher, aplicando-se a teoria da aparência, revelando, a *intentio* de constituir família, traduzida por uma comunhão de vida e de interesses, mesmo que não haja prole em comum.

O reconhecimento social da relação como uma família é fundamental como meio probatório caso seja cogente alguma demonstração judicial da união estável. Além do exposto, o presente requisito promove a diferenciação da união estável de um simples "caso", onde não existe a intenção de formação familiar, mas, na maioria das vezes, visa apenas satisfação sexual.

A estabilidade, um dentre os pressupostos estabelecidos pelo artigo 1.723 do Código Civil/2002, versa sobre a durabilidade da relação no tempo. Sob a égide da Lei n. 8.971/94 exigia-se o prazo mínimo de cinco anos de convivência ou prole para a configuração da união estável. Posteriormente, a Lei n. 9.278/96 omitiu ambas as condições. Resta claro que atualmente cabe ao jurista, no caso concreto, averiguar se existe durabilidade suficiente para que a união seja considerada pública e marcada pela intencionalidade de formação familiar. Conforme lição de VELOSO (*apud* GONÇALVES, 2014, p. 414):

O que não se marcou foi um prazo mínimo, um lapso de tempo rígido, a partir do qual se configuraria a união estável, no geral dos casos. Mas há um prazo implícito, sem dúvida, a ser verificado diante de cada situação concreta. Como poderá um relacionamento afetivo ser público, contínuo e duradouro se não for prolongado, se não tiver algum tempo, o tempo que seja razoável para indicar que está constituída uma entidade familiar?

Outro elemento relevante da união estável é a continuidade. Relações instáveis não são protegidas juridicamente como se entidades familiares fossem. Para que uma relação tenha respaldo jurídico de união estável, deve mostrar-se sólida e sem interrupções temporais significativas onde a convivência deixou de existir. Breves interregnos, frutos de desentendimentos pontuais não descaracterizam a união estável (COELHO, 2013, p. 144).

Ponto de relevância ímpar para a configuração da união estável, bem como sua distinção do concubinato, é o determinado no § 1º do artigo 1.723 do Código Civil/2002 cujo teor veda a constituição da união estável "se ocorrerem os

impedimentos do artigo 1.521”. No entanto nos casos das uniões estáveis cujas bases descansam em situações fáticas que seriam classificadas como suspensivas para o matrimônio (artigo 1.523), o § 2º do aludido artigo 1.723, determina sua plena caracterização como a entidade familiar em análise.

Isto posto, conclui-se juntamente com GONÇALVES (2014, p. 416) que “quem não tem legitimação para casar não tem legitimação para criar entidade familiar pela convivência, ainda que observe os requisitos do *caput* do artigo 1.723 do Código Civil”.

Frente ao exposto, ainda é válido ressaltar que, paralelamente ao previsto para o casamento, nas hipóteses de união estável a monogamia deve ser posta em primazia, afastadas da classificação de entidade familiar as uniões onde um ou ambos os conviventes possuem vínculo amoroso com outrem. Neste sentido, conforme COELHO (2013, p.145):

Quando desrespeitada a regra da monogamia, o relacionamento não eventual que alguém mantém em paralelo ao seu casamento ou união estável denomina-se união livre (se há intuito de formar família) ou é mero concubinato (se não há essa intenção).

Por fim, é salutar o exame de um requisito que até recentemente era configurador da união estável: a diversidade de sexos. Entendia-se, mediante interpretação literal do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, que a heterossexualidade era elemento essencial à formação das entidades familiares. As uniões homoafetivas existiam apenas no plano de sociedade de fato, cujos efeitos jurídicos limitavam-se à seara patrimonial.

Com o advento de frequentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais visando garantir mais direitos às uniões homoafetivas, no dia 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar semelhante à união estável dos casais heterossexuais e garantiu-lhe todos os direitos inerentes.

2.4 DISTINÇÕES DOS EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO

Diversamente do que as aparências podem denotar, o casamento e a união estável guardam diferenciações de significativa relevância entre si. O próprio tratamento legal dado em títulos próprios dentro do direito de família – casamento: título I – artigos. 1.511 a 1.582 do CC/02; união estável: título III – artigos. 1.723 a 1.727 do CC/02 – bem como a opção do artigo 1.726 do Código Civil/2002 de conversão da união estável em casamento mediante vontade expressa dos companheiros, apontam para o fato de que esses não são institutos idênticos entre si.

A primeira diferença entre o matrimônio e a união estável repousa sobre seu processo de formação e dissolução. Enquanto o casamento é marcado por formalidades, a união estável constitui-se e dissolve-se no plano fático. Elucidando a questão VENOSA (2013, p. 40) preleciona:

O concubinato ou a união estável são fatos sociais e fatos jurídicos. Essa é sua natureza (Bittencourt, 1985:15). Por outro lado, como vimos, o casamento é um fato social e um negócio jurídico. Fato jurídico é qualquer acontecimento que gera consequências jurídicas. A união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico.

Outra distinção digna de nota entre os institutos está no fato de o matrimônio ser um meio de emancipação para o cônjuge (artigo 5º, parágrafo único, Código Civil/2002) enquanto a união estável não emancipa o companheiro menor. Discordando de tal discriminação, alguns doutrinadores a exemplo de FARIAS e ROSENVALD (2014, p. 546) assim se posicionam sobre o assunto:

Com efeito, não parece razoável privar o companheiro menor de idade da emancipação. Isto porque se a união estável é entidade familiar, merecedora de especial proteção do Estado, não há sentido em restringir a proteção do companheiro menor de idade.

Diferentemente do que ocorre no casamento, que possui presunção de paternidade para os filhos nascidos na sua constância (artigo 1597, Código Civil/2002), à união estável não é aplicada a presunção *pater is est*. Latente aqui

mais um tipo de discriminação, não só quanto às entidades familiares, mas em detrimento da isonomia filial, indo frontalmente contra a determinação constitucional que proíbe tratamento discriminatório entre os filhos – artigo 227, Constituição Federal/88 - (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 547).

À semelhança do que ocorre com o casamento, a união estável gera certos direitos e deveres pessoais entre os companheiros. Nesta senda, os deveres recíprocos do matrimônio (artigo 1.566, Código Civil/2002) quase equivalem aos da união estável (artigo 1.724, Código Civil/02), guardando pequena variação no que tange à necessidade de coabitação e exigência de fidelidade recíproca.

A coabitação é marca do matrimônio enquanto na união estável, como visto anteriormente, não é pressuposto caracterizador. O que se mostra indispensável na união estável é a intenção de constituir família, ainda que os companheiros não residam sob o mesmo teto. Em verdade, parte da jurisprudência vem se posicionando no sentido de dispensar a imprescindibilidade da coabitação até mesmo para o casamento.

Quanto ao dever de fidelidade recíproca, apesar de não haver sido expressamente arrolado entre os direitos e deveres da união estável, o que se entende é que este princípio encontra-se implícito na ordenança de “lealdade e respeito recíprocos”. Conforme ensinamento de OLIVEIRA (*apud* FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 550), a união estável, “que em tudo procura imitar o casamento, também tem como característica a fidelidade entre os conviventes” ainda segundo sua ideia, além da fidelidade recíproca, exige-se “o respeito, a deferência, a estima, a amizade, o afeto. Essa característica é que dá seriedade e valoração ética à união estável”.

Na seara patrimonial, alguns pontos distintivos entre as duas entidades familiares em análise merecem destaque. Pautado nos deveres de mútua assistência e solidariedade, o dever de prestar alimentos está presente tanto no casamento quanto na união estável. No entanto, na união estável o elemento culpa é determinante no *quantum* da obrigação alimentar. Se a necessidade do companheiro é consequência de sua própria culpa, os alimentos a serem prestados serão apenas os imprescindíveis à sua sobrevivência. (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p. 573).

O regime de separação obrigatória de bens, imposto ao matrimônio daqueles que possuem mais de setenta anos (artigo 1.641 do Código Civil/2002) não é

obrigatório aos casos de união estável com septuagenários por tratar-se de norma restritiva de direitos direcionada ao casamento. Em regra, a estes casos aplica-se o regime de comunhão parcial de bens. No entanto, a jurisprudência superior firmou-se no sentido de estabelecer também para a união estável de septuagenários o regime de separação obrigatória de bens, mas temperado com o preceito da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal – “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Por fim, uma das distinções mais discutidas entre casamento e união estável dizer respeito ao processo sucessório. O artigo 1.790 do Código Civil/2002, por muitos considerado inconstitucional, assim delimitou a participação sucessória do companheiro:

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.

Conforme o dispositivo supracitado, o companheiro supérstite concorre com os descendentes comuns, os descendentes exclusivos do autor da herança e os demais parentes sucessíveis do *de cujus*, diferentemente do que ocorre no casamento, onde o cônjuge sobrevivente figura em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Esta distinção, bem como sua vertente concernente à filiação híbrida, será mais detidamente estudada no presente trabalho.

3 O SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Independentemente de raça, credo ou era, é notório o anseio humano pela imortalidade. A morte nunca soou confortável aos ouvidos daqueles que buscam a continuidade. Neste sentido, o direito sucessório erige-se como uma alternativa na busca por dar prosseguimento a bens, vontades e relações jurídicas para além da morte.

O sistema sucessório é instituto intimamente relacionado ao direito de família e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso o fundamento se sua existência não se restringe apenas a perpetuar relações e bens para além da morte, é o ramo do direito responsável por harmonizar o direito de família com a função da propriedade almejando o bem estar individual e coletivo. (HIRONAKA *apud* TARTUCE, 2016, p. 1550).

Ao longo da história humana o direito sucessório foi um dos ramos jurídicos que mais sofreu alterações. Isto porque em sua gênese sua aplicação estava atrelada à prática de cultos religiosos, costume que, quando abandonado, gerou modificações não só no modo de suceder, mas de adquirir propriedades (VENOSA, 2013, p.2).

Em nosso ordenamento este ramo do direito está disciplinado no Código Civil de 2002 no Livro V, a partir do artigo 1.784. Ao longo da história passou por mutações diversas, ora em virtude das inovações do direito de família, ora para vir de encontro aos fenômenos sociais sucessórios. Dentre as mencionadas mudanças, a abolição da discriminação entre filhos – legítimos, ilegítimos, adotivos -, a garantia dos direitos sucessórios do cônjuge e companheiro e a aplicabilidade da concorrência entre herdeiros.

3.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DO SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Por haver sido colônia portuguesa até o ano de 1822, o Brasil sofreu forte influência do pensamento europeu em diversas áreas jurídicas. O Direito sucessório pátrio, por exemplo, foi por muito tempo reflexo do direito português, que, por seu

turno, possui raízes no épico direito romano. Dada a linha cronológica simplificada exposta, para que o sistema sucessório brasileiro seja melhor compreendido é imperioso o aprofundamento na análise da origem do direito sucessório.

Nos primórdios da civilização, o homem vivia em comunhão familiar em virtude do cultivo coletivo da terra. Assim, os bens pertenciam ao grupo familiar como um todo, a *gens* era a efetiva proprietária da terra. Posteriormente, a sucessão de bens e direitos passou a associar-se à religião e ao princípio do parentesco. Eram considerados da família aqueles que praticavam a mesma crença. Para os romanos a sucessão e o culto eram entidades integradas. Após a morte, a propriedade só remanesce em virtude da continuidade do culto (VENOSA, 2013, p. 03).

