

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

PAULA SIMONE BAÚ

**CONCUBINATO: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E O POSSÍVEL DIREITO À
HERANÇA CONCEDIDO AOS CONCUBINOS(AS) DIANTE DO PRINCÍPIO DA
BOA-FÉ**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Santa Rosa
2017

PAULA SIMONE BAÚ

**CONCUBINATO: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E O POSSÍVEL DIREITO À
HERANÇA CONCEDIDO AOS CONCUBINOS(AS) DIANTE DO PRINCÍPIO DA
BOA-FÉ**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Bianca de Melo Hartfil

Santa Rosa
2017

PAULA SIMONE BAÚ

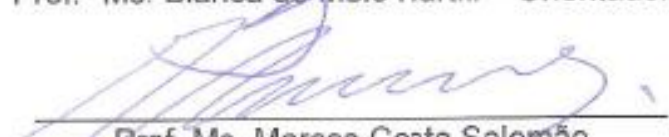
**CONCUBINATO: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E O POSSÍVEL DIREITO À
HERANÇA CONCEDIDO AOS CONCUBINOS (AS) DIANTE DO PRINCÍPIO DA
BOA-FÉ.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

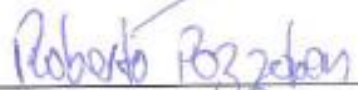
Banca Examinadora



Prof.ª Ms. Bianca de Melo Hartfil – Orientadora



Prof. Ms. Marcos Costa Salomão



Prof. Ms. Roberto Pozzebon

Santa Rosa, 14 de novembro de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico a Deus, sem ter fé não vamos a lugar algum, em especial, para minha mãe, que esteve todo o tempo do meu lado, aos demais da minha família que amo e aos meus amigos (a) que não deixaram eu desistir, que sempre estiveram presentes ensinando-me, a minha professora Orientadora Bianca Hartfil, que teve muita paciência, esteve sempre presente, querida, dedicada e atenciosa, o meu muito obrigada!

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou e me proporcionou sabedoria para enfrentar esta longa caminhada. Aos meus pais por acreditar em mim, aos meus irmãos que sempre me apoiaram, aos meus amigos(a) que não deixaram eu parar nesta longa caminhada, a minha professora orientadora, pelo apoio, ensinamento e paciência, e as demais pessoas que estiveram sempre do meu lado. A todos que de uma pequena forma participaram desta caminhada, meu muito obrigada.

“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito, nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.” (THEODORE ROOSEVELT).

RESUMO

A presente monografia tem como tema o concubinato: consequências jurídicas e o possível direito à herança concedido ao(a) concubino(a) diante do princípio da boa-fé. A presente pesquisa visa questionar em que medida o(a) concubino(a) de boa-fé poderá ter direito à herança, na divisão da sucessão legítima, em analogia ao direito do cônjuge e companheiro, diante das regras do Direito Sucessório Brasileiro e das Decisões dos Tribunais Superiores? Tem-se por objetivo geral do presente estudo, realizar uma análise das interpretações dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, do Rio de Janeiro, de Minas Gerais e do Supremo Tribunal Federal, a fim de observar os parâmetros adotados em caso de procedência em relação ao direito sucessório nos casos de concubinato. Serão observados também aspectos históricos referentes ao concubinato e seus direitos pós-morte do *de cuius*. O concubinato é prática bastante antiga, sem regulamentação, que somente agora vem sendo discutido do ponto de vista legal para fins de herança, justificando-se essa pesquisa, pela relevância social do tema. No que tange à metodologia, a categorização da pesquisa é a teórica, a geração de dados realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental, e como método de pesquisa, tem-se o método dedutivo, bem como, utilizou-se o procedimento histórico e monográfico e com a análise jurisprudencial será possível maior entendimento do direito aplicado ao(a) concubino(a) de boa-fé. A presente pesquisa monográfica divide-se em dois capítulos: O primeiro trata do histórico e caracterização da família no direito brasileiro, subdividindo-se em evolução histórica da família e sua caracterização a partir da Constituição Federal de 1988; a estruturação das novas famílias à luz dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família; e os aspectos pontuais no direito sucessório brasileiro. O segundo capítulo trata do concubinato, a caracterização do instituto, consequências jurídicas e o direito sucessório aplicável ao(à) concubino(a) de boa-fé, subdividindo-se em caracterização do concubinato e consequências jurídicas; a distinção do direito sucessório aplicável ao cônjuge, companheiro e possivelmente ao concubino (a) e, por fim, uma análise de decisões judiciais do TJ/RS; TJ/RJ, TJ/MG e STF acerca do possível direito sucessório do(a) concubino (a) de boa-fé. Dessa forma, pode-se concluir que no tocante ao concubinato, percebe-se que os tribunais brasileiros ora estudados têm firmado entendimento favorável à(o) concubina(o) de boa-fé quanto a direitos sucessórios, desde que comprovado o desconhecimento de relações múltiplas, ou paralelas, ou ainda, em relação ao novo relacionamento com concubina(o) posterior a separação, e que não houve formalização da mesma. Verifica-se nos casos pesquisados, a evolução do direito para acompanhar as novas formas de relacionamentos baseadas no afeto.

Palavras-chave: concubinato - direito sucessório - herança.

ABSTRACT

This monograph has as its theme concubinage: legal consequences and the possible right to inheritance granted to the concubine in the face of the principle of good faith. The present research aims to question the extent to which the bona fide concubine may be entitled to inheritance, in the division of legitimate succession, in analogy to the law of the spouse and partner, under the rules of Brazilian Succession Law and Decisions of the High Courts? The purpose of this study is to analyze the interpretations of the Courts of Justice of the State of Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Minas Gerais and the Federal Supreme Court, in order to observe the parameters adopted in the case of origin in relation to inheritance law in cases of concubinage. Historical aspects concerning the concubinage and their rights after the death of the deceased will also be observed. The concubinage is a very old practice, without regulation, which is only now being discussed from a legal point of view for inheritance purposes, justifying this research for the social relevance of the subject. Regarding the methodology, the categorization of the research is theoretical, data generation through bibliographical and documentary research, and as a research method, the deductive method is used, as well as the historical and monographic and jurisprudential analysis, it will be possible to further understand the law applied to the concubine in good faith. The present monographic research is divided into two chapters: The first deals with the history and characterization of the family in Brazilian law, subdividing itself into historical evolution of the family and its characterization from the federal constitution of 1988; the structuring of new families in light of the constitutional principles applicable to family law; and the specific aspects in Brazilian succession law. The second chapter deals with concubinage, the characterization of the institute, legal consequences and the inheritance law applicable to the concubine in good faith, subdivided into characterization of concubinage and legal consequences; the distinction between the inheritance law applicable to the spouse, companion and possibly the concubine, and, finally, an analysis of judicial decisions of the TJ / RS; TJ / RJ, TJ / MG and STF regarding the possible succession rights of the concubine in good faith. In this way, it can be concluded that with regard to the concuninato, it is perceived that the Brazilian courts studied here have established a favorable agreement to the concubine in good faith as to succession rights, provided that the lack of knowledge of relations multiple, or parallel, or in relation to a new relationship with concubine (o) after separation, and that there was no formalization of it. In the cases researched, the evolution of the right to follow the new forms of relationships based on affection is verified.

Keywords: concubinage – succession law - heritage

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

Art. – Artigo

Arts – Artigos

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

ed. – Edição

Inc. – Inciso

p. – Página

nº - Número

RS – Rio Grande do Sul

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ RS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1.HISTÓRICO E CARACTERIZAÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO	14
1.1EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA E SUA CARACTERIZAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	14
1.2 ESTRUTURAÇÃO DAS NOVAS FAMÍLIAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA E OS ASPECTOS PONTUAIS NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO.....	24
2. CONCUBINATO: CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO, CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E O DIREITO SUCESSÓRIO APLICÁVEL AO CONCUBINO(A) DE BOA-FÉ	34
2.1 CARACTERIZAÇÃO DO CONCUBINATO E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.....	34
2.2 DISTINÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO APLICÁVEL AO CÔNJUGE, COMPANHEIRO E POSSIVELMENTE AO CONCUBINO (A) E UMA ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS DO TJ/RS; TJ/RJ, TJ/MG e STF ACERCA DO POSSÍVEL DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCUBINO (A) DE BOA-FÉ.....	41
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema o Direito da(o) concubina(o) relacionado à herança conforme interpretação normativa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, e do Supremo Tribunal Federal. A temática desta monografia recai sobre situações que possuem nova abordagem jurídica, quais sejam: o direito da companheira em casos de morte do companheiro e os direitos da amante em caso de boa-fé.

A referida delimitação temática demonstrará como a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Supremo Tribunal Federal têm tendenciado à abordagem desse assunto nos últimos dez anos, principalmente, a respeito dos direitos sucessórios da(o) concubina(o), no caso de morte do “companheiro” e nos casos de boa-fé, quando há existência de casamento e/ou união estável com outra pessoa.

A presente pesquisa visa questionar em que medida o(a) concubino(a) de boa-fé poderá ter direito à herança, na divisão da sucessão legítima, em analogia ao direito do cônjuge e companheiro, diante das regras do Direito Sucessório Brasileiro e das Decisões dos Tribunais Superiores? Tem-se por objetivo geral do presente estudo, realizar uma análise das interpretações do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Supremo Tribunal Federal, nos últimos dez anos, a fim de observar os parâmetros adotados em caso de procedência em relação ao direito sucessório nos casos de concubinato. Serão observados também, de forma específica, os aspectos históricos referentes ao concubinato e seus direitos pós-morte do *de cuius*, bem como analisar os direitos sucessórios da(o) concubina(o) sobrevivente, tanto nos casos de união estável paralela ao casamento, como nos casos de concubinato. Ainda, como objetivo específico, será realizada a abordagem dos aspectos históricos e conceituais sobre o direito da concubina(o), e também os entendimentos dos tribunais a respeito da interpretação normativa referente ao assunto. E também

serão abordados os direitos na união estável, bem como no concubinato de boa-fé e após a morte do *de cuius*, os fundamentos jurídicos e requisitos.

A escolha do tema ocorre devido ao interesse da pesquisadora na área de direito de família e sucessões, e também pelo fato de que os casos de concubinato sempre existiram na sociedade, desde a antiguidade, porém, apenas atualmente começam a ser estudados e analisados do ponto de vista legal, especialmente no tocante à herança.

A viabilidade do estudo acontece pelo fato de os dados gerados serem acessíveis e mensuráveis, permitirem uma análise no intuito de explicar com adequação o fenômeno. Logo, a pesquisa é coerente, porque no Brasil não existe legislação específica que regule as relações hereditárias de concubinato, no entanto, já existem julgados a respeito desse assunto polêmico, e se torna necessário realizar um estudo desse tema para que possamos analisar a aplicação da lei e a jurisprudência que vêm se consolidando nesses casos.

Com a referida pesquisa espera-se contribuir com o conhecimento sobre o direito sucessório e sua aplicabilidade em casos de concubinato. A presente pesquisa estará baseada na evolução histórica do direito de família brasileiro e na análise de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Supremo Tribunal Federal, com enfoque no direito sucessório da concubina.

No que tange à metodologia, à categorização da pesquisa é à teórica, a geração de dados realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental, e como método de pesquisa, tem-se o método dedutivo, bem como, utilizou-se o procedimento histórico e monográfico e, com a análise jurisprudencial será possível maior entendimento do direito aplicado ao(a) concubino(a) de boa-fé.

A monografia está organizada em dois capítulos, sendo que no primeiro capítulo denominado Histórico e caracterização da família no direito brasileiro será abordada a evolução histórica do direito de família brasileiro, a partir da Constituição Federal, assim como as características e estruturação das novas famílias brasileiras, com observação de princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família e ao direito sucessório.

No segundo capítulo denominado Concubinato: caracterização do instituto, consequências jurídicas e o direito sucessório aplicável ao concubino (a) de boa-fé, será estudado o concubinato, sua caracterização e as consequências jurídicas

desse tipo de relacionamento, assim como analisada jurisprudência de tribunais de justiça do Brasil acerca do direito sucessório do(a) concubino(a) de boa-fé.

