

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)  
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)  
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Rodolfo dos Santos Rocha da Cunha

O DIREITO SUCESSÓRIO DA CONCUBINA NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO

Rio de Janeiro  
2018

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)  
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)  
GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODOLFO DOS SANTOS ROCHA DA CUNHA

O DIREITO SUCESSORIO DA CONCUBINA NO ORDENAMENTO JURIDICO  
BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Direito da Universidade Candido Mendes  
- Centro, como requisito parcial à obtenção do  
título de bacharel em Direito.

Orientador: José Augusto Galdino da Costa

Rio de Janeiro

2018

Rodolfo dos Santos Rocha da Cunha

O DIREITO SUCESSÓRIO DA CONCUBINA NO ORDENAMENTO JURIDICO  
BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Curso de Direito da Universidade Candido  
Mendes - Centro, como requisito parcial à  
obtenção do título de bacharel em Direito.

Nota ( )

Professor:

---

Profº José Augusto Galdino da Costa – Orientador

---

---

Rio de Janeiro

2018

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho assim como todo esforço, amor, carinho e gratidão a minha avó Célia Rocha da Cunha “*in memoriam*” pela grande Matriarca que foi e a principal responsável pela minha educação e formação.

## **AGRADECIMENTO**

Primeiro agradeço ao Grande Arquiteto do Universo por toda luz. Agradeço também por todas as vitórias e derrotas, pois é preciso perder para ganhar.

Aos meus pais Mônica e Luiz Fernando, por serem as minhas principais colunas, pela educação que me foi dada fazendo de mim um homem justo e íntegro, por todo amor, carinho e afeto.

A minha namorada Kelly pelo amor, carinho, paciência, conselhos e incentivo; por sempre acreditar no meu potencial.

Aos meus amigos pelo apoio e por tornarem os momentos difíceis da vida mais leves, aos irmãos que a vida me deu: Cadu, Jonathan, Marco Aurélio e Pedro; e aqueles não menos especiais: Adonis, Isabela, Jairo, Luiz e Rafael.

Agradeço aos professores do Colégio Guido de Fontgalland formadores da minha base educacional.

A todos os mestres da Universidade Candido Mendes que tive a honra de ser aluno, por todos os ensinamentos, em especial ao meu orientador Galdino, por ter sido mais que um mestre, um pai.

“Prefiro os que me criticam, porque me corrigem, aos que me adulam, porque me corrompem”

Santo Agostinho

## RESUMO

A presente monografia tem por objeto a análise do direito sucessório da concubina no Ordenamento Jurídico Brasileiro, tendo como ponto de partida uma análise aos institutos do concubinato e união estável, como origem histórica, conceitos, elementos caracterizadores e por fim, a distinção entre ambos institutos. Por conseguinte, estudaremos o Direito sucessório, iniciando pela Origem Histórica desde o primeiro aparato legislativo conhecido como Código de Hamurabi, até o Novo Código civil de 2002; abordaremos também o conceito de Direito Sucessório, suas espécies e correntes doutrinárias. Por fim, analisaremos o concubinato como entidade familiar a ser reconhecida por reflexo as novas entidades familiares contemporâneas amparadas pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-Chave:** Direito de Família. Sucessões. Concubinato. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CP – Código Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ECA – Estatuto da criança e do Adolescente

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

JF – Justiça federal

MP – Ministério Público

TJ – Tribunal de Justiça

UCAM – Universidade Candido Mendes

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL .....</b>	<b>13</b>
2.1 ORIGEM DO CONCUBINATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	13
2.2 ORIGEM DA UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..	13
2.3 CONCEITOS.....	15
2.3.1 Conceito de concubinato e elementos caracterizadores .....	15
2.3.2 Conceito de União Estável e elementos caracterizadores .....	17
2.4 DIFERENÇA ENTRE CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL.....	17
<b>3 DIREITO SUCESSÓRIO .....</b>	<b>19</b>
3.1 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DAS SUCESSÕES .....	19
3.1.1 Código de Hamurabi.....	19
3.1.2 Código de Manu .....	20
3.1.3 Grécia Antiga.....	22
3.1.4 Direito romano.....	22
3.1.5 Idade Média .....	23
3.1.6 Revolução Francesa.....	24
3.1.7 Código napoleônico .....	24
3.1.8 Código civil alemão ( <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> ).....	24
3.2 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DAS SUCESSÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	25
3.2.1 Antes do Código Bevilacqua.....	25
3.2.2 Código civil de 1916.....	26
3.2.3 Código civil de 2002 .....	27
3.3 CONCEITO DE SUCESSÃO .....	28
3.4 ESPÉCIES DE SUCESSÃO .....	29
3.4.1 Sucessão legítima .....	29
3.4.2 Sucessão testamentária .....	31
3.5 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE.....	33
3.6 DIREITO SUCESSÓRIO DA CONCUBINA .....	33

3.6.1 Direito sucessório da concubina sob a égide jurisprudencial .....	34
3.6.2 Direito sucessório da concubina sob a égide doutrinária .....	36
3.6.2.1 Teoria da negativa de direitos à concubina.....	36
3.6.2.2 Teoria da monetarização do afeto e tratamento em sede obrigacional.....	37
3.6.2.3 Teoria da atribuição de efeitos familiares às relações .....	37
<b>4 O CONCUBINATO, UMA ENTIDADE FAMILIAR AMPARADA PELO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</b>	<b>39</b>
4.1 CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	39
4.2 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.....	41
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>42</b>
<b>6 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>43</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Você seria capaz de amar duas pessoas ao mesmo tempo?

Esta pergunta, quando manifestada ao sentimento que une casais, pode causar espanto ao interlocutor, o qual passa a buscar em sua memória ainda que de forma veloz, lembranças que convirjam com o “amor duplo”.

Desprendendo-se ligeiramente da moralidade ocidental que transpassa o tema, é preciso admitir que a infidelidade e os amores paralelos fazem parte da história da raça humana, tendo relatos da mesma no antigo Egito, Grécia, Roma, Caldéia e Israel.

Na Idade Moderna, o concubinato é representado pela bela Ana Bolena, pivô principal da separação entre a Igreja Anglicana e Católica, motivo o qual se dá pela recusa do Papa Clemente VII de anular o matrimônio contraído entre Henrique VIII e Catarina de Aragão, para que o Rei pudesse contrair núpcias com sua amásia.

Na história brasileira, temos a fascinante Domitila de Castro Canto e Melo, vulgo Marquesa de Santos.

O concubinato ressurgiu da masmorra jurídica, tal fato, foi de suma importância na construção de um direito de família contemporâneo, onde ocorre ainda, prejulgamento de algumas composições familiares.

O dever de fidelidade entre os que contraíram matrimônio é um dos princípios que devem ser estimados, sintetizando, o relacionamento deverá ser exclusivo. Não obstante, a infidelidade permeia a raça humana e por isto, o direito não pode deixar desprotegidos episódios onde eclodam vínculos sociais e jurídicos.

O princípio da monogamia tem seu lugar cativo no direito e seguramente em tempo algum o perderá, mas o reconhecimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana trouxe mais desafios para enfrentamento pelo direito, aguçando o senso de justiça, pois até então, açoitar a criatura pela infidelidade é o mais fácil, porém não o mais justo.

No primeiro capítulo, buscar-se-á realizar um fugaz resumo sobre o historicismo do concubinato e da união estável, conceitos, elementos caracterizadores e sua distinção.

No segundo capítulo, ver-se-ão os prismas gerais da sucessão no ordenamento jurídico brasileiro, desde noções históricas a conceituais, com enfoque nas relações de casamento, união estável e concubinato.

No terceiro capítulo, não menos que importante, tratar-se-á do amparo constitucional ao concubinato, o seu reconhecimento como entidade familiar baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e por final, um breve relato sobre as famílias contemporâneas.

Por fim, nas considerações finais, o presente trabalho teve como objetivo analisar o delicado tema de forma prudente, coerente, não preconceituosa, e, principalmente em harmonia com o importantíssimo princípio da dignidade da pessoa humana empregado nas relações de afeto, aventando o direito sucessório da concubina.

