

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

DAIANA LUISA JUCHEM

**SUCCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO(A) EM
CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES NO CASO DE FILIAÇÃO HÍBRIDA À
LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ENTRE OS FILHOS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2017

DAIANA LUISA JUCHEM

**SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO(A) EM
CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES NO CASO DE FILIAÇÃO HÍBRIDA À
LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ENTRE OS FILHOS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

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

Orientadora: Prof.^a M.^a Bianca de Melo Hartfil

Santa Rosa
2017

DAIANA LUISA JUCHEM

**SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO(A) EM
CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES NO CASO DE FILIAÇÃO HÍBRIDA À
LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ENTRE OS FILHOS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

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

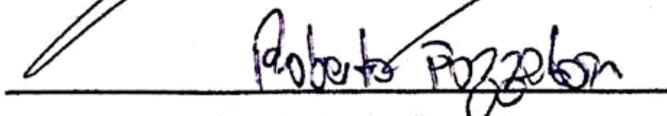
Banca Examinadora



Prof.^a Ms. Bianca de Melo Hartfil – Orientadora



Prof. Ms. Marcos Costa Salomão



Prof. Ms. Roberto Pozzebon

Santa Rosa, 17 de novembro de 2017

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser meu guia e protetor nos momentos em que mais precisei. Aos meus pais, Teresinha e Luiz e ao meu namorado Augusto, que sempre se fizeram presentes, me motivando e dando forças para seguir em frente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha orientadora, professora Bianca, por todo empenho, carinho e tempo dedicado à elaboração desta pesquisa. Aos meus pais e namorado, por todo apoio e incentivo ao longo desta trajetória. Aos meus amigos, pelo carinho e compreensão nos momentos em que não pude estar presente. E por fim, aos demais mestres que ao longo desses anos foram fundamentais para meu desenvolvimento pessoal e intelectual.

"Não basta ensinar ao homem uma especialidade, porque se tornará assim uma máquina utilizável, mas não uma especialidade. É necessário que adquira um sentimento, um senso prático daquilo que vale a pena ser empreendido, daquilo que é belo, do que é moralmente correto. Deve aprender a compreender as motivações dos homens, suas quimeras e suas angústias para determinar com exatidão seu lugar a seus próximos e à comunidade."

Albert Einstein

RESUMO

O tema desta monografia consiste na análise da sucessão legítima no tocante à divisão da herança entre descendentes, nos casos de filiação híbrida, à luz do princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Tem-se como delimitação temática a divisão da legítima sucessória entre descendentes advindos de filiação híbrida, no tocante à concorrência com cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente à luz do princípio constitucional da igualdade entre os filhos. A problemática consiste na ausência de regulamentação no sistema jurídico brasileiro quanto à concorrência dos descendentes advindos de filiação híbrida com o cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, questionando-se de que forma vem sendo regulada na doutrina e na jurisprudência a divisão da herança nessas hipóteses e se essa regulamentação vem atendendo ao preceito constitucional contido no artigo 227, §6º, que rege a igualdade entre os filhos. O objetivo geral da presente pesquisa consiste em analisar, à luz dos preceitos constitucionais de igualdade entre os filhos, na doutrina e jurisprudência, as regras sucessórias aplicáveis no cálculo da herança, quando na sucessão legítima houver concorrência dos descendentes oriundos de filiação híbrida com cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente do autor da herança. A escassez de estudos acerca da concorrência entre cônjuge e filhos híbridos na sucessão legítima faz com que a presente pesquisa tenha grande relevância, tanto no meio acadêmico quanto social, instigando novas pesquisas sobre o assunto e proporcionando respostas a futuras indagações. A pesquisa é de natureza teórica, explicativa, tendo abordagem qualitativa. A geração de dados será realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental, procedimento histórico e monográfico. O método utilizado para interpretação dos dados foi o hipotético-dedutivo. Esse trabalho de conclusão de curso organiza-se em dois capítulos: o primeiro aborda o direito sucessório em geral, dividindo-se em abertura da sucessão e sucessão legítima, ordem de vocação hereditária, e a equiparação do cônjuge e companheiro(a) sobrevivente para fins sucessórios e concorrência com descendentes na sucessão legítima; o segundo capítulo trata da análise das regras aplicáveis à concorrência entre cônjuge e filhos híbridos, dividindo-se em filiação híbrida no direito sucessório, concorrência entre cônjuge e filhos híbridos na sucessão legítima: análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo e Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, no período de janeiro de 2010 a março de 2016 e a legitimidade das regras aplicáveis à divisão da herança na concorrência entre cônjuge e descendentes na filiação híbrida à luz do princípio da igualdade entre os filhos. Assim, percebe-se, a título conclusivo, que há omissão legal no tocante à regulamentação da concorrência na herança do *de cuius*, do cônjuge, bem como do companheiro(a) sobrevivente com os filhos híbridos, constatando-se, por meio da pesquisa realizada, inclusive em decisões judiciais, que o método mais adequado para sanar tal omissão, seria a divisão da herança de forma igual, entre cônjuge ou companheiro(a) e os filhos híbridos, sem distinção proveniente da filiação. A principal justificativa para este entendimento é pautada no princípio constitucional da igualdade entre os filhos, que proíbe expressamente a distinção entre quaisquer origens de filiação.

Palavras-chave: herança – concorrência - filiação híbrida

ABSTRACT

The theme of this monograph is the analysis of the legitimate succession in relation to the division of the inheritance among descendants, in the cases of hybrid filiation, following the constitutional principle of the equality between the children. It has as a thematic delimitation the division of legitimate succession among descendants derived from hybrid affiliation, in relation to competition with surviving spouse or partner following the constitutional principle of equality between children. The problem consists in the absence of regulation in the Brazilian legal system regarding the competition of the descendants coming from hybrid affiliation with the surviving spouse or partner, questioning in what way has been regulated in the doctrine and jurisprudence the division of the inheritance in those hypotheses and if these regulations are in compliance with the constitutional provision contained in Article 227, §6, which governs the equality of children. The general objective of the present research is to analyze, following the constitutional precepts of equality between children, in doctrine and jurisprudence, the succession rules applicable in the calculation of the inheritance, when in the legitimate succession there is competition of descendants coming from hybrid affiliation with spouse or surviving partner of the author of the inheritance. The scarcity of studies about competition between spouses and hybrid children in the legitimate succession makes the present study have big relevance, both in academic and social environment, instigating new research on the subject and providing answers to future questions. The research is theoretical, explanatory, having a qualitative approach. The generation of data will be done through bibliographical and documentary research, historical and monographic procedure. The method used to interpret the data was hypothetical-deductive. This course completion work is organized in two chapters: the first approaches the inheritance law in general, dividing itself into the opening of succession and legitimate succession, order of hereditary vocation, and the matching of the surviving spouse and partner succession purposes and competition with descendants in legitimate succession; the second chapter approaches the analysis of the rules applicable to competition between spouses and hybrid children, dividing them into hybrid filiation in the succession law, competition between spouses and hybrid children in the legitimate succession: jurisprudential analysis of the Court of Justice of the State of São Paulo and Court of Justice of the State of Rio de Janeiro from January 2010 to March 2016 and the legitimacy of the rules applicable to the division of inheritance in the competition between spouses and descendants in the hybrid affiliation following the principle of equality between the children. Thus, it was concluded that there is a legal omission regarding the regulation of competition in the inheritance of the deceased, the spouse, as well as the surviving partner with the

hybrid children, and, through research, even in judicial decisions, that the most appropriate method to remedy such omission would be to divide the inheritance equally between spouse or partner and the hybrid children, without distinction from membership. The main justification for this understanding is based on the constitutional principle of equality between children, which expressly prohibits the distinction between any origins of membership.

Key-Words: heritage - competition - hybrid membership

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

art. – artigo

CC – Código Civil

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

p. – página

§ - parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DA SUCESSÃO EM GERAL	14
1.1 DA ABERTURA DA SUCESSÃO, DA ADMINISTRAÇÃO DA HERANÇA, ACEITAÇÃO E RENÚNCIA.....	14
1.2 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA E DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	23
1.3 DA EQUIPARAÇÃO DO CÔNJUGE E COMPANHEIRO(A) SOBREVIVENTE PARA FINS SUCESSÓRIOS E CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES NA SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	28
2 ANÁLISE DAS REGRAS APLICÁVEIS À CONCORRÊNCIA ENTRE CÔNJUGE E FILHOS HÍBRIDOS	32
2.1 FILIAÇÃO HÍBRIDA NO DIREITO SUCESSÓRIO.....	33
2.2 CONCORRÊNCIA ENTRE CÔNJUGE E FILHOS HÍBRIDOS NA SUCESSÃO LEGÍTIMA: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO PERÍODO DE JANEIRO DE 2010 A MARÇO DE 2016	40
2.3 LEGITIMIDADE DAS REGRAS APLICÁVEIS À DIVISÃO DA HERANÇA NA CONCORRÊNCIA ENTRE, CÔNJUGE E DESCENDENTES NA FILIAÇÃO HÍBRIDA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS.....	45
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O tema desta monografia consiste na análise da sucessão legítima no tocante à divisão da herança entre descendentes nos casos de filiação híbrida, à luz do princípio constitucional de igualdade entre os filhos, tem-se como delimitação temática a abordagem, com base em doutrinas, legislação, e decisões jurisprudenciais, das regras aplicáveis na divisão da legítima sucessória entre descendentes advindos de filiação híbrida, quando da concorrência com cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente à luz do princípio constitucional de igualdade entre os filhos. A pergunta de pesquisa consiste na ausência de regulamentação no sistema jurídico brasileiro quanto à concorrência dos descendentes advindos de filiação híbrida com o cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, questionando-se de que forma vem sendo regulada na doutrina e na jurisprudência a divisão da herança nessas hipóteses e se essa regulamentação vem atendendo ao preceito constitucional contido no artigo 227, §6º, que rege a igualdade entre os filhos.

O objetivo geral da presente pesquisa consiste em analisar, à luz dos preceitos constitucionais de igualdade entre os filhos, na legislação, na doutrina e jurisprudência, as regras sucessórias aplicáveis no cálculo da herança, se na sucessão legítima houver concorrência dos descendentes oriundos de filiação híbrida com cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente do autor da herança. Tem-se ainda, como objetivos específicos, num primeiro momento, estudar o direito sucessório em sua parte geral, abordando-se o momento da abertura da sucessão até a ordem de vocação da herança, para melhor compreender a regulamentação da sucessão legítima e a divisão dos quinhões hereditários; logo em seguida, pretende-se analisar, com base em posicionamentos doutrinários, e no preceito constitucional da igualdade entre os filhos, quais as regras sucessórias aplicáveis nos casos de concorrência entre filhos híbridos com cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente do autor da herança, no cálculo da legítima, bem como as regras que têm sido utilizadas nas decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo e Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, no período de janeiro de 2010 a março de 2016.

A escolha do tema justifica-se pelo interesse na área do direito sucessório e curiosidade diante do assunto. Sua necessidade e importância são reveladas a partir da omissão do legislador quanto à concorrência entre cônjuge e filhos híbridos na sucessão legítima, ensejando diversos desentendimentos e indagações que necessitam esclarecimento. Desta forma, verifica-se a coerência da pesquisa, uma vez que as opiniões doutrinárias sobre o assunto são conflitantes, proporcionando um amplo campo para estudo e debates sobre o tema. A viabilidade da pesquisa se dá pelo grande número de jurisprudências e doutrinas acerca do assunto, tornando possível a geração de dados e construção da monografia. A escassez de estudos acerca da concorrência entre cônjuge e filhos híbridos na sucessão legítima faz com que a presente monografia tenha grande relevância, tanto no meio acadêmico quanto social, instigando novas pesquisas sobre o assunto e proporcionando respostas a futuras indagações.

No que se refere à metodologia, esta se qualifica como teórica explicativa uma vez que fará análise documental primária e secundária, utilizando-se de jurisprudências, doutrinas e legislação para efetivação da pesquisa, subdividindo-se em ordenação, classificação e análise propriamente dita. Outrossim, em relação ao tratamento dos dados, serão avaliados de forma qualitativa, a partir da organização e da análise de informações, analisando a interpretação dos dados pelo método hipotético-dedutivo, partindo de um problema para o qual temos um pressuposto, utilizando-se de procedimentos técnicos e secundários, sendo estes históricos e monográficos.