Neste sentido, COULANGES (2008, p. 76), explicita a importância da religião na organização familiar e, conseqüentemente, no estabelecimento das sucessões:

Graças à religião doméstica, a família era um pequeno corpo organizado, uma pequena sociedade, que tinha seu chefe e seu governo. Nada, em nossa sociedade moderna, pode dar-nos ideia desse poder paternal. Nesses tempos antigos, o pai não é somente o homem forte que protege, e que tem também poder para se fazer obedecer: ele é sacerdote, é o herdeiro do lar, e continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração.

O critério de parentesco era auferido pela linha paterna e não materna, porquanto os descendentes varões eram responsáveis pela preservação da religião familiar. A transferência do sacerdócio religioso ocorria de homem para homem, não se acolhia sucessão pela linha feminina. Caso algum homem morresse sem deixar filhos, seu herdeiro seria quem desse prosseguimento ao seu culto. A transmissão ocorria, pois, não pelo critério de parentesco, mas aos herdeiros, assim considerados os homens incumbidos de substituir o pai de família no sacerdócio do lar (COULANGES, 2008, p. 79).

Apenas com o advento do Código de Justiniano a sucessão legítima passou obedecer à regra do parentesco natural. Foi estabelecida a seguinte ordem de vocação: a) descendentes; b) ascendentes em concurso com os irmãos e irmãs bilaterais; c) irmãos e irmãs, consanguíneos e uterinos; e d) outros parentes colaterais (GONÇALVES, 2012, p.22).

A modalidade de sucessão testamentária era corriqueira aos costumes romanos, até mesmo sendo permitido ao testador dispor de todo seu patrimônio. O direito germânico, todavia, só reconhecia a sucessão aos herdeiros com vínculo sanguíneo. O direito sucessório hodierno corresponde, portanto, a junção dessas duas modalidades de sucessão: existindo testamento, deve este ser obedecido, desde que metade do patrimônio do *de cuius* seja destinado aos herdeiros necessário, se houverem.

O direito sucessório brasileiro aos tempos do Código Civil de 1916 tinha como característica a defesa da denominada família legítima, formada pelo matrimônio. O reconhecimento de filhos havidos fora do casamento era proibido com o intuito de proteger o bem-estar e patrimônio familiares.

Comparando a senda preconceituosa presente na sociedade retratada pela legislação civil de 1916 com a situação fática das famílias do país hoje, GAMA (2007, p. 15-16) afirma:

Não há mais lugar, no mundo atual, para o Direito das Sucessões fundado nos ideais do individualismo e do liberalismo econômico, ou seja, aquele que objetivava tutelar o indivíduo (como se estivesse isolado de qualquer contexto social) e, indiretamente, a família 'legítima', detentora de patrimônio e da paz doméstica, como valores absolutos, sem qualquer conteúdo ético e humanista nas relações travadas entre partícipes de tal organismo familiar.

Como o passar dos anos, o ideal da família tradicional como sendo a única entidade familiar válida e digna de proteção jurídica foi sendo minimizado. A união estável e as famílias monoparentais tornaram-se cada vez mais corriqueiras. Desafio para os operadores do direito frente à ausência de normas a respeito do assunto. Acompanhando as mudanças no mundo fático, transformações no direito de família começaram a ser efetuadas. Por serem ramos intimamente ligados, o direito sucessório também sofreu alterações.

Além das mudanças conceituais de entidade familiar, uma das principais modificações ocorridas no direito das sucessões consistiu na despatrimonialização da família – as relações familiares passaram a ser vistas através das lentes do afeto, mitigando-se a anterior centralização do aspecto financeiro.

A Constituição promulgada em 1988 foi vital para que outro lastro de preconceito fosse extirpado, o concernente à filiação. Em seu artigo 227, §6º a Magna Carta assegura a paridade de direitos, inclusive sucessórios, entre todos os

filhos, havidos ou não de relação de casamento, assim como por adoção. Além disso, outro importante instituto trazido pela Constituição de 1988 no artigo 5º, XXX, Constituição Federal/88, foi a inclusão do direito de herança como garantia fundamental (DIAS, 2011, p.28).

Ao erigir o direito de herança à categoria de direito fundamental, a Constituição Federal promoveu a interdisciplinaridade acertada entre o atual direito de família, mais voltado agora para o aspecto afetivo entre os indivíduos, e o direito de propriedade à luz de sua função social.

Sobre esta nova reformulação sucessória constitucional afirma GAMA (2007, p. 17):

Portando, qualquer norma jurídica no Direito das Sucessões exige, com muito mais vigor que em qualquer época anterior, a presença de fundamento de validade constitucionais da isonomia dos filhos e do pluralismo dos modelos familiares com o fundamento da República do Brasil da dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre a evolução do direito sucessório brasileiro, não se pode olvidar das Leis n. 8.971, de 29 de janeiro de 1994 e n. 9.278, de 10 de maio de 1996, responsáveis por inaugurar a regulamentação do direito sucessório dos companheiros. A Lei nº 8.971/94 concedeu ao companheiro supérstite as seguintes garantias em seu artigo 2º:

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.

Em seguida, a Lei 9.278/96, dentre outras garantias, concedeu o direito real de habitação, direito a época inovador no campo das sucessões na união estável. Assevera o artigo 7º, parágrafo único, da referida lei:

“Art. 7º Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não construir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”

Por fim, em 10 de janeiro de 2002 foi promulgado o atual Código Civil que, assim como os demais textos legais que versam sobre sucessões, passou por modificações impostas pelas novas modalidades de organização familiar na sociedade brasileira. Conforme GONÇALVES (2012, p. 29 e 30), de modo geral, as principais inovações trazidas pelo novo Código Civil foram:

- I - A cessão de direitos hereditários ganha regramento próprio, nos arts. 1.793 a 1.795;
- II - Os companheiros foram colocados ao lado dos cônjuges, como responsáveis pela administração da herança até o compromisso do inventariante (art. 1.797);
- III - Disciplinou-se a legitimação para suceder, no tocante aos *nasciturus conceptus* e *nondum conceptus*, estabelecendo-se prazo razoável para consolidação da herança (arts. 1.798 a 1.800);
- IV - A legitimação da deixa testamentária ao filho do concubino, quando também o for do testador (art.1.803);
- V - Melhor e mais precisa disciplina relativa à aceitação da herança (art.1.804); introdução de capítulo relativo à petição de herança, estabelecendo-se a sua real dimensão no direito sucessório.

O direito sucessório brasileiro no atual diploma civil está delimitado em quatro títulos: da sucessão em geral, da sucessão legítima, da sucessão testamentária e do inventário e partilha.

Quanto às modificações aplicadas, o Título I alterou as normas concernentes à administração, aceitação, petição e renúncia da herança; à vocação hereditária e ainda incluiu o companheiro supérstite na sucessão do *de cuius* em concorrência com descendentes e colaterais quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união (artigo 1.790 do Código Civil/2002).

O Título II elevou o cônjuge de herdeiro facultativo à herdeiro necessário e alterou a vocação hereditária: o cônjuge passou a concorrer, em primeiro lugar, com os descendentes e em segundo lugar com os ascendentes (artigos 1.829 a 1.845).

O Título III, além de criar uma nova modalidade de testamento, o aeronáutico, simplificou a elaboração dos demais tipos de testamento, reduzindo-se o número necessário de testemunhas e restringindo-se o cabimento de cláusulas restritivas sem a devida motivação de justa causa (artigo 1.848).

Por fim, o último Título acerca de sucessões no diploma civil versa sobre a colação e redução das doações porventura feitas pelo autor da herança frente à intangibilidade da quota dos herdeiros necessários (artigos 1.992 a 1.996).

3.2 A SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA

No ordenamento jurídico pátrio, quanto à fonte, a sucessão pode ser de duas modalidades: legítima (arts. 1.829 a 1.856, CC/02) e testamentária (arts. 1.857 a 1.990, CC/02). Aquela decorre de prescrição legal e representa a vontade presumida do *de cuius*. Esta, a seu turno, corresponde à disposição de última vontade do autor da herança externada através de testamento ou codicilo. Em não havendo testamento, a herança é transmitida aos herdeiros legítimos conforme ordem de vocação preestabelecida em lei (artigo 1.829, Código Civil/2002).

A sucessão também será necessariamente legítima quando o testamento caducar ou for nulo (artigo 1.788, Código Civil/2002). Compete observar que o testamento originariamente válido pode tornar-se ineficaz por causa ulterior, a exemplo de inexistência do beneficiário nomeado ou dos bens elencados.

A aplicabilidade simultânea dos dois tipos de sucessão não é impossível. A sucessão poderá ser concomitantemente legítima e testamentária quando o testamento não abranger todos os bens do *de cuius*, porquanto os bens excluídos passarão aos seus herdeiros legítimos (artigo 1.788, Código Civil/2002).

A sucessão legítima defere-se aos herdeiros legítimos determinados pelo artigo 1.829, Código Civil/2002, quais sejam: parentes e cônjuge. Dentre os herdeiros legítimos existem os necessários e os facultativos - são herdeiros necessários em ordem preferencial os descendentes, ascendentes e cônjuge, enquanto os colaterais até o quarto grau figuram como herdeiros facultativos.

Sobre os herdeiros legítimos, assim preleciona GOMES (2012, p.41):

A existência de herdeiros facultativos não impede a disposição, em testamento, de todos os bens do testador, mas se falece sem deixar testamento, esses herdeiros são chamados a suceder sucessivamente. (...) Havendo herdeiros necessários, a liberdade de testar é restrita à metade disponível; havendo somente herdeiros facultativos, é plena.

Neste modo de sucessão a maneira de suceder pode ser por direito próprio, quando o herdeiro pertence à classe sucessora; por representação, quando o indivíduo, no momento da abertura da sucessão, ocupa o lugar do herdeiro pertencente à classe sucessora; e por transmissão quando se procede à

substituição do herdeiro da classe chamada à sucessão após sua abertura (GOMES, 2012, p. 44).

A sucessão dos descendentes acontece por direito e por cabeça abarcando todos os graus de parentesco, ressalvando-se que o grau mais próximo exclui o mais remoto. Segundo VENOSA (2013, p. 120), “A lei, ao colocar os descendentes em primeiro lugar na sucessão, segue uma ordem natural e afetiva. Normalmente, os vínculos afetivos com os descendentes são maiores (...)”.

A lei não mais estabelece distinções entre as qualificações jurídicas de filiação, todos os filhos são igualmente tratados (artigo 20, Estatuto da Criança e do Adolescente; artigo 1.596, Código Civil/2002).

Não havendo descendentes supérstites ao *de cujus*, passa-se à classe sucessória dos ascendentes, que herdarão concorrentemente com o cônjuge, independentemente do regime de bens adotado ao matrimônio (artigo 1.836, Código Civil/2002). Exceção à regra é o caso do filho adotivo que, não possuindo descendentes ou pais sobreviventes, seu cônjuge não concorrerá à sucessão com outros ascendentes (avós, por exemplo), herdando isoladamente a legítima.

Acerca da sucessão dos ascendentes, DINIZ (2010, p. 117) explicita:

Se apenas um dos genitores for vivo, a ele devolver-se-á a totalidade do acervo hereditário, ainda que sobrevivam os ascendentes do outro, pois existindo pai ou mãe do *de cujus*, não herdam avós ou bisavós tanto da linha materna como paterna.

Na ordem de sucessão legítima, há, ainda, a figura do cônjuge no terceiro lugar na ordem de vocação. Seu direito hereditário persistirá se forem atendidas as condições do artigo 1.830, Código Civil/2002, independentemente do regime de bens adotado no casamento:

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.

O artigo 1.831, Código Civil/2002 confere ao cônjuge supérstite o direito real de habitação sobre o imóvel destinado ao domicílio da família, desde que seja o único desta natureza. Sob a égide do regime jurídico revogado, este direito competia apenas ao cônjuge que houvesse sido casado com o autor da herança pelo regime

de comunhão universal de bens, posição hodiernamente superada, permitindo-se que o cônjuge tenha direito de habitação independentemente do regime adotado. O direito real de habitação não torna o cônjuge supérstite herdeiro, apenas legatário legítimo (GOMES, 2012, p. 65).