## 2 CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL

### 2.1 ORIGEM DO CONCUBINATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Muito se confunde concubinato com união estável. A origem da palavra concubinato vem da expressão *comunhão de leito*<sup>1</sup>, assim eram denominadas as uniões não matrimoniais.

O Código civil de 1916 não reconhecia como família, a união advinda do não matrimônio, adotando por fim, um modelo unitário. Ao longo de muito tempo, nomeou-se tal união de concubinato, classificando-o em concubinato puro, quando relação se apresentar de forma duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim, vivem em concubinato puro: solteiros, viúvos e separados judicialmente e, impuro, nas relações não eventuais em que um ou ambos os amantes estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar.<sup>2</sup>

A Constituição Federal de 1988 foi de grande evolução, pois trouxe consigo um novo conceito de família amparado pelo Estado, à união estável, afastando-a do concubinato.

O legislador no Código civil de 2002 decidiu por distinguir união estável de concubinato, de modo que o artigo 1.727 optou por empregar a expressão “concupino(a)” relação não eventual entre o homem e a mulher, impedidos de casar: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.<sup>3</sup>

### 2.2 ORIGEM DA UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código civil de 1916 não admitia a união estável como tipo de casamento. Com a edição Carta Magna de 1988, elevou-se um novo conceito de família, considerando instituto familiar amparado pelo Estado, à união estável e a família do Código civil de 1916, advinda do casamento.

---

<sup>1</sup> “Os franceses utilizam a expressão *concubinage* para expressar as uniões simplesmente carnavais, passageiras, e *concubinat* para caracterizar a união mais duradoura”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 32. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2018.

<sup>3</sup> BRASIL [CODIGO CIVIL (2002)]. **Código civil**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2018.

A aceitação desse instituto nivelada ao casamento para efeitos patrimoniais, não foi imediata, ainda que amparado pelo artigo 226, § 3º, da Constituição Federal da República de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
 § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.<sup>4</sup>

Embora com redação defeituosa, foi com o surgimento da Lei nº 8.971 de 1994, que os companheiros tiveram seus direitos aos alimentos e a sucessão resguardada:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.  
 Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:  
 I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;  
 II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;  
 III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.<sup>5</sup>

Tal lei não expõe uma definição de união estável, mas, ao estabelecer o direito de alimentos e de sucessão aos companheiros, indica critérios para que seja caracterizada a união estável: deve ser comprovada a condição de homem (mulher) solteiro (a), separado (a) judicialmente, divorciado (a) ou viúvo (a), a convivência de mais de cinco anos ou a existência de prole.

Em 1996, a lei nº 9.278 apresentou o conceito união estável e regulamentou o artigo 226, § 3º, da nossa Constituição Federal, vide artigo, *in verbis*: " art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família."

<sup>4</sup>BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

<sup>5</sup>BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

Nota-se que o redator de tal lei desconsiderou o tempo de convivência, algo de positiva receptividade, pois conclui-se que o afeto e o estado de casados são mais importantes.

A convivência deve ser duradoura, pública e contínua, ou seja, o casal deve revelar-se a sociedade como casado e a relação deve pautar-se de forma contínua. Com relação à coabitação, a vida em comum sob o mesmo teto é de rigor, como só acontece com a família unida pelo casamento.<sup>6</sup>

Não obstante, destaca-se a existência da súmula 382 do Supremo Tribunal Federal: “A vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxório’, não é indispensável à caracterização do concubinato.” no intento de não ser a coabitação um pressuposto para a o reconhecimento da união estável.

O novo código manteve, em seu artigo 1.723 o primeiro artigo da lei 9.278 de 1996: "é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família".

Destarte, definiram-se os elementos para caracterização da união estável: estabilidade, continuidade da relação, diversidade de sexos, publicidade, objetivo de constituição de família.

## 2.3 CONCEITOS

### 2.3.1 Conceito de concubinato e elementos caracterizadores

O legislador no artigo 1.727<sup>7</sup> do Código civil de 2002 optou por distinguir união estável de concubinato, utilizando a expressão “concubino(a)”, de maneira que estes não sejam mais empregados de forma sinônima como eram. Há doutrinadores que classificaram-no em puro ou impuro, como vimos no item 2.1; porém tais classificações perderam o sentido com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código civil de 2002, ficando o termo concubinato restrita a figura de impuro, adúlterino.

O conceito de concubinato tem evoluído bastante e, na verdade, há até certa dificuldade entre os autores em delinear precisamente essa ideia<sup>8</sup>. Portanto, o direito no

---

<sup>6</sup> MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Instituições de direito de família**. São Paulo: Direito, 2000. p. 48.

<sup>7</sup> **Art. 1.727**. "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato". BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

<sup>8</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

decurso de sua história, seja na lei, na doutrinária ou na jurisprudência, vem elucidando o conceito dos seguintes modos:

Entende-se como concubinato a união ilegítima do homem e da mulher. É, segundo o sentido de concubinatus, o estado de mancebia, ou seja, a companhia de cama sem aprovação legal. Embora concúbito signifique coabitação, no sentido legal, concubinato não se forma pela exigência primária desta situação, ou seja, do estado de casado entre os concubinários (componentes do concubinato, homem e mulher). Tanto basta que a concubina ou mulher ilegítima exista, tida e mantida por um homem, que também não é seu esposo, e que esta mulher seja somente dele, ou somente com ele pratique o concúbito. Sendo assim, sem que possa haver distinção nos efeitos, que do concubinato se possam gerar ele se apresenta sob um duplo aspecto: primeiro de coabitação, em virtude de homem e mulher vivem em estado de casados (*more uxório*) e segundo de manutenção da mulher, por conta do homem, para que seja sua concubina, ou seja, em terminologia vulgar, sua companheira de cama, em caráter de freqüência ou habitualidade. Nesta razão, o primeiro elemento do concubinato é o concúbito contínuo e exclusivo da mulher com o homem com quem habita ou que a mantém, como sua amásia, ou concubina. Ainda conceituando a concubina o autor coloca que: Concubina derivado do latim concubina, é o vocábulo usado para designar a mulher que tenha vida em comum com um homem, ou que mantém, em caráter de permanência, relações sexuais com ele. Nesta razão, a qualidade de concubina não advém do fato de que a mulher manter relações com um homem, que não é seu esposo legítimo. É consequência de ser tida e mantida por este homem, por conta de quem vive. E com ele só pratica o concúbito. Pode, assim, coabitar com ele, ou viver em caso por ele mantida. Desse modo, a concubina não é prostituta, porque se entrega a um só homem. Nem é amante, porque as relações que mantém com o amásio ou amigo têm caráter mais duradouro. E mostram o estado de mancebia ou de concubinato.<sup>9</sup>

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira,

Etimologicamente concubinato é comunhão de leito.” Originou-se do latim cum (com) cubare (dormir); concubinatus. Na verdade essa origem latina da palavra dá idéia de ajuntamento carnal, coabitação, diverso da conceituação moderna do STF com a Súmula 382, que dispensa a vida em comum sob o mesmo teto, bastando apenas a continuidade do relacionamento, ainda que em lares separados, com o sem reciprocidade no suporte econômico<sup>10</sup>.

A Lei nº 10.406 de 2002 subdividiu o conceito de concubinato entre boa-fé e má-fé. Concubinato de boa-fé é a união estável putativa, advém quando uma das partes, geralmente a mulher, não tem conhecimento de outro relacionamento do seu parceiro, crendo estar num relacionamento único, quando verdade está vivendo uma união paralela e concorrente. Já o concubinato de má fé, a concubina tem ciência da relação anterior do seu parceiro.

Muitas vezes, o concubinato de má-fé é desamparado pelo direito de família. Alguns doutrinadores e parte das jurisprudências aduzem nenhum direito à relação concubinária, por

<sup>9</sup>SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

<sup>10</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união Estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ferir o princípio da monogamia. Para ser amparada pelo direito, muitas das vezes, a concubina vale-se de inverdades, pois se confessar desconfiar ou que tem conhecimento da traição, a nada terá direito. Fechar os olhos para as sutilezas do destino de cada um seria negar a própria realidade da vida.