1 HISTÓRICO E CARACTERIZAÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

Para iniciar o estudo a respeito do concubinato é muito importante iniciar a caracterização da instituição família aos olhos da legislação brasileira, a fim de entender perante a lei, o que constitui a entidade familiar, que muito evoluiu nos últimos anos e ganhou novos formatos.

É importante entender a evolução histórica da família e a análise da Constituição Federal a seu respeito, a fim de compreender os novos entendimentos jurídicos que usam como fundamentação a lei constitucional, a fim de garantir direitos anteriormente negados a companheira(o) e a/ao concubina(o).

Também nesse capítulo será analisada a nova estruturação das famílias brasileiras, conforme princípios do direito de família e do direito sucessório, para melhor entender como são aplicadas as leis em relação ao concubinato.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA E SUA CARACTERIZAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A pesquisa tem início com a análise e as consequências jurídicas e o possível direito à herança concedida ao concubino diante do princípio de boa-fé, aspectos históricos, conceituais, características e natureza jurídica, elementos importantes para a compreensão do assunto e da própria pesquisa.

Nesse sentido, cabe destacar que “No direito romano a família era organizada sobre o princípio da autoridade[...]” (GONÇALVES,2009). Ainda nesta ótica, segundo Carlos Roberto Gonçalves “O *pater familias* exercia sobre os filhos direitos de vida e de morte (*ius vitae ac necis*).[...]”.(GONÇALVES,2009, p.15). Para o mesmo autor “A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.” (GONÇALVES,2009, p.15).

Importa demonstrar os vínculos afetivos construídos pela espécie humana, a partir da natureza humana, entre seus pares, que segundo Maria Berenice Dias:

Quem manter vínculos afetivos não é uma prerrogativa da espécie humana. O **acasalamento** sempre existiu entre os seres vivos, seja e decorrência do **instinto de percepção da espécie**, seja pela verdadeira aversão que todos têm a **solidão**. Parece que as pessoas só são felizes quando têm alguém para amar. Mesmo sendo a vida aos pares um **fato natural**, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento

informal, de forma espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito[...]. (DIAS, 2015, p.29). [Grifo do Autor].

No tocante ao conceito de direito de família, Maria Helena Diniz o define como “o direito das pessoas projetado no grupo doméstico, tendo aspectos patrimoniais que se encontram em função dos interesses pessoais e familiares [...].” (DINIZ,2014, p.43). Ainda, segundo a mesma autora “[...] uma vez que se organiza em razão de seus membros e opera através da atuação deles, individualmente considerados, tendo sempre em vista o interesse do Estado”. (DINIZ,2014, p.43).

Nesse sentido, para Carlos Roberto Gonçalves, no tocante à constituição familiar, a família era entendida como “[...] uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz.” (GONÇALVES,2009, p. 15).

Já para Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti ao que se refere ao conceito de família, importa afirmar que:

O direito de família é o ramo do direito privado que trata das relações pessoais e patrimoniais entre sujeitos ligados por uma entidade familiar ou parentesco. Como a família é a base de organização do próprio Estado, considerada como o núcleo da sociedade, o direito de família é regido por normas que limitam a autonomia da vontade das pessoas, tendo em vista o interesse público (artigo 226 da Constituição Federal de 1988). Assim, as pessoas não podem decidir o que bem quiserem para a constituição e efeitos de suas famílias, é preciso observar o que a lei permite. (CAVALCANTI, 2004).

No contexto histórico das relações familiares, Carlos Roberto Gonçalves diz que “Durante a idade média as relações da família reagiam-se, exclusivamente, pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecimento.” Para o mesmo autor, no que se refere à família brasileira, num contexto mais específico, em sua conceituação, “[...]sofreu influências da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principal da colonização lusa.” (GONÇALVES,2009, p.16).

Para Maria Berenice Dias “A própria organização se dá em torno de uma estrutura familiar. Foi o intervencionismo estatal que levou a instituição do casamento: nada mais do que uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais.” Cabe reforçar que, para a autora, “a família formal era uma invenção

demográfica, pois somente ela permitiria a população se multiplicar.” (DIAS, 2015, p. 29).

Para Maria Berenice Dias:

[...] A sociedade em determinado momento histórico, instituiu o casamento como regra de conduta. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. É por isso que o desenvolvimento das civilizações impõe restrições a total liberdade, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições (DIAS,2015, p.29).

Conforme o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves “Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família, passou a seguir rumos próprios, como a adaptação e a nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável predominante [...]” Nesse mesmo sentido, Gonçalves complementa que “[...] a natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento.” (GONÇALVES, 2009, p.16).

Nas palavras da autora Maria Helena Diniz:

[...] a união de um homem com duas ou mais mulheres faz desaparecer o “valor” de ambas ou de uma das relações, tornando-se difícil saber qual a lesada. Porém, excepcionalmente, em atenção à boa-fé daquelas mulheres em união simultânea com o mesmo homem, há decisões aceitando o direito de indenização e os mesmos efeitos da união estável. (DINIZ,2014, p.430).

Para tanto, Maria Berenice Dias diz que “a união estável é um fato jurídico que nasce, perdura por um tempo e, muitas vezes, acaba[...]” Importa destacar ainda, que “[...]Solvida a união estável, se os conviventes retornam à vida em comum, o arrependimento dispõe dos menos efeitos da reconciliação (CC 1.577).” (DIAS, 2009, p.179) [Grifo do Autor].

Nessa ótica, no Direito Brasileiro, o casamento foi considerado por muito tempo como uma única forma de constituição de família legítima. Isso acabou sendo alterado com a Constituição de 1988, que permitiu o reconhecimento de outras entidades familiares. A Constituição Federal trata do casamento civil, da união estável da família monoparental (entidade familiar formada por um dos genitores e seus descendentes) (CAVALCANTI, 2004).

Para uma explicação mais ampla, no contexto da sociedade conjugal traz o casamento como um importante vínculo entre duas pessoas, até mesmo com conotações sagradas. Assim esclarece Maria Berenice Dias:

Apesar de rejeição social e do repúdio do legislador, os vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram. O Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. E foi além. Restou por puni-las. Vedou doações e a instituições de seguro em favor da concubina, que também não podia ser beneficiada por testamento. Até 1977, não existia o divórcio. A única modalidade de separação que havia era o desquite, que não dissolvia a sociedade conjugal e impedia novo casamento. Tantas reprovações, contudo, não lograram coibir o surgimento de relações afetivas mesmo sem amparo legal. Não há lei, nem de Deus nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade. As uniões, surgidas sem o selo do matrimônio eram identificadas com o nome de concubinato. (DIAS, 2015, p. 238).

Para tanto, cumpre-se destacar, as palavras de Carlos Roberto Gonçalves “O casamento, como todas as instituições sociais, varia com o tempo e os povos [...]” (GONÇALVES,2009, p.21). Nesse sentido, o mesmo autor entende que

[...] a falta, as definições apresentadas, a noção de contrato, essencial ao conceito moderno e a forma igualitária do casamento atual. No direito brasileiro, duas definições são consideradas clássicas. A primeira, de *LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA*, proclama: “O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexos diferentes se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida.” [...], “o casamento como “um ato”, da referência a sua natureza contratual, porque a religião o eleva a categoria de sacramento (GONÇALVES, 2009, p.22).

Diante de diversos estudos, tem-se mais uma definição de casamento que, para Carlos Roberto Gonçalves define-se como “[...] um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesse, e comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer.”(GONÇALVES,2009, p.23).

Acrescenta-se ainda, que, na forma referida Maria Berenice Dias

O influxo da chamada globalização impõe constantes alterações de regras, leis e comportamentos. No entanto, a mais árdua tarefa é mudar as regras do direito das famílias. Isso porque é o ramo do direito que diz como a vida das pessoas, seus sentimentos, enfim, com a alma do ser humano. O legislador não consegue acompanhar a realidade social nem contemplar as inquietações da família contemporânea. A sociedade evolui, transforma-se,

rompe as tradições e amarras, o que gera a necessidade de **oxigenação das leis**[...]. (DIAS,2015, p.31) [Grifo do Autor].

Da mesma forma, conforme Silvio de Salvo Venosa, “O direito de família, por sua natureza, apresenta características que os afastam dos demais ramos do direito privado, [...]”. Ainda conforme o mesmo autor “[...] a sociedade procura regular e tutelar a família de forma mais aceitável possível no tempo e no espaço. O Estado intervém na estrutura da família em prol da preservação da célula que o sustenta, em última análise.” (VENOSA,2009, p. 12).

Nessa ótica, Maria Berenice Dias ressalta que a “A jurisprudência não resiste a sedutora arrogância de punir quem vive de maneira diversa do aceito pela moral conservadora. Buscando preservar a concepção de família afinada com o conceito do casamento, a tendência é rejeitar efeitos as famílias paralelas[...]”. Ainda para a autora, “[...] a condenação é de ordem patrimonial. Negar sua existência, as rotulas de concubinato adulterino.” (DIAS,2015, p.57) [Grifo da Autora].

Pode-se ainda complementar mais um conceito de família, diante do relato de Carlos Roberto Gonçalves:

[...] com a regulamentação da *união estável* como entidade familiar; revê os conceitos pertinentes a contestação, pelo marido, da legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, ajustando-se ‘a jurisprudência dominante; reafirma a igualdade entre os filhos em direitos e qualificação, como consignada a Constituição Federal. (GONÇALVES,2009, p. 18).

Julgou-se apropriada a análise de um breve comentário da Lei Maria da Penha, onde relata que não são as leis que constituem a família, assim como diz Maria Berenice Dias, “[...] a lei Maria da Penha Nº 11.340/2006, ampliou o conceito de família [...]”, porque segundo a mesma autora “[...] a ideia de que a família não é constituída pela imposição da lei, mas sim, pela vontade de seus próprios membros.” (DIAS, 2011, p.119).

Neste caso, para Marli Marlene Moraes da Costa importa destacar que a “violência contra a mulher não é um assunto recente, tampouco pode ser considerada uma consequência da sociedade contemporânea e nas relações que nela desenvolvem.” (COSTA, 2010, p. 25).

Ainda, para o entendimento do assunto Maria Helena Diniz fala que “[...] a união estável distingue-se da simples união carnal transitória e da moralmente

reprovável, como a incestuosa e a adúltera. Logo, o concubinato é o gênero do qual a união estável é a espécie [...]” (DINIZ, 2014, p. 430).

Assim, na sequência é comentado conforme os relatos de Maria Berenice Dias que a união estável teve seu reconhecimento constitucional, pois todos os bens que são adquiridos no casamento, dependendo de quem quer que seja, passam a ser repartidos em partes iguais.

As relações extramatrimoniais não tinham previsão legal, e com o nome de concubinato eram tratadas como sociedade de fato, aí foi editada pelo STF a Súmula 380. Mesmo depois de o concubinato, com o nome de união estável, ter merecido reconhecimento constitucional, a súmula continuou a ser invocada, vindo somente em perder prestígio por ocasião da legislação infraconstitucional (Lei nº 9.278/1996), que considerou os bens adquiridos por um ou ambos os conviventes como fruto do trabalho e da colaboração comum. Por presunção legal, foi imposto o condomínio do patrimônio amealhado, que passou a pertencer em partes iguais aos conviventes, ensejando participação igualitária. (DIAS, 2009, p.177)

Cumpra-se destacar também que, Maria Berenice Dias relata aqui que, “[...] como as mulheres são vítimas dessas uniões, pois só homens conseguem a façanha de manter duas famílias ao mesmo tempo -, invariavelmente são elas que propõem ações.”(DIAS, 2009, p.178).

Segundo a mesma autora, “Outra estratégia para conseguir obter alguma coisa é alegar que desconheciam o casamento ou a outra união estável mantida pelo parceiro.” Nessa mesma linha, é apropriado mencionar que “Só mediante este fundamento (ou artifício!) é admitido o concubinato adúltero putativo de boa-fé. Reconhecida a existência de uma sociedade de fato, é determinada a partilha patrimonial, mediante a prova da sua colaboração.” (DIAS, 2009, p.178).