As hipóteses de concorrência sucessória entre cônjuge, ascendentes e descendentes, bem como a figura do companheiro como sucessor legítimo serão melhores abordadas em espaço oportuno adiante.

A segunda modalidade de sucessão prevista em lei é a testamentária, conforme CUNHA PEREIRA (2015, p. 647):

A modalidade de sucessão *causa mortis* na qual há declaração de última vontade do *de cuius* a ser cumprida. O autor da herança pode eleger herdeiros e indicar legatários via testamento ou codicilo, instrumentos que deverão ser respeitados se forem válidos. É a transmissão da herança de acordo com a manifestação de vontade por escrito do falecido.

Segundo entendimento doutrinário de GONÇALVES (2014, p. 156 e 157) são características do testamento válido: ser um ato personalíssimo do autor da herança; não admitida sua elaboração por procurador, ainda que com poderes especiais; consiste em um negócio jurídico unilateral, vedado o testamento conjuntivo, correspectivo ou recíproco; é ato solene e gratuito; essencialmente revogável, devendo ser considerada nula cláusula que preveja irrevogabilidade; e, por fim, é ato *causa mortis*, tendo em vista produzir efeitos apenas com a morte do testador.

A regra é que todas as pessoas podem testar validamente. O artigo 1.860 do Código Civil afirma que só não são capazes para testar os incapazes e os que não dispuserem de pleno discernimento no ato de elaboração do testamento. Entre os incapazes em geral, a exceção é nas hipóteses dos maiores de dezesseis anos (artigo 1.860, parágrafo único), ainda que sem a assistência de seu representante legal. Há que cogitar-se, além, que a senilidade, em si mesma, não é motivo de incapacidade, mas, se a velhice vier acompanhada de patologias que limitam a lucidez, torna o indivíduo incapaz de testar validamente.

Duas são as modalidades de testamento: ordinários – público, cerrado e particular (artigos. 1.864 a 1.880, Código Civil/2002); e especiais – marítimo, aeronáutico e militar (artigos. 1.886 a 1.896, Código Civil/2002).

Após elencar as características extrínsecas à elaboração de testamento, o diploma civil preocupa-se em limitar seu conteúdo mediante normas restritivas e proibitivas, além de dispor sobre regras interpretativas do teor do testamento.

Dentre as regras interpretativas destaca-se a do artigo 1.899: “Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador”. No balizamento doutrinário de WALD (2012, p. 63):

A interpretação visa fixar o verdadeiro sentido do testamento, esclarecendo qual a vontade do testador. Os processos técnicos utilizados são aqueles empregados pela hermenêutica, ou seja, o estudo das palavras (processo gramatical), a pesquisa lógica (processo lógico), a comparação das diversas cláusulas (processo sistemático), o estudo de testamentos anteriores ou de outros documentos que permitam melhor ilustração da vontade do falecido (processo histórico).

É facultado ao testador revogar o testamento quando lhe aprouver, independentemente de motivação, desde que o faça pelo mesmo modo e forma como foi elaborado (artigo 1.969, Código Civil/2002). Sobre a temática, TARTUCE (2016, p.1.557):

O testamento é revogável, nos termos do art. 1.858 do CC/02, pois o testador pode revogá-lo ou modificá-lo a qualquer momento. Há, assim, o que Pontes de Miranda conceitua como *revogabilidade essencial*. Qualquer cláusula prevendo a irrevogabilidade será considerada nula e não produzirá efeitos jurídicos. Em contrapartida, é importante reprimir a regra prevista no art. 1.610 do CC, pela qual o reconhecimento de filhos é sempre irrevogável, mesmo quando constante de testamento, que é, na essência, revogável.

Em ambas as modalidades sucessórias, além da análise da conceituação dos institutos, suas delimitações legais e formas de procedimento, imperativo é a elucidação quanto à capacidade de suceder.

3.3 CAPACIDADE PARA SUCEDER

Em se tratando de sucessões, não é suficiente que o herdeiro reclame a sua preferência na vocação hereditária ou aquinhoamento no testamento. Carece, ainda, ser ele capaz de suceder. A capacidade para suceder é a habilitação da qual dispõe alguém para se tornar herdeiro ou legatário em determinada herança.

Nas elucidativas palavras de CUNHA PEREIRA (2015, p. 138):

É a aptidão para receber a herança aferida no momento da abertura da sucessão, ou seja, a condição da pessoa que lhe permite ser titular do direito sucessório invocado, inerente a pessoa do herdeiro. É pressuposto indispensável ao interessado para o recolhimento da herança.

Na sucessão legítima, a ordem de vocação hereditária é elencada pelo texto legal do artigo 1.829, Código Civil/2002. São chamados inicialmente os descendentes, em sua ausência, os ascendentes, cônjuge, colaterais até o quarto grau e, por fim, o Estado.

À vista disto, ressalta-se a importância de diferenciar os institutos da capacidade para suceder e capacidade civil. A capacidade civil é a aptidão que possui um indivíduo de gozar de seus direitos (artigo 3º, Código Civil/2002). Desdobra-se em capacidade genérica, inerente aos direitos de personalidade e que a pessoa adquire ao nascer, e capacidade de fato, que se constitui na aptidão para exercício de seus direitos independentemente de representação de terceiros. É possível, portanto, que uma pessoa seja civilmente incapaz, mas possua plena capacidade para suceder; e o contrário do mesmo modo é válido, que seja incapaz de suceder, apesar de possuir capacidade para os atos da vida civil (PEREIRA, 2014, p. 43).

A capacidade sucessória de um indivíduo deve ser auferida quando da morte do autor da herança, conforme disposição da lei vigente à época (artigo 1.787, Código Civil/2002). Segundo lição de (PEREIRA, 2014, p. 186):

Se o instituído carecia do *ius acquirendi* quando da feitura do instrumento, mas não lhe faltou na data do óbito do testador, poderá adquirir; se ao revés veio a se incapacitar no dia da morte do disponente, recusa-se-lhe o poder aquisitivo, ainda que no dia da lavratura da cédula ele não fosse atingido de incapacidade.

Conforme ensinamento doutrinário, para que possa suceder, o indivíduo necessita reunir três requisitos básicos: existir; ser capaz; e não ser indigno. Não possui capacidade de suceder aquele que, ao tempo da abertura da sucessão, ainda não existe. Quando o sucessor premorre ao autor da herança torna-se incapaz para o feito.

A lei resguarda, contudo, os direitos do nascituro, ou seja, aquele que, embora não nascido, já está concebido ao tempo da abertura da sucessão. Este adquire de imediato a propriedade da herança, que fica aos cuidados de seu representante legal. Contudo, se nascer morto, considera-se como se nunca houvera existido e sua quota é redistribuída aos demais herdeiros.

Neste sentido GOMES (2012, p. 60) afirma:

Requer-se, em princípio, que o herdeiro sucessível exista no momento da abertura da sucessão, para que alguém assuma a posição jurídico-econômica do *de cuius*, ingressando nas relações jurídicas de que ele participava.

Concede-se, entretanto, que, embora ainda não tenha nascido a esse tempo, já esteja concebido. Tem o nascituro, em consequência, capacidade sucessória. Sua capacidade é, entretanto, excepcional porque somente sucede se nascer com vida. Desse modo, verifica-se um estado de pendência da delação, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva.

Semelhantemente, é deliberada válida a disposição testamentária que contemple prole eventual de alguém (artigo 1.799, I, Código Civil/2002). Assim como na hipótese do nascituro, a sucessão é condicionada a evento futuro e incerto, qual seja, a concepção e nascimento com vida do sucessor.

Quanto ao prazo resolutivo para atendimento desta condição, PEREIRA (2014, p.44) elucida:

O Código Civil de 2002, procurando dar solução explícita ao problema do prazo de espera para que ocorra a concepção do sucessor testamentário, fixou-o em dois anos, contados da abertura da sucessão: assim, se, a qualquer tempo dentro do biênio, nascer com vida o herdeiro esperado, tudo se passa como se já estivesse vivo ao tempo da morte do testador (art. 1.800, § 3º); se, no mesmo prazo, ocorrer ao menos a concepção, deve-se aguardar o nascimento do sucessor e o implemento da condição; se, porém, escoar-se o prazo sem que ocorra a concepção, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (art. 1.800, § 4º), caducando a disposição testamentária.

Ao passo que se aguarda a consumação do prazo legal e está-se à espera do herdeiro, os bens da herança serão depositados à responsabilidade de um curador

nomeado pelo juiz, cujos poderes e deveres regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes. Salvo disposição contrária do próprio testador, a curatela caberá à pessoa cujo filho esperava-se ter por herdeiro. (artigo 1.800, §§ 1º e 2º, Código Civil/2002).

Posto que equiparadas às pessoas físicas em termos patrimoniais, as pessoas jurídicas também detém a possibilidade de serem sucessoras. Para que assim aconteça, é imperioso que as mesmas sejam pré-constituídas à abertura da sucessão (artigo 1.798, Código Civil/2002).

O ordenamento civil abre exceção à disposição testamentária que destine patrimônio para constituição de fundação (artigo 1.799, III, Código Civil/2002). Segundo GOMES (2012, p. 61) as pessoas jurídicas pretendidas a suceder:

(...) em princípio, devem estar constituídas pela forma exigida na lei. Debate-se, no entanto, a possibilidade do chamamento de pessoa por se constituir. A relação de continuidade, que deve existir entre o *de cujus* e o herdeiro, impede, em tese, a designação de herdeiro inexistente. Mas, podendo o testador instituir fundação, óbvio se toma que essa pessoa jurídica, ainda não constituída, pode suceder, formando-se, precisamente, com a dotação especial que aquele lhe fizer.

O segundo requisito essencial àqueles que almejam suceder é a capacidade específica para fazê-lo. Em regra, todos dispõem de capacidade para suceder. Por conseguinte, a lei baliza apenas aqueles incapazes para o feito. Pois que dispõe o artigo 1.801, Código Civil/2002:

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

Agregando à ideia do supracitado dispositivo legal, o artigo 1.802, Código Civil/2002 determina que serão nulas as disposições testamentárias feitas em favor das pessoas não legitimadas a suceder, mesmo quando simuladas sob a forma de contrato oneroso ou feitas mediante terceiro.

Elucidando a intenção do artigo 1.801, Código Civil/2002, assevera VENOSA (2013, p. 70):

O conceito é, na verdade, mais próximo da falta de legitimação para a sucessão do que propriamente uma incapacidade. A ideia de suspeição está literalmente presente nesse artigo. Todas as pessoas aí colocadas estão em posição de alterar indevidamente a vontade do testador, que deve ser a mais livre possível.

Por fim, como último requisito para que alguém possua capacidade para suceder, tem-se a dignidade (arts. 1.814 a 1.818, CC/02). Pontualmente conceituando o instituto inverso e aclarando a definição de dignidade, GOMES (2012, p. 61) assevera: “Considera-se indigno o herdeiro que cometeu atos ofensivos à pessoa ou à honra do *de cuius*, ou atentou contra sua liberdade de testar, reconhecida a indignidade em sentença judicial”.