### 2.3.2 Conceito de união estável e elementos caracterizadores

Conceitua-se união estável como, a convivência não adúlterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato<sup>11</sup>; tal conceito pode ser extraído também do § 3º, do artigo 226 da Constituição Federal da República de 1988<sup>12</sup> e no artigo 1º da Lei nº 9.278 de 1996.<sup>13</sup>

São elementos que caracterizam a união estável:

- a) A fidelidade recíproca
- b) A notoriedade de afeições recíprocas, também conhecido por alguns doutrinadores como publicidade.
- c) Continuidade das relações sexuais
- d) Dependência econômica
- e) Compenetração das famílias
- f) Diversidade de sexo
- g) Ausência de matrimônio civil válido e de impedimento para o casamento.
- h) Honorabilidade
- i) Coabitação

Vale ressaltar que a súmula 382 do Superior Tribunal Federal afastou a coabitação como característica do configurativa.

### 2.4 DIFERENÇA ENTRE CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL

Bastante se confundia concubinato e união estável, pois tais institutos eram usadas de forma sinônima, entretanto, no Código civil de 2002 o legislador optou por distingui-las atribuindo a expressão “concubina(o)” e “companheira(o)”.

<sup>11</sup>AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. **Revista do Advogado**, n.58, São Paulo: AASP, mar. 2000.

<sup>12</sup>**Art. 226. § 3º.** Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

<sup>13</sup>**Art. 1º.** É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Assim, o concubinato passou a se restringir à espécie impura, conforme se depreende da leitura dos artigos 1.723, §1º<sup>14</sup> e 1.727<sup>15</sup>, ambos do Código civil de 2002, podendo restar configurado quando a relação amorosa com terceira pessoa for mantida por homem ou mulher que se encontre efetivamente em gozo de casamento ou união estável, desde que pelo menos um dos dois (nada impede que sejam ambos) esteja submetido ao impedimento matrimonial de constituir novo casamento ou união estável.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup>**Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

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

<sup>15</sup>**Art. 1.727.** As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivII\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivII_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

<sup>16</sup> QUADRQUADROS, Tiago de Almeida. O princípio da monogamia e o concubinato adúlterino. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 412, 23 ago. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5614>>. Acesso em: 8 nov. 2008.

### 3 DIREITO SUCESSÓRIO

#### 3.1 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DAS SUCESSÕES

##### 3.1.1 Código de Hamurabi

O Código de Hamurabi, rei da Babilônia, escrito há aproximadamente 2.000 anos a.C., quem sabe a primeira legislação do direito universal<sup>17</sup>, já amparava questões sobre bens de pais aos filhos e sucessões entre cônjuges:

162° Se alguém toma uma mulher e ela lhe dá filhos, se depois essa mulher morre, seu pai não deverá intentar ação sobre seu donativo; este pertence aos filhos.

163° Se alguém toma uma mulher e essa não lhe dá filhos, se depois essa mulher morre, e o sogro lhe restitui o presente nupcial que ele pagou à casa do sogro, o marido não deverá levantar ação sobre o donativo daquela mulher, este pertence à casa paterna.

164° Se o sogro não lhe restitui o presente nupcial, ele deverá deduzir do donativo a importância do presente nupcial e restituir em seguida o donativo à casa paterna dela.

165° Se alguém doa ao filho predileto campo, horto e casa e lavra sobre isso um ato, se mais tarde o pai morre e os irmãos dividem, eles deverão entregar-lhe a doação do pai e ele poderá tomá-la; fora disso se deverão dividir entre si os bens paternos.

(...)

167° Se alguém toma uma mulher e esta lhe dá filhos, se esta mulher morre e ele depois dela toma uma segunda mulher e esta dá filhos, se depois o pai morre, os filhos não deverão dividir segundo as mães; eles deverão tomar o donativo de suas mães mas dividir os bens paternos entre si.

(...)

170° Se a alguém sua mulher ou sua serva deu filhos e o pai, enquanto vive diz aos filhos que a serva lhe deu: "filhos meus", e os conta entre os filhos de sua esposa; se depois o pai morre, os filhos da serva e da esposa deverão dividir conjuntamente a propriedade paterna. O filho da esposa tem a faculdade de fazer os quinhões e de escolher.

171° Se, porém, o pai não disse em vida aos filhos que a serva lhe deu: "filhos meus", e o pai morre, então os filhos da serva não deverão dividir com os da esposa, mas se deverá conceder a liberdade à serva e aos filhos, os filhos da esposa não deverão fazer valer nenhuma ação de escravidão contra os da serva; a esposa poderá tomar o seu donativo e a doação que o marido lhe fez e lavrou por escrito em um ato e ficar na habitação de seu marido; enquanto ela vive, deverá gozá-la, mas deverá vendê-la por dinheiro. A sua herança pertence aos seus filhos.

172° Se a mulher quer deixá-la, ela deverá abandonar aos seus filhos a doação que o marido lhe fez, mas tomar o donativo de sua casa paterna. Ela pode desposar em seguida o homem de seu coração.

173° Se esta mulher lá para onde se transporta, tem filhos do segundo marido e em seguida morre, o seu donativo deverá ser dividido entre os filhos anteriores e sucessivos.

174° Se ela não pare de segundo marido, deverão receber o seu donativo os filhos do seu primeiro esposo.

(...)

<sup>17</sup>BURNS, Edward McNall. **História da civilização universal**. v. 1. 3. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1974.

177° Se uma viúva, cujos filhos são ainda crianças, quer entrar em uma outra casa, ela deverá entrar sem ciência do juiz. Se ela entra em uma outra casa, o juiz deverá verificar a herança da casa do seu precedente marido. Depois se deverá confiar a casa do seu precedente marido ao segundo marido e à mulher mesma, em administração, e fazer lavrar um ato sobre isto. Eles deverão ter a casa em ordem e criar os filhos e não vender os utensílios domésticos. O comprador que compra os utensílios domésticos dos filhos da viúva perde seu dinheiro e os bens voltam de novo ao seu proprietário.

178° Se uma mulher consagrada ou uma meretriz, às quais seu pai fez um donativo e lavrou um ato sobre isso, mas no ato não juntou que elas poderiam legar o patrimônio a quem quisessem e não lhe deixou livre disposição, se depois o pai morre, os seus irmãos deverão receber o seu campo e horto e na medida da sua quota dar-lhe o trigo, azeite e leite e de modo a contentá-las. Se seus irmãos não lhes dão trigo, azeite e leite na medida de sua quota e a seu contento, dever-se-á confiar o campo e horto a um feitor que lhes agrade e esse feitor deverá mantê-las. O campo, o horto e tudo que deriva de seu pai deverá ser conservado por elas em usufruto enquanto viverem, mas não deverão vender e ceder a nenhum outro. As suas quotas de filhas pertencem a seus irmãos.

179° Se uma mulher consagrada ou uma meretriz, às quais seu pai fez um donativo e lavrou um ato e acrescentou que elas poderiam alienar a quem lhes aprouvesse o seu patrimônio e lhes deixou livre disposição; se depois o pai morre, então elas podem legar sua sucessão a quem lhe aprouver. Os seus irmãos não podem levantar nenhuma ação.

180° Se um pai não faz um donativo a sua filha núbil ou meretriz e depois morre, ela deverá tomar dos bens paternos uma quota como filha e gozar dela enquanto viver. A sua herança pertence a seus irmãos.

181° Se um pai consagra a Deus uma serva do templo ou uma virgem e não lhes faz donativo, morto o pai, aquelas receberão da herança paterna um terço de sua quota de filha e fruirão enquanto viverem. A herança pertence aos irmãos.

A transmissão dos bens do *de cuius* fundava-se na sua declaração de vontade, podendo o mesmo estabelecer critérios baseados nas suas relações familiares. Mesmo que prejudicados fossem o cônjuge e/ou seu(s) filhos(a), o falecido era livre para eleger até mesmo um único herdeiro, desamparando assim os demais.