Desse modo, Marli Marlene Moraes da Costa, também menciona que “[...] nos dias atuais buscam mudanças sociais e culturais, com o objetivo da promoção da tão almejada equidade entre os sexos e o respeito dos direitos das mulheres [...]”, sendo “[...] que os papéis sociais, culturais, econômicos e políticos são influenciados pelo contexto em que estão inseridos.” (COSTA,2012, p.173).

Ainda diante da mesma fala, “[...] cabe destacar a compreensão de algumas questões que são necessárias para que o discurso da igualdade de direitos seja ratificado nas práticas da sociedade civil [...].” (COSTA,2012, p.173).

De acordo com o entendimento da mesma autora:

Será que nos dias atuais, ainda é possível depararmos-nos com a reprodução social do fenômeno da dominação, qual foi massacrado pelo protecionismo patriarcal? [...] refere-se a divisão sexual no trabalho e dos papéis sociais impostos, culturalmente, aos homens e mulheres, distintamente. Em um mundo onde se aprende desde o nascimento a "ser" homem e a "ser" mulher, é possível que falaremos em igualdades de direitos, sem continuar a produção simbólica da discriminação da mulher? (COSTA, 2012, p.173).

Nesse sentido, "tem-se que a divisão sexual, constituída pelos próprios indivíduos, como naturais e inevitáveis, adquire o reconhecimento e a legitimação dos atores sociais[...]." Nesse mesmo sentido, a mesma autora explica que "Essa visão do mundo, organizada de acordo com a divisão sexual dos gêneros masculino e feminino, acaba por instruir a diferença biológica entre os seres como fundamentos primordial para divisão entre os sexos, denotando dois grupos socialmente hierarquizados." (COSTA, 2012, p. 174).

Para exemplificar, Rodrigo da Cunha Pereira relata que o Código Civil de 2002 "[...] definiu a união estável reafirmando no dispositivo conforme o art. 1º da Lei nº. 9.278/96, ou seja, deixou o conceito de união estável mais aberto, a grande inovação do Código Civil de 2002 [...]", e ainda, segundo ele, "[...] em relação a tudo que já se legislou em matéria concubinária, foi o art. 1.727 ao fazer distinção expressa entre união estável e concubinato [...]." (PEREIRA, 2012, p.148)

No tocante às relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar, o autor Rodrigo da Cunha Pereira afirma que

[...] conforme o artigo 1.727. diz que: as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, sempre constituem concubinato. A expressão "impedidos de casar" está aí inadequada e impedindo-nos uma leitura clara e a tradução melhor neste dispositivo. É que os separados judicialmente são impedidos legalmente de se casarem e, no entanto, podem constituir uma união estável, até mesmo pelo dispositivo no art. 1.723 deste mesmo Código. Compreendendo o "espírito" da lei, pode-se interpretar este artigo como uma distinção entre concubinato adúltero e não adúltero, como, aliás, vem fazendo a jurisprudência e a doutrina (PEREIRA,2012, p.148).

Vale destacar que Marli Marlene Moraes da Costa explica neste parágrafo que "[...] o ideal de justiça, em uma sociedade bem ordenada, seria possível a partir da prescrição de liberdades iguais para todos, em que a liberdade de atuação de um, será determinada pela liberdade de atuação de outro." (COSTA, 2012, p.188).

Segundo a mesma autora, "[...] as desigualdades sociais e econômicas referem-se aos interesses materiais dos indivíduos e têm por finalidade a alocação

dos bens básicos, sociais e econômicos, de modo a promover a cooperação social e igualdade democrática.” (COSTA, 2012, p. 188).

Para tanto, Rodrigo da Cunha Pereira vem com esta explicação referente ao “Código Civil de 2002, o qual consolidou o que já vinha estabelecendo a doutrina e jurisprudência, bem como o dispositivo nas Leis nº. 8.971/94 e nº. 9.278/96. Com o passar dos anos acabou inovando ao que se aplica às relações patrimoniais, o regime da comunhão parcial de bens.” (PEREIRA, 2012, p.148).

Nessa ótica, nas palavras do mesmo autor, “Isso faz uma grande diferença em relações às leis anteriores porque eliminou a possibilidade de se demonstrar “esforço comum”, aproximando ainda mais a união estável do instituto do casamento, para efeitos da partilha dos bens.” (PEREIRA,2012, p.148).

Em síntese, Rodrigo da Cunha Pereira explica em seu texto que [...] “a união estável é a relação afetivo-amorosa entre duas pessoas, “não adúlterina” e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil.” E, ainda, tem-se que “[...] concubinato é a relação extra-conjugal na qual existem impedimentos para o casamento”. (PEREIRA, 2012, p.47).

Tendo em vista uma diversidade conceitual sobre os institutos acerca do casamento, união estável e concubinato, são apropriadas as palavras do doutrinador Silvio de Salvo Venosa:

Assim, para com o casamento, o conceito de união livre ou concubinato também é variável. [...] A união estável ou concubinato, por sua própria terminologia, não se confunde com a mera união de fato, relação fugaz e passageira. Na união estável existe a convivência do homem e da mulher sob o mesmo teto ou não, mas *more uxório*, isto é, convívio como se marido e esposa fossem. Há, portanto, um sentido amplo de união de fato, desde a aparência ou posse de estado de casado, a notoriedade social, até a ligação adúlterina. (VENOSA,2009, p.36).

Nesta ótica, Rodrigo da Cunha Pereira esclarece a relação de concubinato e união estável, pois são dúvidas frequentes em nossa sociedade, e diz que, “[...] já no Brasil, a jurisprudência vem, ao longo de sua história, esclarecendo melhor o instituto do concubinato e da união estável, pois trata-se de um assunto novo.”[...].Nesse sentido, continua o mesmo autor: “Ela é que tem fornecido os elementos caracterizadores desta relação para que se possa medir suas

consequências, sua extensão e seus efeitos, especialmente, patrimoniais.” (PEREIRA, 2012, p.47-48).

Nesta linha de raciocínio, Rodrigo da Cunha Pereira destaca ainda que:

Embora discutíveis, no Direito pátrio e no estrangeiro, podemos apontar, como elementos que integram ou que caracterizam a união estável, a durabilidade da relação, a existência de filhos, a construção patrimonial em comum, *affectiosocietatis*, coabitação, fidelidade, notoriedade, a comunhão de vida, enfim, tudo aquilo que faça o relacionamento parecer um casamento. Ou melhor, que seja aí caracterizado um núcleo familiar [...]. (PEREIRA, 2012, p. 49).

Diante desta explicação do autor acima citado, é de importância destacar a durabilidade das relações, pois hoje, diante de constantes mudanças, e diferentes formas de pensar, está cada vez mais difícil de termos uniões e uma base familiar de grande durabilidade.

Vale destacar, conforme Silvio de Salvo Venosa que “[...] a união estável é um fato jurídico, qual seja, um fato social, que gera efeitos jurídicos.” Para o referido autor “[...] assim devemos tratar a problemática doravante. *“Companheira é a designação elevada que se dá a mulher unida por longo tempo a um homem, como se fosse sua esposa; mas, não existem os laços do casamento civil, é concubina.”* (VENOSA,2009, p. 37) [grifo do autor].

Do mesmo modo, cabe observar, nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, que “O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 382, já se posicionou sobre isto, esclarecendo que a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.” (PEREIRA,2012, p.51).

Nesse sentido, vale observar que união estável são aqueles que querem um relacionamento duradouro, e que procuram registrar este feito nas suas vidas, já no concubinato, são aqueles que estão juntos, mas não possuem tal interesse em registrar tal união.

Diante disso, Rodrigo da Cunha Pereira explica “[...] na união estável, os envolvidos são aqueles que denominamos de parceiros, companheiros. Já no concubinato, são os denominados amantes.” Cabe ainda destacar que “A noção de concubinato (ou concubinato adulterino) está intimamente relacionada à pluralidade ou simultaneidade conjugal.” (PEREIRA, 2012, p.51).

Nesse contexto, Carlos Roberto Gonçalves fala que a súmula 382 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “[...] a vida em comum sob o mesmo teto *more*

uxório não é indispensável à caracterização do concubinato[...].” (GONÇALVES,2009, p.557).

Assim, diante destas composições, entende-se que não se deve deixar de lado este tema importante, pois o concubinato é uma realidade em nossa sociedade, e as decisões e posições dos nossos tribunais não vai fazer com que tenha um fim com esses tipos de situações, fenômenos.

Pelo motivo acima exposto, Rodrigo da Cunha Pereira relata em seu texto: “O Código Civil de 2002 eliminou a palavra fidelidade, substituindo por lealdade. Impõe-se como dever de companheiros em atendimento ao princípio jurídico da monogamia que, por sua vez, funciona com um ponto chave das conexões morais.” (PEREIRA,2012, p. 52).

No tocante à fidelidade no contexto conjugal, importa destacar os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Pereira:

Fidelidade é derivada do latim *fidelita* (fidelidade, lealdade) no conceito jurídico, entende-se a observância exata e leal de todos os deveres e obrigações assumidos ou impostos pela lei” [...] “ fidelidade significa lealdade, qualidade de quem cumpre suas obrigações, de quem não trai aqueles com os quais assumiu compromisso” [...] que lealdade é termo mais amplo, abarcando a fidelidade, que é vista mais no terreno sexual, ao passo de que ser leal é agir com honestidade em todos os campos da vivência, pelo que lealdade ou fidelidade tornam-se ambos aceitáveis para a configuração de uma união estável, considerada pela Lei Maior como entidade familiar e que, em última análise, exterioriza verdadeiramente uma família. (PEREIRA, 2012, p. 52).

Para Maria Helena Diniz “fidelidade ou lealdade (CC, art. 1.724) entre os companheiros, que revela a intenção de vida em comum, a aparência de “ posse do estado de casado”, nessa linha, cabe complementar, nas palavras da autora “[...] atributo do casal unido pelo casamento, cuja comprovação tornou-se difícil pela perda do registro civil, estando falecido os consortes ou impossibilitados de prestar esclarecimentos, e o indício de que o filho é do casal, art. 1.724 do CC (DINIZ,2014, p.426-427).

Ainda para a mesma autora Maria Helena Diniz,

Não havendo fidelidade, nem relação monogâmica, o relacionamento poderá ser considerado uma “amizade colorida”, sem se declarar como união estável. Entretanto, tal dever de fidelidade seria para valorizar mais a união estável, podendo os conviventes rompê-la, livremente, sem sofrer, sem dor, sem regra, qualquer sanção. (DINIZ, 2014, p.427).

Neste sentido, Maria Helena Diniz expressa que a quebra da lealdade pode-se implicar em injúria grave, “motivando a separação dos conviventes, gerando em atenção à boa-fé de um deles indenizando por dano moral, e os efeitos jurídicos da sociedade de fato” (DINIZ, 2014.p,429).

Diante do final do primeiro ponto deste referido trabalho, foi analisado e diferenciado família, união estável e concubinato, e assim, dando continuidade à pesquisa, será abordado no item 1.2 a estruturação das famílias conforme os princípios da Constituição Federal.

1.2 ESTRUTURAÇÃO DAS NOVAS FAMÍLIAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA E OS ASPECTOS PONTUAIS NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Inicialmente serão abordadas as estruturações das novas famílias e os princípios da Constituição Federal, fazendo breve relato a respeito das transformações que a família sofreu ao longo dos anos e, ainda, estudar-se-á alguns princípios que regem o direito de família.

Sobre o referido assunto, o autor Silvio de Salvo Venosa, nos remete que “No passado, existia a concepção de que a família constituía uma pessoa jurídica. Essa personalidade era conferida à família, tendo em vista, ser ela detentora de direitos extrapatrimoniais, como o nome o pátrio poder, hoje, poder familiar no vigente código, e direitos patrimoniais, como a propriedade de bem de família, sepulcros. Essa posição foi prontamente superada, pela imprecisão do conceito.” (VENOSA, 2009, p. 07).

Dessa forma, para Carlos Roberto Gonçalves, “[...] a família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, estando à mercê, por isso, a proteção especial do Estado, como proclama o art. 226 da Constituição Federal, que a ela se refere como “base da sociedade”. Para o mesmo autor, “É natural, pois, que aquela queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de ordem pública, que não podem ser revogadas pela vontade dos particulares e determinando a participação do Ministério Público nos litígios que envolvam relações familiares” (GONÇALVES, 2009, p. 9-10).