Por configurarem-se institutos com características similares, muito se confunde indignidade, incapacidade e deserdação. Neste sentido, PEREIRA (2014, p. 48) esclarece:

Divergem os autores na determinação da natureza jurídica da exclusão ou indignidade. Alguns a consideram equivalente à incapacidade. Outros distinguem os dois institutos definindo a incapacidade (ou, no sistema do novo Código Civil, ausência de legitimação para suceder) como falta de aptidão para receber a herança e a exclusão como penalidade imposta ao herdeiro incurso num desses atentados. É de se distinguir, ainda, a deserdação, situada no campo da sucessão testamentária, e visando à exclusão punitiva do herdeiro necessário por iniciativa do testador.

A indignidade não se opera automaticamente, é cogente que seja proposta ação cabível por indivíduo interessado no processo sucessório. Portanto, para que alguém seja considerado indigno é necessário o reconhecimento da ocorrência de um dos fatos ensejadores de indignidade em sentença de ação ordinária.

Conforme VENOSA (2013, p. 72):

Interessante notar que existe forte resquício da morte civil na pena de indignidade. O art. 1.816 diz que os efeitos da indignidade são pessoais e acrescenta: "os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão". O vigente Código acrescentou esta última dicção (antes da abertura da sucessão) justamente para tentar excluir essa pecha. Dessa forma, os filhos do indigno representam o pai na herança do avô, se concorrerem com irmão do indigno (art. 1.852).

Os efeitos da promulgação da sentença são: conforme dito anteriormente, desde a abertura da sucessão os descendentes do indigno sucederão como se aquele morto fosse (artigo 1.816); o indigno fica compelido a restituir os frutos e

rendimentos da herança percebidos desde a abertura da sucessão (artigo 1.817, parágrafo único); os atos de administração e as alienações praticadas pelo indigno antes da sentença de exclusão são válidos, é resguardado, no entanto, o direito pessoal do novo herdeiro de cobrar perdas e danos do indigno. (VENOSA, 2013, p. 58).

3.4 A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E A FIGURAÇÃO DO HERDEIRO CONCORRENTE

O ordenamento jurídico atual trouxe certas modificações concernentes à sucessão do cônjuge que há muito eram reclamadas pela doutrina e jurisprudência. Além de alçá-lo à condição de herdeiro necessário no que tange à ordem da vocação hereditária (artigo 1.845), concedeu-lhe o direito de receber a propriedade (e não mero usufruto como outrora), em concorrência com descendentes e ascendentes do *de cujus* (PEREIRA, 2014, p. 134). É o que se vê do artigo 1.829, Código Civil/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.

O cônjuge, pois, figura em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Ocorrendo não haver descendentes ou ascendentes ao *de cujus*, ao cônjuge caberá a totalidade da herança (artigo 1.838, Código Civil/2002). Caso existam descendentes ou ascendentes, o cônjuge concorrerá com ambas as classes, conforme ordem preferencial.

Acerca da motivação legislativa para garantir a concorrência do cônjuge na sucessão, afirma DIAS, em seu artigo “Ponto e vírgula” (2003):

Guindar o cônjuge à condição de herdeiro concorrendo com os que eram os únicos beneficiários da herança – os filhos – foi a solução encontrada pelo legislador para corrigir uma distorção legal. Segundo justifica Miguel Reale, o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro concorrente porque, com o advento da Lei do Divórcio, o regime da comunhão de bens passou a ser parcial, e havia o risco de o cônjuge sobrevivente, sobretudo quando desprovido de recursos, nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes e aos ascendentes.

A justificativa para a exceção à concorrência do cônjuge com os descendentes, todavia, não é a mesma para as três hipóteses de ocorrência. No regime da comunhão universal, o legislador prevê que o cônjuge já se encontra albergado pela meação patrimonial, não necessitando, por esta razão, ter participação na herança. Quanto ao regime de separação obrigatória, imposto àqueles maiores de 70 anos ou que dependem de suprimento judicial para casar (artigo 1.641, Código Civil/2002), a lei afasta a concorrência do cônjuge visando harmonizar as consequências patrimoniais advindas destas situações excepcionais do casamento com o regime de bens imposto pelo próprio ordenamento. (VENOSA, 2013, p.138).

A última hipótese, a seu turno, é o maior desafio interpretativo deste dispositivo legal. Parte da doutrina, a exemplo de PEREIRA (2014, p.137) defende que se o *de cuius* não houver deixado bens particulares, significa dizer que todo o patrimônio constitui-se em bens comuns, o que a afasta o cônjuge da concorrência tendo em vista já haver-lhe sido concedida a meação cabível. Conclui-se que, quando da ausência de bens particulares, tal situação equipara-se à comunhão universal, recebendo, portanto, igual tratamento. Asseverando este posicionamento, afirma HIRONAKA (2003, p. 22):

Pode-se concluir, então, no que respeita ao regime de bens reitores da vida patrimonial do casal, que o cônjuge supérstite participa por *direito próprio* dos bens comuns do casal, adquirindo a meação que já lhe cabia, mas que se encontrava em propriedade condominial dissolvida pela morte do outro componente do casal e *herda*, enquanto herdeiro preferencial, necessário, concorrente de *primeira classe*, uma quota parte dos *bens exclusivos* do cônjuge falecido, sempre que não for obrigatória a separação completa dos bens.

Outra linha de pensamento acerca do mesmo tema defende que a concorrência do cônjuge com os descendentes deve recair sobre a totalidade do

acervo hereditário, ou seja, bens comuns e particulares. Neste sentido afirma DINIZ (2010, p. 126):

A lei não diz que a herança do cônjuge só recai sobre os bens particulares do *de cuius* e para atender ao princípio da operabilidade, tornando mais fácil o cálculo para a partilha da parte cabível a cada herdeiro. A existência de tais bens é mera condição ou requisito legal para que o viúvo, casado sob regime de comunhão parcial, tenha capacidade para herdar, concorrendo, como herdeiro, com o descendente, pois a lei o convoca à sucessão legítima. Além disso, a herança é indivisível, deferindo-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Por fim, a corrente defendida por Maria Berenice Dias interpreta o dispositivo legal no sentido de que a concorrência só ocorrerá quanto aos bens comuns. DIAS (2003) assim corrobora com este último posicionamento:

Quando o regime é o da comunhão parcial e não existem bens particulares, significa que todo o acervo hereditário foi adquirido depois do casamento, ocorrendo a presunção da mútua colaboração, o que torna razoável que o cônjuge, além da meação, concorra com os filhos na herança. No entanto, quando há bens amealhados antes do casamento, nada justifica que participe o cônjuge desse acervo. Tal não se coaduna com a natureza do regime da comunhão parcial, sendo descabido que venha o cônjuge sobrevivente a herdar parte do patrimônio individual, quando da morte do par.

Superado o exame das aludidas teorias interpretativas, outro dispositivo legal de suma importância no estudo da figura do herdeiro concorrente é o artigo 1.832, CC/02: “Em concorrência com os descendentes 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”.

Desta feita se o cônjuge concorrer com descendentes dos quais também seja ascendente, uma quarta parte da herança deve ser-lhe reservada. Ao reverso, se concorrer com descendentes dos quais não seja ascendente, o seu quinhão será análogo àquele proposto aos descendentes do *de cuius*, sem reserva da quarta parte.

A grande problemática mostrar-se quando ocorre o fenômeno da filiação híbrida – nomenclatura de autoria de Giselda Hironaka (2003, p. 14) -, ou seja, descendentes comuns ao cônjuge supérstite e ao *de cuius* e descendentes apenas do autor da herança. Nesta conjuntura, duas correntes doutrinárias propõem-se a elucidar a controvérsia.

A primeira corrente, majoritária, defende que, a reserva da quarta parte ao cônjuge não deve ser feita em casos de sucessão híbrida. Todos os descendentes devem ser considerados como exclusivos do autor da herança. O enunciado n. 527na V Jornada de Direito Civil assim dispõe: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cuius*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”. A segunda corrente aduz que todos os descendentes devem ser tratados como se comuns fossem, por esta razão a quarta parte ao cônjuge deve ser mantida (CAHALI *apud* TARTUCE, 2016, p. 1529).

Não somente os descendentes concorrem com o cônjuge na sucessão, os ascendentes também o fazem (artigo 1.829, II, Código Civil/2002). Semelhantemente aos descendentes, na sucessão dos ascendentes o grau de parentesco mais próximo exclui o mais remoto (artigo 1.836, § 1.º, do Código Civil/2002).

Responsável por balizar a concorrência entre ascendentes e cônjuge, assim preceitua o artigo 1.837, Código Civil/2002: “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Conclui-se do exposto que quando o cônjuge concorre com os dois ascendentes de primeiro grau cada um dos três herdeiros terá direito a um terço da herança na mesma proporção. Se estiver concorrendo com apenas um ascendente em primeiro grau ou com outros ascendentes de graus diversos, independentemente da quantidade, ao cônjuge compete metade da herança (TARTUCE, 2016, p. 1531).

4 A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL COM FILIAÇÃO HÍBRIDA

Apesar das previsões legais referentes à união estável, é visível a ausência de normas mais precisas e justas sobre o tema. Na prática, o que se percebe são as diversas lacunas deixadas no ordenamento, especialmente no que tange à sucessão. O Código Civil de 2002, mesmo após os novos conceitos de entidade familiar presentes na Constituição de 88, disciplina o matrimônio com primazia em detrimento das demais entidades famílias.

A maior problemática erige-se da sucessão com filiação híbrida (artigo 1.790, I e II, Código Civil/2002). A sucessão híbrida ocorre nos casos em que o companheiro concorre, ao mesmo tempo, com descendentes comuns e descendentes só do autor da herança. Sobre tal problemática, existem quatro correntes doutrinárias fundamentais.

4.1 A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

Conforme ponderado no primeiro capítulo do presente estudo, a união estável nem sempre foi vista como uma entidade familiar, digna de direitos. A busca pela proteção jurídica do Estado para a união estável passou longe de trilhar um caminho aplainado.

Inicialmente, em virtude de ser mal visto pela sociedade, a sucessão no concubinato ocorria como à uma mera dissolução de relação de emprego. Morrendo um dos conviventes, à companheira supérstite cabia apenas uma indenização a título de serviços domésticos prestados durante o tempo de convivência. (DIAS, 2013, p.72).

Posteriormente, ao ser reconhecida como sociedade de fato, a união estável passou a ter sua sucessão efetuada conforme o patrimônio adquirido por esforço comum durante a convivência. Neste sentido, o entendimento da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal: “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”.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a união estável foi reconhecida como entidade familiar (artigo 226, §3º, Constituição Federal/88). Todavia, esta consideração, embora notável, não foi satisfatória no sentido de demarcar os direitos e obrigações da “nova” entidade familiar, especialmente concernentes ao sistema sucessório.

Somente com o advento das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 o direito sucessório foi, ainda que de forma insuficiente, regulado. O artigo 1º da Lei n. 8.971/94 inseriu o companheiro na ordem de vocação hereditária nos seguintes termos:

A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1.968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Desta feita, ao mencionar somente a lei processual que regula a ação de alimentos, a lei conferiu ao companheiro supérstite apenas direitos alimentícios, excluindo direitos materiais. Os artigos 2º e 3º da supracitada lei assim prescreviam:

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 da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;

II - O(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, 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.

Art. 3º - Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Acerca do tratamento legal dado à sucessão na união estável pelas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, VENOSA (2013, p. 143) discorre:

Esse diploma, como vimos, restringiu os direitos a que alude, de alimentos, de herança e de meação, aos companheiros com convivência de mais de cinco anos ou com prole. De acordo com essa lei, para fins de meação, a colaboração não se presumia e deveria ser provada em cada caso.

Posteriormente, por força da segunda lei, o companheiro sobrevivente, independentemente do prazo de duração da união estável ou de existência de prole, tomou-se meeiro em relação aos bens adquiridos onerosamente na respectiva convivência. Poderia o legislador ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento em matéria sucessória, mas não o fez. Preferiu estabelecer um sistema sucessório isolado, no qual o companheiro supérstite nem é equiparado ao cônjuge nem se estabelecem regras claras para sua sucessão.