### 3.1.2 Código de Manu

O Código de Manu, criado a 1.000 a.C. na Índia, menciona:

#### XX – Da Sucessão Hereditária

Art. 521° Depois da morte do pai e da mãe, que os irmãos, se tendo reunido, partilhem entre si igualmente os bens de seus pais, quando o irmão mais velho renuncia a seu direito; eles não são donos de tais bens durante a vida daquelas duas pessoas, salvo se o pai mesmo tenha preterido partilhar esses bens.

Art. 522° Mas, o mais velho, quando ele é eminentemente virtuoso, pode tomar posse do patrimônio em sua totalidade; e os outros irmãos devem viver sob sua tutela, como viviam sob a do pai.

Art. 523° No momento de nascer o mais velho, antes mesmo que a criança tenha recebido os sacramentos, um homem se torna pai e paga sua dívida para com seus antepassados; o filho mais velho deve ter tudo.

Art. 524° O filho, pelo nascimento do qual um homem paga sua dívida e obtém a imortalidade, foi engendrado para o cumprimento do dever; os sábios consideram os outros como nascidos do amor.

Art. 525° Que o filho mais velho, quando o bem não é partilhado, tenha pelos seus jovens irmãos a afeição de um pai pelos seus filhos; estes devem, segundo a lei, se comportar para com ele como para um pai.

Art. 526° O filho mais velho faz prosperar a família ou a destrói, segundo ele é, virtuoso ou perverso; o mais velho neste mundo é o mais respeitável; o mais velho não é tratado com desprezo pelas pessoas de bem.

Art. 527° O irmão mais velho que se conduz como um primogênito deve fazê-lo, é venerável como um pai ou uma mãe; se ele não se conduz como tal, deve ser respeitado como um presente.

Art. 528° Que os irmãos vivam reunidos ou separados, se eles têm o desejo de cumprir separadamente os deveres piedosos; pela separação, os atos piedosos são multiplicados; a vida separada é, pois, virtuosa.

Art. 529° É preciso separar para o mais velho a vigésima parte da herança com o melhor de todos os móveis; para o segundo, a metade desta, ou uma quadragésima; para o mais moço, a quarta ou uma octogésima.

Art. 530° Que o mais velho e o mais novo tomem cada um seu quinhão, como foi dito e que os que se acham entre os dois, tenham cada um, uma parte média, ou uma quadragésima.

Art. 531° De todos os bens reunidos, que o primogênito tome o melhor, tudo que é excelente em seu gênero e o melhor de dez bois ou outros animais, se ele sobrepuja seus irmãos em boas qualidades.

(...)

Art. 535° Que os irmãos dêem, cada um de seu quinhão, certa parte a suas irmãs pela mesma mãe e não casadas, a fim de que elas possam casar; que eles dêem o quarto de sua parte; os que recusarem serão degradados.

(...)

Art. 543° Aquele que não tem filho macho pode encarregar sua filha de maneira seguinte de lhe criar um filho dizendo: que o filho macho que ela puser no mundo seja meu e cumpra em minha honra a cerimônia fúnebre.

(...)

Art. 546° O filho de um homem é como ele mesmo; e uma filha encarregada do ofício designado, é como um filho; quem, pois, poderia recolher a herança de um homem que não deixa filho, quando ele tem uma filha, que faz uma mesma alma com ele?

(...)

Art. 631° Se irmãos, vivendo em comum com seu pai, reúnem seus esforços para mesma empresa, o pai não deve nunca fazer partes desiguais dividindo o lucro.

Art. 632° Que o filho nascido depois de uma partilha dos bens feita pelo pai, durante a vida, tome posse da parte de seu pai ou então, se os irmãos que tinham dividido com seu pai, têm de novo reunido o lote ao seu, que ele divida com eles.

Art. 633° Se um filho morre sem filhos e sem mulher, o pai ou a mãe deve herdar de sua fortuna; a mãe sendo morta, que a mãe do pai ou a avó paterna tomem os bens na falta de irmãos e de sobrinhos.

## Segundo Coulanges:

Como o direito de propriedade havia sido estabelecido para cumprimento de um culto hereditário, não era possível que se extinguisse depois da curta existência de um indivíduo. O homem morre, o culto continua; o lar não deve extinguir-se, nem o túmulo deve ser abandonado. Com a continuação da religião doméstica, o direito de propriedade também permanece.<sup>18</sup>

<sup>18</sup>COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. v. 1. São Paulo: Edameris, 1967. p. 81.

Podemos analisar como principais características diz respeito à sucessão hereditária, à concentração do patrimônio e o culto à religião doméstica nas mãos do filho mais velho.

### 3.1.3 Grécia antiga

O direito sucessório grego equiparasse ao disposto no Código de Manu, tanto na parte referente à conservação patrimonial da família quanto na cultural e religiosa, pois igualmente escolhe-se o filho primogênito como o único hábil a suceder ao pai e manter o legado deixado.

O termo patrimônio é a junção das palavras “*pater*” e “*nomos*”, a palavra Pater era polissêmica, ou seja, possuía vários significados com “chefe de família”, “antepassados” ou até mesmo nomenclaturar o título de respeito concedido aos deuses e heróis.<sup>19</sup>

#### Complemento Francisco Torrinha:

a) é um termo genérico, contraposto a mater, sem envolver a ideia de paternidade física, expressa por parens ou genitor; b) o pater tem um valor social, quer como dono da casa, quer como representante na série de gerações; c) e por isso emprega-se como termo de respeito quer em relação aos homens, quer em relação aos deuses, como: pater Aeneas pater omnipotens, patres conscripti.<sup>20</sup>

A sucessão do patrimônio continha em si mais importância do que atualmente.

### 3.1.4 Direito romano

O direito romano no decurso dos vários séculos em que vigorou, baseou-se em quatro sistemas:

- I) Sistema das XII Tábuas;
- II) Sistema do direito pretoriano;
- III) Sistema do direito imperial;
- IV) Sistema de Justiniano.

Dois princípios regulam o direito das sucessões no período de tempo marcado pela vigência da Lei das XII Tábuas:

- a) se alguém morre sem testamento e sem deixar herdeiro seu, que o agnato (relação de parentesco por linha masculina) mais próximo tenha a sucessão;
- b) se não tem agnato, que os gentiles tenham a sucessão.<sup>21</sup>

<sup>19</sup>DICIONÁRIO Latino Português. Porto: Gráficos Reunidos, 1942. p. 610.

<sup>20</sup>Idem, ibidem. p. 610.

<sup>21</sup>CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 369.

Acrescenta Cretella:

Enquanto o paterfamilias está vivo, os filhos são, pelo menos em teoria, coproprietários do patrimônio, ao qual todos contribuem para aumentar. Morrendo o pai, continua a mesma situação, pois não houve acréscimo dos bens existente. Desse modo, entram os heredes na posse dos bens sobre os quais tinham uma espécie de direito abstrato. Na classe dos herdeiros seus não se faz distinção de sexo.<sup>22</sup>

Não havia, portanto, o que hoje conhecemos como *saisine*.

No mais, "durante o lapso de tempo que vai da morte do *de cuius*, ao da aceitação da sucessão pelo herdeiro, a herança, em determinadas circunstâncias, não tem proprietário, jaz sem dono. É a herança jacente".<sup>23</sup>

A pessoa que tomasse para si a propriedade neste período, dela tornar-se-ia proprietária; tal situação foi contornada com o aceite ou recusa da herança.

Mais tarde por influencia do Sistema Justiniano, para casos onde o falecido não testamentava o seu ato de ultima vontade, praticava-se a legitima onde uma cota parte do quinhão ficava impreterivelmente para mais próximos em cadeia sucessória: descendentes, ascendentes, colaterais privilegiados (irmãos e irmãs filhos de mesmo pai e mãe), colaterais ordinários; e a cônjuge desprovida passa a ter garantido seu quinhão em até um quarto.

Segundo Rolim<sup>24</sup>, falecer e não indicar o destino do patrimônio construído em vida era desonroso.

### 3.1.5 Idade Média

No obscurantismo, período entre a derrocada do Império Romano e a idade média, a imagem do primogênito resurge, os bens do falecido transmitem-se para um único herdeiro, o que conhecemos hoje como *saisine*, sendo este designado de sangue; não existia herdeiro por testamento, a morte do ascendente garantia ao sucessor à posse sobre o patrimônio.