Em razão disso, Silvio de Salvo Venosa refere-se que “[...]em nosso direito e na tradição ocidental, a família não é considerada pessoa jurídica, pois lhe falta,

evidentemente, aptidão e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações”(VENOSA, 2009, p.08).

Nesse mesmo sentido, complementa o mesmo autor “Os pretensos direitos imateriais a ela ligados, o nome, o poder familiar, a defesa da memória dos mortos, nada mais são do que direitos subjetivos de cada membro da família. Com maior razão, da mesma forma se posicionam os direitos de natureza patrimonial.” (VENOSA, 2009, p.08). E ainda, importa destacar que “A família nunca é título de direito. Os titulares sempre serão os membros individualmente considerados.” (VENOSA, 2009, p.08).

Para tanto, em um primeiro plano, “[...]o Constituinte de 1988 passou a considerar as uniões extraconjugais como realidade jurídica, e não apenas um fato social. Retirou-lhes todos os aspectos estigmatizantes, no momento em que as colocou sob a “proteção do Estado”. (PEREIRA,2006, p.534). Ainda, para o mesmo autor, “Não se pode eliminá-la do âmbito do direito de família, eis que a Constituição as insere no art. 226 no capítulo destinado à Família. Cumpre, portanto, caracterizar a “entidade familiar.” (PEREIRA,2006, p.534).

Diante das palavras de Sílvio de Salvo Venosa “Defendeu-se também que a família constituía um organismo jurídico. Contudo, apresenta-se como um dado sociológico e biológico de caráter natural reconhecido pelo Estado”. E ainda, “O direito imposto pelo Estado não pode abstrair o fenômeno natural da família que é preexistente. (VENOSA,2009, p.08).

Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa destaca:

Direito de família é o complexo de normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os seus efeitos, que deles resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugam a dissolução desta, as relações entre pais e filhos o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela. (VENOSA, 2009, p.09).

Para tal, Maria Helena Diniz faz um breve comentário sobre “[...] a Magna Carta, de 1988 e a Lei nº 9.278/96, art. 1º, e o novo Código Civil, arts. 1.511, 1.513 e 1.723, os quais vieram a reconhecer como família não só a oriunda de união estável como também a comunidade monoparental (CF/88, art.226 §§3º e 4º) [...]”. “Segundo a mesma autora, essa família “[...] formada por qualquer dos pais e seus descendentes independentemente de existência de vínculo conjugal que a tenha originado [...].” (DINIZ,2014, p.25).

Em razão disso, para Silvio de Salvo Venosa “A família, como vimos, é um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos, regulados pelo direito. Na definição de Beviláqua (1937:6), há que se acrescentar, hoje, as normas reguladoras das uniões sem casamento”. (VENOSA,2009, p. 09). E ainda, “A Constituição de 1988 ampliou entre nós, o conceito de família, para reconhecer *“como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”*, bem como a união estável entre o homem e a mulher (art.226).” (VENOSA,2009, p. 09).

De acordo com o mesmo autor, “No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz [...]” reforçando ainda que, “[...] até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparados aos direitos dos filhos, nem mais considerada a preponderância do varão na sociedade conjugal.”(VENOSA, 2009, p. 15).

Nesse sentido, conforme Silvio de Salvo Venosa, “A Constituição de 1988 consagra a proteção à família no art. 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva.” Para Venosa, nesse sentido, “De há muito, o país sentia a necessidade de reconhecimento da célula familiar independentemente da existência de matrimônio.” (VENOSA,2009, p.16).

É importante destacar que a família é merecedora da tutela constitucional, por que nela comporta seus membros da família, e ali todos possuem amor e educação. Tudo isso faz parte de diversas realidades sociais, assim ressalta o mesmo autor:

A família à margem do casamento é uma forma social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e a execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar às margens dos quadros legais revelam não ser essencial a nexos familiar – matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que o casamento e a família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico, inexistente um conceito unitário de família. (FRANCISCO. In. TEIXEIRA:1993; p.77) (VENOSA, 2009, p. 16).

Para tanto “[...] a matéria planava no campo jus civilista com a necessária repercussão jurisprudencial até que a Constituição Federal de 1988 veio trazer novas conotações. Encarando a realidade brasileira, teve em vista, conceitos consagrados em sistemas jurídicos modernos”. Segundo o mesmo autor, “O capítulo destinado a familiares com a afirmação de que ela é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.” (art. 226) (PEREIRA, 2006, p. 534).

Nessa ótica, cabe destacar a relevância dos Princípios Constitucionais nas famílias, os aspectos essenciais à luz dos princípios e normas constitucionais, pois os princípios são de suma importância na vida das famílias, estas que são reconhecidas como base da nossa sociedade, recebem proteção do Estado, conforme o artigo da CF/88 citado abaixo¹.

A família ao longo dos anos sofreu várias mudanças. O novo direito de família rege-se pelos princípios e normas que disciplinam as relações familiares às quais correspondem às relações das pessoas ligadas pelo parentesco, pelo casamento ou fora do casamento.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, “o princípio da dignidade humana é considerado um princípio máximo, pois muito embora não haja hierarquia entre os princípios, este é entendido como pressuposto, base para a formação da Carta Maior e imprescindível”. Para o autor, ressalta-se que “Não pode ser somente reconhecida onde o direito prevê, pois constitui um dado prévio, preexistente e anterior a toda experiência especulativa”. (SARLET, 2004, p.42)

Nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana:

O reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2005, p. 124).

Neste mesmo sentido, Maria Helena Diniz, nos fala que o “princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus

¹ Art. 226: A família a base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua convenção em casamento.

membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227).” (DINIZ, 2014, p. 37).

Seguindo este mesmo raciocínio, Rolf Madaleno, relata que “a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob à luz do Direito Constitucional.” (MADALENO, 2011, p. 42).

Segundo Maria Helena Diniz, “[...] a Constituição Federal de 1988, no art. 226, § 5º, estabeleceu a igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, que deverá servir de parâmetro à legislação ordinária, que não poderá ser antinômica a esse princípio”. De acordo com a autora, “Os cônjuges devem exercer conjuntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo um cercear o exercício do direito do outro”. (DINIZ, 2014, p. 35). Com os ensinamentos da autora citada, percebe-se que a igualdade entre cônjuges, homem e mulher passaram a ter os mesmos direitos e deveres frente à família.

Para Carlos Roberto Gonçalves “[...] a regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação”. Para ele, “O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais estão diretamente vinculados às funções da mulher na família e referendam a evolução moderna[...]”. (GONÇALVES, 2009, p. 07). Percebe-se, assim, que existe uma evidência clara das transformações sociais. Para Rolf Madaleno, o princípio de igualdade da filiação indica que

Os filhos brasileiros eram discriminados por sua origem, entre filhos legítimos, quando oriundos do casamento, única entidade familiar então reconhecida, e filhos ilegítimos, subdivididos entre os naturais, nascidos sem que os pais fossem casados, adulterinos, quando havidos em relação paralela ao casamento, ou incestuosos, quanto concebidos entre parentes impedidos de se casarem. (MADALENO, 2011, p. 96).

Nas palavras de Maria Helena Diniz “[...] o referido princípio não admite distinção entre os filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão[...]”. E ainda, “[...] permite o reconhecimento a qualquer tempo de filhos havidos fora do casamento, proíbe que conste no assento

do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima e veda designações discriminatórias relativas à filiação”. (DINIZ, 2014, p. 37).

Nesse sentido, segundo Maria Helena Diniz:

[...] a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental). O Código Civil vigente, apesar de em poucos artigos contemplar a união estável, outorgando-lhe alguns efeitos jurídicos, não contém qualquer norma disciplinadora da família monoparental, composta por um dos genitores e a prole, aproximadamente 26% de brasileiros vivem nessa modalidade de entidade familiar. (DINIZ, 2014, p. 37).

Nas palavras de Rolf Madaleno, “a solidariedade é o princípio e oxigênio de todas relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.” (MADALENO, 2011, p. 90).

Entretanto, nas palavras do autor acima citado, na sociedade, o cônjuge “[...] é solidário e prestativo ao respeitar os direitos de personalidade do seu companheiro, estimulando e incentivando suas atividades sociais, culturais e profissionais que compõem, afinal de contas, a personalidade de cada um dos integrantes do par afetivo.” (MADALENO, 2011, p. 90).

Nessa seara, reconhecida como entidade familiar, há de se ressaltar a importância dos aspectos sucessórios, que busca regulamentar a transmissão do patrimônio de uma pessoa morta aos seus herdeiros, na espécie, quando se tratar de membro de união estável. O Código Civil vigente modificou a ordem de vocação hereditária, para conferir ao cônjuge mais direito sucessório.

O autor Silvio de Salvo Venosa refere-se ao sucessor provisório da seguinte forma:

Já é tratado como herdeiro, ainda que em situação precária e transitória. Trata-se, porém, de um herdeiro presuntivo, pois não ingressa definitivamente na titularidade do patrimônio do ausente. Como possuidor, cabem-lhe legalmente os frutos e rendimentos dos bens, se o sucessor for o cônjuge, descendente ou ascendente. Se a sucessão for deferida a outros herdeiros, terão apenas direito à metade das rendas; a outra metade será poupada para o ausente, na hipótese de seu retorno. Esses rendimentos deverão ser capitalizados pelos herdeiros (art. 33). (VENOSA, 2009, p. 466).

Nessa ótica, segundo o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa “nessa sucessão provisória, como vimos, uma vez provada a morte, abre-se imediatamente

a sucessão definitiva. Se reaparecer o ausente, restabelece-se sua plena capacidade, assumindo a posse, propriedade e administração dos bens.” (VENOSA, 2009, p.467).

Diante da explicação de sucessões, vale destacar que Sílvio de Salvo Venosa expressa que “[...]a fase de sucessão definitiva constitui o terceiro e último momento de toda a estrutura processual que se inicia como ausente.” (VENOSA, 2009, p.468).

Já de acordo com o autor Wilson de Oliveira “[...]a sucessão consiste na transmissão de direitos, podendo ocorrer entre pessoas vivas ou por motivo de morte.” (OLIVEIRA,2004, p.01).

E, conforme o autor supracitado argumenta que a finalidade essencial da sucessão hereditária, não é a transmissão do patrimônio do falecido, mas sim, a de assegurar a continuidade do grupo familiar da sucessão.

Segundo Arnaldo Rizzardo “[...]a ordem preferência na contemplação da herança, segundo uma hierarquia, que forma uma relação preferencial entre as pessoas com possibilidade de suceder.” (RIZZARDO,2007, p.172).

O autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama faz uma clássica distinção “[...] sucessão *causa mortis* a título universal – a relativa às pessoas que recolhem a totalidade ou parte ideal do patrimônio deixado pelo autor da sucessão”. Portanto, esse autor nos remete que “[...] sucessão *causa mortis* a título singular – é destinada à pessoa que recebe bens determinados ou uma quota concreta de bens” (GAMA, 2007, p. 07).

Em sua obra Direito das Sucessões, Arnaldo Rizzardo, nos revela que, “[...]em toda sucessão *mortis causa* há o momento inicial, que é a abertura da sucessão, a qual se dá com a morte”. Para esse autor, “O passo seguinte é a transmissão, que se efetiva nas pessoas legitimadas a herdar, ou aquelas que têm vocação hereditária. Mas, dependente nesta fase da aceitação da herança, pois é admissível a renúncia ou recusa” (RIZZARDO, 2007, p. 6).

Porém, utilizando-se das palavras de Arnaldo Rizzardo, “[...]as pessoas sucedem por força da lei ou de testamento. Isto é, em razão de se colocarem em determinada ordem numa escala de parentesco, ou por serem contempladas em ato de última vontade”. (RIZZARDO, 2007, p. 17). Neste mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo diz que “sucessão legítima, ou *ab intestato*, é aquela decorrente da lei, regulada pelo Código Civil, e em que não há testamento.” (RIZZARDO, 2007, p. 7).