O presente trabalho organiza-se em dois capítulos: o primeiro aborda o direito sucessório em geral, dividindo-se em abertura da sucessão e sucessão legítima, ordem de vocação hereditária, e a equiparação do cônjuge e companheiro(a) sobrevivente para fins sucessórios e concorrência com descendentes na sucessão legítima; o segundo trata da análise das regras aplicáveis à concorrência entre cônjuge e filhos híbridos, dividindo-se em filiação híbrida no direito sucessório, concorrência entre cônjuge e filhos híbridos na sucessão legítima: análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo e Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, no período de janeiro de 2010 a março de 2016 e a legitimidade das regras aplicáveis à divisão da herança na concorrência entre cônjuge e descendentes na filiação híbrida à luz do princípio da igualdade entre os filhos.

1 DA SUCESSÃO EM GERAL

Para uma melhor compreensão do tema, inicialmente faz-se necessária uma introdução acerca do direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro, o qual atua como forma de normatização dos interesses deixados pelo *de cuius*¹, partindo do objeto de estudo da presente monografia, que é a sucessão legítima, analisando de que forma ocorre a transferência do patrimônio nesta espécie de sucessão.

Após uma breve explanação sobre a abertura da sucessão, será estudada a administração da herança, bem como as possibilidades de aceitação e renúncia. Em um segundo momento será abordada a sucessão legítima e a ordem em que os herdeiros são chamados a suceder. Por fim, serão analisadas as regras sucessórias a respeito da concorrência entre descendentes e cônjuge na sucessão legítima e a equiparação destes, segundo o Supremo Tribunal Federal.

1.1 DA ABERTURA DA SUCESSÃO, DA ADMINISTRAÇÃO DA HERANÇA, ACEITAÇÃO E RENÚNCIA.

O direito das sucessões compreende um conjunto normativo responsável por reger a transferência patrimonial do *de cuius* aos herdeiros. No momento em que ocorre a morte do autor da herança, o sucessor ocupa a posição jurídica do finado quanto aos seus bens e valores (DINIZ, 2014). Francisco Cahali define o direito das sucessões versando que, como ramo do Direito Civil:

Trata exclusivamente da sucessão decorrente do falecimento da pessoa. Emprega-se o vocábulo sucessão em sentido estrito, para identificar a transmissão do patrimônio apenas em razão da morte, como fato natural, de seu titular, tornando-se, o sucessor, sujeito de todas as relações jurídicas que àquele pertenciam. Também chamada de direito hereditário, apresenta-se como o conjunto de regras e complexo de princípios jurídicos pertencentes à passagem da titularidade do patrimônio de alguém que deixa de existir aos seus sucessores. (CAHALI; HINORAKA, 2012, p. 22).

Com certa frequência o termo sucessão é utilizado como sinônimo de herança, porém se faz necessária uma distinção entre os significados, uma vez que sucessão refere-se ao ato de suceder, sendo este realizado entre vivos ou em

¹ A expressão latina *de cuius* é abreviatura da frase *de cuius successionem (ou hereditatis) agitur*, que significa “aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata”. (GONÇALVES, 2014, p. 20).

função da morte, já a herança é um termo exclusivo do direito sucessório (VENOSA, 2009). Diante disso, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, concluem que:

A transmissão de patrimônio envolve não apenas bens e valores, mas a totalidade das obrigações, incluindo tanto o ativo quanto o passivo do falecido. Daí a definição de Carlos Maximiliano: 'Direito das Sucessões, em sentido objetivo, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto'. (AMORIM; OLIVEIRA, 2006, p.30).

Desta forma, em seu sentido amplo, suceder significa a substituição do titular de um direito, tomando o lugar deste no campo jurídico. Sempre que alguém substituir o outro em uma relação jurídica, há uma transmissão no direito ou uma sucessão. Porém, no direito das sucessões é feito o uso da palavra em seu sentido estrito, designando a sucessão *causa mortis*, ou seja, a decorrente da morte de alguém (GONÇALVES, 2009).

A sucessão *causa mortis*, em sentido subjetivo, é a devolução da herança por força de direito adquirido, ou seja, o direito pelo qual os bens da herança são transferidos para alguém. Já em sentido objetivo, corresponde à universalidade dos bens deixados pelo *de cuius*, juntamente com seus encargos e direitos (DINIZ, 2014). Ainda, segundo Maria Berenice Dias:

Quando ocorre a morte, não só o patrimônio, também os direitos e obrigações do falecido se transmite para outrem. É o que se denomina transmissão *causa mortis*. É neste sentido estrito que se usa o vocábulo sucessão: a transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É deste fenômeno que se encarrega o direito das sucessões. São pressupostos da sucessão *mortis causa* o falecimento de alguém, titular de um patrimônio, e a sobrevivência de outras pessoas, chamadas para recolher esse patrimônio, que recebe o nome de herança. Inexistindo patrimônio, não se pode falar em herança, e o fato morte não interessa ao direito sucessório. (DIAS, 2008, p. 28).

O direito de propriedade é um dos fundamentos mais importantes do direito sucessório, de forma que a propriedade que não for transmitida a um sucessor após a morte do *de cuius*, é considerada mero usufruto, e não propriedade. Desta forma, assim que morrer o titular, o direito de propriedade é transmitido aos seus herdeiros (MONTEIRO, 2003).

Segundo o entendimento de Arnaldo Rizzardo, com a morte ocorre a interrupção da titularidade dos bens, visto que a vida corporal é cessada, subsistindo

apenas a da alma que é imortal. Entretanto, os bens materiais encontram-se atrelados a vida corporal, de forma que se faz necessária a transmissão destes, para que outras pessoas assumam a titularidade e recomponham a estabilidade do patrimônio (RIZZARDO, 2007).

A morte é o fato determinante para que haja a transmissão de um patrimônio aos herdeiros, sendo essencial para que ocorra a sucessão. Desta forma, a abertura da sucessão ocorre assim que falece o autor da herança, momento em que há a transmissão imediata da propriedade aos herdeiros legatários e testamentários, mesmo estes não sabendo da morte do autor da herança ou que são herdeiros.

Nessa ótica, verifica-se que é o nascimento que dá origem à personalidade jurídica, extinguindo-se com a morte, a qual pode ser natural, civil, presumida ou simultânea. Ou seja, apenas há de se falar em herança, após o fim da personalidade jurídica de seu titular, não existindo, desta forma, herança de pessoa viva (VENOSA, 2009). Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves fala que:

A existência da pessoa natural termina com a morte real. Como não se concebe direito subjetivo sem titular, no mesmo instante em que aquela acontece abre-se a sucessão, transmitindo-se automaticamente a herança aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cuius*, sem solução de continuidade e ainda que estes ignorem o fato. (GONÇALVES, 2009, p. 15).

Caio Mario da Silva Pereira complementa destacando que, no sistema jurídico brasileiro é vedado qualquer contrato que tenha como objeto herança de pessoa viva, uma vez que apenas é reconhecido o direito a herança após a morte, e esta deve ser provada pelos meios dos quais se utiliza a medicina legal e também através da certidão de óbito, devidamente autenticada (PEREIRA, 2015). Sílvio de Salvo Venosa reforça esse conceito no momento em que versa:

Somente a morte pode dar margem à sucessão, a morte física, o desaparecimento da vida do titular. O direito moderno já não concebe a morte civil. Como as consequências da morte são inúmeras, a lei fixa preceitos para a determinação do momento da morte, bem como sua prova. (VENOSA, 2009, p. 11).

Ainda, nas palavras de Maria Helena Diniz: "A morte natural é o cerne de todo direito sucessório, pois ela determina a abertura da sucessão, uma vez que não se compreende sucessão, sem o óbito do *de cuius*, dado que não há herança de pessoa viva." (DINIZ, 2004, p.23).

Nesse contexto, Carlos Roberto Gonçalves explica que a sucessão apenas ocorre se o herdeiro sobreviver ao titular, exceto em casos onde ambos falecem ao mesmo tempo, situação em que se torna impossível definir quem morreu primeiro, ocorrendo à chamada comoriência, que nada mais é do que a morte simultânea do titular e seu herdeiro, a qual está disciplinada no artigo 8º do Código Civil vigente (GONÇALVES, 2014).

Ao tratar da abertura da sucessão, Washington de Barros Monteiro destaca: “Antes da morte, o titular da ação jurídica é o *de cuius*; depois dela, passa a ser o herdeiro, legítimo ou testamentário, e é o próprio defunto que investe o sucessor no domínio e posse dos bens hereditários.” (MONTEIRO, 2006, p.15). Como bem menciona Maria Berenice Dias ao explicar como se dá o momento de abertura da sucessão:

Quando da morte do titular do patrimônio ocorre o que se chama de abertura da sucessão. É necessário que seus bens, direitos e obrigações sejam transferidos a alguém, pois inconcebível que restem sem dono. A transmissão é imediata em face do princípio de *saisine*. A herança permanece como uma universalidade e se transfere aos herdeiros. Quando há um só herdeiro e o falecido não deixou testamento, ele recebe toda a herança. Se existirem mais herdeiros, todos recebem fração ideal do acervo sucessório, sem individualização de bens; Havendo testamento, metade dos bens se transfere aos herdeiros determinados pela lei e a outra metade a quem foi escolhido como herdeiros pelo testador (CC 1.786). A sucessão legítima impõe a transferência de parte do patrimônio a quem a lei elege como herdeiro, daí, herdeiros necessários. Pela via testamentaria o titular dos bens pode dispor do restante do seu patrimônio em favor de quem quiser. Esta divisão consagra o princípio da liberdade relativa. (DIAS, 2008, p. 104).

O momento de abertura da sucessão está presente no Código Civil em seu artigo 1784: “Aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e legatários.” (BRASIL, 2002). A redação do referido artigo descreve o princípio da Saisine, que segundo Maria Helena Diniz “[...] determina que a transmissão do domínio e da posse da herança ao herdeiro, se dê no momento da morte do *de cuius* independentemente de quaisquer formalidades.” (DINIZ, 2014, p. 37).

O princípio da *saisine* teve origem no direito germânico e sua incorporação no direito jurídico brasileiro ocorreu por meio do direito francês. Desta forma, o princípio da Saisine pode ser definido como regra essencial do direito sucessório, tratando-se de uma segurança para que o patrimônio deixado pelo *de cuius* não fique sem titular

enquanto os bens não são transmitidos definitivamente aos sucessores do falecido (GAGLIANO; FILHO, 2016). Caio Mario da Silva Pereira enumera os efeitos resultantes do referido princípio:

1- Abre-se a herança com a morte do sujeito, e no mesmo instante os herdeiros a adquirem. Verifica-se, portanto, imediata mutação subjetiva; 2- Não é o fato de estar próximo que atribui ao herdeiro a posse e propriedade dos bens, mas sim a sucessão – a posse e a propriedade advêm do fato do óbito; 3- O herdeiro passa a ter legitimidade ad causam (envolvendo a faculdade de proteger a herança contra a investitura de terceiros); 4- Com o falecimento do herdeiro após a abertura da sucessão, transmite-se a posse e propriedade da herança aos seus sucessores, mesmo sem manifesta aceitação; 5- Mesmo que os bens não estejam individualizados e discriminados, constitui a herança em si mesma um valor patrimonial, e, como tal, pode ser transmitida inter vivos. (PEREIRA, 2007, p.14).

Silvio Rodrigues explica que se a posse for injusta, tendo o *de cuius* adquirido por ato de má fé ou de forma ilícita, assim será transferida aos herdeiros, porém, se for de boa fé, estes terão igual direito (RODRIGUES, 2002). Ainda, segundo Sílvio de Salvo Venosa, a Saisine atua como uma garantia para que os herdeiros exerçam seu direito de titularidade da herança, podendo estes renunciar caso não haja uma declaração de vontade (VENOSA, 2009).

Desta forma, o princípio da *saisine* é o meio pelo qual se transmite a herança, sendo esta definida como a soma dos direitos e obrigações da qual o *de cuius* era titular, ou seja, corresponde o ativo e passivo pertencente a este e transmitido aos herdeiros (GONÇALVES, 2014). Ainda, Caio Mario da Silva Pereira conceitua a herança como sendo o conjunto patrimonial que é transmitido com a morte do titular, sendo chamada também de acervo hereditário, massa ou monte (PEREIRA, 2015).

Antes do inventário, cada herdeiro possui os mesmos direitos e deveres em relação à herança do *de cuius*, sendo o patrimônio deste indivisível. Essa indivisibilidade se aplica ao domínio e à posse dos bens, não podendo os herdeiros dispor sobre parte certa e determinada do acervo, apenas alienar ou ceder sua quota ideal, sendo esta a sucessão aberta, a qual é considerada pela legislação como bem imóvel, devendo ter escritura e outorga uxória para tal transmissão (GONÇALVES, 2014).

Contudo, não são todos os direitos e deveres que são transmitidos, sendo excluídos da transmissão os direitos personalíssimos, extinguidos com a morte do *de cuius*, patrimoniais, que são inertes ao autor da herança, obrigações alimentares e deveres referentes ao usufruto e direito real de habitação (DINIZ, 2014).