O direito canônico foi de grande influencia, pela tal, o testamento voltou a ter lugar de destaque, estimulando a inclusão da Igreja como herdeira ou legatária. Os bens dos membros do clero eram transmitidos para Igreja Católica.

<sup>22</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Op. cit.** p. 369.

<sup>23</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Op. cit.** p. 279.

<sup>24</sup> ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. São Paulo: RT, 2000. p. 271.

### 3.1.6 Revolução Francesa

O iluminismo do século XVIII foi de suma importância para história mundial, pois sua influência desencadeou numa das mais importantes revoluções até hoje, a Revolução Francesa, um movimento contrário ao absolutismo, promovido pela burguesia e que crucialmente, contou com a participação dos camponeses e de grande parte da população que viviam na miséria. Seu lema era liberdade, igualdade e fraternidade; tinha como reestruturar a sociedade ainda influenciada pelo período do obscurantismo, visando uma sociedade mais igualitária.

A propriedade alcança aquelas camadas da sociedade que antes eram excluídas e, conseqüentemente, amplia-se também o direito sucessório.

No tocante ao direito das sucessões, essa nova visão social interviu, na forma em que a Igreja não mais influenciaria, além do postulado da igualdade ser resguardado, afastando assim o privilégio ao primogênito e a distinção entre filho homem e filha mulher.

### 3.1.7 Código napoleônico

No século XIX, entra em vigor o Código napoleônico, com fortes influências do período histórico-jurídico romano e ideias iluministas. Foi modelo para todos os outros códigos que surgiram entre os séculos XIX e XX

Disposto no livro III destinado a propriedade, seu art. 711 estabelece-se "a propriedade dos bens se adquire e transmite por sucessão, por doação inter vivos ou testamentária e por efeito das obrigações".

O Código napoleônico limitou até no máximo décimo segundo, o grau de parentesco na cadeia sucessório, influenciando assim outros códigos.

### 3.1.8 Código civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*)

Embora promulgado em 1896, no dia 1º de Janeiro de 1900, passa a vigorar o Código civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

Quando a Alemanha não era ainda considerada um território unificado, dividido em 38 territórios, os dispositivos jurídicos aplicados nas diversas regiões era fragmentado. Prevalencia em alguns territórios o *corpus juris civilis*.

O Código civil alemão é considerado por muitos doutrinadores, como sendo uma obra brilhante e de extrema importância desde o Código napoleônico, com retórica lógico-formal, método rigoroso e refinado, nitidamente direcionados aos operados do direito; seus autores compreenderam imprescindibilidade de distanciar o novo ordenamento das influências anteriores.

Dar-se sua divisão em parte geral e a outra intitulada de especial; sendo a parte geral composta por um livro abordando o direito das pessoas, dos bens e os negócios jurídicos.

A parte especial é composta de quatro livros, direitos das obrigações, direitos reais, direito de família e direito das sucessões; aproximado conectando o direito sucessório ao direito de família.

## 3.2 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DAS SUCESSÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 3.2.1 Antes do Código bevilacqua

Por aproximadamente 94, período este entre a proclamação da república e a promulgação do Código civil de 1916, vigorava no Brasil o direito lusitano.

O arcabouço jurídico do primeiro momento da colonização brasileira (1520-1549) segundo Wolkmer eram compostas, pela legislação eclesiástica, pelas cartas de doação e pelos Forais<sup>25</sup>.

Complementa Wolkmer:

Com o fracasso da grande maioria das capitanias, tratou a Metrópole de dar à Colônia outra orientação designada com sistema de governadores-gerais. Surgiu, assim, a utilização de um certo número de prescrições decretadas em Portugal, reunindo desde cartas de Doação e Forais das capitanias até Cartas-Régias, Alvarás, Regimentos dos governadores gerais, leis e, finalmente, as Ordenações Reais. De fato, o Direito vigente no Brasil-Colônia foi transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603). Em geral, a legislação privada comum, fundada nessas Ordenações do Reino, era aplicada sem qualquer alteração em todo o território nacional. Concomitantemente, a inadequação, no Brasil, de certas normas e preceitos de Direito Público que vigoravam em Portugal determinava a elaboração de uma legislação especial que regulasse a organização administrativa da Colônia.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup>WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 47.

<sup>26</sup>Idem. p. 48

As normas jurídicas aqui aplicadas decorrentes das ordenações eram insuficientes para suprir as necessidades da colônia, o que obrigava Portugal, a promulgar de forma avulsa e independente o que se denominou de leis extravagantes.

Para resolver tal deficiência de acordo com Wolkmer:

No século XVIII, com as reformas pombalinas, a grande mudança em matéria legislativa foi a ‘Lei da Boa Razão’ (1769) que definia regras centralizadoras e uniformes para interpretação e aplicação das leis, no caso de omissão, imprecisão ou lacuna. A ‘Lei da Boa Razão’ minimizava a autoridade do Direito Romano, da glosa e dos arestos, dando ‘preferência e dignidade às leis pátrias e só recorrendo àquele direito, subsidiariamente, se estivesse de acordo com o direito natural e as leis das Nações Cristãs iluminadas e polidas, se em boa razão fossem fundadas.’<sup>27</sup>

### 3.2.2 Código civil de 1916

A Constituição do Império do Brasil de 1824 determinou no artigo 179, XVIII<sup>28</sup>, que o quanto antes fosse organizado um Código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e equidade. Somente após 92 anos entraria em vigor o Código civil.

Em 1855, iniciou-se o processo a elaboração do Código civil brasileiro, o qual não foi adiante, por ser considerado como “um imenso caos de leis complicadas e extravagantes” de acordo com Teixeira de Freitas, jurista nomeado por Dom Pedro II para que se fosse feita uma prévia revisão antes de sua publicação.

No ano de 1858, a chamada Consolidação das Leis Civis, composta de 1.333 artigos sobre autoria do jurista Teixeira de Freitas é aprovada.<sup>29</sup>

Contratou-se então, Teixeira de Freitas para o projeto de Código civil, que embora brilhante, não foi aceito por ter unificado o direito civil com o direito comercial.<sup>30</sup>

Em 1872 com a rescisão do contrato de Freitas, Nabuco de Araujo (ministro da justiça) incumbiu-se da tarefa, porem não concluía a mesma em decorrência de sua morte.

Em 1881, o projeto denominado Apontamentos recebeu parecer contrario da comissão nomeada para examiná-lo composta pelos juristas, Lafayette Rodrigues Pereira, Ribas, Justiniano de Andrade, Coelho Rodrigues, Ferreira Viana e Felício dos Santos.

Ao ocupar a Presidência da República, Campos Salles, por indicação de seu ministro Epitácio Pessoa, nomeou, em 1899, Clóvis Beviláqua, para esta árdua tarefa. No final desse

<sup>27</sup> Idem. P.48.

<sup>28</sup> **Artigo 125, XVIII.** Organizar-se-ha quanto antes um Código civil, e criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2012. p.63.

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2012. p.64.

ano ele apresentou um projeto, que após dezesseis anos de debates transformou-se no Código Civil, promulgado em 1.º de janeiro de 1916, e vigente a partir de 12 de janeiro de 1917, com novas alterações introduzidas pela Lei n. 3.725/19.<sup>31</sup>

O livro do Direito das Sucessões era composto de regras gerais de transmissão hereditária, sucessão intestada e testamentária e regras relativas ao inventário e a partilha.

### 3.2.3 Código civil de 2002

De acordo com França<sup>32</sup>, o Código civil de 1916 retratava o período de transição entre o direito individualista para o social. Por tal motivo, necessitou ser atualizado.

O direito de família sofreu influência da publicização dos conceitos, reclamando à alteração das condições da mulher casada, em razão de sua promoção política e profissional, a inclusão dos preceitos concernentes à separação judicial e divórcio, dos efeitos da união estável, a revisão do regime de bens.<sup>33</sup>

Procurando atualizar o código de 1916, foram publicadas por meio de leis especiais, o estatuto da mulher casada, a do divórcio, as concernentes a união estável, dentre outras.