Seguindo este mesmo raciocínio, Inocêncio Galvão Telles dizia: “Sucessão legítima é a deferida por lei, mas em termos tais, que as pessoas por esta designadas como sucessores só o serão efetivamente se o de *cujus* nada houver disposto em sentido contrário.” (TELLES, 1963, p. 11).

Quanto à ordem de vocação hereditária na sucessão legítima se dará na forma do art. 1.829 do Código Civil².

Para Hebert Costa de Freitas “[...]percebe-se que o art. 1.829 do Código Civil, não quer mencionar o companheiro sobrevivente de união estável, havendo assim uma falta de inserção do companheiro no capítulo da ordem de vocação hereditária, quando deveria colocar-se paralelamente ao cônjuge.” (FREITAS, 2010, p. 20).

Em razão disso, Arnaldo Rizzardo relata que:

A vocação hereditária, que envolve a capacidade para suceder, ou decorre de lei, a qual estabelece a ordem sucessória, ou testamento, quando alguém, independentemente da classificação de herdeiro ou não, é contemplado com bens. Daí a distinção dos herdeiros legítimos ou testamentários, que se capacitam a recolher a herança, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas, nascidas ou por nascer. (RIZZARDO, 2007, p. 47).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, diz que tal ordem respeita ao princípio “[...] de que os membros da classe mais próxima excluem os da mais remota, observando-se, entretanto, que dentro da mesma classe, os membros de geração mais próxima ao de *cujus* excluem os mais remotos [...]” (CARVALHO, 2014, p. 313).

Para Hebert Costa de Freitas percebe-se que o art. 1.829 do Código Civil, “[...]não quer mencionar o companheiro sobrevivente de união estável, havendo assim uma falta de inserção do companheiro no capítulo da ordem de vocação hereditária, quando deveria colocar-se paralelamente ao cônjuge.” (FREITAS, 2010, p. 20).

²Art. 1.829 – A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I – Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado com o falecido no regime da comunhão universal ou no de separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime de 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.

Nesse sentido, para o autor Arnold Wald, “[...]os princípios básicos dominantes no direito pátrio, são os da *liberdade de testar, respeitada a legítima, e tendo mero caráter supletivo a ordem de vocação sucessória estabelecida pela lei*, que só se aplica no caso de não haver testamento. De todo modo, houve movimento contrário com o Código Civil de 2001, porquanto, deu-se maior proteção à família em detrimento da autonomia da vontade do testador.” (WALD, 2009, p. 20).

Ainda, de acordo com o mesmo autor, são três as espécies de herança:

- 1) *A herança testamentária*, baseada na vontade do testador;
- 2) *A herança legítima*, baseada nas disposições legais de caráter supletivo aplicáveis na falta de declaração de vontade do testador ou no caso de nulidade, anulação ou caducidade do testamento;
- 3) *A herança necessária*, obedecendo a um princípio de ordem pública, que se impõe mesmo quando contraria as determinações testamentárias. (WALD, 2009, p. 20).

Para tanto, Herbet Costa de Freitas, esclarece que “[...] a disposição dos bens por testamento consiste numa clara manifestação do direito de propriedade, uma vez que, a lei permite ao titular dos bens que contribuirão a herança serem dispostos, em amplitude maior ou menor, segundo a sua vontade, após seu falecimento [...]”, e ainda, “[...] sendo-lhe lícito dispor de parte desse seu patrimônio ou da sua totalidade, na falta de herdeiros necessários, ou instituir herdeiros ou mesmo distribuir os bens em legados.”(FREITAS, 2010, p. 21).

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo, sucessão testamentária, “[...]um ato unilateral de vontade, dispondo especialmente quanto aos bens em favor de terceiro, para valer após a morte daquele que dispõe com a possibilidade de revogação.” (RIZZARDO, 2007, p. 228).

De acordo com Rizzardo:

Sucessão testamentária, ou ex-testamento, cujo significado exsurge da própria designação, ou a sucessão que se processa de acordo com a vontade do titular do patrimônio. Possui ele liberdade de dispor quanto à partilha dos bens que ficarão após sua morte. Assim, havendo herdeiros necessários, nesta classe considerados os descendentes e ascendentes necessários, unicamente metade dos bens disponíveis pode ser distribuída em testamento. (RIZZARDO, 2005, p. 08).

Para Caio Mário da Silva Pereira, “O novo Código Civil, alterou significativamente a posição do cônjuge na ordem da vocação hereditária. Mas, as

regras que agora conferem com descendentes ou ascendentes do *de cujus*.” (PEREIRA, 2015, p. 118).

Nas palavras de Arnold Wald, “[...]o direito moderno adotou uma posição conciliadora, tentando atender, ao mesmo tempo, aos interesses superiores da família e à liberdade do testador [...]” e, cabe reforçar que “[...] reconhecendo a faculdade de testar desde que não prejudicassem os direitos de certos parentes próximos a uma fração dos bens deixados.” (WALD, 2009, p. 17).

Nas palavras de Flaviany Hortência Pontes Arruda,

[...] a concubina por sua vez, não possui direito sucessório regulado em Lei, portanto, não há que se falar em direitos à herança, mas apenas a jurisprudência vem posicionando nesse sentido, sendo observados de antemão a boa-fé por parte dela, o esforço comum quando houver e ainda a durabilidade do relacionamento, para que seja entendido como sociedade de fato e assim possa ser feita a divisão do patrimônio construído de acordo com o percentual do esforço de cada um. (ARRUDA, 2016, p. 36).

Assim, foi abordado o primeiro capítulo as definições de União Estável, e de Concubinato, bem como o conceito de casamento, análise dos direitos, os seus aspectos históricos, conceituais e de natureza jurídica, os seus elementos importantes para que se possa compreender a pesquisa. Posteriormente, o nosso segundo capítulo seguirá com os direitos sucessórios da concubina de boa-fé, com isso, dando o embasamento necessário para a solução do problema proposto.

2 CONCUBINATO: CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO, CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E O DIREITO SUCESSÓRIO APLICÁVEL AO CONCUBINO(A) DE BOA-FÉ.

Inicialmente, no presente capítulo, cabe destacar a importância de se estabelecer que o concubinato não seja apenas os casos extraconjugais, mantidos ao mesmo tempo que o casamento, é além disso, pode-se entender como concubinato a relação entre companheiros diferente do casamento e da união estável. Sendo assim, no caso da convivência de dois solteiros durante longo período como companheiros, pode ser considerado concubinato, ou entre viúvo, separado, não é necessariamente ligado ao adultério.

Desta forma, se faz necessária a real caracterização do concubinato e suas consequências jurídicas, a fim de acompanhar a evolução das famílias modernas que não são mais apenas formadas pelo casamento e união estável, e sim, pelas diversas formas de relacionamento.

Também será feita análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, analisando julgados de julho de 2014 a agosto de 2017, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o julgado utilizado é de novembro de 2008, e o recurso extraordinário do Supremo Tribunal Federal, de maio de 2017, para observar a aplicação da lei sucessória em relação à concubina(o)de boa-fé. Cabe destacar que, em diversas circunstâncias, na prática, este concubinato acaba caracterizando verdadeiramente uma união estável para fins sucessórios, devido ao fato da concubina ignorar a existência de outra relação marital do autor da herança.

2.1 CARACTERIZAÇÃO DO CONCUBINATO E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.

Neste capítulo serão estudados os direitos sucessórios da concubina de boa-fé e suas consequências jurídicas. Precisa-se delimitar a compreensão do termo concubinato para termos a caracterização do concubinato adultério como entidade familiar.

No entendimento de Maria Berenice Dias “O vocábulo concubinato carrega consigo o estigma do preconceito. Historicamente, sempre traduziu relação escusa e pecaminosa, quase uma depreciação moral”. (DIAS, 2015, p. 243). Também é importante a distinção demonstrada pelo professor Arnaldo Wad, “[...]entre a

companheira, ou seja, quando não há impedimentos para casar, e a concubina, que é a mulher com quem o homem adúltero possui encontros fora do lar.” (WALD, 2009, p. 189). Nesse sentido, para Rolf Madaleno,

[...] a palavra concubinato no passado era utilizada como sinônimo de união estável; contudo, desde o advento do artigo 1.727 do Código Civil, apenas identifica uma relação adúlterina, e que refoge ao modelo de união estável, o qual só admite envolvimento afetivo quando for apto a gerar efeitos jurídicos, podendo a pessoa ser casada, mas devendo estar separada de fato ou divorciada. (MADALENO, 2011, p. 1082).

Nas palavras de Silvio Rodrigues, “[...] não há dúvida de que a evolução da família construída fora do casamento foi um dos aspectos marcantes do direito brasileiro, na segunda metade do século XX. Desta forma, por consequência de tal evolução é notável a grande influência e necessidade de mudanças ocorridas no direito sucessório brasileiro.” (RODRIGUES, 2007, p. 116).

Rolf Madaleno menciona que “[...] o Código Civil de 1916 sequer menciona seus dispositivos do concubinato puro, apenas regulamentando preceitos pertinentes ao concubinato adúlterino, para evitar a contemplação da amante por pessoa casada.” (MADALENO, 2009, p. 139).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “[...] por muito tempo, a União de um homem e uma mulher por período de longa duração, sem ter firmado o contrato de casamento foi chamado de concubinato.” (GONÇALVES, 2015, p. 368).

Pode-se entender por casamento, segundo Luiz Sergio do Carmo, “[...] o matrimônio como a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos.” (CARMO, 2003, p. 16).

Para Silvio de Salvo Venosa, entende que “[...] não há, por consequência, uniforme nas “legislações e doutrinas” que possam ajustar esse conceito de casamento.” (VENOSA, 2015, p. 26-27).

Observa-se o que a autora Maria Helena Diniz refere sobre a questão da ligação concubinária impura (concubina-amante):

Fácil é detonar que a ligação concubinária impura não estabelece qualquer direito hereditário entre os concubinos. Dessa forma, a morte de um deles não acarreta para o outro nenhum direito à herança, embora nossos tribunais não deixem de ser sensíveis a determinadas situações, admitindo, pela morte do amante, a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, a título de liquidação de uma sociedade de fato, mas na dependência de ser

devidamente provada a existência da conjunção de trabalho e economias para a constituição de um patrimônio comum, não bastando para presumi-la a mera convivência, ainda que prolongada. (DINIZ, 2008, p. 140).

Nesse sentido, Maria Helena Diniz adverte que, “[...] ter-se-á concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar”. (DINIZ, 2014, p. 435). Para a mesma autora, “No concubinato há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (CC, art. 1.727), visto não poder ser convertido em casamento.” (DINIZ, 2014, p. 435).

Em relação ao concubinato puro e impuro, de acordo com Maria Helena Diniz, temos dois ditames:

[...] o concubinato pode ser: puro ou impuro. Será puro se apresentar como uma união duradora, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim, vivem em concubinato puro: solteiros, viúvos, separados judicialmente e divorciados (RT, 409:352). Ter-se-á concubinato impuro se um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos de se casar. Apresenta-se como: a) adúltero (RT, 38:201; RT, 458:224), se fundar no estado de cônjuge de um ou ambos os concubinos, por exemplo, se o homem casado mantém, ao lado da família legítima, ou ilegítima, e b) incestuoso, se houver parentesco próximo entre os amantes. (DINIZ, 2005, p. 257).

Para Álvaro Villaça Azevedo, “[...]a convivência duradoura ou coabitação, que é essencial no casamento e no concubinato, mostra-se por estado possessório, em que os conviventes, casados ou não, vivem juntos, respeitando-se como marido e mulher ou como companheiros.” (AZEVEDO, 2002, p.255).

Portanto, de acordo com a doutrina atual de Carlos Roberto Gonçalves:

A expressão concubinato é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade, também conhecido como adúltero. Configura-se, segundo o novo código civil, quando ocorrem relações não eventuais entre homem e a mulher, impedidos de casar. (GONÇALVES, 2013, p. 609).