A herança é compreendida como uma universalidade, de forma que o herdeiro não recebe uma determinação dos bens e sim, uma quota ideal, sendo os bens determinados apenas no momento da partilha. Conforme versa Maria Helena Diniz: “E a herança, conforme o art. 91 do Código Civil é uma universalidade *juris* indivisível até a partilha, de modo que, se houver mais de um herdeiro, o direito de cada um relativo à posse e domínio do acervo hereditário, permanecerá indivisível até que se ultime a partilha.” (DINIZ, 2014, p. 54).

Antes da partilha os herdeiros não possuem a posse exclusiva dos bens, sendo estes um todo unitário pertencente a todos os herdeiros, apenas depois desta os bens são individualizados, conforme estabelecido no artigo 2.023 do Código Civil: “Julgada a partilha, fica o direito de cada um dos herdeiros circunscritos aos bens do seu quinhão.” (BRASIL, 2002).

Quanto à responsabilidade do herdeiro, o Código Civil dispõe em seu artigo 1.792 que: “O herdeiro não responde por encargos superiores as forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova de excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.” (BRASIL, 2002).

Desta forma, cabe ao herdeiro provar o excesso, demonstrando que o ativo da herança é maior que o passivo, exceto em casos onde o inventário provar manifestamente tal situação, conforme define Carlos Roberto Gonçalves:

No inventário é feito um levantamento do patrimônio do falecido, relacionando-se os bens, créditos e débitos que deixou. As dívidas são da herança, que responde por elas. Só serão partilhados os bens ou valores que restarem depois de pagas às dívidas, isto é, depois de descontado o que, de fato, pertence a outrem. (GONÇALVES, 2014, p. 54).

A respeito do inventário, a legislação vigente estabelece um prazo de trinta dias, partindo da data de abertura da sucessão para sua instauração, sendo sua inobservância punida com sanção fiscal, ensejando multa sobre o imposto a ser recolhido (GONÇALVES, 2014).

Para que o herdeiro possa suceder, é preciso que este tenha legitimidade para tal, conforme versa Maria Helena Diniz: “A base do direito sucessório é a transmissão da herança do *de cujus* aos herdeiros legítimos e testamentários, desde que tenham capacidade ou legitimação sucessória, ou seja, desde que possam ser invocados para habilitar-se a suceder.” (DINIZ, 2014, p. 59).

O artigo 1.798 do Código Civil versa sobre a legitimidade, estabelecendo que, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento de abertura da sucessão. Destaca-se que o dispositivo apenas menciona pessoas, sendo vedada a sucessão de animais ou coisas inanimadas (GONÇALVES, 2014).

Após comprovada a legitimidade, o herdeiro pode participar da sucessão, de modo a aceitar ou renunciar a herança. Neste sentido, Caio Mario da Silva Pereira versa que: “Aberta à sucessão, transmitem-se desde logo a posse, a propriedade da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. É mister, contudo, haja sua aceitação.” (PEREIRA, 2015, p. 43). Washington de Barros Monteiro completa ao versar que:

A aceitação não passa, pois, de mera confirmação, por parte do herdeiro, da transferência que lhe havia sido feita. Não se imagine porém, e trate de ato supérfluo ou desnecessário. Ninguém deve ser herdeiro contra própria vontade, sabido que não mais vige a *filiius ergo heres*. Requer-se, por isso, aceitação, por via da qual o herdeiro manifesta o propósito de adquirir a herança. (MONTEIRO, 2006, p. 50).

Entretanto, a aceitação não corresponde à aquisição da herança, pois os direitos sucessórios não nascem com ela, apenas servindo como meio de confirmação para o direito já atribuído ao herdeiro pelo *de cuius*, chamado por ocasião da abertura da sucessão (DINIZ, 2014).

A aceitação da herança pode ser expressa, tácita ou presumida. É expressa quando manifestada de forma escrita, tácita quando vinculada à conduta do herdeiro e presumida quando o herdeiro não se manifesta mesmo depois de notificado, presumindo-se a aceitação desta (GONÇALVES, 2014).

Neste sentido, Maria Helena Diniz versa que a aceitação expressa não é mais tão comum como fora outrora, uma vez que não é necessária a manifestação escrita para que seja aceita a herança (DINIZ, 2014). Silvio Rodrigues completa, afirmando que a aceitação mais utilizada é a tácita, configurada pela prática de atos correspondentes à posição de herdeiro (RODRIGUES, 2007).

É necessário destacar que a aceitação meramente verbal é considerada inválida, mesmo diante de testemunhas, bem como a aceitação por meio de pagamento de dívida da herança, uma vez que pagar débito alheio configura ato ilícito, sendo possível, entretanto, a aceitação por pagamento de dívida realizado com dinheiro da herança. Caio Mario da Silva Pereira complementa citando:

Não exprimem, igualmente, aceitação da herança os atos meramente conservatórios, como seja a interrupção de prescrição, ou a realização de benfeitorias necessárias; ou a efetivação de atos oficiosos como se exemplifica com os funerais do defunto; ou ainda os de administração e guarda interina, qualificados como tais os que se praticam em relação a coisas alheias; ou, finalmente, a cessão pura e simples, a título gratuito, aos demais coerdeiros. Mesmo a alienação, quando atinge coisas suscetíveis de perecimento ou deterioração, não induzirá aceitação, quando autorizada pelo juiz. O mesmo não se dirá da cessão onerosa ou feita individualmente a certos herdeiros. (PEREIRA, 2015, p. 44).

A aceitação presumida, diferente das demais, é decorrente do silêncio do herdeiro. Ou seja, havendo algum interessado em saber sobre a aceitação ou renúncia do herdeiro, como por exemplo, algum credor do *de cujus*, poderá este fazer um requerimento, passados vinte dias da abertura da sucessão, para que o herdeiro se manifeste no prazo de trinta dias, sendo o seu silêncio interpretado como aceitação (RODRIGES, 2007).

A aceitação ainda pode ser classificada quanto à pessoa, sendo direta ou indireta; é direta quando realizada pelo próprio herdeiro, e indireta quando realizada por terceiro em nome deste. Carlos Roberto Gonçalves enumera as hipóteses de aceitação indiretas como sendo pelos sucessores, pelo mandatário ou gestor de negócios, pelo tutor ou curador de heranças e pelos credores (GONÇALVES, 2014).

Uma vez aceita a herança, ela se torna irrevogável, conforme dita o artigo 1.812 do Código Civil: “São irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança.” (BRASIL, 2002). Porém, não se deve confundir a irrevogabilidade com nulidade, vez que se a aceitação decorreu de vícios de vontade os atos são anuláveis (VENOSA, 2009). A respeito das exceções para irrevogabilidade, Maria Helena Diniz explica:

A aceitação pode ser anulada ou revogada, se após sua ocorrência for apurado que o aceitante não é o herdeiro ou que o testamento absorvia a totalidade da herança, havendo herdeiro necessário. Com a declaração da ineficácia da aceitação, a herança passa ao herdeiro a quem regularmente se defere, como se aquela aceitação nunca tivesse havido. Mas, se já houver homologação da partilha, o interessado só poderá reivindicar o que lhe compete por ação de partilha de herança. (DINIZ, 2014, p. 88).

Entretanto, é admissível que o herdeiro renuncie à herança, o que, diferente da aceitação, só pode ocorrer de forma expressa, através de escritura

pública ou termo judicial, uma vez que se trata de ato abdicativo de direitos. Ou seja, o ato de renúncia não poderá ser presumido nem tácito, e depois de firmado terá efeito *ex tunc*, retroagindo à data de abertura da sucessão (VENOSA, 2009).

Carlos Roberto Gonçalves classifica a renúncia em duas espécies, abdicativa ou propriamente dita e translativa. A primeira ocorre quando, logo da abertura do inventário, o herdeiro já manifesta a renúncia, sem que tenha praticado qualquer ato de aceitação. Já a translativa, também chamada de cessão ou desistência, se configura quando o herdeiro renuncia em favor de terceiro ou tenha atitudes que manifestem aceitação. Parte da doutrina entende que a renúncia translativa na verdade se trata de desistência da herança e que a única forma válida seria a renúncia abdicativa, que se dá em favor de todos os herdeiros (GONÇALVES, 2014).

Depois de realizada, a renúncia produz uma série de efeitos, quais sejam: a) a parte da herança que pertencia ao renunciante é transferida aos demais herdeiros da mesma classe, seguindo a ordem de vocação hereditária; b) o renunciante é tratado como se nunca fosse herdeiro; c) se ocorrer à morte do renunciante, seus herdeiros não terão direito a herdar por representação; d) na sucessão testamentária a renúncia resulta na caducidade da instituição, salvo a indicação de substituto pelo testador; e) o renunciante não é impedido de aceitar legado; f) o renunciante não é computado para cálculo de quotas do *de cujus* (PEREIRA, 2015).

Outra característica da renúncia é sua irretratabilidade, assim como versa Carlos Roberto Gonçalves: “A renúncia é irretratável, porque retroage à data da abertura da sucessão, presumindo-se que os outros herdeiros por ela beneficiados tenham herdado na referida data.” (GONÇALVES, 2014, p. 110). Desta forma, verifica-se que, se autorizada a retratação da renúncia ou sua revogação seria acolhida a perda da propriedade do herdeiro, o que configuraria a desconstituição de um ato jurídico.

Nesse sentido, teria a legislação o dever de administrar da forma mais justa e correta possível a herança, de modo que ninguém reste prejudicado ou excessivamente favorecido em relação aos demais. Entretanto, existem alguns casos não previstos pela Lei, dentre estes, o caso exposto neste estudo, inexistindo artigo que verse sobre a herança nos casos de sucessão híbrida.

Outrossim, para que se adentre no tema da presente monografia, é de extrema importância analisar a sucessão legítima e a ordem de vocação hereditária, para que se compreenda a ordem em que os herdeiros são chamados a suceder, tema este a ser estudado no tópico seguinte.

1.2 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA E DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Após a abertura da sucessão, esta será transmitida aos herdeiros de forma definitiva, o que pode acontecer por meio da sucessão testamentária ou legítima. Quanto às formas de sucessão, Silvio Rodrigues descreve que: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade. Quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento, chama-se sucessão testamentária, quando por virtude da lei, denomina-se legítima.” (RODRIGUES, 2007, p. 16). Desta forma, Caio Mario da Silva Pereira versa que:

Da sucessão *causa mortis*, ou hereditária, não se exclui a participação volitiva, que subsiste ao lado da que opera apenas *ope legis*. Esta última chama-se sucessão legítima, e aquela outra recebe o nome de testamentaria, porque o testamento é o instrumento de manifestação de vontade destinado a produzir consequências jurídicas com a morte da pessoa. Tendo-o em consideração, diz-se também “sucessão *ab intestato*” a de uma pessoa que falece sem deixar testamento ou “morre intestada”. (PEREIRA, 2015, p. 02).

Quando o testamento não abranger todos os bens do *de cuius*, os bens que não constarem neste serão transmitidos por meio da sucessão legítima aos herdeiros legítimos e os bens abrangidos no testamento serão transmitidos aos herdeiros testamentários. Desta forma, verifica-se que a sucessão pode ser legítima e testamentária simultaneamente (RODRIGUES, 2007).

Ainda quanto às formas, nos casos em que a sucessão é regulada de forma diversa da constante no Código Civil, esta pode ser conhecida como irregular ou anômala. Um exemplo seria o §1º do artigo 10 da LINDB, que determina a aplicação da lei do domicílio do estrangeiro para a sucessão de bens situados no Brasil, se ela for mais favorável ao cônjuge e filhos brasileiros (NETO; JESUS; MELO, 2015).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz classifica a sucessão de duas formas distintas, sendo estas: a) Quanto à fonte que deriva: dentro desta classificação, a sucessão pode ser testamentária ou legítima, a primeira é resultante de um ato de

última vontade, representado por meio de um testamento, já a segunda, deriva de uma ordem de vocação hereditária; b) Quanto aos efeitos: a classificação por meio dos efeitos pode ocorrer a título universal, que configura a transferência do total ou parte incerta da herança aos herdeiros, ou a título singular, quando ocorre a cessão de objeto certo ou determinado (DINIZ, 2014).