A Constituição Federal de 1988 no art. 5.º, XXX<sup>34</sup>, elevou a sucessão em cláusula pécua, contrapondo-se à tendência individualista e descartável da sociedade atual.

Miguel Reale menciona que a aplicação da igualdade absoluta entre os cônjuges e os filhos é o traço mais importante a ser mencionado em direito de família, a estender-se também ao direito das sucessões.<sup>35</sup>

No que tange ao direito sucessório, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana invalida qualquer disposição de última vontade que venha atentar contra a dignidade dos herdeiros, respeitando assim a legítima. Mesmo na parte disponível a liberdade de testar, portanto, está vinculada a postulados constitucionais mais elevados.

<sup>31</sup> Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 84-8; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 48-53. O CC de 1916. In: DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012. P.64.

<sup>32</sup>FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v.15. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 393.

<sup>33</sup> R. Limongi França, Código, cit., v. 15, p. 393 e 394; Calo M. S. Pereira, op. cit., p. 90 e 91; Silvio Rodrigues, Direito Civil, Max Limonad, 1962, v. 1, p. 35; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 53; Maria Helena Diniz, Código Civil de 1916, in História do direito brasileiro, Eduardo C. B. Bittar (org.), São Paulo, Atlas, 2003, p. 209-220.

<sup>34</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXX - é garantido o direito de herança

<sup>35</sup>REALE, Miguel. Prefácio. **Novo Código Civil Brasileiro**: estudo comparativo. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 19

### 3.3 CONCEITO DE SUCESSÃO

Entende-se por direito sucessório, um conjunto de normas que disciplina a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, em virtude de lei ou de testamento.<sup>36</sup>

Para Silvio Venosa:

Quando o conteúdo e o objeto da relação jurídica permanecem os mesmos, mas mudam os titulares da relação jurídica, com uma substituição, diz-se que houve uma transmissão no direito ou na sucessão. Assim, o comprador sucede ao vendedor na titularidade de uma coisa, como também o donatário sucede ao doador, e assim por diante.<sup>37</sup>

Acrescenta Venosa:

No direito, costuma-se fazer uma grande linha divisória entre duas formas de sucessão: a que deriva de um ato entre vivos, como um contrato, por exemplo, e a que deriva ou tem como causa a morte (*causa mortis*), quando os direitos e obrigações da pessoa que morre transferem-se para seus herdeiros e legatários.<sup>38</sup>

Segundo Clóvis Beviláqua, “Direito das sucessões é o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir.”<sup>39</sup>

De acordo com Tartuce<sup>40</sup>, usualmente, o significado da palavra sucessão equipara-se a transmissão, derivando de atos intervivos ou *causa mortis* "dentro da ideia de transmissão hereditária é que surge o conceito de sucessões".

Assim, aberta a sucessão, transmite-se a herança, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários<sup>41</sup>.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXX, traz o direito de herança como cláusula pétrea, o que assegurou respaldo Constitucional dentro do direito das sucessões.

<sup>36</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito brasileiro**: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>37</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. v. 7. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15.

<sup>38</sup> Idem. p.15.

<sup>39</sup> BEVILÁQUA, Clóvis, citado por DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 6. 32. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018. p. 3.

<sup>40</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. v. 6 9. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016.

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Brasileiro**: Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 549.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XXX - é garantido o direito de herança.<sup>42</sup>

Tal artigo revela o progresso da sociedade; no passado, de maneira alguma era reconhecido o direito a concubina de suceder, de forma que esta era hostilizada pela sociedade. A concubina era vista como somente uma mera realizadora dos prazeres carnavais.<sup>43</sup>

### 3.4 ESPÉCIES DE SUCESSÃO

Classifica-se a sucessão nas seguintes espécies:

1º) Quanto à fonte de que deriva, caso em que se tem<sup>44</sup> (artigo. 1.786 do Código civil):  
"Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade".

2º) Quanto aos seus efeitos, hipótese em que a sucessão pode ser<sup>45</sup>: A título universal e título singular

#### 3.4.1 Sucessão legítima

Em hipóteses de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade do testamento ocorre a sucessão legítima de acordo com os artigos. 1.786<sup>46</sup> e 1.788<sup>47</sup> do Código civil.

Segundo Diniz:

Deveras, se o *de cujus* não fizer testamento, a sucessão será legítima, passando o patrimônio do falecido às pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se a ordem à ordem de vocação hereditária (art. 1829<sup>48</sup> do Código Civil).

<sup>42</sup>BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

<sup>43</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: ATLAS, 2014. p. 370

<sup>44</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 6. 32. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018. p. 17.

<sup>45</sup> Idem.P.21.

<sup>46</sup> **Art. 1.786**. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

<sup>47</sup> **Art. 1.788**. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

<sup>48</sup> **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;

Rodrigues esclarece:

Se o defunto, por exemplo, deixou de fazer testamento, seu patrimônio, por força da lei, irá a seus descendentes; inexistindo descendentes, aos seus ascendentes; não havendo nem descendentes nem ascendentes, ao cônjuge; à falta daqueles parentes e de cônjuge, aos colaterais até o quarto grau. [...] Nota-se que a transmissão da herança aos sucessores se efetua sem manifestação de última vontade do falecido, mas decorrente da lei". Importante lembrar que no momento do falecimento.<sup>49</sup>

A transmissão da herança ocorre automaticamente no momento do falecimento do *de cuius*, sendo tal princípio intitulado de *saisine*<sup>50</sup> e exposto no artigo 1.784 do Código civil: "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

Com as alterações presentes no Código civil de 2002, o cônjuge sobrevivente passou a concorrer com os descendentes e ascendentes; *a posteriori*, os recursos e extraordinários nº 646.721 e 878.694 julgados pelo Superior Tribunal Federal aprovou a seguinte tese:

No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829<sup>51</sup> do Código Civil.

A sucessão legítima é aquela disposta em lei, regulada pelo Código civil, onde não há testamento.

Segundo Telles "sucessão legítima é deferida por lei, mas em termos tais que as pessoas por estar designadas como sucessores só o serão efetivamente se o *de cuius* nada houver disposto em sentido contrário".<sup>52</sup>

Amorim e Oliveira entende: "com efeito, a ordem na vocação hereditária consagrada no Direito brasileiro é de caráter excludente, de modo que, chamados a suceder herdeiros de determinada classe, ficam automaticamente afastados os das classes subsequentes".<sup>53</sup>

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

<sup>49</sup>RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil: direito das sucessões**. v. 7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.16.

<sup>50</sup> "Princípio da *saisine* representa uma apreensão possessória autorizada". VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 7 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.28.

<sup>51</sup>**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.

<sup>52</sup>Telles, Inocência Galvão, citado por RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.07.

<sup>53</sup>Idem. p.07.

De acordo com Cahali, ocorre sucessão legítima, mesmo que haja testamento, atuaria a legítima como acessória à sucessão testamentária.

### 3.4.2 Sucessão testamentária

Para Lisboa:

Sucessão testamentária é aquela em que a transmissão hereditária se opera por ato de última vontade, revestido da solenidade requerida por lei, prevalecendo as disposições normativas naquilo que for *ius cogens*, bem como no que for omissivo o testamento.<sup>54</sup>

Segundo Diniz:

A sucessão testamentária, oriunda de testamento válido ou de disposição de última vontade. Todavia, ante o sistema da liberdade de testar limitada, adotado pela lei pátria, se o testador tiver herdeiros necessários, ou seja, cônjuge supérstite, descendentes ou ascendentes sucessíveis (artigos. 1.845<sup>55</sup> e 1.846<sup>56</sup> do Código Civil), só poderá dispor da metade de seus bens (artigo. 1.789<sup>57</sup> do Código Civil), uma vez que a outra metade constitui a legítima daqueles herdeiros.<sup>58</sup>

Prossegue Diniz:

Se o testador for casado pelo regime da comunhão universal de bens (art. 1.667<sup>59</sup> do Código Civil), a metade dos bens pertence ao outro consorte; assim para calcular a legítima e a porção disponível deve-se considerar tão somente a meação do testador.<sup>60</sup>

O testador poderá dispor de seus bens por meio de testamento, sendo uma metade disponível e a outra, indisponível, cota esta reservada aos herdeiros necessários.