Para Maria Berenice Dias no tocante ao concubinato, “[...] os termos mais usados nos textos legais para identificar os sujeitos de uma união estável são: **companheiro** (L 8.971/94) e **convivente** (L 9.278/96). O Código Civil prefere o vocábulo **companheiro**, mas usa também **convivente**. Do latim, *cum cubo* significa encontrar-se dentro de um cubículo, enquanto *cum pane*, que dá origem a palavra

companheiro, significa comer o mesmo pão. O vocábulo **concubinato** carrega consigo o estigma do preconceito. Historicamente, sempre traduziu relações escusas pecaminosa, quase uma depreciação moral. No Código Civil (1727) é utilizado como a preocupação de diferenciar concubinato da união estável. Mas, a referência não é feliz. Certamente, a intenção era estabelecer uma distinção entre união estável e **família paralela**. (chamada doutrinamente de **concubinato adúltero**) [...]. Para a mesma autora, “A norma restou incoerência e contraditória[...].” (DIAS, 2015, p. 243) [grifo da autora].

No entanto, Maria Berenice Dias afirma

[...] que as relações paralelas não constituem união estável. [...] a pretensão é deixar as uniões “espúrias” fora de qualquer reconhecimento e alijadas de direitos. Não há sequer remissão ao direito das obrigações, para que seja feita analogia com a sociedade de fato. Nitidamente **punitiva** a postura da lei, pois condena a invisibilidade e nega proteção jurídica a que desaprova, sem atentar que tal exclusão pode gerar severas injustiças, dando margem ao enriquecimento ilícito de um dos parceiros, certamente do homem. (DIAS, 2015, p. 243-244).

Desse modo, inúmeros autores enfrentam o tema de maneira direta, embora negando o reconhecimento do concubinato adúltero como entidade familiar, como família no mais estrito sentido. Rodrigo da Cunha Pereira assevera o seguinte:

[...] o Direito não protege o concubinato adúltero. A amante, amásia, ou qualquer nomeação que se dê à pessoa que, paralelamente e ao vínculo de casamento, mantém outra relação, uma segunda ou terceira ... ela será sempre a outra, ou o outro, que não tem lugar em uma sociedade monogâmica. Alguns autores preferem nomear essas relações como “concubinato impuro”, em oposição a “concubinato puro”, ou “honesto” [...] ou aqueles em que não há impedimento legal para o estabelecimento da relação. É um paradoxo para o Direito proteger as duas situações concomitantemente. Isto vai contra a lógica do nosso ordenamento jurídico. (PEREIRA, 2012, p. 93).

Para um melhor entendimento, Rodrigo da Cunha Pereira cita “[...]o Código Civil de 2002 eliminou a palavra fidelidade, substituindo-a por lealdade”. Segundo o autor, “Entendemos que fidelidade é uma espécie do gênero lealdade. Impõe-se como dever dos companheiros em atendimento ao princípio jurídico da monogamia que, por sua vez, funciona como um ponto chave das conexões morais.” (PEREIRA, 2012, p.52). Por sua vez, o mesmo autor destaca:

A razão de se adotar lealdade, em vez de fidelidade, é o intuito do legislador de acatar uma postura mais ampla e mais aberta, pois não se restringe à questão sexual, mas abrange a exigência de honestidade mútua dos companheiros. (PEREIRA, 2012, p. 52).

Na doutrina de Maria Berenice Dias “[...]o Código Civil, no intuito de proteger a família constituída pelos laços matrimoniais, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais”. Para a autora, no tocante à proteção das famílias, o código “[...] foi além. Restou por puni-las. Vedou doações e a instituição de seguro em favor da concubina, que também não podia ser beneficiada por testamento. Até 1997 não existia o divórcio, portanto, a única forma, na época, de separação era o desquite, que não dissolvia a sociedade conjugal e impedia novo casamento.” [...]As uniões, surgidas sem o selo do matrimônio eram identificadas com o nome de **concubinato**” (DIAS, 2015, p. 238).

Porém, Carlos Roberto Gonçalves, esclarece que “[...] já entendia o legislador que o conceito de concubinato pressupunha a fidelidade da mulher ao seu companheiro.” (GONÇALVES, 2015, p. 256). Verifica-se, que para Rolf Madaleno

[...] há apenas uma distinção terminológica para o propósito monogâmico das relações afetivas no mundo do ocidente, porquanto a expressão fidelidade é utilizada para identificar os deveres do casamento e, lealdade tem sido a palavra empregada para as relações de união estável, embora seja incontroverso o seu sentido único de ressaltar um comportamento moral e fático dos indivíduos casados ou conviventes, que têm o dever de preservar a exclusividade das suas relações como casal. (MADALENO, 2011, p.94).

Segundo a doutrina de Arnaldo Rizzardo, “[...] se está protegida a união estável de pessoas separadas de fato, vindo a ser um instituto jurídico, não era possível considerá-la no sentido de concubinato, porque um dos conviventes se encontra casado.” (RIZZARDO, 2007, p. 265). Para Arnaldo Wald, “[...] antigamente o chamado concubinato adúltero, pelo qual se entendia que, pelo menos um dos concubinos mantinha, ao lado dessa união, um casamento, não produzia qualquer espécie de efeito perante o ordenamento jurídico brasileiro, a não ser no de separação de fato do casal.” (WALD, 2009, p. 108).

Nessa ótica, Carlos Roberto Gonçalves considera “[...]uma das características da união estável é a ausência de formalismo para sua constituição”. Na mesma linha, complementa o autor, “Enquanto o casamento é procedido de um processo de habitação, com publicação dos proclames e de inúmeras outras

formalidades, a união estável, ao contrário, independentemente de qualquer solenidade, bastando o fato de a vida em comum. (GONÇALVES, 2009, p.555).

E, de acordo com esse mesmo autor, a união de fato se instaura “[...] a partir do instante em que resolvem seus integrantes iniciar a convivência, como se fossem casados, renovando dia a dia tal conduta, e recheando-a de afinidade e afeição, com visitas à manutenção de intensidade”. (GONÇALVES, 2009, p. 555).

Neste sentido, Zeno Veloso trata da união estável patutiva:

[...] a união estável é uma convivência qualificada, “*more uxório*”, de caráter notório dotada de estabilidade, permanência, com um substrato moral relevante e o ânimo de permanecer juntos, de constituir família. [...] Mas, pode acontecer de um dos parceiros estar de boa-fé, convicto que integra uma entidade familiar, com todos os requisitos que a lei estipula, sem saber que o outro mantém diversa união ou, até, outras uniões. (VELOSO, 1997, p. 76).

Como acentua Zeno Veloso, embora o art. 1.723 do Código Civil não se refira expressamente à coabitação ou vida em comum sob o mesmo teto, tal elemento constitui uma das mais marcantes características da união estável, até por que “[...]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”. (GONÇALVES apud VELOSO, 2009, p. 557).

Como tais argumentos, Carlos Roberto Gonçalves, vários julgados têm afastado a aplicação da aludida súmula 382 do Supremo Tribunal Federal à união estável, afirmando-se que “[...]não há como reconhecer o relacionamento afetivo, mesmo que de longa data, como união estável, se as partes não viviam sob o mesmo teto. A moradia comum é configuração típica de uma vida de casados, a que almeja a união estável.” (GONÇALVES, 2009, p. 557-558). Nesse mesmo sentido, reforça Carlos Roberto Gonçalves que

[...] Exige-se o art. 1,723 do Código Civil, para que se configure união estável, que a convivência, além de contínua e duradoura, seja “pública”. Não pode, assim, a união permanecer em sigilo, em segredo, desconhecida do meio social. Requer-se, por isso, notoriedade ou publicidade no relacionamento amoroso, ou seja, que os companheiros se apresentem à coletividade como se fosse marido e mulher (*more uxório*). Relações clandestinas, desconhecidas da sociedade, não constituem união estável. (GONÇALVES, 2009, p.559).

Conforme Carlos Roberto Gonçalves [...] “a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, juntos aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se enfim, como se casados fossem”. Para o mesmo autor, importa destacar que “Diz ao povo em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros “o papel passado”. (GONÇALVES, 2009, p. 559). Nesse contexto, Rolf Madaleno afirma que,

[...] os efeitos jurídicos não é de todo descartada no concubinato, havendo divergência acerca do reconhecimento de direitos às relações concomitantes”. A referência não é feita ao estabelecimento de uma sociedade de fato, afeita ao direito das obrigações, e que durante décadas conduziu a doutrina e a jurisprudência brasileiras para o estabelecimento de direitos aos casais concubinos, assim reconhecidos até o advento da Constituição Federal, ao instituir a entidade familiar da atual união estável. (MADALENO, 2011, p. 1082).

Diante deste cenário, para Maria Berenice Dias “A união estável nasce da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação”. (DIAS, 2015, p.241).

Cumpra-se que, para Maria Berenice Dias a sua compreensão de que “[...] por mais que a união estável seja o espaço do não instituído, à medida em que é regulamentada, ganha contornos de casamento. Tudo o que está disposto sobre as uniões extramatrimoniais tem como referência a união matrimonializada. Para a mesma autora, “[...] com isso, vai deixando de ser uma união livre para se tornar em união amarrada às regras impostas pelo Estado”. (DIAS, 2015, p.242).

Segundo Álvaro Villaça Azevedo, “[...]o Código Civil não regulamentou o concubinato, não o proibiu, mas a ele se refere, sempre, procurando defender o instituto do casamento ou reproduzindo sanções da velha legislação.” (AZEVEDO, 2002, p. 197).

Ao citar o mesmo autor, “[...] referindo-se à participação da companheira, esse art. 668 do Projeto reduz para quatro anos o prazo convivencial dos concubinos, exigindo que a companheira prove que tenha “[...]colaborado no aumento ou conservação” do patrimônio do companheiro.” (AZEVEDO, 2002, p. 206).

Neste sentido, ainda que faça uso de algumas infelizes expressões, Álvaro Villaça Azevedo assevera que

[...] o ser humano, tem de ser respeitado, por suas fraquezas; embora ilícita a relação concubinária adulterina, muitas vezes e no mais das vezes, uma companheira vê-se envolvida amorosamente, entregando-se a esse relacionamento impuro, em certos casos até de boa-fé, sem saber do estado de casado de seu companheiro. Nesse caso, ocorre um verdadeiro concubinato putativo. Ainda que ilícito o relacionamento adulterino, não se justifica, por exemplo, a esposa do companheiro se enriqueça com o trabalho e a colaboração desse esposo infiel. (AZEVEDO, 2002, p. 281).

Para Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, “[...] não existir ainda espaço no conceito de família para abrigar as sociedades de fato, por mais que apareça perante a sociedade como família, pois, do contrário estaríamos abandonando os aspectos morais, sociais e religiosos que ainda estão presentes na sociedade brasileira.” (CAVALCANTI, 2004, p. 167).

Também deve-se salientar que os aspectos religiosos foram também bastante norteadores das concepções de família ao longo da história. Desse monte de teorias, conceitos e leis surgiram no decorrer dos séculos em que a sociedade se delineava, a fim de regerem a família, bem como o casamento.

Por fim, o concubinato sempre foi tratado pelos mais antigos e, até mesmo hoje, pelas pessoas como um ato de desrespeito ao casamento do próximo. Pois é onde um homem casado tem sua concubina, assim, desrespeita sua esposa, a engana, e também engana a concubina de boa-fé.

Portanto, é importante realizar o estudo de alguns julgados a respeito dos direitos da companheira, frente ao direito sucessório, sendo assim, passa-se a análise de decisões a respeito do assunto no próximo tópico.

2.2 DISTINÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO APLICÁVEL AO CÔNJUGE, COMPANHEIRO E POSSIVELMENTE AO CONCUBINO (A) E UMA ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DO POSSÍVEL DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCUBINO (A) DE BOA-FÉ

Faz-se necessária a análise do direito sucessório em relação à (o) concubina (o), a fim de compreender o entendimento que vem sendo aplicado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, analisando-se julgados de 2008 a 2017 e também o que tem se elaborado de jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal. Desta forma é

imprescindível analisar o último entendimento do STF de maio de 2017, em relação ao companheiro em questão relacionado ao direito sucessório.