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, a sucessão legítima sempre se dará por título universal, pois ocorre a transferência total ou apenas uma parte ideal aos herdeiros; já a testamentária pode ser tanto a título universal, quanto singular, pois pode envolver tanto parte certa e determinada, quanto parte total ou incerta, de acordo com a vontade do *de cuius* (GONÇALVES, 2009). Desta forma, Arnaldo Rizzardo versa sobre a importância e as razões da sucessão legítima:

Em primeiro lugar, a necessidade de proteção dos membros da família do *de cuius*, os quais, em geral, formam o mesmo grupo familiar, residindo quase sempre em idêntico prédio, e todos usufruindo das vantagens que advêm dos bens. Sobretudo as relações de parentesco aconselham que fique a herança concentrada no círculo familiar do morto, grupo de pessoas unidas por laços sanguíneos. Muito embora nem sempre a proximidade de grau de parentesco signifique maior ou menor união entre o autor da herança e os parentes [...]. Há, por último, certo interesse do Estado em manter um vínculo de união entre os parentes, o que se consegue também com a permanência do patrimônio no respectivo grupo, alcançando-se uma certa garantia econômica para o futuro dos familiares do morto. (RIZZARDO, 2007, p. 149).

Ainda, cabe destacar a existência de três tipos de sucessores: os legítimos, os testamentários e os legatários. Herdeiros legítimos são os elencados pela legislação, seguindo a ordem de vocação hereditária. Testamentários são os indicados por meio de testamento, seguindo a última vontade do *de cuius*. E por fim, os legatários, também instituídos por testamento, mas que recebem coisa certa e determinada (VENOSA, 2013).

Existe a possibilidade de o *de cuius* não deixar herdeiros, situação em que o patrimônio é transmitido ao Estado, o qual seria classificado como uma espécie de herdeiro vacante (COELHO, 2012).

Por conseguinte, é imprescindível a diferenciação entre os herdeiros necessários e facultativos, sendo necessário aquele que possui parentesco ou for cônjuge com direito a quota-parte da herança; os facultativos somente terão direito à herança no caso de inexistência de herdeiros necessários. Destaca-se ainda, que a

existência de herdeiros necessários torna impossível a disposição dos bens ou da legítima por ato de última vontade (GONÇALVES, 2009).

Outrossim, distinguem-se os herdeiros legítimos dos necessários, também chamados de reservatários, uma vez que a expressão é empregada em sentido lato à designação de quem é chamado a suceder por força da lei. Já ao herdeiro legítimo, também indicado por lei, é transmitida a totalidade ou a *quota* parte da herança nos casos de sucessão legal (GOMES, 2008).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a sucessão legítima configuraria a vontade presumida do *de cuius*, uma vez que se sua intenção fosse diversa, este teria deixado algum testamento (GONÇALVES, 2009). Desta forma, assim que morre o titular da herança, esta é transmitida aos seus herdeiros legítimos seguindo uma ordem preferencial, chamada de ordem de vocação hereditária.

Essa ordem é distribuída por classes preferenciais, e tem como ideia predominante a de parentesco, sendo três as ordens: Consanguinidade, afinidade e relações puramente civis (PEREIRA, 2015). Referente à organização das classes, Washington de Barros Monteiro versa que:

O chamado dos herdeiros efetua-se por classes. Cada inciso do art. 1829 diz respeito a uma classe, cuja convocação é sucessiva, uma depois de outra. Só se convocam ascendentes se não houver descendentes; por sua vez, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes, com as exceções previstas no inciso I do art. 1829, com os ascendentes e é chamado com exclusividade se não existem descendentes ou ascendentes; a falta dos anteriores convocam-se os colaterais. Uma classe tem, portanto, precedência sobre a outra, sendo essa precedência fundada em razões muito especiais. (MONTEIRO, 2006, p.87).

A definição de Washington de Barros Monteiro torna nítida a existência de uma ordem preferencial. Desta forma, na sucessão legítima uma classe apenas será chamada, quando faltarem herdeiros da classe anterior, sendo assim, caso o autor da herança deixar somente descendentes e ascendentes, apenas os primeiros terão direito a herdar, pois a existência de um, anula o direito do outro, salvo o caso de cônjuge (DINIZ, 2014).

Na sucessão testamentária inexistente ordem de vocação hereditária, uma vez que é o testador quem dispõe da metade do seu patrimônio da forma como julgar favorável, podendo deixar este, tanto para seus herdeiros, como para pessoas estranhas, diferente da sucessão legítima, onde é necessário seguir os critérios estabelecidos pela ordem legal (DIAS, 2016).

O artigo 1698 do Código Civil versa que: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” (BRASIL, 2002). Desta forma, somente tem direito de herdar pessoa viva, ou seja, já nascida ou concebida no momento da morte do autor da herança, trata-se do princípio da coexistência, onde o sucessor e o autor da herança devem coexistir no momento da morte (RODRIGUES, 2007).

A ordem de vocação hereditária, na qual vem regulada a sucessão legítima, está disposta no artigo 1.829 do Código Civil, e é ordenada da seguinte forma:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

Ainda, de acordo com o artigo 1.835 do Código Civil, os filhos sucedem por cabeça, já os demais descendentes sucedem por cabeça ou estirpe, de acordo com o grau em que se encontram. A ordem é iniciada com os descendentes, concorrendo com o cônjuge dentro das hipóteses previstas. Em um segundo momento encontram-se os ascendentes, e, após estes, o cônjuge (BRASIL, 2002). Ainda, na falta de algum destes herdeiros, são chamados a suceder os parentes colaterais até quarto grau, conforme exemplifica Silvio Rodrigues:

Se o de *cujus*, que não tem cônjuge, deixa descendentes e ascendentes, os primeiros herdam tudo e os últimos nada, pois a existência de herdeiros da classe dos descendentes exclui da sucessão os herdeiros da classe ascendente. Se deixa ascendentes e colaterais, aquele herda o patrimônio inteiro e estes nada recebem. Se o cônjuge concorre com os colaterais, o primeiro recebe todo o patrimônio e os últimos, nada. Tudo isso pela mesma razão, isto é, a de que havendo sucessíveis de uma classe preferencial são eles chamados à sucessão do de *cujus*, deixando de fora os herdeiros das outras classes. (RODRIGUES, 2002, p. 94).

A ordem é estabelecida de forma preferencial, pois a existência de herdeiro de uma classe, exclui o herdeiro da classe seguinte, de forma que ao deixar descendentes e ascendentes, somente os primeiros terão direito à herança, salvo a existência de cônjuge concorrendo com ascendentes e descendentes, como consta no artigo 1.836 do Código Civil (DINIZ, 2014).

Compreende-se, portanto, que seguindo a ordem de vocação hereditária, todos os graus de parentesco devem ser analisados, esgotando-se todas as classes e excluindo os parentes mais distantes no momento em que existe algum com parentesco mais próximo, limitando-se a contagem até o 4º grau quando tratar de colaterais (MOLOGNI; DIAS, 2008). Desta forma verifica-se que ao existir descendentes, os ascendentes não serão chamados, salvo se for cônjuge ou companheiro(a). Neste sentido, Silvio de Salvo Venosa explica:

A ordem de vocação hereditária fixada na lei vem beneficiar os membros da família, pois o legislador presume que aí residam os maiores vínculos afetivos do autor da herança. No mundo contemporâneo, o conceito de família deve ser revisto. Há tendência de o âmbito familiar ficar cada vez mais restrito a pais e filhos, sendo bastante tênues, de modo geral, os vínculos com os colaterais. Por outro lado, o próprio legislador vem dando guarida às ligações estáveis sem casamento, com reflexos no campo patrimonial, como faz o Código Civil de 2002. (VENOSA, 2013, p. 117).

Conforme o artigo 1.844 do Código Civil, ao inexistir descendentes, ascendentes, cônjuge, colaterais, ou da renúncia de um destes, a herança será dirigida ao Município, Distrito Federal ou à União, ocorrendo assim a vacância da herança. Desta forma, uma vez praticadas as diligências e comprovado que não há herdeiros, não mais se espera a habilitação na herança, como ocorre na herança jacente, e por isso defere-se a mesma para o município (BRASIL, 2002).

Decretada a vacância, os bens são transferidos automaticamente ao Município ou Distrito Federal, porém não em caráter definitivo, podendo os herdeiros reclamar a posse dos bens no prazo de cinco anos. Depois de vencido o prazo de cinco anos, se não houver manifestação dos herdeiros, a herança será incorporada definitivamente ao domínio das pessoas jurídicas de direito público (MONTEIRO, 2006).

Verifica-se, portanto, que é necessária uma análise dos demais artigos que seguem o 1.829 do Código Civil, pois somente dessa forma será possível uma compreensão da ordem de vocação hereditária, vez que existem diversas regras a respeito do grau de parentesco, direito de representação, sucessão por cabeça ou estirpe, formas de sucessão, preferências entre as classes e linhas de distribuição entre familiares concorrentes (COELHO, 2012).

O companheiro(a) possuía posição inferior a do cônjuge na ordem de vocação hereditária, e sua concorrência era regulada pelo artigo 1.790 do Código Civil.

Porém, devido à redação confusa, muito se discutia sobre sua inconstitucionalidade, o que originou um Recurso Extraordinário, que foi a julgamento no Supremo Tribunal Federal, a fim de equiparar os direitos do cônjuge e companheiro(a) na sucessão, o qual será abordado a seguir.

1.3 DA EQUIPARAÇÃO DO CÔNJUGE E COMPANHEIRO(A) SOBREVIVENTE PARA FINS SUCESSÓRIOS E CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES NA SUCESSÃO LEGÍTIMA

São muitas as críticas feitas ao Código Civil atual, juristas e doutrinadores versam que o Código vigente já nasceu desatualizado, uma vez que este foi redigido anos antes de entrar em vigor. Um dos artigos mais polêmicos é o correspondente ao direito do companheiro(a) no direito sucessório. A redação do artigo define o seguinte:

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).

É nítida a redação confusa do legislador, o qual trata de forma desigual os direitos do companheiro(a) na sucessão, originando a proposição, pelo Deputado Ricardo Fiúza, do projeto de Lei 6.960/2002, no intuito de reformular o artigo 1.790 e alterar as condições do companheiro(a), de forma que este não fosse prejudicado (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, 2017).

Entretanto, a reforma do referido artigo não foi acolhida e alguns Tribunais passaram a declarar a inconstitucionalidade do artigo, aplicando as regras do cônjuge por analogia ao companheiro(a). Em virtude das inúmeras decisões favoráveis à inconstitucionalidade do artigo, em agosto de 2016 foi iniciado o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878694, o qual versa sobre a equiparação de direitos entre cônjuge e companheiro(a) e a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Na época em que foi iniciada a discussão acerca da inconstitucionalidade, o Ministro Dias Toffoli suspendeu a votação, a qual foi retomada em março de 2017 devido ao pedido de vista do Ministro Marco Aurélio. No dia 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, 2017).

Ainda, conforme versa o site da IBDFAM (Instituto Brasileiro do Direito de Família), o Ministro Barroso firmou a seguinte tese acerca do tema: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros (as), devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do CC/02”. (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, 2017).

Segundo a vice-presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais do IBDFAM, Ana Luíza Maia Nevares, a decisão trará muitos benefícios ao direito sucessório, trazendo uma segurança maior aos julgamentos (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, 2017). No mesmo sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka, atual diretora nacional do IBDFAM versa sobre os equívocos do referido artigo:

O artigo 1.790 é de feição extremamente retrógrada e preconceituosa, e a vigorosa maioria dos pensadores, juristas e aplicadores do direito, tem registrado com todas as letras que o dispositivo é inconstitucional, exatamente porque trata desigualmente situações familiares que foram equalizadas pela ordem constitucional, como é o caso das entidades familiares oriundas do casamento e da união estável. (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, 2017).

Entretanto, tiveram opiniões contrárias à inconstitucionalidade, dentre elas a do Ministro Marco Aurélio, que se posicionou contra a equiparação do cônjuge com o companheiro(a), defendendo que a constituição não iguala institutos distintos, e decidir de modo diverso seria uma afronta à Constituição.

Outrossim, independente das divergências entre ministros, juristas e doutrinadores, o artigo foi considerado inconstitucional, de forma que para fins de novas partilhas o companheiro(a) terá seus direitos equiparados aos do cônjuge, o que se mostra de suma importância ao abordar a concorrência entre estes e os descendentes.

A sucessão pelos descendentes vinha regida pelo artigo 1.603 do Código Civil de 1916 e possuía uma redação simples e objetiva, reservando a herança para a

primeira classe de herdeiros, quais fossem os descendentes, não citando nenhuma espécie de concorrência com outro sucessor (GAGLIANO; FILHO, 2016). Porém, com a vigência do Código Civil de 2002, foi acrescida a concorrência entre descendentes e cônjuge, a qual é comentada por Sílvio de Salvo Venosa:

A regra geral é que, existindo herdeiros de uma classe, ficam afastados os das classes subsequentes. Se isso não sofria exceção à época da promulgação do Código de 1916, tal já não era mais verdadeiro mais recentemente, tendo em vista que o cônjuge podia concorrer com herdeiros das classes anteriores, por força de modificações introduzidas pelo Estatuto da Mulher Casada. (VENOSA, 2009, p.115).