A Lei n. 9.278/96 estabeleceu, quanto ao direito sucessório na união estável, o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente sobre o imóvel destinado ao domicílio familiar, enquanto não estabelecesse nova união (artigo 7º). Apesar desta garantia haver sido omitida pelo Código Civil de 2002, parte da doutrina defende sua aplicação em virtude de ser um benefício concedido à entidade familiar paralela, o casamento (artigo 1.831, Código Civil/2002). Não seria justificável, por isso, a união estável sofrer tratamento discriminatório. Vale ressaltar, no entanto, que o convivente tem a discricionariedade de renunciar o direito real de habitação sem que seja excluído da participação na herança. (FIUZA, 2014, p. 1270)

O Código Civil de 2002, assim como as leis citadas anteriormente, também disciplinou de maneira rasa e insuficiente a sucessão dos conviventes. Inicialmente, cabível esclarecer que, para que o companheiro possa ser herdeiro é imperioso que reste comprovado que a convivência perdurou até o falecimento do *de cujus*. Não se aplica à união estável a regra do matrimônio que prescreve ser cabível a herança ao cônjuge supérstite mesmo que a separação de fato tenha ocorrido em lapso temporal inferior a dois anos (artigo 1.830, Código Civil/2002).

O direito sucessório dos conviventes é disciplinado em um único artigo (artigo 1.790, Código Civil/2002), cuja localização é inadequada por figurar entre as disposições gerais, fora da ordem de vocação hereditária.

Parte da doutrina propõe que o companheiro deveria não somente estar em melhor posição na ordem de vocação hereditária como também ser consagrado herdeiro necessário. Com a morte de um dos conviventes, o supérstite terá direito apenas à meação dos bens percebidos durante a união por esforço comum, podendo ser excluído da legítima.

Discordando do tratamento legal diferenciado entre união estável e casamento, DIAS (2013, p.5) afirma:

As duas formas de entidade familiar gozam das mesmas prerrogativas, nada justificando conferir ao cônjuge a condição de herdeiro necessário e

ao companheiro não (CC 1.845). Igualmente inaceitável que o cônjuge figure na terceira posição na ordem de vocação hereditária e o companheiro em último lugar, depois dos parentes colaterais de quarto grau (CC 1.790 e 1.829).

Em contrapartida, alguns estudiosos discordam da supracitada intenção doutrinária de alçar o companheiro à qualidade de herdeiro necessário. Justificam tal posicionamento nos fundamentos de que tal diferenciação prestigia o matrimônio e serve de estímulo para que as uniões informais sejam convertidas em uniões formais. (GAMA, 2007, p. 132).

Ainda sobre o posicionamento que concorda na exclusão do companheiro do rol de herdeiros necessários, esclarece VENOSA (2013, p. 146):

Lembre-se de que, por uma questão de lógica e em decorrência do sistema constitucional sobre a família, a união estável ou o concubinato, em princípio, nunca poderá gozar de direitos mais amplos do que o casamento. Desse modo, o testamento poderá contemplar terceiros, excluindo o cônjuge ou o companheiro da ordem legítima de sucessão, assim como os colaterais (art. 1.850). Lembre-se de que a meação, que não é herança, não pode ser afastada. Temos de repelir entendimento de que o diploma da união estável tenha guindado o companheiro à posição de herdeiro necessário, no sistema do Código de 1916. Repulsa a ideia de que a união estável goze de direitos mais amplos do que o casamento.

O *caput* do artigo 1.790, Código Civil/2002 determina que a participação do companheiro na sucessão do outro será baseada nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união. Portanto, antes que se proceda à divisão da herança é necessário que sejam identificados os bens adquiridos onerosamente por esforço comum durante a união estável para que deste montante se retire a meação cabível ao companheiro supérstite.

Se no decorrer na união os conviventes não houverem amealhado nenhum bem a título de esforço comum, o companheiro sobrevivente não herda coisa alguma, ainda que o falecido tenha deixado vasto patrimônio adquirido antes da união estável.

Discordando do critério de classificação dos bens para participação do companheiro sobrevivente, afirma DIAS (2013, p. 76):

No momento em que é assegurado ao companheiro direito sucessório restrito à metade dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, o legislador de modo desastroso confunde herança com meação. É que a herança se constitui da meação do falecido sobre os aquestos e mais os seus bens particulares. Mas o sobrevivente participa da

sucessão somente quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável. A doutrina vem abrandando esta injustiça enorme e sustenta que o companheiro é herdeiro necessário especial ou *sui generis*, sob o fundamento de que a lei reservou a ele uma fração dos bens adquiridos onerosamente pelo casal durante a união.

Os bens adquiridos eventualmente, a exemplo de prêmios em sorteio e loteria, consideram-se particulares, deles não participando o companheiro sobrevivente. O mesmo acontece aos bens sub-rogados, pois é pelo acréscimo material efetivo e não pelo meio de aquisição que se distinguem os bens sobre os quais o companheiro terá direito (TARTUCE e SIMÃO, 2012, p. 213).

Ainda acerca deste critério da escolha dos bens a serem amealhados pontua LISBOA (2012, p. 401):

A sucessão apenas beneficia o convivente sobre os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável. Como milita, no entanto, a presunção de onerosidade do negócio jurídico porque o acordo de vontades benéfico deve ser interpretado restritivamente (art. 114, CC/02), somente reputar-se-ão não transmitidos ao convivente sobrevivente os bens adquiridos pelo *de cuius* por força de sucessão por morte ou em decorrência de ato ou negócio jurídico gratuito.

O companheiro só terá direito à totalidade da herança quando inexistir qualquer outro parente sucessível (artigo 1.790, IV, Código Civil/2002). Neste caso, entende parte da doutrina que o companheiro herdará a integralidade dos bens do *de cuius*, comuns e particulares (FIUZA, 2014, p. 1269).

É notório que o direito sucessório do companheiro é, na maioria dos aspectos, inferiorizado em relação ao do casamento. No entanto, há uma dissintonia legal que findou por conferir melhores condições ao convivente em detrimento do cônjuge.

Como visto no capítulo anterior, a regra da concorrência do cônjuge com os descendentes não é absoluta. O cônjuge não concorrerá com os descendentes quando casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (artigo 1.829, I, Código Civil/2002).

Diversamente da situação acima exposta, o artigo 1.790, Código Civil/2002 não impõe ao companheiro exceções ao seu direito de concorrência com os descentes sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Acerca do assunto de posiciona OLIVEIRA (*apud* VENOSA, 2013, p. 152):

Nem tudo é desfavorável ao companheiro, se comparado ao cônjuge. Incompreensivelmente, o legislador, dando asas ao tratamento desigual, acabou por colocar muito acima os direitos do companheiro quando determinou que concorra na herança com descendentes e outros parentes, na sucessão do outro, 'sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável'. A disposição, constante do *caput* do citado art. 1.790, choca-se com o disposto no art. 1.829, I do Código Civil, que resguarda ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer na herança com descendentes em condições restritas a determinados regimes de bens, com expressa exclusão para a hipótese de casamento nos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória, ou no regime da comunhão parcial, se não houver bens particulares.

Neste diapasão, passa-se a análise concorrencial do companheiro sobrevivente com os descendentes, comuns e exclusivos, do autor da herança.

4.2 A CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO OUTRO COM FILHOS COMUNS E UNILATERAIS

Na sucessão do companheiro em concorrência com os descendentes, o Código Civil atual determinou distintas formas de divisão patrimonial caso os descendentes sejam filhos do companheiro supérstite e do companheiro falecido, ou, diversamente, descendentes exclusivos do autor da herança. O artigo 1.790, I e II do Código Civil de 2002 assim institui a concorrência do convivente:

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;

Desse modo, se todos os descendentes forem filhos do casal, o companheiro supérstite herdará fração igual a dos filhos, uma vez que nestas circunstâncias a sucessão é por cabeça. Quando os herdeiros forem descendentes somente do *de cuius*, o companheiro herdará o correspondente à metade do quinhão que coube a cada um. (DIAS, 2013, p. 184).

Entretanto, o legislador foi omissivo ao deixar de prever solução legal para os casos em que o companheiro sobrevivente concorrerá com filhos comuns e

unilaterais do autor da herança. Não há indicação legal de como se deve proceder ao cálculo da concorrência nestas circunstâncias. Esta lacuna traz, de fato, sérios transtornos aos aplicadores do direito, tendo em vista que, na conjuntura afetiva atual, torna-se cada vez mais comum os indivíduos mudarem de uma relação para outra, possuindo filhos de relações passadas e atuais.

Nas palavras de HIRONAKA (2004, p. 14) “não há, na nova Lei Civil, uma disposição que regule esta *situação híbrida* quanto à condição dos filhos do falecido (comuns e exclusivos), com os quais deva concorrer o companheiro supérstite”.

Diante desta conjuntura, quatro correntes foram elaboradas visando solucionar a problemática da sucessão na união estável com filiação híbrida. A primeira corrente propõe que a melhor solução seria tratar todos os filhos como se fossem comuns ao casal, aplicando-se o inciso I do artigo 1.790 do Código Civil. Destarte, a herança seria igualmente dividida entre todos, incluindo o companheiro.

Um dos fundamentos usados pelos defensores deste posicionamento é a análise gramatical do advérbio “só” presente no inciso II do artigo 1.790 do Código Civil. A introdução deste advérbio na frase “se concorrer com descendentes só do autor da herança” indicaria que o companheiro só teria direito a metade da quota dos filhos se todos estes fossem exclusivos do autor da herança. Se houver entre os descendentes filhos comuns ao casal, a herança deve ser igualmente dividida. GAMA (2007, p. 29).

Nas palavras de VENOSA (2013, p. 153):

No entanto, se houver filhos comuns com o *de cujus* e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão, que também não fica isenta de dúvidas, deflui da junção dos dois incisos, pois não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários.

Também corrobora com esta corrente PEREIRA (2014, p.146), sob o fundamento de ser esta proposta mais favorável ao companheiro. Afirma o doutrinador nos seguintes termos:

Inclinamo-nos por adotar a solução mais favorável ao companheiro, que é a do nº I do art. 1.790; partilha por cabeça, em igualdade de condições para

todos os coerdeiros (ou, mais precisamente, para todos aqueles chamados por direito próprio), levando em conta a circunstância de o novo Código não ter reservado, em benefício daquele, a quota mínima deferida ao cônjuge, na hipótese de descendência comum (art. 1.832, parte final)

Contudo, esta corrente é criticada por parte dos estudiosos sob os seguintes argumentos elencados por HIRONAKA (2004, p. 15):

Certamente não pode prosperar essa solução simplista, pois se, por um lado, trata de manter igualadas as quotas hereditárias atribuíveis aos filhos (de qualquer grupo), conforme determina o art. 1.834 do Código, por outro lado, fere na essência o *espírito* do legislador do Código Civil que quis dar tratamento diferenciado às hipóteses de concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes do *de cujus* de um ou de outro grupo (comuns ou exclusivos).

A segunda corrente posiciona-se no sentido de que, havendo filiação híbrida, o companheiro concorrerá considerando-se todos os filhos como se exclusivos fossem. Aplicar-se-ia, então, o inciso II do artigo 1.790 do Código Civil. Nesta hipótese, contrariamente à anterior, os filhos seriam privilegiados em detrimento do companheiro, que receberia apenas metade da quota correspondente àqueles, independente de serem também seus filhos ou não.