No entanto, como em outras regiões do Brasil existem decisões a respeito de concubinato (amantes), será feita análise de uma jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, análise de Jurisprudência em novembro de 2008, a fim de compará-la com a da região sul do país. Sendo assim, destacam-se algumas análises de decisões judiciais acerca do direito sucessório da concubina (o) de boa-fé.

Neste sentido, Arnaldo Wald retratava a distinção e a repercussão nos efeitos jurídicos, que já dominavam sob o império do Código revogado.

Admite-se, pois, que o concubinato possa produzir efeitos jurídicos desde que não haja impedimento para o casamento dos concubinos ou, no mínimo, desde que não se apresente como relação adulterina, ou seja, quando nenhuma das partes esteja vinculada a uma sociedade conjugal, ainda não dissolvida *de jure* ou de fato. (WALD, 1992, p. 53).

Conforme o autor Carlos Roberto Gonçalves “Em todo o Direito Privado não existe instituto que seja mais discutido. Isso porque o casamento envolve diversas históricas, políticas e sociológicas.” (GONÇALVES, 2008, p. 21).

Nas doutrinas de Direito Civil, algumas questões sobre o percentual a ser concedido à concubina em caso de partilha nos remetem que não precisa corresponder à metade dos bens, por que a previsão legal faz a menção à norma de direito de família, aplicado quando refere-se ao CASAMENTO e união estável. Já na relação concubinária a partilha deve ser proporcional à contribuição oferecida por cada concubina, seja de forma direta, conforme os recursos financeiros, ou de forma indireta, por meio de colaboração imaterial (CAVALCANTI, 2009).

Mesmo depois com os entendimentos da nossa Corte Suprema, ainda existem vários julgados de Tribunais Regionais que reconhecem a relação dúplice, simultânea ao casamento, reconhecendo o seu vínculo familiar.

Conforme Elisabeth Cavalcanti segue recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de novembro de 2008 em Apelação Cível nº 1.0017.05.016882-6/003 – da Comarca de Almenara que teve como relatora a Desembargadora Maria Elza, com a seguinte ementa:

DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva - pública, contínua e duradoura - um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina - palavra preconceituosa - mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. (ELISABETH, CAVALCANTI, 2009).

Conforme Rodrigo da Cunha Pereira “O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 382, já se posicionou sobre isto, esclarecendo que a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.” (PEREIRA, 2012, p. 51).

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ RS) a respeito de direitos sucessórios de concubina (o) podemos destacar o julgado a seguir, o qual reconheceu não só a união estável da concubina, como também concedeu indenização a ela pelo fato dos demais herdeiros do *de cujus*, negarem o seu direito à habitação, causando dor e constrangimento à recorrida que teve que se retirar do imóvel assim que residia com o companheiro falecido. Desta forma, segue acórdão de apelação cível nº 70060091949 do TJ RS, julgado pela sétima câmara cível, em julho de 2014:

APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PETIÇÃO DE HERANÇA. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. INDENIZAÇÃO.

1. Independentemente do fato de ela ter algum direito na partilha do imóvel em questão, é incontroverso que existe em favor dela o direito

real de habitação, que decorre do mero reconhecimento da união estável, pois é inequívoco que o imóvel serviu de moradia para a recorrida e o *de cuius* no período em que mantiveram a união estável, que lhe é assegurado pela Lei nº 9. 278/96.

2. A autora teve que sair do local onde residia com o falecido, sem qualquer anuência sua, gera dor, vexame e constrangimento, inserido no conceito supracitado, o que acarreta o dever de indenizar. Mantida a indenização fixada, a partir do momento que privou a autora de gozar dos seus direitos sucessórios. Recursos desprovidos. (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

O caso que originou o acórdão do TJ/RS acima mencionado, é originado de ação que julgou parcialmente procedente à ação declaratória ajuizada por LECI T. O., buscando declarar a existência da união estável havida entre a autora e o falecido Amélio, durante o período de 1991 a 28-11-07. O que impossibilitou a declaração de união da recorrida foi o fato de ter sido negado, no momento da lavratura da certidão de óbito, a existência da união estável, após sendo adjudicados os bens imóveis de EMMA, mãe do *de cuius*, e retiradas as chaves da casa em que residiam e os cartões das contas bancárias. A união restou comprovada na ação, segundo o TJ RS:

No caso, a prova produzida nos autos, como fotografias (fl. 135), certidão do PIS/PASEP/FGTS e carta de concessão de pensão por morte, constando a autora como dependente e companheira do *de cuius* (fls. 14-5), carteira da Prefeitura Municipal de Encantado, emitida em 15/02/95 (fls. 19-26), laudo de internação hospitalar, datado de 09/11/07, tendo assinado como responsável a autora (fls. 29-30 e 36-9), demonstrando que viviam como se casados fossem. Ademais, as testemunhas arroladas, Ivo Luis Rasque 9fl. 97), Altemir Baldissera (fls. 127-32), Walter Pereira da Silva (fls. 91-2), Roque Salini (fls. 95-6) confirmaram que as partes conviviam juntas até a data do óbito de Amélio. (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Independente de a recorrida ter ou não algum direito na partilha do imóvel em questão, o que é incontroverso é a existência em favor dela do direito real de habitação, sendo que este decorre do mero reconhecimento da união estável. Neste caso estudado é inequívoco que o imóvel serviu de moradia para a recorrida e o *de cuius* durante o período que mantiveram a união estável, direito este que é assegurado pela Lei nº 9. 278/96. (BRASIL, 1996)

Em seu art. 7º, a referida lei acima citada nos remete que “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”. (BRASIL,1996)

Conforme a lição do autor Yussef Said Cahali. Dano Moral,

[...] o dano moral é a privação ou diminuição daqueles bens que têm valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.).(CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, 1998, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, pp. 699/700).

E, segundo os ensinamentos do autor Sílvio de Salvo Venosa “[...] Os desenvolvimentos legislativo e jurisprudencial demonstram que, sem concorrer com o casamento, a união de fato passou a ser reconhecida como relação válida, produzindo efeitos independentemente da problemática da divisão patrimonial decorrente do esforço comum dos consortes”. (VENOSA, 2009, p. 41).

Desta maneira, o direito da recorrida está assegurado ao convivente supérstite, e, como refere o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, em diferente apelação cível nº 70006535876:

[...] o instituto do direito real de habitação está calcado nos princípios da solidariedade e da mútua assistência, ínsitos ao relacionamento estável, razão porque se a lei não faz qualquer restrição ao direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal, descabe ao intérprete excepcionar. Ou seja, mesmo que a situação econômica dos herdeiros não seja boa, ainda assim, esse direito fica assegurado ao companheiro supérstite. (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Cabe também trazer a este trabalho um julgado bastante atual e recente com relação ao novo entendimento do STF que julgou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil (CC) para fins sucessórios. Desta forma, o TJ/RS em apelação civil nº 70072200892, julgada pela sétima câmara cível, em agosto de 2017, em acórdão decide:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PETIÇÃO DE HERANÇA E DIREITO DE MEAÇÃO. COMPANHEIRA. JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS NºS 646721 E 878694 QUE, EM REPERCUSSÃO GERAL, AFASTOU A DIFERENÇA ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO PARA FINS SUCESSÓRIOS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE AOS COMPANHEIROS DO REGIME ESTABELECIDO NO ART. 1.829 DO CÓDIGO CIVIL. APELAÇÃO PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O referido acórdão merece análise, pois trouxe não só a questão de a concubina possuir direitos hereditários, como também a sua equiparação a cônjuge, para neste caso específico ser herdeira e única sucessora dos bens deixados pelo companheiro falecido, conforme regime estabelecido pelo artigo 1.829 do CC.

O caso trata-se de apelação interposta pela companheira da sentença de primeiro grau que, apreciando ação de suprimento judicial, com pedido declaratório alternativo de reconhecimento de união estável e petição de herança e meação, ajuizada contra os irmãos do falecido companheiro e que julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar havida a união estável entre a autora e o de *cujus*, que se estendeu pelo período de 21 (vinte e um) anos, compreendido entre 24/02/1992 até o falecimento do companheiro no ano de 2013.

Em suas razões recursais, a apelante sustenta buscar o reconhecimento da incidência de norma anterior ao Código Civil de 2002, que trazia o direito do companheiro à totalidade da herança. Observa que o art. 1.787 do CC/2002 traz expressamente que a sucessão será regulada pela lei vigente ao tempo da sua abertura. Ainda conforme o acórdão do TJ/RS:

Refere que seu companheiro faleceu em 24/02/2013, restando claro que a abertura da sucessão se deu sob a égide do Código Civil em vigor. Aduz que o ponto nodal da discussão diz respeito ao direito ou não de, na condição de companheira, herdar a totalidade da herança de companheiro que não deixou descendentes ou ascendentes, conferindo-lhe *status* sucessório de cônjuge. Tece considerações acerca da aplicabilidade do princípio da igualdade entre a união estável e o casamento. Saliencia que primar pela aplicação literal do inciso III do art. 1.790 da CC, além de afrontar o princípio da equidade, viola igualmente o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, o que, na hipótese dos autos, ocorreria por parte de um parente colateral de relação afetiva absolutamente distante do falecido em detrimento da companheira supérstite com que viveu desde o ano de 1993. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Postulou-se pelo provimento do apelo de modo que seja reconhecido seu direito de ser a única sucessora/herdeira dos bens deixados pelo falecido companheiro. A matéria analisada pelo TJ/RS – direito sucessório do companheiro – já restou definitivamente resolvida pela decisão proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 646.721 e 878.694, no Supremo Tribunal Federal (STF) sendo ambos com repercussão geral reconhecida, restando aprovada a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado, em ambos os

casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil”(RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Torna-se importante salientar que o TJ/ RS ao proferir o citado acórdão utilizou-se do Informativo nº 864 do STF, que noticia o julgamento do RE nº 646.721, o seguinte, de maio de 2017, excerto:

No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil. Com base nesse entendimento, o Plenário, ao apreciar o Tema 498 da repercussão geral, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário para reconhecer, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 (1) do Código Civil de 2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro, em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do referido código. (BRASIL, 2017).

Sendo que nos tribunais de origem geralmente se assentava o entendimento de que os companheiros herdavam apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, se presentes os requisitos do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Registrava-se como imprópria a equiparação da figura do companheiro a do cônjuge e afastava-se a aplicação do art. 1.829, I e II (2), do referido diploma legal. “Ainda ao interpretar o art. 226, § 3º (3), da Constituição Federal (CF), concluía-se que não eram iguais, os institutos do casamento e da união estável”. (BRASIL, 2017).

O STF ainda afirmou a previsão advinda da Constituição prevendo distintas modalidades de família, além daquela derivada do casamento. Entre essas modalidades, existe a derivada das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva. Ainda salientou que, após o advento da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996) (BRASIL, 2017).

Porém, o Código Civil diferenciava, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Desta maneira, se promovia um retrocesso e hierarquia entre as famílias, o que é vedado pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração. Segundo o SFT “O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.” (BRASIL, 2017).

Ainda, o mesmo Informativo nº 864 do STF, ao trazer o julgamento do RE 878.694, além de reafirmar o que acima foi mencionado, assinalou, *verbis*:

No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil. Com base nesse entendimento, o Plenário, ao apreciar o Tema 809 da repercussão geral, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário para reconhecer, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 (1) e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro, em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do referido código (2) (vide Informativos 837 e 859). (BRASIL, 2017).

No caso referido neste informativo a recorrente vivia em união estável, em regime de comunhão parcial de bens, pelo período de nove anos, até seu companheiro falecer, sem deixar testamento. O falecido não tinha descendentes nem ascendentes, apenas três irmãos. O tribunal de origem apreciou a causa de acordo com art. 1.790, III, do Código Civil de 2002, limitando o direito sucessório da recorrente a 1/3 dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, excluindo os bens particulares do falecido, os quais seriam recebidos integralmente pelos irmãos. Contudo, caso a recorrente fosse casada com o falecido, ela teria direito à totalidade da herança (BRASIL, 2017).

O STF afirmou que a Constituição aprecia diferentes formas de família, além das resultantes do casamento. Dessa maneira, incluem-se as famílias formadas mediante união estável. Assim, não é legítimo desequiparar, para fins de sucessão, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada por casamento e a constituída por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares mostrou-se incompatível com a Constituição (BRASIL, 2017).