Após a introdução do Código Civil de 2002, o cônjuge foi elevado a um nível superior no que tange à vocação hereditária, visto que deixou de ser herdeiro facultativo para figurar como herdeiro necessário, o qual tem sua regulamentação no artigo 1.846 do mesmo diploma (PEREIRA, 2010).

Desta forma, verifica-se que, permanecendo o descendente na primeira classe sucessória, caso houver cônjuge sobrevivente, este terá direito de concorrer com o descendente, nos termos do artigo 1829, inciso I do Código Civil de 2002 (GAGLIANO; FILHO, 2016).

Porém, o referido artigo estabelece algumas exceções aplicadas de acordo com o regime de bens. Em regra, caso o regime de bens for o da comunhão universal, separação obrigatória ou comunhão parcial em casos onde o autor não deixou bens particulares, não haverá concorrência (GONÇALVES, 2009).

Se completos os requisitos referentes ao regime de bens, o cônjuge poderá concorrer diretamente com os descendentes, conforme artigo 1832 do Código Civil, o qual preceitua que: “Em concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.” (BRASIL, 2002).

Segundo o referido artigo, são comuns os que descendem do autor da herança e do cônjuge sobrevivente e exclusivos os que descendem apenas do *de cuius*, sem possuir vínculo consanguíneo com o cônjuge. A partir desta distinção, restam duas hipóteses cabíveis de concorrência, a primeira refere-se à concorrência entre os filhos exclusivos, onde o cônjuge não possui a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança, independente do número de descendentes concorrentes; já a segunda hipótese,

prevista no final do artigo, é referente aos descendentes comuns, onde o cônjuge terá direito à reserva da quarta parte, caso o número de concorrentes for maior ou igual a três (BRASIL, 2002).

Entretanto, ao fazer a leitura dos artigos verifica-se que o legislador foi omissivo quanto à previsão de concorrência simultânea entre filhos exclusivos do *de cuius* e filhos comuns do casal, hipótese esta em que ocorre a intitulada filiação híbrida. Essa espécie de filiação será conceituada e exemplificada no segundo capítulo, uma vez que é fundamental para construção da presente monografia.

Por fim, explicadas as regras pertinentes à sucessão legítima, bem como a equiparação entre companheiro(a) e cônjuge e sua concorrência com os descendentes de acordo com a ordem de vocação hereditária, é possível abordar o principal objeto deste estudo, qual seja, a concorrência entre cônjuge e filhos híbridos na sucessão legítima e a sua aplicação no direito sucessório sob à luz do princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

2 ANÁLISE DAS REGRAS APLICÁVEIS À CONCORRÊNCIA ENTRE CÔNJUGE E FILHOS HÍBRIDOS

Diante da constante evolução social decorrente da globalização observaram-se várias mudanças no conceito familiar, de modo que a família tem assumindo novos modelos, diferentes daqueles conhecidos em épocas passadas. Ou seja, com o advento da pós-modernidade, a família se adequou e mudou a sua constituição para se adaptar a um novo século, no qual os costumes e modos de vida são diferentes (HINORAKA; TARTUCE, 2009).

Desta forma, é notável o fato de que atualmente estamos vivendo em uma configuração familiar reorganizada, em que as diretrizes sob o qual a família é formada, são distintas e cada membro passa a ter um papel diferente dentro do núcleo. Nesta sociedade modernizada, cada vez mais casais se separam e formam novas famílias, constituindo um sistema em que é frequente a existência de filhos advindos de um relacionamento anterior, juntamente com filhos de um relacionamento atual (HINORAKA; TARTUCE, 2009).

Essa frequente mudança nos moldes familiares e essas novas relações que se formam por conta desse fenômeno, geram vários conflitos, não só sociais como também jurídicos, uma vez que a legislação não acompanha a rapidez com que as relações familiares evoluem, motivo pelo qual são encontradas tantas lacunas no que tange ao direito de família e sucessões, ramos nos quais essas mudanças possuem maior significância (ALMEIDA; JÚNIOR, 2010).

Com a finalidade de regular de forma mais pertinente as mudanças ocorridas nas relações sociais, o Código Civil de 2002 trouxe relevantes modificações no que se refere ao direito sucessório do cônjuge, o qual passou a concorrer diretamente com os descendentes e ascendentes deixados pelo *de cuius*. Entretanto, mesmo com as relevantes mudanças trazidas pelo legislador, este deixou de mencionar alguns casos comuns, resultantes desse novo conceito de família, sendo um destes a filiação híbrida.

Com isso, o presente capítulo trará uma abordagem mais aprofundada a respeito do fenômeno da filiação híbrida no direito sucessório, estudando as correntes doutrinárias existentes e analisando, por meio de julgados do Tribunal de

Justiça de São Paulo e Rio de Janeiro, quais as correntes mais indicadas para resolver tal conflito sob a luz do princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

2.1 FILIAÇÃO HÍBRIDA NO DIREITO SUCESSÓRIO

Em um primeiro momento é necessário esclarecer o significado da expressão “filiação híbrida”, a qual foi criada pela autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka para definir a situação onde existam filhos exclusivos do *de cuius* e comuns com o cônjuge simultaneamente (HINORAKA, 2007). O referido fenômeno é cada vez mais comum no direito sucessório, principalmente em conflitos envolvendo companheiro(a) em concorrência com filhos híbridos.

Atualmente, conforme mencionado no capítulo anterior, o companheiro(a) teve seus direitos igualados aos do cônjuge para fins sucessórios, o que resultou na inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que tratava da sucessão do companheiro(a). Desta forma, a este é conferido o disposto no artigo 1.832 do Código Civil Brasileiro, o qual versa o seguinte quanto aos direitos do cônjuge na sucessão:

Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. (BRASIL, 2002).

Ao analisar o artigo, é possível concluir que o cônjuge sobrevivente recebe parcela igual aos descendentes, cabendo, porém, à reserva de $\frac{1}{4}$ da herança, caso seja ascendente dos descendentes com quem concorrer. Desta forma, ao concorrer somente com descendentes exclusivos do *de cuius*, mesmo que haja mais de três descendentes, não terá direito à quarta parte.

Entretanto, verifica-se uma lacuna normativa, uma vez que o legislador ao redigir o artigo deixou de prever os casos em que há concorrência com filhos híbridos, ou seja, quando o cônjuge concorre ao mesmo tempo com filhos comuns e exclusivos do *de cuius*, o que resultou em diversas críticas feitas pelos doutrinadores, conforme versa Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka:

O legislador do Código Civil de 2002, embora inovador na construção legislativa de hipótese de concorrência do cônjuge com herdeiros de

convocação anterior à sua própria, infelizmente não fez a previsão da hipótese agora em apreço, de chamada de descendentes dos dois grupos, quer dizer, os *descendentes comuns* e os *descendentes exclusivos*. É bastante curioso, até, observar essa lacuna deixada pela nova Lei Civil, uma vez que em nosso país a situação descrita é comuníssima, envolvendo famílias constituídas por pessoas que já foram unidas a outras, anteriormente, por casamento ou não, resultando, dessas uniões, filhos (descendentes, enfim) de origens diversas. (HINORAKA, 2007, p. 235).

A autora justifica sua revolta afirmando que, em virtude ser um caso comum nos dias de hoje, o legislador deveria ter feito menção a esta espécie de filiação. No mesmo sentido, Sílvio de Salvo Venosa também julga ser lamentável a omissão deixada pelo legislador, uma vez que, segundo ele, é muito comum na sociedade em que vivemos pessoas casarem mais de uma vez, e, destes casamentos, resultarem outros filhos (VENOSA, 2009).

Desta forma, uma série de questionamentos surgiu quanto à interpretação do referido artigo, de forma que os doutrinadores manifestaram vários entendimentos controversos. Alguns autores defendem que seria fundamental a reserva mínima de $\frac{1}{4}$, já outros afirmam que a divisão deveria ser feita de forma igual, sem direito à reserva mínima, independente da quantidade de filhos.

A partir desses entendimentos, surgiram três correntes doutrinárias. A primeira versa no sentido de classificar todos os descendentes, exclusivos e comuns, como se fossem descendentes exclusivos do *de cuius*, resultando em uma divisão igualitária entre cônjuge e descendentes, sem a reserva da quarta parte (GONÇALVES, 2009). Esta corrente é defendida pela maioria dos autores, dentre eles Maria Helena Diniz, a qual afirma que:

Se assim é, só importa para fins sucessórios a relação de filiação com o *de cuius*, e não a existente com o cônjuge supérstite. Por isso, para que não haja quotas diferentes entre os filhos do falecido, diante da omissão legal, parece-nos que este deveria receber quinhão igual ao dos filhos exclusivos, que herdaram por cabeça, não se aplicando a quota hereditária mínima de $\frac{1}{4}$. (DINIZ, 2014, p. 150).

Percebe-se que a autora fundamenta no sentido de que a relação válida é a do filho com o *de cuius*, de forma que a existência ou não de vínculo entre este e o cônjuge supérstite não teria importância, sendo irrelevante para o direito sucessório. Desta forma, seria mais adequada a divisão igual entre o cônjuge ou companheiro(a) com os descendentes, sem garantia de quaisquer reservas.

Mario Luiz Delgado Régis compactua da mesma opinião, afirmando que só existirá o direito a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança quando todos os filhos forem comuns, do contrário, a divisão deverá proceder de forma igual (RÉGIS, 2005). Ainda nesta linha de pensamento, Caio Mario da Silva Pereira afirma ser esta uma regra excepcional, que deve ser interpretada restritivamente, cabendo ao cônjuge à reserva da quarta parte da herança apenas quando todos os descendentes com quem irá concorrer forem seus descendentes também (PEREIRA, 2015). Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho fundamentam:

Em nosso sentir, invocando a “lógica do razoável” de Recaséns Siches, considerando que o espírito da norma é a garantia da concorrência do cônjuge com os descendentes, bem como que a literalidade do preceito legal é evidente, entendemos que o dispositivo preserva o percentual mínimo de 25% da herança apenas na hipótese de a viúva (ou viúvo) concorrer somente com filhos comuns. Posto a norma não seja clara neste ponto, razão não haveria, em nosso sentir, para se beneficiar o conjugue sobrevivente quando concorresse com algum filho exclusivo do falecido. (GAGLIANO; FILHO, 2016, p. 237).

Verifica-se que o autor justifica sua opinião afirmando que se interpretado de forma diversa, o artigo acabaria por beneficiar os filhos comuns, o que não seria razoável. Ou seja, no caso de serem somente filhos comuns não haveria maiores prejuízos, pois, a reserva estabelecida ao cônjuge, acabaria revertendo aos filhos. Contudo, no momento em que há filhos exclusivos do falecido, estes restarão prejudicados, uma vez que a eles não caberá garantia de receber parte dos bens que foram destinados ao cônjuge sobrevivente, já que não são herdeiros deste (GONÇALVES, 2009).

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira consideram que o artigo deveria ser interpretado de modo restritivo, de forma que o cônjuge só tenha acesso à reserva nos casos em que existir apenas filhos comuns, pois assim seria garantido o direito da igualdade entre os filhos, tornando mais simples a partilha, sem a necessidade de aplicação de cálculos e porcentagens para chegar a um valor justo. Desta forma, tratando todos os filhos como se fossem exclusivos, dividindo a herança de forma igual entre o cônjuge ou companheiro(a) e descendentes (AMORIM; OLIVEIRA, 2005).

Por fim, Arnaldo Rizzardo completa afirmando que a intenção do legislador seria de garantir a quarta parte, apenas nos casos em que o cônjuge fosse ascendente de todos os herdeiros com os quais concorrer, vez que garantindo uma

reserva mínima quanto aos filhos exclusivos, estes correriam o risco de ficar sem herança, pois deles seria retirada a porção para completar o mínimo correspondente ao cônjuge (RIZZARDO, 2005).

Tal posição é aceita majoritariamente pelos doutrinadores, tendo conforme verificado acima, principal justificativa atrelada ao fato de que ao falecer, o cônjuge irá repassar, por meio de herança, a reserva que lhe foi garantida aos filhos comuns, o que não ocorrerá em relação aos exclusivos, gerando uma concorrência desigual, privilegiando os filhos comuns em relação aos exclusivos.

O mesmo posicionamento foi adotado na V Jornada de Direito Civil, com a aprovação do enunciado 527, o qual versa que: "Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do de cujus, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida." (BRASIL, 2012). Desta forma, confirma-se o fato de que, o verdadeiro desejo do legislador ao redigir o artigo, era de que a quarta parte apenas fosse garantida nos casos em que o cônjuge ou companheiro(a) concorrer apenas com descendentes comuns.