O testamento é um negócio jurídico unilateral, pois é a específica manifestação de vontade do testador, e; personalíssimo, pois somente o testador poderá ser realizado, não permitindo qualquer interferência.<sup>61</sup>

<sup>54</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. v. 5 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p.455

<sup>55</sup> **Art. 1.845**. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

<sup>56</sup> **Art. 1.846**. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

<sup>57</sup> **Art. 1.789**. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

<sup>58</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 6 32. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018. p. 17.

<sup>59</sup> **Art. 1.667**. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

<sup>60</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 6 32. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018. p. 17

<sup>61</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v. 7 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145.

Para Diniz:

Unilateralidade, que significa que somente pode ser feito pelo testador; motivo que é dito personalíssimo, ou seja, não é permitido que haja participação de representante legal ou convencional. Por ser personalíssimo e unilateral, a lei veda o testamento conjunto, ou seja, aquele realizado com a participação de mais de uma pessoa.<sup>62</sup>

De acordo com Beviláqua, defini-se testamento como:

Ato personalíssimo, unilateral, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total ou parcialmente, de seu patrimônio, para depois de sua morte; nomeia tutores para seus filhos; ou reconhece filhos naturais; ou faz declarações de última vontade.<sup>63</sup>

É também um ato solene, ante as formalidades legais para que o testamento seja válido. Segundo Rodrigues:

A desobediência a qualquer das formalidades legais pode conduzir à invalidade do ato. A excessiva formalidade do testamento visa assegurar a autenticidade do ato e a liberdade do testador, bem como chamar a atenção do autor para a seriedade do ato que está praticando.<sup>64</sup>

É um ato gratuito, pois o testador não visa qualquer obtenção de vantagem<sup>65</sup>, e; revogável. Segundo Rodrigues:

Esse característico é elementar no seu conceito, uma vez que, pela concessão de ilimitada prerrogativa de revogar o ato de última vontade, assegura o legislador, a quem testa, a mais ampla liberdade. Assim, a mera existência de um testamento ulterior válido, se for incompatível com o anterior, revoga o testamento anterior, visto que o direito de dispor de seus bens *causa mortis* e de mudar as disposições passadas só se exaure com o falecimento da pessoa.<sup>66</sup>

E por fim, um ato *causa mortis*, pois somente após a morte do testador o testamento produzira os efeitos desejados, de acordo com Venosa:

Seja qual for o momento em que a vontade tenha sido emitida, é sempre a vontade extrema do testador, sua última vontade, por maior que tenha sido o intervalo entre a manifestação volitiva e sua eficácia. Será sempre a última vontade, ainda que o testador a tenha praticado no final de sua adolescência e venha a morrer em idade prolecta.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 6 32. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018. p. 72

<sup>63</sup>BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. 6 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1932. p. 81.

<sup>64</sup>RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. v. 7 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145.

<sup>65</sup>Idem. p.145.

<sup>66</sup>Idem. p.146.

<sup>67</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. v. 7. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.136-137.

### 3.5 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE

O novo Código Civil datado de 2002 modificou a ordem de vocação hereditária, conferindo ao cônjuge sobrevivente mais direitos sucessórios.

Dentre algumas modificações, estão os artigos 1.830 e 1.838, ambos do Código Civil:

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

Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.<sup>68</sup>

Onde fica garantido ao cônjuge sobrevivente que casado com o falecido ainda ao tempo do óbito, o direito a sua cota parte ou sua totalidade.

Em matéria de sucessão legítima por advento do novo código em seu artigo 1.845: "são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge".

O cônjuge passa a ser considerado herdeiro necessário, acompanhando aos descendentes e ascendentes. Portanto fica resguardado a legítima ao cônjuge supérstite, na falta de descendentes e/ou ascendentes.

Dispões sobre vocação hereditária o artigo 1.829 do Código Civil de 2002:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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.<sup>69</sup>

### 3.6 DIREITO SUCESSÓRIO DA CONCUBINA

Infelizmente, talvez por aversão do legislador a existência de relações concubinárias, a concubina não possui direito sucessório avençado em lei, como podemos observar no artigo

<sup>68</sup>BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

<sup>69</sup> Idem, ibidem.

1.727 do Código Civil, Art. 1.727: "as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".<sup>70</sup>

### 3.6.1 Direito sucessório da concubina sob a égide jurisprudencial

No código de Clóvis Beviláqua, anterior ao reconhecimento do instituto da união estável, as relações concubinárias equiparavam-se as sociedades de fato e por consequência, possibilitavam a partilha dos bens advindos do esforço comum de ambos, desde que na proporção dos respectivos aportes financeiros, impedindo assim o enriquecimento ilícito que poderia vir a ocorrer.<sup>71</sup>

Percebeu-se então uma dualidade através da qual, o Direito de Família atuaria sob as relações patrimoniais supervenientes do casamento e da união estável, e o ramo do Direito das Obrigações interveria no que tange ao direito patrimonial oriundo de relações concubinárias, ante sua aceitação como uma sociedade de fato fruto de um relacionamento adulterino estável, rotineiro e duradouro.<sup>72</sup>

Tal relação obrigacional, afastou da concubina(o) direitos como pensão alimentícia, herança e benefícios previdenciários, porém garantia sua participação a divisão patrimonial e recebimento de direitos financeiros desde que comprovado o esforço comum dos concubinos, sendo afastado como impeditivo a existência de casamento anterior ou união estável constituída.<sup>73</sup>

Não foram poucas as decisões que reconheceram a existência de união dúplice afetiva e como efeito, a divisão do patrimônio conjugal de forma igualitária, como é o caso do recurso de apelação nº 0020346-48.2005.8.17.0001, julgado pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco em 2011:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PENSÃO *CAUSA MORTIS*. RATEIO ENTRE VIÚVA CIVIL E CONCUBINA. SEPARAÇÃO DE CORPUS. NÃO COMPROVADA. DEPENDÊNCIA EVIDENCIADA. CAUTELAR DE JUSTIFICAÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. UNANIMIDADE.

1. Por ocasião da propositura da ação principal a autora, Severina Fernandes, demonstrou o haurimento, por parte da concubina do direito de haver metade do

<sup>70</sup>BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivl\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivl_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

<sup>71</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1224.

<sup>72</sup> Idem, p. 1224.

<sup>73</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: jusPODIVM 2015. p. 442.

valor referente à pensão *causa mortis* do ex-segurado, restando ela - a autora -, sem perceber percentual algum do referido benefício. Essa foi a causa eficiente daquela ação.

2. Em razão do deferimento da tutela de urgência, a autarquia previdenciária estadual cancelou a percepção dos ditos valores por parte da concubina, fato que ensejou a oposição, em epígrafe.

3. A confissão quanto à separação de corpus referiu-se diretamente à situação terapêutica sob a qual se encontrava submersa a autora, sendo esta mesma dependente do regime previdenciário e de prestação de saúde pelo IRHSASSEPE, conforme atesta documento às fls. 05, igualmente nada havendo de obstativo nesse aspecto.

4. Entretanto, em que pese ponderar a relação juridicamente impedida o concubinato, há que se notar a ação cautelar de justificação, fundamentadora do interesse da opoente.

5. Com efeito, há o julgador de adstringir-se aos pedidos formulados, pelos quais se infere que a parte autora requer a meia parte da pensão não em prejuízo da Sra. Aída, esta que já percebia a outra metade, mas que a integralidade fosse entre as duas igualmente divididas.

6. Apelação parcialmente provida.

7. Decisão unânime.

No entanto, algumas jurisprudências também se posicionam em sentido favorável a equiparação entre relação concubinária e sociedade de fato, como podemos observar no Recurso Especial de número 257.115, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2003:

RESP. PROCESSO CIVIL. CIVIL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CONCUBINATO IMPURO. SÚMULA 380 DO STF. SÚMULA 7 DO STJ.