Defendendo esta segunda linha de pensamento, assim assevera DINIZ (2010, p. 154):

Diante desse empasse, ante a lacuna normativa, a solução seria aplicar os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e, no nosso entender, o princípio constitucional da igualdade dos filhos (art. 227, §6º, CF/88), conseqüentemente, pelo bom senso e prudência objetiva dever-se-á considerar havendo filhos comuns e exclusivos, o vínculo existente apenas entre eles e o *de cujus*, visto que pleiteiam a herança por ele deixada. Logo, serão todos considerados filhos exclusivos do falecido, para fins de direito sucessório, tendo o companheiro sobrevivente direito à metade do que couber a cada um deles.

Destarte, os filhos não seriam classificados em comuns ou exclusivos, pois que se está a tratar da sucessão do *de cujus* e, sob esta ótica, todos os filhos são descendentes e herdeiros necessários do autor da herança igualmente.

A terceira proposta consiste na composição dos incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil. Assim é sua aplicação: divide-se a herança em dois blocos - um para os filhos comuns e outro para os filhos exclusivos. No primeiro bloco a divisão é feita por cabeça e o companheiro tem direito a uma quota igual à cabível aos filhos. No segundo bloco, por sua vez, cabe ao companheiro metade do valor do quinhão

concedido aos filhos exclusivos do *de cuius* (TARTUCE e SIMÃO, 2012, p. 221).

Outra forma de calcular a concorrência ainda conforme esta terceira corrente é apresentada por HIRONAKA (2004, p. 16):

Por esta via, a divisão patrimonial obedeceria a seguinte regra: somar-se-ia o número total de filhos comuns e de filhos exclusivos do autor da herança, acrescentar-se-ia mais um e meio (uma quota deferida ao companheiro sobrevivente, no caso de concorrência com filhos comuns, e meia quota deferida ao mesmo sobrevivente, no caso de concorrência com filhos exclusivos do falecido), dividindo-se, depois, a herança por esse número obtido, entregando-se quotas de valores iguais aos filhos (comuns e exclusivos), o que atenderia ao comando de caráter constitucional do art. 1.834, CC/02 (que determina que descendentes da mesma classe tenham os mesmos direitos relativamente à herança de seu ascendente), e uma quota e meia ao companheiro sobrevivente, o que atenderia aos comandos dos incisos I e II do art. 1.790.

Aplicando-se este conceito, o tratamento dado ao companheiro seria ainda mais favorável se comparado às duas primeiras propostas, pois a ele seria entregue uma quota e meia enquanto os filhos, comuns e exclusivos, figurariam com apenas uma quota cada. Todavia, esta corrente é refutada sob o argumento de que era intuito do legislador promover certa diferenciação entre os descendentes nos casos de concorrência. Além disso, quando versou sobre o companheiro como concorrente nos incisos do artigo 1.790 do Código Civil, não lhe conferiu quota superior à cabível aos descendentes, qual seja, uma quota. Contempla-se, porquanto, que, se aplicada esta proposta, o resultado alcançado não corresponderia ao espírito da lei. (HIRONAKA, 2014, p.17).

A quarta e última corrente quanto à filiação híbrida é, se comparada às demais, a mais complexa e engenhosa. Determina que seja feita a composição dos incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil dividindo-se a herança proporcionalmente à quantidade de descendentes de cada grupo.

Desenvolvida por Gabriele Tusa, mestre e doutor pela Universidade de São Paulo, esta corrente assevera que o legislador, na verdade, não foi omisso ao disciplinar a concorrência entre companheiro e descendentes, o que se deve fazer é ler conjuntamente os incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil e conciliá-los. Concorrendo com filhos comuns e exclusivos, o companheiro não receberá nem 1 (uma) nem $\frac{1}{2}$ (meia) quota. Seu quinhão corresponderá a um valor maior que a metade e inferior a uma quota inteira, a depender da quantidade de descendentes de cada tipo. (TARTUCE e SIMÃO, 2012, p.221).

Conforme DIAS (2013, p.185):

Concorrendo o companheiro sobrevivente com filhos comuns e filhos exclusivos do falecido, se a maioria da prole for comum, o companheiro deve receber, proporcionalmente, quantia que se aproxima da parcela destinada a cada filho. E, se for maior o número de enteados, menor o quinhão do padraço.

O pensamento de Tusa foi matematicamente traduzido em fórmula aritmética pelo economista Fernando Curi Peres (USP). TARTUCE (2016, p.1561), assim reproduz a “Fórmula de Tusa”¹:

$$X = \frac{2(F + S)}{2(F + S)^2 + 2F + S} \cdot H$$

$$C = \frac{2F + S}{2(F+S)} \cdot X$$

Conforme HIRONAKA (*apud* TARTUCE e SIMÃO, 2012, p.225):

Como ressaltado, os resultados que serão alcançados com a aplicação dessa fórmula variam proporcionalmente conforme o número de filhos exclusivos do falecido e o número de filhos comuns a ele e ao convivente sobrevivente. A variação é diretamente proporcional, ou seja, quanto maior o número de filhos comuns relativamente ao número de filhos exclusivos, maior será a quota cabível ao companheiro sobrevivente, pois que, se apenas descendentes comuns houvesse, estes receberiam quota idêntica à que caberia àquele (inc. II), ao passo que se maior for o número de descendentes exclusivos, menor será a quota do companheiro e mais próxima ela se encontrará da metade do quinhão que aqueles recebem (inc. I).

O que se percebe a partir da análise das quatro correntes propostas pela doutrina é que, apesar de possuírem fundamentos válidos, geram divisões quanto à de melhor aplicação. Segundo VENOSA (2013, p. 153): “Trata-se, porém, de mais um ponto obscuro entre tantos na lei, que permite a multiplicidade de interpretações (...)”. Ora favorecendo os filhos, ora o companheiro, ora dispondo de fórmulas matemáticas complexas, fica à cargo do judiciário determinar no caso concreto qual o melhor meio de suprir a lacuna presente no direito sucessório na união estável.

¹Legenda:

X = o quinhão hereditário que caberá a cada um dos filhos.

C = o quinhão hereditário que caberá ao companheiro sobrevivente.

H = o valor dos bens hereditários sobre os quais recairá a concorrência do companheiro sobrevivente.

F = número de descendentes comuns com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

S = o número de descendentes exclusivos com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

4.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Conforme visto anteriormente, o direito sucessório aplicado à união estável nunca foi tratado de maneira satisfatória pelo legislador brasileiro. A começar pela árdua busca de seu reconhecimento como entidade familiar, os poucos direitos hoje resguardados à união estável foram alcançados à duras penas.

Além de pouco regulado, a disposição do direito sucessório na união estável é alvo de muitas críticas quanto à forma de tratamento dos indivíduos e patrimônios envolvidos. Um dos dispositivos mais censurados é artigo 1.790 do Código Civil/2002 devido à sua maneira discriminatória de tratar a união estável enquanto entidade familiar e até mesmo os descendentes. Mesmo sendo o único que versa sobre este tipo de sucessão no Livro V (Do Direito das Sucessões) do diploma civil atual, o referido artigo é considerado por muitos inconstitucional em virtude de violar relevantes princípios constitucionais, a exemplo da vedação do retrocesso, isonomia e dignidade da pessoa humana.

Segundo VELOSO (*apud* GOUVÊA, 2009, p.41):

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.

Em verdade, os direitos patrimoniais da união estável foram praticamente igualados aos do casamento no que tange ao regime de comunhão parcial de bens, abrindo a lei espaço para que os conviventes firmem diverso regime em contrato escrito. É o que se lê do artigo 1.790 do Código Civil/2002: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Contudo, quando se trata de sucessão, as duas entidades familiares são abordadas diferentemente. Primeiramente, a leitura do próprio dispositivo constitucional que erigiu a união estável a entidade familiar é alvo de dúbia interpretação no que tange à igualdade entre os institutos da união estável e

casamento. Assim aduz o artigo 226, §3º da Constituição Federal/88: “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”.

Boa parte da doutrina defende não ser cabível dupla interpretação ao referido artigo legal. O fato de a lei ter previsto que seja facilitada a conversão da união estável em casamento não significa que este seja mais importante que aquela. Trata-se de uma norma proibitiva onde o legislador quis impedir que a lei infraconstitucional dificultasse a conversão entre as entidades familiares (TARTUCE e SIMÃO, 2012, p.244).

Conforme elucida DIAS (2013, p. 72) acerca do tratamento discriminatório:

Esse tratamento diferenciado não é somente perverso. É flagrantemente inconstitucional. A união estável é reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal (CF, 226, §3º), que não concedeu tratamento diferenciado a qualquer das formas de constituição da família. Conforme Zeno Veloso, o art. 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco. Como alerta Rodrigo da Cunha Pereira, não há dúvida que este artigo apresenta um grande retrocesso para a união estável, vez que colocou o companheiro em posição muito inferior ao cônjuge. Ao que parece, retomou-se a mentalidade de que a união estável é uma “família de segunda classe” e não uma outra espécie de família, nem melhor nem pior do que o casamento, apenas diferente.

Entretanto, essa ideia de hierarquização das entidades familiares permeou diversos outros dispositivos, especialmente o artigo 1.790 do Código Civil/2002, que assim afirma:

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.

O que se observa é que o legislador não inseriu os companheiros no rol dos herdeiros necessários, conforme dicção do artigo 1.845 do Código Civil/2002: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”,

possibilitando-lhe a exclusão da participação na legítima. Segundo VENOSA (2013, p. 150):

A impressão que o dispositivo transmite é de 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 figura híbrida seria essa senão a de herdeiro!

Alegando o tratamento discriminatório e, portanto, inconstitucional, dado pelo artigo 1.790 do Código Civil/2002 à união estável e também criticando a omissão do ordenamento em reconhecer o companheiro como herdeiro necessário, PEREIRA (2014, p. 150) afirma:

Os resultados são manifestamente insatisfatórios: não apenas se deveria ter reservado local mais apropriado para as normas do art. 1.790, como também não se poderia ter deixado de aludir ao companheiro – segundo a orientação que fosse claramente adotada – no art. 1.845 ou no art. 1.850: num deles certamente haveria de enquadrar-se aquele sucessor. De tudo isso fica a sensação de que o art. 1.790 é, no sistema do novo Código Civil, um corpo estranho, pouco à vontade na companhia de outras normas originalmente concebidas para um sistema que simplesmente desconhecia a figura do companheiro, no campo sucessório.

Ademais, diferentemente do que sobrevém ao cônjuge, que concorre apenas com descendentes e ascendentes (artigo 1.829 do Código Civil/2002), o companheiro, conforme o dispositivo em apreço, concorrerá com todas as classes, inclusive colaterais até o quarto grau (artigo 1.790, III, Código Civil/2002).

Além de trazer clara desigualdade entre os institutos, este dispositivo apresenta profunda violação ao princípio da vedação do retrocesso, mais um motivo para conclamá-lo de inconstitucional. Isto ocorre porque o artigo 2º, III, da Lei n. 8.791/94 assim dispunha acerca do posicionamento do companheiro na ordem de vocação hereditária:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:
III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Acerca do princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso, BARROSO (*apud* COSTA e SOUZA, 2013, p.8) afirma que:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.

Latente, pois, que o atual código civil, ao disciplinar a sucessão do companheiro retrocedeu em garantir-lhe direitos, porquanto o tratamento legislativo atual é significativamente inferior se comparado à antiga legislação. Conforme o artigo 1.790 do atual Código Civil, o companheiro só herdará a integralidade da herança se não houver nenhum outro parente colateral sucessível. Mostram-se necessárias, pois, mudanças no sistema atual do direito sucessório da união estável, a fim de evitar que no plano fático os conviventes sejam prejudicados pela inconstitucionalidade do artigo (COSTA e SOUZA, 2013, p.8).