Todavia, a adesão a essa corrente está longe de ser pacífica, sofrendo críticas de alguns doutrinadores, no sentido de que, no momento em que todos os descendentes são tratados como exclusivos do *de cujus*, é afastada a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança ao cônjuge, a qual era garantia de amparo em sua viuvez. Esse tratamento também iria contra a verdade natural (descendentes por laços biológicos) ou civil (descendentes em razão de uma adoção verificada), autorizando a dispensa de uma maior proteção ao cônjuge que sobreviver (HINORAKA, 2007).

Por estes motivos formou-se uma segunda corrente, diante da qual todos os descendentes seriam classificados como se fossem comuns do de cujus e do cônjuge ou companheiro(a), sendo garantida a reserva da quarta parte da herança quando houver mais de três descendentes híbridos, independente da quantidade de filhos exclusivos que houver.

Em defesa desta corrente, Francisco Cahali versa que, mesmo no caso de haver filiação híbrida, deveria ser reservada a reserva de $\frac{1}{4}$ ao cônjuge ou companheiro(a), uma vez que o legislador não preceitua que o cônjuge deve ser ascendente de todos os herdeiros com quem concorrer, interpretando o dispositivo de forma não restritiva (CAHALI, 2012). No mesmo sentido, Sílvio de Salvo Venosa afirma que:

A primeira opinião é que se nos afigura mais sensata e de acordo com a interpretação finalística e ética do Código é assegurar sempre a quarta parte da herança ao sobrevivente, quando há filhos dos dois leitos como expusemos, pois o legislador não fez restrição a esse respeito e procurou proteger o cônjuge sobrevivente com essa quota mínima, em qualquer situação. (VENOSA, 2009, p. 135).

O argumento utilizado pelo autor é de que o legislador não citou nenhum tipo de restrição quanto à parcela mínima do cônjuge ou companheiro(a), o que deve ser interpretado de modo a proteger os direitos destes, a fim de que possam receber a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança e ter alguma garantia para situações de necessidade. Se a intenção fosse de privar o cônjuge desta reserva, o legislador teria acrescentado alguma restrição específica referente ao assunto.

Porém, a referida corrente possui poucos adeptos, sofrendo críticas, tanto doutrinárias, quanto jurisprudenciais, vez que contraria o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, representando visível prejuízo aos descendentes exclusivos do falecido, os quais por não descenderem do cônjuge com quem concorrem, não teriam acesso a uma parte mais ou menos substancial do patrimônio exclusivo de seu ascendente morto (HINORAKA, 2007).

Há ainda uma corrente minoritária, a qual defende que a divisão deveria ser feita em sub-heranças proporcionais de acordo com o tipo de descendente, na tentativa de harmonizar matematicamente o disposto nas duas correntes anteriores. Sendo assim, a herança do cônjuge ou companheiro(a) seria composta por duas partes, uma referente aos descendentes exclusivos, e outra referente à concorrência dos descendentes comuns, garantido nesta porção sua reserva de um quarto sobre o acervo hereditário (HINORAKA, 2007).

Entretanto, é rara a utilização desta corrente, principalmente devido ao fato de que esse cálculo não atenderia aos preceitos legais e não garantiria a igualdade de quinhões atribuíveis a cada um dos descendentes da mesma classe, conforme determina o art. 1.834 do Código Civil, de caráter constitucional. Ou seja, não seria possível obter quinhões iguais para os herdeiros da mesma classe, nem seria razoável que a quarta parte, garantida ao cônjuge, fosse complementada por subtração considerando a parte do acervo destinada aos descendentes comuns (HINORAKA, 2007). Neste sentido, Reinaldo Franceschini Freire afirma:

A divisão da herança em blocos, além de não ser prevista no ordenamento jurídico nacional, fere o princípio da indivisibilidade da herança e implica a

elaboração de diversos cálculos aritméticos, o que poderá dificultar a partilha de bens. Impossibilita, ainda, a divisão igualitária entre os filhos. (FREIRE, 2009, p. 135).

A opinião do autor reforça o motivo pelo qual essa corrente é pouco aderida pelos doutrinadores, visto que, conforme exposto acima, sua aplicação acaba por gerar heranças com valores distintos entre os filhos exclusivos do autor, de um lado, e os filhos comuns, de outro. Nitidamente violando o princípio da indivisibilidade da herança e da igualdade entre os filhos.

Existem ainda outras duas formas de divisão, sendo estas a soma de frações e a aplicação de médias ponderadas. A primeira consiste na atribuição de uma quota e meia ao cônjuge ou companheiro(a), equivalente à soma da quota devida em relação aos filhos comuns e da meia quota devida em relação aos filhos exclusivos. Entretanto, tal divisão seria muito mais desigual do que as anteriores, de forma que a única doutrinadora que versa sobre essa teoria é Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka, que apenas faz menção para rejeitá-la (HINORAKA, 2007).

Já a aplicação de médias ponderadas, utiliza-se da matemática para resolver o conflito, buscando calcular a proporção que seria devida ao cônjuge ou companheiro(a) para que, tanto a corrente que defende o tratamento de todos os filhos como comuns, quanto a que defende o tratamento de todos como exclusivos, sejam atendidas. Para tal, foram elaboradas diversas fórmulas, destacando-se a fórmula Tusa, criada pela professora Gabriele Tusa e pelo economista Fernando Curi Pires, a qual é apresentada da seguinte forma:

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

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

(CAHALI; HIRONAKA, 2012, p. 236).

A autora ainda explica o significado das variáveis, onde X seria o quinhão hereditário que caberá a cada um dos filhos; C o quinhão correspondente ao cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente; H o valor dos bens sobre os quais há

concorrência; F o número de descendentes comuns e S o número de descendentes exclusivos (HINORAKA, 2007).

Desta forma, verifica-se que a aplicação de médias ponderadas leva a um resultado mais igual, uma vez que possibilita o equilíbrio entre as demais correntes. Entretanto, o fato de ser pouco aderida pela doutrina, justifica-se pelo motivo que, mesmo que gerando resultados mais justos, aplicar uma fórmula matemática é mais trabalhoso.

Neste liame, observa-se que mesmo com o resultado mais justo consequente de alguns métodos de divisão, não haveria nenhuma fórmula capaz de sanar todos os dispositivos do Código Civil, sendo necessária, diante de tão relevante omissão, uma reformulação dos artigos que versam sobre a concorrência dos descendentes com cônjuge ou companheiro(a), assim como os demais dispositivos controversos. Assim concluindo Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka:

De qualquer das formas, ao que parece, na concorrência de uma hipótese real de sucessão de descendentes que pertencessem aos dois distintos grupos (comuns e exclusivos) e concorrência com o cônjuge sobrevivente, não haverá solução matemática que pudesse atender a todos os dispositivos do Código Civil novo, o que parece reforçar a ideia de que, para evitar uma profusão de inadequadas soluções jurisprudenciais futuras, o ideal mesmo seria que o legislador ordinário revisse a construção legal do novo Diploma Civil brasileiro, para estruturar um arcabouço de preceitos que cobrissem todas as hipóteses, inclusive hipóteses híbridas (como as tenho chamado), evitando o dissabor de soluções e/ou interpretações que corresse exclusivamente ao alvedrio do julgador ou hermeneuta, mas desconsiderando tudo aquilo que, a princípio norteou a ideia do legislador, formatando o espírito da norma. (HINORAKA, 2007, p.229).

Através de todos os argumentos analisados, é possível concluir que, mesmo existindo outras opiniões, a corrente mais defendida pelos doutrinadores é a que resulta em uma divisão igual entre cônjuge ou companheiro(a) e descendentes híbridos, tratando todos como se fossem exclusivos do *de cuius*. Para tanto, no próximo tópico serão abordadas decisões jurisprudenciais acerca do tema, verificando quais as formas mais aderidas para divisão da herança nos casos de filiação híbrida.

2.2 CONCORRÊNCIA ENTRE CÔNJUGE E FILHOS HÍBRIDOS NA SUCESSÃO LEGÍTIMA: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO PERÍODO DE JANEIRO DE 2010 A MARÇO DE 2016.

Devido ao fato de haver omissão legislativa acerca do tema, é fundamental uma análise jurisprudencial a fim de verificar de que modo o judiciário vem decidindo os processos que envolvam tal lacuna, observando quais as correntes mais adotadas e as justificativas utilizadas para tal adesão. Desta forma, serão analisadas decisões jurisprudenciais proferidas pelo Tribunal de Justiça em um período entre janeiro de 2010 a março de 2016.

Por conseguinte, ao efetuar a referida pesquisa, percebe-se que, em sua maioria, as decisões também possuem como argumento a aplicação do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, conforme se verifica no seguinte entendimento judicial proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual versa o seguinte:

Direito civil. Sucessões. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. Alegação de omissão quanto a um dos pleitos da recorrente. Omissão verificada no que tange à quantificação do quinhão da agravante, cônjuge supérstite. Hipótese de sucessão onde o cônjuge concorre com filhos comuns e exclusivos do de cujus. FILIAÇÃO HÍBRIDA. Cota mínima de 25% reservada ao cônjuge sobrevivente (art. 1.832, cc) que somente se aplica em relação aos filhos comuns deste com o falecido, sendo omissa a lei em relação aos casos de filiação híbrida. Diversas correntes doutrinárias a respeito. Resolução do caso concreto que se afigura mais adequada com a utilização da tese que defende a divisão per capita da herança, já que, sendo 02 filhos comuns e 02 filhos exclusivos, a repartição da herança em 05 partes iguais não ofende o princípio do tratamento igualitário da prole (art. 227, § 6º, crfb/88) e também não vulnera o direito do cônjuge à cota mínima em relação aos filhos próprios. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para declarar que o quinhão da agravante e todos os demais herdeiros é de 20% do total do monte. (RIO DE JANEIRO, 2015).

No caso acima, a cônjuge concorre com filhos comuns e exclusivos do *de cujus*, configurando um caso de filiação híbrida. Foi conferido direito de herança a cônjuge, porém, não foi definida a quantia do quinhão correspondente, pedindo esta que lhe fosse conferido 25% do total, referente à reserva de $\frac{1}{4}$ da herança a que faz menção o artigo 1832 do Código Civil.

Diante do disposto, o Desembargador Dr. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho decidiu por acolher os embargos de declaração, de forma a declarar que mesmo

conferindo o direito à herança, o quinhão correspondente a cônjuge seja igual ao dos demais herdeiros, totalizando a quantia de 20% do total do monte para cada um.

O Desembargador fundamentou sua decisão com base no princípio da igualdade entre os filhos, afirmando que a parte final do mencionado dispositivo legal excepciona que a reserva é aplicável apenas nos casos em que o cônjuge sobrevivente for ascendente dos herdeiros com quem concorrer, devendo este ser interpretado de forma restritiva.

Desta forma, decide que, para resolver o caso em tela, o meio mais adequado é a utilização da corrente segundo a qual se divide a herança por cabeça, considerando indistintamente todos os herdeiros, sejam eles filhos comuns ou exclusivos, respeitando o princípio constitucional da igualdade entre os filhos. A decisão abaixo exposta também reforça a defesa do referido princípio, desta vez tratando-se de companheira:

Ação de inventário – Decisão que reconheceu o direito da companheira sobrevivente à meação dos bens e disciplinou a sucessão nos termos do Artigo 1.790 do Código Civil – Constitucionalidade do referido dispositivo legal reconhecida pelo C. Órgão Especial desta Corte de Justiça – Irresignação manifestada pelas duas filhas unilaterais do "de cujus" em relação aos percentuais alcançados na divisão do patrimônio a ser partilhado – Mantida a meação dos bens em favor da companheira, vez que não há controvérsia acerca da aquisição de todo o patrimônio na constância da união estável – Exegese do disposto nos incisos I e II do Artigo 1.790 diante da existência de filha comum e de duas filhas unilaterais do "de cujus" – Corrente doutrinária majoritária que entende pela aplicação do inciso II do referido dispositivo legal para divisão dos bens no caso de filiação híbrida – Aplicação pelo magistrado "a quo" da divisão igualitária dos bens móveis entre a companheira e as três filhas, sem distinção da origem da filiação, utilizando a regra do inciso I do Artigo 1.790 do Código Civil – Impossibilidade de reforma nesta oportunidade para não violar o princípio da "reformatio in pejus" – Necessidade de adequação da divisão do bem imóvel, vez que não há meação da companheira sobre os 50% do imóvel que pertence ao "de cujus" e sim a apuração do seu direito de herança – Decisão reformada em parte – Recurso provido em parte. (SÃO PAULO, 2016).

No caso em questão, ocorre um conflito envolvendo filhas híbridas do *de cujus*, onde estas pedem que a companheira seja excluída da sucessão no que diz respeito ao bem imóvel, de forma que seja conferido apenas o direito à meação, sem que haja concorrência com as demais herdeiras quanto aos 50% restantes.