O acórdão acima estudado trouxe o seu embasamento em julgados do STF, em relação à inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, passando então a não existir mais distinção entre companheira e cônjuge para fins de sucessão. Sendo assim, o presente trabalho trouxe julgado do STF para análise:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO
Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAfetiva. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME

SUCCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hétero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2017).

Com a intenção de preservar a segurança jurídica, esse entendimento firmado será aplicável apenas aos inventários judiciais em que ainda não tenham transitado em julgado da sentença de partilha e também às partilhas extrajudiciais que ainda tenham escritura pública.

O provimento do recurso extraordinário se deu em face da afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (BRASIL,2002). Sendo assim, segue o acórdão do STF:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em, apreciando o Tema 498 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, que redigirá o acórdão, dar provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Ricardo Lewandowski. Em seguida, acordam, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), em fixar a tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. (BRASIL, 2017).

O recurso extraordinário foi interposto contra acórdão mediante o qual a Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul desproveu

agravo de instrumento protocolado pelo recorrente em face de decisão de partilha proferida em ação de inventário (BRASIL, 2017).

No caso apresentado, o TJ/RS fundamentou sua decisão referindo que herdam os companheiros apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, desde que presentes requisitos, aludindo ao artigo 1.790 do Código Civil. Registrou ser imprópria a equiparação entre o companheiro e o cônjuge, e sendo assim, afastou-se a aplicação do artigo 1.829, incisos I e II, do citado diploma legal. Assentou ainda que a Constituição Federal não igualou, para todos os fins, os institutos do casamento e da união estável, referindo-se ao artigo 226, § 3º, nela contido (BRASIL, 2017).

Desta forma, o artigo 1.790 do CC, acabou sendo julgado inconstitucional pelo STF, segue o diploma legal:

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. (BRASIL, 2002).

Analisando esse artigo julgado inconstitucional pelo STF, percebemos claramente que havia grande diferença do artigo que faz referência ao direito garantido ao cônjuge na herança, sendo que o companheiro só teria direito total a herança se não existisse outro parente sucessível, caso contrário, concorreria com esses. Sendo que o direito do cônjuge é ser o terceiro na linha sucessória, conforme artigo 1.829 CC, segue o referido diploma legal:

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 de bens, 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. (BRASIL, 2002).

Entretanto, em decisão recente e bastante polêmica o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – RJ, uma viúva foi condenada a dividir parte da herança do marido, inclusive, um prêmio de loteria, com a amante dele. A amante alegou não ter conhecimento de que o homem era casado. A decisão foi proferida pela 10ª Câmara Cível do Tribunal do TJ-RJ, confirmando o entendimento da sentença da 2ª Vara de Direito de Família de Niterói (GAZZETA DO POVO, 2017).

Desta forma, observa-se a clara evolução do direito referente a sucessões com relação às diversas constituições familiares. No tocante ao companheiro, percebe-se que houve uma evolução, pois, a sucessão era diferenciada entre cônjuge e do companheiro, de maneira hierárquica, sendo que para o cônjuge os direitos referentes à herança eram maiores, inclusive, sendo a terceira na ordem sucessória.

Atualmente, existe equiparação entre companheiros e cônjuges, ambas possibilitando a adequação do entendimento jurídico com a realidade das famílias atuais que, muitas vezes não casam, ou constituem união estável, porém, ainda assim não deixam de ser relações duradouras e entidades familiares.

E quanto aos concubinos, percebe-se que os tribunais de justiça do Brasil têm firmado entendimento favorável à concubina de boa-fé quanto a direitos sucessórios, desde que comprovado o desconhecimento de relações múltiplas, ou paralelas, ou em relação a um novo relacionamento com concubina posterior a separação, e que não houve formalização dessa. Verifica-se nos casos abordados a evolução do direito para acompanhar as novas formas de relacionamentos.

CONCLUSÃO

Ao realizar este estudo sobre um tema atual e contemporâneo do direito de família, sucessões, ou seja, o concubinato e suas consequências jurídicas e o possível direito à herança concedido ao(a) concubino(a) diante do princípio da boa-fé, percebe-se o quanto é importante a análise desses assuntos polêmicos pois, muitas vezes esses, estão presentes no cotidiano da sociedade em geral e não são colocados em discussão pelo Direito. Indicar as principais discussões presentes no desenvolvimento dos capítulos.

Para tanto, trabalhou-se na construção teórica no desenvolvimento dos dois capítulos, tendo-se por objeto o instituto concubinato, realizando-se um paralelo sobre esse tipo de relacionamento, desde os tempos imperiais até a atualidade e observando-se as mudanças e evoluções nesse tipo de entidade familiar, como é definida na atualidade.

Desta forma, cabe destacar que, desde os tempos antigos o casamento era reconhecido como a relação familiar de maior importância, sobressaindo-se sobre os outros tipos de relacionamentos. Destaca-se no estudo que, no direito romano a família possuía uma organização relacionada ao princípio da autoridade, sendo assim, a mulher era submetida à subordinação ao seu marido, que era autoridade na família, podendo até mesmo ser repudiada por ato unilateral do seu marido.

Analisaram-se também fatos históricos sobre relações familiares, observando-se que durante a idade média as relações familiares eram regidas, exclusivamente, pelo direito canônico, logo, o casamento religioso era o único reconhecido. Observou-se então que a família brasileira sofreu influências deste modelo de família romana, assim como da família canônica e da família germânica. Essas influências no direito de família podem ter sido uma consequência da colonização lusa.

Nessa ótica, com o passar dos séculos, as famílias foram modificando seus conceitos de relacionamento e assim influenciando o Direito de Família que também evoluiu para um estágio onde as relações familiares não buscam mais uma

sociedade, ou um *status*, e sim, tornaram-se entidades que passaram a ter outros objetivos. Elas se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, essa é a nova realidade dos relacionamentos modernos. Tratou-se de afastar o conceito de que o único relacionamento que possuía direitos era o casamento, deste modo, passou-se a emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais.

Isto posto, o regramento jurídico da família não poderia insistir em continuar aplicando normas que diferenciavam as formas de família e, até mesmo, as colocavam em patamares de superioridade e inferioridade, assim iniciou-se a modernização do nosso ordenamento jurídico.

Assim, a(o) concubina(o), desde a antiguidade era vista como figura derivada da infidelidade, do adultério, e não como entidade familiar. Não existe norma específica no direito brasileiro sobre o concubinato, porém, atualmente existem várias decisões judiciais de diversos tribunais e até entendimentos das nossas cortes superiores sobre o assunto.

Como o foco do presente estudo foi relacionado ao direito possível sucessório do(a) concubino(a) de boa-fé, mais especificamente em relação ao direito ao quinhão hereditário que venha a requerer por legítima, conclui-se que uma evolução quanto aos direitos e garantias a esse tipo de relacionamento, principalmente frente ao princípio da boa-fé. Pode-se destacar, corroborando essa análise, o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, conferindo então, os mesmos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro.

Para tanto, a pesquisa leva em consideração alguns julgados de Tribunais Superiores, que conferem direito à herança ao (à) concubino(a) de boa-fé, mesmo que sem união estável constituída, desde que comprovada a formação de entidade familiar. A maioria da fundamentação dos julgados analisados nessa monografia remete à formação de uma família formada e estruturada pela convivência com afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, sem a necessidade de casamento ou união estável, o que se aplicaria, perfeitamente ao concubinato de boa-fé.

Foram trazidos à discussão decisões recentes, inclusive de 2017, a respeito do reconhecimento de direito hereditário da concubina de boa-fé, que desconhecia o casamento do companheiro falecido, com quem construiu um relacionamento

duradouro, situação esta que foi suficiente para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro conferir-lhe metade da herança deixada pelo companheiro.

Conclui-se, finalmente, que com a evolução da família brasileira, houve também uma evolução nos direitos sucessórios, conferindo direitos às famílias modernas unidas por laços de afeto, sendo possível concluir que a(o) concubina(o) de boa-fé possa ter os mesmos direitos hereditários conferidos ao cônjuge ou companheiro, diante da análise de cada caso concreto, forma específica.

A presente investigação traz importante avanço para a sociedade, que está em constante evolução e o direito que não pode ficar parado no tempo, deve acompanhá-las. A renovação saudável dos vínculos familiares, com relacionamentos estruturados com amor, respeito, companheirismo, merecem ser acompanhadas de direitos e, assim também deve ser o direito sucessório.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Flavianny Hortência Pontes. **O direito da Concubina sobre a Herança do Cônjuge**. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj056565.pdf>. Acesso em 04 de out. 2017.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: ATLAS, 2014.

CARMO, Luiz Sergio do. **Do Concubinato à União Estável – Sob a Luz do Novo Código Civil-Doutrina-Legial**. Leme-SP: Edijur, 2003.

COSTA, Marli Marlene Moraes da (org.) **Direito, Cidadania e Políticas Públicas V/ Marli Marlene da Costa, Janaína Machado Sturza, Sabrina Cassol (orgs.) – Curitiba:Multideia.2010.**

COSTA, Marli Marlene da (org.) **Direito & Políticas Públicas VII/ Marli Marlene Moraes da Costa/ Hugo Thamir Rodrigues (org.) –Curitiba:2012.**

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Maria Berenice. **União Homo afetiva: O preconceito e a justiça**. 5° ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2011.

_____. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2009.

_____. Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo – Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso deDireito Civil Brasileiro**. Vol. 5, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ELIZABETH Ana. WANDERLEY Lapa. **O conceito de União Estável e Concubinatos nos os Tribunais Nacionais**.

Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5910 Acesso em 30.nov.2015.

GODOY, Mario. **O Concubinato e o direito de compartilhamento dos bens**. Disponível em https://www.euvoupassar.com.br/?go=artigos&a=nNi_59x2ZE2vLMLT2vOHXaH83pFRKg5loEXR40eUjmQ~ Acesso em. 29.nov.2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 6º ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Carlos Roberto. **Direito de Família**. 12. ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREITAS, Herbert Costa de. **O Direito Sucessório na União Estável**: Reflexões ao art. 1790 do Código Civil Brasileiro Face à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Universidade estadual de Montes Claros. Curso de Direito. 2010. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj029460.pdf>. Acessado em 26 de Set. 2017.

GAZETA DO POVO, **Amante tem direito à herança? Justiça diz que sim**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/justica/amante-tem-direito-a-heranca-justica-diz-que-sim-3n5yevuk4j14t9f1kr93ydz6f>. Acesso em 19 Out. 2017.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELO, Edson Teixeira de. **Princípios constitucionais do Direito de Família**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9093>>. Acesso em: 6 set. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume VI. Direito das Sucessões. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 22º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <[tps://www.euvoupassar.com.br/?go=artigos&a=nNi_59x2ZE2vLMLT2vOHXaH83pFRKg5loEXR40eUjmQ~>](https://www.euvoupassar.com.br/?go=artigos&a=nNi_59x2ZE2vLMLT2vOHXaH83pFRKg5loEXR40eUjmQ~>) Acesso em. 29.nov.2015.

<[Http://jus.com.br/artigos/25867/os-institutos-do-casamento-da-uniao-estavel-e-do-concubinato](http://jus.com.br/artigos/25867/os-institutos-do-casamento-da-uniao-estavel-e-do-concubinato)> Acesso em 14 dez 20015.

_____. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 9º. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. Vol. 7 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito das Sucessões**. Vol. 7 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Arnaldo. **Direito das Sucessões**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STF, **Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>. Acesso em 19 de Out. 2017.

TELLES, Inocêncio Galvão, citado por Arnaldo Rizzardo. **Direito das Sucessões.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 7

TELLES, Inocêncio Galvão. **Apontamentos para a História do Direito das Sucessões.** 1963.

TJRS, **Consulta de Jurisprudencia.** Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=COMPANHEIRA+HERAN%C3%87A&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris, Acesso em 19 Out. 2017

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família.** 5º ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985; **Direito das Sucessões,** 9º ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Arnaldo. **Direito Civil:** Direito das Sucessões. Vol. 6 – 14. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009