Como se não bastasse o tratamento diferenciado entre companheiro e cônjuge, o artigo 1.790 do Código Civil/2002 ainda é repreendido pela forma que disciplina a concorrência sucessória no que tange aos filhos.

O artigo 227, §6º, Constituição Federal/88, proíbe quaisquer formas de discriminações entre filhos: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Pelo princípio da igualdade, não se considera mais válidas classificações filiais. A dicotomia entre filhos legítimos e ilegítimos, por exemplo, não merece mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro após esta garantia constitucional.

Entretanto, o artigo 1.790 do Código Civil/2002, ao disciplinar a concorrência na união estável, dá a entender que os filhos comuns merecem receber quota inferior à concedida aos filhos unilaterais do autor da herança. Pelos modos de partilha dos incisos I e II do supracitado dispositivo legal, o companheiro sobrevivente receberia quinhão igual ao dos filhos comuns, enquanto isso, os filhos exclusivos do *de cujus* auferem quinhão correspondente ao dobro do que auferem o companheiro sobrevivente.

Conforme RAMOS (2013, p. 44):

Essa diferença de tratamento que coloca sob suspeita de inconstitucionalidade o artigo 1.790 do Código Civil fica ainda mais evidente na situação hipotética em que, numa sucessão: exista apenas um filho em comum para concorrer com o companheiro sobrevivente, esse filho receberia a metade da herança, ficando a outra metade com o companheiro sobrevivente. Já na hipótese em que o companheiro sobrevivente concorra com apenas um filho exclusivo do autor da herança, esse filho ficaria com dois terços da herança, ficando o outro terço com o companheiro sobrevivente, de quem é enteado. Está claro que existe, para efeitos de sucessão, diferença entre ser filho em comum e ser filho só do autor da herança.

A única maneira justificável para que os filhos, herdeiros necessários (artigo 1.829, inciso I, Código Civil/2002), recebam quinhões diferentes entre si é nos casos em que o autor da herança deixa testamento dividindo arbitrariamente sua parte disponível da herança entre seus descendentes. Isto porque, a relação existente entre descendentes do *de cuius* e companheiro supérstite é indiferente quando se está a promover a sucessão dos bens daquele que, igualitariamente, é ascendente de todos os filhos.

Em vista disso, cabe ao legislador promover o cumprimento da determinação constitucional que estatui idêntico tratamento à união estável e ao casamento como entidades familiares de caráter instrumental e fundadas no respeito, dignas da proteção estatal igualitária. Toda forma de discriminação entre união estável e casamento, seja em sede legislativa ou judiciária, deve ser considerada inconstitucional. Assim, propõe-se o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil/2002 de maneira que as entidades familiares sejam igualmente tratadas – artigo 226, §3º, Constituição Federal/88 e artigo 2º, III, Lei n. 8.791/94 (DIAS, 2013, p. 73).

4.4 O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Em face das vicissitudes e omissões legais concernentes à sucessão na união estável, especialmente quando presente a filiação híbrida, o judiciário tem ficado na incumbência de, no caso concreto, solucionar os problemas que porventura se formem.

No entanto, acirradas são as divergências sobre a problemática da sucessão na união estável com filiação híbrida. Divide-se a jurisprudência em suas decisões,

hora considerando os descendentes como se todos fossem filhos comuns, aplicando-se exclusivamente o inciso I do artigo 1.790 do Código Civil/2002; hora julgando pelo inverso, considerando todos como se filhos exclusivos do de cujus fossem (inciso II).

Em julgado recente (março de 2016), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme relatório do Agravo de Instrumento Nº 2150854-50.2015.8.26.0000 – SP, determinou a aplicação do artigo 1.790, II, Código Civil/2002, num caso de inventário onde a companheira concorria à herança com os filhos comuns e exclusivos do falecido.

É o que se vê do resumo da ementa:

Agravo de instrumento – Inventário – União estável – Sucessão da companheira – Concorrência à herança com os filhos comuns e exclusivos do falecido – Decisão que determinou a aplicação do art. 1.790, inciso I, do CC – Recurso dos interessados – Alegação de que o dispositivo invocado seria inconstitucional – Descabimento – Constitucionalidade da norma declarada pelo Órgão Especial desta Corte – Vinculação do Órgão fracionário ao entendimento exarado – Inteligência do art. 97 da CF e da Súmula Vinculante n.º 10 do STF – Filiação híbrida, contudo, cuja sucessão não possui previsão legal – Aplicação, por analogia, do art. 1.790, inciso II, do CC – Precedentes desta Corte e Câmara – Decisão reformada apenas para esse fim – AGRAVO PROVIDO EM PARTE.

O caso em tela versava sobre a retificação do plano de partilha no inventário dos bens deixados pelo companheiro falecido. Os agravantes afirmavam que a decisão agravada estabeleceria um tratamento sucessório diferenciado à companheira sobrevivente, em afronta à isonomia prevista pelo artigo 226, §3º, e artigo 5º, Constituição Federal/88.

Do trecho abaixo do voto do relator Miguel Brandi entende-se a motivação para a aplicabilidade artigo 1.790, II, Código Civil/2002:

O caso em apreço, contudo, possui uma singularidade: o *de cujus* deixou filiação híbrida (...). O ordenamento civil não possui regulação específica para tais casos, dividindo-se doutrina e jurisprudência sobre a melhor solução para o caso.

Entendo que o melhor deslinde se dá pela aplicação do inciso II do mesmo art. 1.790, porquanto o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo afasta a possibilidade de aplicação do art. 1.829 do mesmo *codex*, como já se entendeu, isto é, o companheiro necessariamente participa da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Assim, dos aquestos, reserva-se a meação do companheiro supérstite e, sobre a metade restante, o parceiro participa da sucessão em concorrência com todos os sucessíveis.

Não obstante, o arcabouço jurídico dado pelo legislador permite inferir a preferência ao filho antes do cônjuge ou companheiro. Assim, entendendo imperativo preservar a igualdade entre os filhos comuns e exclusivos do *de cuius*, em estrita observância do art. 227, § 6º, da Magna Carta.

Esta, entretanto, não foi a primeira vez que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu a celeuma da filiação híbrida neste sentido. Abaixo outro julgado aplicando o inciso II do artigo 1.790 do Código Civil/2002:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. APLICABILIDADE DO ARTIGO 1.790, DO CÓDIGO CIVIL. Órgão Especial desta Corte que decidiu pela constitucionalidade do dispositivo. Companheiro sobrevivente, além da meação, concorrerá com os descendentes, ascendentes e demais partes sucessíveis, quanto aos bens adquiridos onerosamente, na constância da união estável havida com o de cuius. CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO. FILIAÇÃO HÍBRIDA. Hipótese não prevista em lei. Aplicação do inciso II, do artigo 1.790, do Código Civil. Preservação da igualdade entre os filhos. Observância do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal. Negado provimento ao recurso. (TJ-SP - AI: 21443237920148260000 SP 2144323-79.2014.8.26.0000, Relator: Fábio Podestá, Data de Julgamento: 28/11/2014, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/11/2014)

Importa analisar trecho do voto do relator Fábio Podestá que defende ser melhor a solução que importar o favorecimento dos filhos conforme o princípio constitucional da vedação da discriminação entre filhos:

O legislador, de fato, olvidou prever a cota hereditária do companheiro na hipótese de haver descendentes comuns e também exclusivos, cabendo a solução ao intérprete do direito. No entanto, do cotejo dos dispositivos legais afetos ao direito das sucessões, conclui-se que a intenção do legislador é privilegiar o filho, antes do cônjuge ou do companheiro. Bem por isso, a solução encontrada pelo magistrado a quo é, de fato, a melhor, pois, embora desfavorável à companheira, preserva a igualdade entre os descendentes comuns e exclusivos, dado efetividade ao disposto no § 6º, do artigo 227, da Constituição Federal.

(...)

Assim sendo, entre uma interpretação que garanta cota maior ao convivente (aplicação do inciso I do art. 1.790, do CC), e outra que lhe entregue parcela menor, em benefício dos filhos (aplicação do inciso II, do art. 1.790, do CC), entende-se ser esta última a melhor solução. Ademais, na hipótese, o regime de bens a ser observado é o da comunhão parcial, de modo que à agravada já cabe metade ideal dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Significa dizer que, ainda que a aplicação do inciso II do artigo 1.790, do Código Civil, lhe seja menos vantajosa, é de rigor reconhecer que já está garantida a proteção patrimonial da agravada, haja vista os aquestos do casal.

Do que se vê, para solucionar a problemática da filiação híbrida na sucessão da união estável, nestes casos, o judiciário optou por preservar a isonomia entre os

filhos comuns e exclusivos tratando-os todos como se exclusivos fossem, pois que se está a tratar da sucessão do *de cuius*, sendo, portanto, todos os filhos seus descendentes e herdeiros necessários.

Entretanto, conforme pontuado anteriormente, as decisões jurisprudenciais não são unânimes acerca desse tema. Em decisão de relatoria da desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, a 6ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDF – 6ª Turma, Acórdão nº 355.533, Apelação Cível 20050610031880APC), aplicou-se a divisão igualitária entre todos os filhos e o companheiro.

Cuida-se de apelação interposta pela companheira do falecido, em face da sentença que nos autos da ação de inventário homologou esboço de partilha não reconhecendo o seu direito à herança, na qualidade de companheira. A Juíza *a quo*, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade dos incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil/2002, deixou de aplicá-los excluindo a companheira do direito à herança da meação que coube ao inventariado.

Em face disto, a companheira alega que, por se tratar de caso de concorrência híbrida, a lacuna legal deve ser suprida pelo princípio constitucional da isonomia, não podendo haver discriminação aos filhos havidos ou não da relação de casamento/união estável, conferindo-lhes os mesmos direitos. Solicita, destarte, a sua inclusão no rol dos herdeiros, além da sua condição de meeira. A controvérsia cinge-se, pois, no direito da companheira de concorrer à legítima de seu companheiro juntamente com a filha comum e com o filho somente do autor da herança, e em qual valor deverá versar cada quinhão.

Em decisão unânime a turma determinou por igualar os filhos híbridos como se fossem todos comuns (artigo 1.790, I, Código Civil/2002) e não excluir a companheira da sucessão. Foram concedidas à autora, à filha comum e ao filho do autor da herança quotas iguais. Em trecho de seu voto, a relatora desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito assim se posicionou:

Destarte, no presente caso: a) devem-se considerar todos os filhos, inclusive o herdeiro Anderson de Campos Vieira, como filhos comuns, cabendo a cada um deles igual quinhão, nos termos do art. 1790, I, do CC; b) a companheira concorrer com quota idêntica a de todos os filhos; c) excluir da meação e da quota sucessível da companheira os bens particulares do falecido.