Diante do alegado, a relatora Marcia Dalla Déa Barone decide por prover em parte o recurso interposto pelas filhas, reformando a decisão anterior e conferindo à companheira o direito à meação sobre os bens móveis e imóveis, dividindo os 50%

restantes em partes iguais entre a companheira e as demais herdeiras, uma vez que foram adquiridos ao longo da união estável, devidamente comprovada por meio de declaração registrada em escritura pública.

Quanto ao pedido referente aos bens móveis, afirma que a divisão igualitária entre a companheira e as filhas é mais benéfica para as agravantes, de modo que a reforma da decisão resultaria em ofensa ao princípio da “*reformatio in pejus*”. Desta forma, verifica-se que a corrente adotada pela relatora é a de que a divisão seja feita de forma igualitária entre os filhos e a companheira, com o intuito de preservar o princípio da igualdade entre os filhos.

Entretanto, é pertinente destacar que atualmente a companheira tem seus direitos igualados aos do cônjuge, vez que o STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, extinguindo quaisquer diferenças para fins sucessórios entre os dois institutos. Da mesma forma, o STJ também se manifestou no sentido da equiparação entre cônjuge e companheiro(a), como se observa na seguinte decisão:

Recurso especial. Civil. Processual civil. Direito de família e das sucessões. Distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. IMPOSSIBILIDADE. Art. 1.790 do código civil de 2002. INCONSTITUCIONALIDADE. Stf. Repercussão geral reconhecida. ART. 1.829 do código civil de 2002. Princípios da igualdade, dignidade humana, proporcionalidade e da razoabilidade. INCIDÊNCIA. Vedação ao retrocesso. Aplicabilidade. 1. No sistema constitucional vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do CC2002, conforme tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento sob o rito da repercussão geral (Recursos Extraordinários nºs 646.721 e 878.694). 2. O tratamento diferenciado acerca da participação na herança do companheiro ou cônjuge falecido conferido pelo art. 1.790 do Código Civil2002 ofende frontalmente os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso. 3. Ausência de razoabilidade do discrimen à falta de justo motivo no plano sucessório. 4. Recurso especial provido. (BRASÍLIA, 2017).

Trata-se de um Recurso Especial, interposto contra um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul, no qual o legislador tratou de forma diversa o instituto do casamento e da união estável. Ao analisar o Recurso, o Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva afirma que o Supremo Tribunal Federal, quando da análise dos Recursos Extraordinários nº s 646.721 e 878.694, julgados em maio deste ano, já havia reconhecido a equiparação do cônjuge e companheiro(a) para fins sucessórios.

Por conseguinte, salienta que esta equiparação resulta na inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, utilizado para fundamentar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul, e extrai alguns dos argumentos utilizados pelo Ministro Luís Roberto Barroso ao julgar o Recurso Extraordinário nº 878.694, versando que:

Extrai-se do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, relator do RE nº 878.694, que o STF já equiparou as uniões homoafetivas às uniões "convencionais", o que implicaria utilizar argumentos semelhantes em ambos os casos, especialmente porque após a Constituição de 1988 foram editadas as Leis nºs 8.971/1994 e 9.278/1996 que equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável. Salientou, ainda, que o Código Civil, ao diferenciar o casamento e as uniões estáveis no plano sucessório, promoveu um retrocesso e uma inconstitucional hierarquização entre as famílias, por reduzir o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados, motivo pelo qual o art. 1.790 do Código Civil de 2002 viola a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, e contraria a vedação à proteção insuficiente, bem como a proibição ao retrocesso. (BRASÍLIA, 2017).

Verifica-se através dos argumentos apresentados por Barroso, que já existiam Leis no sentido de equiparar os dois institutos, de forma que o Código Civil promoveu um retrocesso no que se refere aos direitos do companheiro(a), resultando em uma ofensa ao princípio constitucional da igualdade, dignidade da pessoa humana e proporcionalidade. Isso porque o artigo 1790 do Código Civil conferiu ao companheiro(a) direitos inferiores aos do cônjuge, criando uma hierarquia entre os dois institutos.

Com respaldo na doutrina e jurisprudência, o relator decidiu pelo provimento do Recurso, deferindo a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e a isonomia entre os direitos conferidos ao cônjuge e companheiro(a). Entretanto, percebe-se que mesmo antes dos institutos da união estável e do casamento serem equiparados para fins sucessórios, os casos envolvendo filiação híbrida já eram solucionados por analogia, pelo artigo 1.832 do Código Civil, o qual regula a sucessão do cônjuge. Desta forma, cabe analisar a seguinte decisão referente aos direitos da companheira:

DIREITO SUCESSÓRIO - Bens adquiridos onerosamente durante a união estável Concorrência da companheira com filhos comuns e exclusivo do autor da herança - Omissão legislativa nessa hipótese - Irrelevância - Impossibilidade de se conferir à companheira mais do que teria se casada fosse - Proteção constitucional a amparar ambas as entidades familiares - Inaplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil - Reconhecido direito de

meação da companheira, afastado o direito de concorrência com os descendentes - Aplicação da regra do art. 1.829, inciso I do Código Civil - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO. (SÃO PAULO, 2010).

No referido caso, a companheira apela pela reforma da decisão, afirmando que foi prejudicada na partilha devido à declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, pleiteando que seja revogada a inconstitucionalidade do artigo, de forma que a ela seja conferido 50% a título de meação e o restante seja dividido entre ela em concorrência com os demais herdeiros na forma dos incisos I e II do referido artigo.

Entretanto, verifica-se a existência de filiação híbrida, de forma que a divisão da herança de acordo com os incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil acabaria por tratar de forma distinta os filhos de origem exclusiva. Por esses motivos a relatora nega o provimento ao recurso, afirmando que a aplicabilidade do referido artigo configuraria ofensa a preceitos constitucionais, vez que é impossível distinguir em termos de afeto, famílias constituídas pelo matrimônio ou pela união estável, sendo inconstitucional a distinção entre os dois institutos.

Tendo desconsiderado a aplicação do dispositivo que faz menção ao companheiro(a), a relatora decidiu por aplicar por meio da analogia os artigos 1.829 e 1.830, ambos do Código Civil, a fim de que a sucessão seja realizada de forma igualitária, respeitando os preceitos constitucionais da igualdade entre os filhos e da não distinção entre os institutos. Da mesma forma, verifica-se a defesa de ambos os princípios constitucionais na seguinte decisão:

Agravo de instrumento Inventário União estável Sucessão da companheira Concorrência à herança com os filhos comuns e exclusivos do falecido Decisão que determinou a aplicação do art. 1.790, inciso I, do CC Recurso dos interessados Alegação de que o dispositivo invocado seria inconstitucional Descabimento Constitucionalidade da norma declarada pelo Órgão Especial desta Corte Vinculação do Órgão fracionário ao entendimento exarado Inteligência do art. 97 da CF e da Súmula Vinculante n.º 10 do STF Filiação híbrida, contudo, cuja sucessão não possui previsão legal Aplicação, por analogia, do art. 1.790, inciso II, do CC Precedentes desta Corte e Câmara Decisão reformada apenas para esse fim. AGRAVO PROVIDO EM PARTE. (SÃO PAULO, 2016).

Na jurisprudência acima, os agravantes afirmam que a decisão anterior teria estabelecido um tratamento diferente entre os filhos e a companheira, de forma que esta, ao receber valor referente à meação mais $\frac{1}{4}$ a título de herança, estaria sendo

privilegiada em razão dos demais, vez que o caso em tela contempla a ocorrência de filiação híbrida, onde os agravantes julgam não se aplicar a quarta parte.

Como justificativa para tal afirmação, os mesmos postulam que a decisão proferida iria contra a isonomia assegurada por meio do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, citando doutrinadores e precedentes jurisprudenciais que versam no mesmo sentido, a fim de que a decisão seja reformada.

Diante dos argumentos apresentados pelos agravantes, o relator decidiu por prover em parte o agravo, garantindo a companheira sua meação, correspondente a 50% do patrimônio deixado pelo *de cujus*, juntamente com quantia igual a dos demais herdeiros quanto à outra metade, a título de herança. Desta forma, verifica-se que o relator seguiu os preceitos do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, excluindo a reserva da quarta parte à companheira e tratando todos como se fossem filhos exclusivos.

A partir das decisões jurisprudenciais acima relatadas, verifica-se a prevalência de uma das correntes doutrinárias, qual seja a de que o cônjuge ou companheiro(a) não possui reserva de $\frac{1}{4}$ da herança nos casos em que concorre com filhos híbridos, recebendo quantia igual a dos demais herdeiros, tanto tratando de cônjuge quanto companheiro, devido a equiparação entre os institutos.

Cabe ressaltar que não foram encontradas jurisprudências que tratassem a divisão da herança de forma diversa das acima citadas, prevalecendo integralmente a posição de que o cônjuge ou companheiro(a) não teria direito à quarta parte quando se tratar de filiação híbrida. Não obstante, constata-se que a principal justificativa apresentada para tal posicionamento seria a isonomia conferida pelo princípio constitucional da igualdade entre os filhos, o qual será analisado no próximo tópico.

2.3 LEGITIMIDADE DAS REGRAS APLICÁVEIS À DIVISÃO DA HERANÇA NA CONCORRÊNCIA ENTRE CÔNJUGE E DESCENDENTES NA FILIAÇÃO HÍBRIDA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS.

O Direito Sucessório, assim como o direito de família, necessita de uma análise sob o prisma da Constituição Federal, a fim de trazer uma dimensão mais ampla de tratamento para a disciplina. Com o advento da Constituição de 1988, a

dignidade da pessoa humana passou a ser o princípio supremo que garante a igualdade entre todas as pessoas, sem qualquer distinção perante a lei.

O artigo 1º, inciso III da Constituição Federal determina que a República Federativa do Brasil tenha como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este considerado referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, e norteador para todas as normas (BRASIL, 1988). Ainda, sobre a dignidade humana como princípio fundamental Ingo Wolfgang Sarlet conclui:

[...] o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que 'atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais', exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade. (SARLET, 2009, p. 94).

Não obstante, esse tratamento isonômico originado pelo princípio da dignidade da pessoa humana reflete diretamente na filiação, consagrando o princípio da igualdade jurídica entre os filhos. Referido princípio passou a ser um direito fundamental, tendo o artigo 227, § 6º da Constituição Federal reconhecido a igualdade de direitos entre os filhos, sem distinção quanto aos termos legítimo, adotado, adulterino ou incestuosos, vedando qualquer possibilidade de discriminação (SILVA, 2000).

Ainda, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a igualdade entre os filhos, ao vedar a discriminação em razão da filiação está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, visto que este princípio também tem como objetivo direto a isonomia, não só no âmbito das sucessões, mas na sociedade em geral (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Desta forma, a igualdade constitucional representa um modo mais justo e isonômico para viver em sociedade, e não apenas uma expressão de direito. Cabe destacar que o direito à filiação, mesmo não citado no rol expresso do artigo 5º da Constituição, está consolidado como direito fundamental, não podendo ser ignorado, vez que possui igual positividade e eficácia no meio jurídico (SARLET, 2007 *apud* DIAS, 2009). Neste sentido, Rolf Madaleno completa:

Finalmente, a Carta Federal resgata a dignidade da descendência brasileira, deixando de classificar filhos pela maior ou menor pureza das relações

sexuais, legais e afetivas de seus pais, quando então, os filhos eram vistos e classificados por uma escala social e jurídica direcionada a discriminar o descendente e a sua inocência, por conta dos equívocos ou pela cupidez de seus pais. (MADALENO, 2001, p. 38).

Verifica-se, portanto, que após a instituição da isonomia entre os filhos, a Carta Federal esclarece a existência de apenas duas classes de filhos, sendo os que são filhos e os que não são, sem qualquer distinção quanto à origem da filiação, tendo essa norma repercussão tanto no campo patrimonial, quanto no pessoal (TARTUCE, 2006).

O Código Civil, em seu artigo 1.596, reforça o princípio da igualdade entre os filhos, tendo a seguinte redação: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 2002).

Desarte, de forma a acolher o já consagrado princípio, o artigo 1834 do Código Civil versa que: “Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.” (BRASIL, 2002). Diante do exposto, Silvio Rodrigues explica que, apesar da linguagem equivocada utilizada pelo legislador ao se referir às “classes”, o referido dispositivo reafirma a igualdade entre os filhos:

Apesar da linguagem um tanto confusa, mencionando ‘os descendentes da mesma classe’, quando os descendentes já integram a mesma classe – aliás, a 1ª classe dos sucessíveis -, o art. 1.834 vem reafirmar que estão suprimidas todas as normas que vigoraram no passado, e que estabeleciam distinções odiosas entre os descendentes, desnivelando os filhos, conforme a origem da filiação. (RODRIGUES, 2003, p. 198).

Desta forma, a intenção do artigo era frizar que os descendentes possuem os mesmos direitos sucessórios que seus ascendentes, sem que seja conferida a estes qualquer tipo de discriminação, sendo sua natureza biológica ou civil. A única preferência que se admite é a exposta no artigo 1.833, a qual se baseia nos graus de parentesco: os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação.

Por conseguinte, verifica-se que não importa se o filho é biológico ou não, se é matrimonial ou extramatrimonial, se é reconhecido ou adotado, pois, com a instituição do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, todos terão direitos iguais, vedadas quaisquer distinções, o que influi diretamente no âmbito sucessório, uma vez que o referido princípio deve ser observado ao dividir a

legítima. Cabe destacar que, a não observância do princípio da igualdade entre os filhos, implica diretamente em uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois como referido anteriormente, ambos defendem a isonomia de direitos.

Neste liame, é possível compreender a importância do princípio constitucional da igualdade entre os filhos nas questões envolvendo filiação híbrida, uma vez que a filiação híbrida é composta por filhos comuns e exclusivos, os quais, segundo o referido princípio, devem ser considerados iguais perante a lei. Por conseguinte, diversos doutrinadores fundamentam suas teses sobre o fenômeno da concorrência entre cônjuge ou companheiro(a) e filhos híbridos com base na isonomia, garantida por este princípio. Nesse sentido Maria Helena Diniz versa que:

Havendo filhos (ou outros descendentes) comuns e exclusivos concorrendo com viúvo, dever-se-á, por força da CF, art. 227, §6º, e da LINDB, arts. 4º e 5º, diante da omissão legal, afastar a reserva da 4ª parte, dando a todos os herdeiros quinhão igual, pois se assim fosse prejudicar-se-iam os filhos exclusivos, que nada tem a ver com o viúvo. Como todos são descendentes (comuns ou exclusivos) do *de cuius*, em nome desse vínculo de parentesco, mais justo seria que o viúvo recebesse quinhão igual ao deles, para que não haja discriminação entre eles. Para fins sucessórios o que importa é o liame de parentesco consanguíneo ou civil com o *de cuius* e não com seu viúvo. Assim sendo, ante a lacuna normativa, visto que a norma não aborda a questão da concorrência híbrida, aplicar-se-ia o princípio geral de direito constitucional da igualdade jurídica dos filhos (LINDB, art. 4º) e o critério do *justum* (LINDB, art. 5º) e considerar-se-iam todos como filhos exclusivos do *de cuius*. (DINIZ, 2014, p. 153).

Verifica-se que a autora aplica o princípio da igualdade ao defender a corrente de que, nos casos em que houver filiação híbrida, o cônjuge deve receber quantia igual a dos filhos, considerando-se todos exclusivos do *de cuius*, pois dessa forma não haveria nenhum tratamento distinto entre os filhos ou entre o cônjuge.

No mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho versam que, ao restringir os direitos dos descendentes, a norma deve ser interpretada de forma restrita, sem que o benefício concedido ao cônjuge se torne um desigual privilégio, pois assim estaria violando a isonomia conferida pelo princípio constitucional da igualdade entre os filhos (GAGLIANO; FILHO, 2016).

Por meio destes argumentos, observa-se que o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, mesmo diante de tantos posicionamentos distintos, serve como um norte para que os doutrinadores possam fundamentar suas opiniões e, desta forma, facilitar o julgamento na prática de casos envolvendo o fenômeno da filiação híbrida no direito sucessório. Destacando que em sua maioria, conforme

tratado no tópico anterior, as jurisprudências citam o referido princípio como justificativa para adesão de determinada corrente.

Portanto, é possível concluir que, a corrente mais adotada, tanto nas doutrinas, quanto nas jurisprudências é a de que a divisão da herança deve seguir os preceitos constitucionais tanto da igualdade entre os filhos quanto da dignidade da pessoa humana, sem que sejam concedidos quaisquer privilégios oriundos do tipo de filiação, excluindo-se também a quarta parte destinada ao cônjuge ou companheiro(a), dessa forma será possível uma divisão mais justa entre ambas as partes.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como temática a análise da sucessão legítima no tocante à divisão da herança entre descendentes nos casos de filiação híbrida, à luz do princípio constitucional de igualdade entre os filhos, delimitando-se na abordagem, com base em doutrinas, legislação, e decisões jurisprudenciais, das regras aplicáveis na divisão da legítima sucessória entre descendentes advindos de filiação híbrida, quando da concorrência com cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente à luz do princípio constitucional de igualdade entre os filhos.

Diante desse contexto, a pesquisa demonstrou a ausência de regulamentação no sistema jurídico brasileiro, quanto à concorrência dos descendentes advindos de filiação híbrida com o cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, verificando a existência de diversas correntes doutrinárias e jurisprudências, no sentido de buscar uma divisão mais justa da herança nessas hipóteses, respeitando-se o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, consagrado pelo artigo 227, §6º da Constituição Federal.

Nesse sentido, iniciou-se a pesquisa com uma análise do direito sucessório em sua parte geral, a fim de introduzir e possibilitar uma melhor compreensão sobre o assunto, partindo do momento de abertura da sucessão e sucessão legítima, estudando a ordem de vocação hereditária, a equiparação do cônjuge e companheiro(a) sobrevivente para fins sucessórios, e por fim a concorrência com descendentes na sucessão legítima.

Em um segundo momento realizou-se um estudo acerca das regras aplicáveis à concorrência entre cônjuge e filhos híbridos, iniciando-se pela filiação híbrida no direito sucessório, seguido da concorrência entre cônjuge e filhos híbridos na sucessão legítima através de uma análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo e do estado do Rio de Janeiro, no período de janeiro de 2015 a março de 2016. Por fim, verificou-se a legitimidade das regras aplicáveis à divisão da herança na concorrência entre cônjuge e descendentes na filiação híbrida à luz do princípio da igualdade entre os filhos.

O objetivo geral do presente estudo foi atingido em razão da análise das regras sucessórias aplicadas na divisão da legítima, nos casos em que ocorre a concorrência entre cônjuge ou companheiro(a) e filhos híbridos, verificando uma possível violação ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, devido à falta de regulamentação legal no tocante ao fenômeno da filiação híbrida.

Com relação às duas hipóteses de pesquisa apresentadas inicialmente, confirmou-se apenas uma, a que faz referência ao preceito constitucional que consagrou no parágrafo 6º, do artigo 227, o princípio da igualdade entre os filhos, proibindo qualquer discriminação acerca da origem da filiação, definindo que a divisão da herança, nos casos de concorrência, seria feita de forma igual entre o cônjuge ou companheiro(a) e os filhos híbridos do falecido, sem reserva de um piso mínimo de um quarto da herança ao cônjuge ou ao companheiro(a), provou-se mais viável, sendo a mais utilizada tanto por doutrinadores quando em jurisprudências, vez que respeita o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

Assim, essa hipótese confirma-se em atendimento ao problema de pesquisa proposto, qual seja: de que forma vem sendo regulada na doutrina e na jurisprudência a divisão da herança nas hipóteses de concorrência de cônjuge ou companheiro (as) com filhos híbridos do autor da herança? Essa regulamentação vem atendendo ao preceito constitucional contido no artigo 227 §6º, que rege a igualdade entre os filhos?

Em contrapartida, tem-se que a hipótese que sustentava a necessidade de aplicar-se a regra da segunda parte do artigo 1832 do Código Civil, nos casos de concorrência com filhos híbridos, reservando-se um quarto da herança ao cônjuge e ao companheiro(a) e dividindo-se o restante da herança entre os filhos híbridos, equiparando todos os filhos aos comuns do casal, fora refutada, e mostrou-se contrária ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, motivo pelo qual é pouco aderida por doutrinadores e não utilizada em julgados.

Outrossim, ao longo da pesquisa constataram-se alguns pontos limitadores que dificultaram o desenvolvimento do estudo, principalmente referente aos casos de concorrência entre cônjuge e filhos híbridos ocorridos no Brasil, vez que a maioria dos julgados envolvia a concorrência dos filhos híbridos com companheiro(a). Entretanto, no decorrer da pesquisa foi decretada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que versava quanto aos direitos do companheiro(a) na divisão

da legítima, e aprovada a equiparação entre o instituto da união estável e do casamento para fins sucessórios.

Verifica-se dessa forma, a possibilidade de pesquisas futuras, a fim de abranger novos julgados que estejam atualizados de acordo com a decisão de equiparação entre cônjuge e companheiro(a), comparando as decisões de forma a constatar quais as mudanças decorrentes dessa equiparação na divisão da legítima sucessória, envolvendo filhos híbridos.

Ainda, poderia o legislador civil alterar a lei sucessória que regula a divisão da legítima em casos de concorrência entre cônjuge ou companheiro(a) e filhos híbridos, adaptando-se a nova realidade social existente e estabelecendo uma solução definitiva para esse conflito, de forma a respeitar o princípio constitucional da igualdade entre os filhos e corrigir possíveis injustiças, decorrentes da falta de regulamentação.

Assim, concluiu-se que há omissão legal no tocante à regulamentação da concorrência na herança do *de cuius*, do cônjuge, bem como do companheiro(a) sobrevivente com os filhos híbridos, constando-se, por meio da pesquisa realizada, inclusive em decisões judiciais, que o método mais adequado para sanar tal omissão, seria a divisão da herança de forma igual, entre cônjuge ou companheiro(a) e os filhos híbridos, sem distinção proveniente da filiação. A principal justificativa para este entendimento é pautada no princípio constitucional da igualdade entre os filhos, que proíbe expressamente a distinção entre quaisquer origens de filiação.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Supremo decide pela Inconstitucionalidade do Artigo 1.790 e põe em Igualdade Cônjuge e Companheiro.** Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6280/Supremo+decide+pela+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790+e+p%C3%B5e+em+igualdade+c%C3%B4njuge+e+companheiro>>
 Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Julgamento do STF tem Sete Votos a Favor pela Inconstitucionalidade do Artigo 1.790, que Prevê Diferenças entre Cônjuge e Companheiro Quanto à Herança.** Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6095/Julgamento+do+STF+tem+sete+votos+a+favor+pela+inconstitucionalidade+do+artigo+1.790%2C+que+prev%C3%AA+diferen%C3%A7as+entre+c%C3%B4njuge+e+companheiro+quanto+%C3%A0+heran%C3%A7a>>
 Acesso em: 18 mar. 2017.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventários e Partilhas.** 20. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2006.

AMORIM, Sebastião. OLIVEIRA, Euclides de. **Inventário e Partilhas.** 19. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2005.

BRASIL. Código Civil 2002. In: **Vade Mecum.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Constituição Federal 1988. In: **Vade Mecum.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. V Jornada de Direito Civil, de 11 de setembro de 2012. Coordenador Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <
<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/596>>. Acesso em 16 set. 2017.

BRASILIA. **Recurso Especial Nº 1.332.773**, Terceira Turma, Supremo Tribunal de Justiça, Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em 27/06/2017. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201396745&dt_publicacao=01/08/2017>. Acesso em: 10 set. 2017.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREIRE, Reinaldo Franceschini. **Concorrência Sucessória na União Estável**. Curitiba: Juruá, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Divil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Método, 2009.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Civil**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOLOGNI, C. K. F; DIAS, Ana Pieroli. **Da Abertura da Sucessão a Partir da Morte Encefálica**. 2008. 25f. Monografia (Aperfeiçoamento/Especialização em Pós-Graduação em Direito Civil e Processo) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro, 1948, nº 1. *Apud In*: AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventários e Partilhas**. 20. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2006.

NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel. **Manual de Direito Civil**. 2 ed. Bahia: Editora Jus Podium, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente**. Porto Alegre: Síntese, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito de Família**. 28.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

RIO DE JANEIRO. **Agravo de Instrumento Nº 00622369520148190000**, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator: Des. Luiz Fernando Ribeiro De Carvalho, Julgado em 14/01/2015. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162223423/agravo-de-instrumento-ai-622369520148190000-rj-0062236-9520148190000>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento Nº 21511227020168260000**, 3ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Marcia Dalla Déa Barone, Julgado em 08/11/2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/403728353/agravo-de-instrumento-ai-21511227020168260000-sp-2151122-7020168260000?ref=topic_feed>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Agravo de Instrumento Nº 2150854-50.2015.8.26.0000**, 3ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Miguel Brandi, Julgado em 16/03/2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322912147/agravo-de-instrumento-ai-21508545020158260000-sp-2150854-5020158260000?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Apelação Nº 994080612438**, 7º Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Elcio Trujillo, Julgado em 07/04/2010. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9083906/apelacao-apl-994080612438-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em 17 mar. 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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: 20 jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

_____. **Direito Civil Direito das Sucessões**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013.