Decisão semelhante foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no agravo de instrumento nº 00622369520148190000 RJ 0062236-95.2014.8.19.0000:

DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO A UM DOS PLEITOS DA RECORRENTE. OMISSÃO VERIFICADA NO QUE TANGE À QUANTIFICAÇÃO DO QUINHÃO DA AGRAVANTE, CÔNJUGE SUPÉRSTITE. HIPÓTESE DE SUCESSÃO ONDE O CÔNJUGE CONCORRE COM FILHOS COMUNS E EXCLUSIVOS DO DE CUJUS. FILIAÇÃO HÍBRIDA. COTA MÍNIMA DE 25% RESERVADA AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE (ART. 1.832, CC) QUE SOMENTE SE APLICA EM RELAÇÃO AOS FILHOS COMUNS DESTA COM O FALECIDO, SENDO OMISSA A LEI EM RELAÇÃO AOS CASOS DE FILIAÇÃO HÍBRIDA. DIVERSAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO. RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO QUE SE AFIGURA MAIS ADEQUADA COM A UTILIZAÇÃO DA TESE QUE DEFENDE A DIVISÃO PER CAPITA DA HERANÇA, JÁ QUE, SENDO 02 FILHOS COMUNS E 02 FILHOS EXCLUSIVOS, A REPARTIÇÃO DA HERANÇA EM 05 PARTES IGUAIS NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DO TRATAMENTO IGUALITÁRIO DA PROLE (ART. 227, § 6º, CRFB/88) E TAMBÉM NÃO VULNERA O DIREITO DO CÔNJUGE À COTA MÍNIMA EM RELAÇÃO AOS FILHOS PRÓPRIOS. ACOINHAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA DECLARAR QUE O QUINHÃO DA AGRAVANTE E TODOS OS DEMAIS HERDEIROS É DE 20% DO TOTAL DO MONTE. (TJ-RJ - AI: 00622369520148190000 RJ 0062236-95.2014.8.19.0000, Relator: DES. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 14/01/2015, TERCEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 22/01/2015)

Nos dois últimos casos, portanto, a despeito da omissão legislativa quanto à sucessão da companheira no caso de filiação híbrida, a solução foi, além de preservar a participação da companheira na sucessão de seu falecido companheiro, fazer o cálculo da quota de cada herdeiro como se todos fossem filhos comuns. Efetuada a divisão da legítima por cabeça, a cada um dos filhos, bem como a companheira, coube uma quota de mesmo valor.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho expôs um estudo relativo à problemática da sucessão na união estável com filiação híbrida à luz do atual ordenamento jurídico. Além disso, objetivou analisar a viabilidade do atual tratamento legal dado ao companheiro sobrevivente à luz das correntes doutrinárias acerca da aplicabilidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

A união estável vem há longo período pleiteando por direitos e proteção estatal. Saiu da senda do preconceito enquanto concubinato para figurar entre as entidades familiares ao lado do casamento e das famílias monoparentais. Passo significativo, mas não suficiente.

A despeito da previsão constitucional de equiparar a união estável ao casamento enquanto entidades familiares (artigo 226, § 3º, Constituição Federal/88), a legislação infraconstitucional, a seu turno, promove tratamento discriminatório entre ambas. Se, por um lado, a Constituição Federal de 1988 previu outros modos de constituição da entidade familiar além do casamento, o Código Civil de 2002 parece ainda girar em torno apenas do matrimônio como formador familiar.

Conforme elucidado, esse tratamento legal dessemelhante salta aos olhos quando da análise do sistema sucessório. Manifestos são os equívocos da legislação infraconstitucional ao tratar do direito sucessório do companheiro no artigo 1.790 do Código Civil/2002. Além de estar deslocado em relação às demais disposições sucessórias familiares, o referido dispositivo representa um retrocesso social se comparado ao tratamento ao companheiro na Lei nº 8.971/94. Haja vista que, enquanto a norma atual determina que o companheiro concorra com colaterais até o quarto grau, a Lei nº 8.971/94 preceituava no sentido de, não existindo descendentes e ascendentes, o companheiro herdaria a totalidade da herança.

Concomitantemente, o sistema sucessório apresentado pelo artigo 1.790 do Código Civil/2002 também gera controvérsias pela omissão legislativa em regular a concorrência do companheiro com os descendentes do falecido em caso de filiação híbrida. A mutabilidade das relações atuais faz surgir situações onde entre o casal existem filhos comuns e filhos unilaterais, no entanto o legislador foi alheio à pulsante mudança social.

Esta lacuna legislativa gera sérias controvérsias em sede doutrinária e jurisprudencial. Foram apresentadas quatro soluções propostas pela doutrina visando suprimimento da omissão. A primeira corrente propõe a aplicabilidade do inciso I do artigo 1.790 do Código Civil/2002 nos casos de filiação híbrida. Desta feita estar-se-ia favorecendo o companheiro e igualando todos os filhos como se comuns fossem; a segunda, prescreve a aplicação do inciso II do mesmo artigo, assim, os filhos seriam privilegiados ao serem todos considerados exclusivos do autor da herança; a terceira teoria se propõe à composição dos dois incisos promovendo a divisão da herança em dois blocos - um para os filhos comuns e outro para os filhos exclusivos - no primeiro bloco a divisão é feita igualmente entre companheiro e filhos, no segundo bloco, dividir-se-ia o quinhão de modo que ao companheiro coubesse metade do valor concedido aos filhos exclusivos do *de cuius*. Por fim, a última corrente aqui apresentada foi proposta por Tusa e consiste na média ponderada que aumenta a quota do companheiro conforme a quantidade de filhos comuns e diminui conforme a quantidade de filhos unilaterais.

A jurisprudência, como se viu, não é unânime quanto a melhor corrente a ser adotada. Tanto quanto a doutrina, propõe-se a buscar os melhores meios de suprir a lacuna da lei à luz das demais normas possivelmente aplicáveis, bem como dos princípios do Direito a fim de dar a estes não raros casos a solução mais justa.

À vista do exposto no presente trabalho, percebe-se que os direitos dos companheiros ainda consistem em um campo pouco explorado pelo legislador brasileiro. Seja qual for a motivação para esta omissão, se descuido, receio ou pouco senso de importância depositado no tema, a falta de regulamentação justa no que tange a essa entidade familiar é insustentável em face do expressivo número de pessoas em território pátrio que vivem sob esse regime de constituição familiar e necessitam de normas justas para balizar suas relações.

Conforme enfatizado, a equiparação constitucional da união estável como entidade familiar ao lado do casamento e das famílias monoparentais não satisfaz os anseios evolutivos da sociedade brasileira por equidade de tratamento entre as formas constitutivas de família.

Conclui-se, pois, pela urgência da reforma do ordenamento jurídico pátrio no que tange aos direitos dos companheiros, especialmente quanto ao sistema sucessório, seara pouco e mal regulada. É imperioso que sejam editadas leis justas a fim de que a lacuna do artigo 1.790 do Código Civil/2002 dê lugar a um adequado

tratamento sucessório nos casos de filiação híbrida. Levando em consideração os direitos inerentes ao companheiro e a garantia de tratamento igualitário entre os filhos, compete ao legislador, em exercício de sua função, cumprir o preceito constitucional do artigo 226, §3º da Constituição Federal/88 e finalmente extirpar do ordenamento jurídico pátrio o tratamento discriminatório ao passo que garante idêntica proteção a todas as entidades familiares. Em verdade, as vicissitudes da união estável, incluindo esta celeuma sucessória, são claros fatos sociais. Cabe à lei vir ao encontro deles (VENOSA, 2013, p. 433).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 1988.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 1967.

_____. **Lei n. 3.071, 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. **Lei n. 8.069. 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 20 de abr. de 2016.

_____. **Lei n. 8.971, 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

_____. **Lei n. 9.278, 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: 12 de abr. de 2016.

_____. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. **Súmula 377**. Supremo Tribunal Federal. 1964.

_____. **Súmula 380**. Supremo Tribunal Federal. 1964.

_____. **Súmula 382**. Supremo Tribunal Federal. 1964.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial: Edcl no Resp 275839 SP 2000/0089476-1**. Embargante: Sônia Aparecida Ignácio Silva. Embargado: David Joia Pereira. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Data de Publicação: DJe 23 ago. 2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15942143/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-275839-sp-2000-0089476-1>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: 275839 SP 2000/0089476-1**. Embargante: Sônia Aparecida Ignácio Silva. Embargado: David Joia Pereira. Relator: Ministro Ari Pargendler. Data de Publicação: 23 de out. 2008. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941541/recurso-especial-resp-275839-sp-2000-0089476-1/inteiro-teor-12764938>. Acesso em: 16 de abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 20050610031880APC**. Apelante: Maria Célia de Souza. Apelado: Lígia Jordana de Souza Vieira e outros. Relator: Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito. Brasília, 12 mai. 2009. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5861438/apelacao-ci-vel-apl-31884120058070006-df-0003188-4120058070006>. Acesso em: 27 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento: 00622369520148190000 RJ 0062236-95.2014.8.19.0000**. Autor: Simone Borensztajn Klabin. Réus: Bruno Klabin, Alexandre Klabin. Relator: Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho. Data de julgamento: 14 jan. 2015, Terceira Câmara Cível. Data de publicação: 22 jan. 2015. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162223423/agravo-de-instrumento-ai-622369520148190000-rj-0062236-9520148190000>. Acesso em: 27 abr. 16.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento: 21443237920148260000 SP 2144323-79.2014.8.26.0000**, Relator: Fábio Podestá, Data de Julgamento: 28 nov. 2014, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28 nov. 2014. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/154111801/agravo-de-instrumento-ai-21443237920148260000-sp-2144323-7920148260000>. Acesso em: 27 abr. 16.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento: 21508545020158260000 SP 2150854-50.2015.8.26.0000**, Relator: Miguel Brandi, Data de Julgamento: 16 mar. 2016, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30 mar. 2016. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322912147/agravo-de-instrumento-ai-21508545020158260000-sp-2150854-5020158260000>. Acesso em: 27 abr. 2016.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família: Direito Civil. Dimas Messias de Carvalho**. 2. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família e sucessões**, volume 5 / Fábio Ulhoa Coelho – 6. ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, José Diego Lenzion Rachid Jaudy e SOUZA, Ana Carolina Aguiar e. **Os direitos sucessórios do convivente e a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil**. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-Grossense - v. 1. 2013. Disponível em: <<http://revistaemam.kinghost.net/revista/index.php/unicemam/article/view/160>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**/Maria Berenice Dias. 2. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de direito das famílias**, 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Ponto e vírgula**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4177/ponto-e-virgula>. 2003. Acesso em: 19 abr. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 6: direito das sucessões / Maria Helena Diniz. – 24 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, 2. ed. 3ª. tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**/ César Fiuza , 17. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Belo Horizonte : Del Rey Editora, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume VI. Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional/ Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho - São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**/Guilherme Calmon Nogueira da Fama. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Orlando. **Sucessões** / Orlando Gomes –15. ed. rev. e atual. / por Mario Roberto Carvalho de Faria - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 7: direito das sucessões / Carlos Roberto Gonçalves – 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

GOUVÊA, Ana Carolina de Carvalho Lopes. **A sucessão do companheiro**. Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; DE FAMÍLIA–IBDFAM, Direito. **Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes**. Afeto, ética, família e o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Disponível em: <http://www.flavioartuce.adv.br/artigos/Giselda_Concorrencia.doc>. Acesso em: 26 abr. 2016.

IBGE, **Censo demográfico: 2010: nupcialidade, fecundidade e migração: resultados da amostra**, Rio de Janeiro, 2010.

LISBOA, Roberto Senise; **Manual de direito civil**, v. 5 : direito de família e sucessões/Roberto Senise Lisboa – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias** / Paulo Lôbo. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

NADER, Paulo, **Curso de Direito Civil**, v. 5: Direito de família/Paulo Nader – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Dicionário de direito de família e sucessões**: Ilustrado - São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica** – 2. ed. rev. atual. ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RAMOS, Denise Vieira. **Sucessão na união estável** - A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do código civil em face da diferença entre os filhos. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/handle/235/5281>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1ago. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3192/as-inovacoes-constitucionais-no-direito-de-familia/5>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. **Direito civil, v. 6: direito das sucessões**/5. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões** | Sílvio de Salvo Venosa. - 13. ed. - São Paulo : Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**/Sílvio de Salvo Venosa – 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnaldo. **Direito civil : direito das sucessões**, vol. 6/Arnaldo Wald. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.