1. O afastamento por qualquer motivo do Juiz responsável pela colheita da prova oral em audiência autoriza, a teor da letra do art. 132 do Código de Processo Civil, seja a sentença proferida pelo seu sucessor que decidirá acerca da necessidade ou não da repetição do ato. Atenuação legal do princípio da imediação.

2. Admite o entendimento pretoriano a possibilidade da dissolução de sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casado, situação, aliás, não impeditiva da aplicabilidade da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal que, no entanto, reclama haja o patrimônio, cuja partilha se busca, tenha sido adquirido "pelo esforço comum"

3. A negativa pelas instâncias ordinárias da existência deste "esforço comum", inclusive quanto à prestação de serviços domésticos, inviabiliza o trânsito do especial pela necessidade de investigação probatória, com incidência da súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Recurso especial não conhecido.

O direito sucessório em casos de concubinato ainda é uma questão de bastante complexidade, pois esbarra com a admissão da pluralidade das relações afetivas e a própria bigamia e, portanto, vem ocasionando divergências em sede de Tribunais que ora entendem pela divisão igualitária do patrimônio, ora não.<sup>74</sup>

<sup>74</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 321.

### 3.6.2 Direito sucessório da concubina sob a égide doutrinária

Uma grande parte dos doutrinadores, partilham da opinião no sentido em que deve-se analisar o mérito da questão por parte da concubina atentando para a modalidade de concubinato que se era mando, puro ou impuro, se houve esforço comum para construção do patrimônio seja ele direito ou indireto e por fim a durabilidade da relação afetiva.

Para Pablo Stolze e Maria Berenice Dias, todos os indivíduos devem ser amparados pela lei, de acordo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Maria Berenice, mesmo que a relação seja impura, houve uma retribuição de afeto e longa por muitas das vezes, portanto, nada mais justo do que compensar a concubina em caso de separação ou morte do seu par.<sup>75</sup>

Continua Maria Berenice:

As uniões simultâneas e as poliafetivas - preconceituosamente nominadas de "concubinato adúltero" -, também são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias. Do mesmo modo as famílias parentais e as pluriparentais. Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é afrontar a ética, é ser conivente com a injustiça.<sup>76</sup>

#### 3.6.2.1 Teoria da negativa de direitos à concubina

É perceptível na referida teoria a forte influência do pensamento católico e conservador, onde não se admite de forma alguma qualquer tipo de direito a aquele que vive em concubinato e tem ciência de tal situação, resguardando o princípio da monogamia que segundo defensores de tal corrente, deve imperar nas relações afetivas.<sup>77</sup>

Por reflexo da teoria da negativa de direitos à concubina o princípio da autonomia da vontade é violado, pois o ordenamento jurídico brasileiro veta alguns atos que possam a vir beneficiar aqueles que vivem em relação concubinária como:<sup>78</sup>

- Proibição de doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, passível de anulação pelo outro cônjuge e com ressalvas a essa possível anulação;

<sup>75</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>76</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 80.

<sup>77</sup>TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 321.

<sup>78</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: jusPODIVM 2015. p. 443.

- Invalidez da instituição do companheiro como beneficiário de seguro de pessoa, se ao tempo do contrato o segurado não estava separado judicialmente nem separado de fato;
- Nulidade do testamento em favor do concubino por testador casado, salvo se este, sem culpa, sua, estiver separado de fato há mais de 5 anos;
- Ilicitude da deixa ao filho do concubino, quando não o for também do testador.
- Impossibilidade de receber alimentos.

### 3.6.2.2 Teoria da monetarização do afeto e tratamento em sede obrigacional

Em tal teoria amparada pela súmula 380 de Supremo Tribunal Federal<sup>79</sup> defende-se, o direito a detenção patrimonial por parte do concubino em decorrência da característica obrigacional da relação.<sup>80</sup>

Atribui-se ao concubino por tal entendimento, o direito a sua cota parte ao patrimônio constituído através do esforço comum de ambos, tenha sido ele de forma direta ou indireta e, impedindo que haja enriquecimento sem justa causa de um dos herdeiros.

### 3.6.2.3 Teoria da atribuição de efeitos familiares às relações

Tem-se defendido por está ultima corrente, que os efeitos jurídicos do direito de família alcançassem as relações concubinárias, com base nos princípios da pluralidade familiar e dignidade da pessoa humana.

O grande questionamento elucidado pelos defensores de tal corrente é em relação às vedações do nosso ordenamento sobre as relações afetivas concubinárias, pois apenas o reconhecimento no âmbito obrigacional afasta inúmeros direitos que teriam o concubino caso tal relação afetiva fosse possuidora de proteção familiar.<sup>81</sup>

É nítida nesta terceira corrente uma perspectiva contemporânea no tocante as relações adúlteras que perduram por vários anos, ocasionando vínculo afetivo e como em muitas das vezes, prole, e por consequência responsabilidades.

<sup>79</sup>**Súmula 380:** Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

<sup>80</sup>FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil:** Família e Sucessões. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 293.

<sup>81</sup>Idem.P. 295

Segundo Maria Berenice:

Como sempre, a condenação é de ordem patrimonial. Negar sua existência, alijá-las do direito das famílias significa premiar quem infringe o preceito monogâmico. E, ao se abandonar o ideal de justiça, é autorizado o enriquecimento sem causa, olvidando-se valor maior: a ética.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.98.

## 4 O CONCUBINATO, UMA ENTIDADE FAMILIAR AMPARADA PELO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

### 4.1 CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Segundo Plácido e Silva:

dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.<sup>83</sup>

Ingo Wolfgang conceitua o princípio da dignidade humana da seguinte forma:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.<sup>84</sup>

O artigo 1º, III, da nossa carta magna cita que o nosso Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos está o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Maria Berenice: “o princípio maior, o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.”<sup>85</sup>

O Estado não deve apenas coibir-se de praticar atos que possam atentar contra a dignidade humana, e sim promover tal dignidade, garantindo o mínimo existencial para cada indivíduo, um viver digno e uma sociedade igualitária.<sup>86</sup>

A dignidade da pessoa humana é base das relações familiares afirma Rodrigo Hage em seu artigo jurídico:

<sup>83</sup>SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. 2. São Paulo: Forense, 1967. p. 526.

<sup>84</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>85</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.73. apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 68.

<sup>86</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 71

A promulgação da Constituição de 1988 representou um marco para o tratamento jurídico da família, ao eleger o respeito à dignidade da pessoa como princípio fundamental do sistema jurídico brasileiro, consoante dispõe o art. 1º, in literis:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana; O princípio constitucional da dignidade passou a servir de base nas relações da família, o que implicou efetivamente na consolidação da valorização do indivíduo, integrante da instituição familiar como ser em sua individualidade, devendo ser respeitado e atendido nas suas necessidades mais gritantes.

Eleita como princípio norteador do sistema jurídico, a dignidade da pessoa humana elevou o indivíduo como principal fim de proteção e de desenvolvimento de sua personalidade como objetivo primordial. A dignidade da pessoa humana é colocada no ápice do ordenamento jurídico e encontra na família a base apropriada para o seu desenvolvimento. As relações familiares são, portanto, funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe.

Influenciados por esse novo movimento de constitucionalização do direito, microssistemas foram criados para assegurar ainda mais a proteção da dignidade dos indivíduos. Tais microssistemas, juntos, protegem o indivíduo desde a sua formação, através do Estatuto da criança e do Adolescente até a velhice com o Estatuto do idoso, conforme dispõe nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Tem-se com isso que a dignidade é inerente à essência da pessoa humana, donde se extrai que o ser humano é digno enquanto pessoa, simplesmente por existir.

A dignidade tem como macroprincípio a liberdade de escolha, que implica no caso das relações de família, em poder optar pelo tipo de entidade familiar que se quer constituir e que melhor corresponda à realização existencial de cada indivíduo. E, principalmente, esse tipo de escolha não pode ser questionado.

Afinal, a família moderna é formada a partir dos laços de afeto e não mais a partir de convenções como o instituto do matrimônio e o mais importante, essa liberdade é reconhecida constitucionalmente, o que vem a proteger das incansáveis discriminações que ainda subsistem na nossa sociedade.

Dessa forma, tenta-se evitar que a discriminação se prolifere e que o indivíduo não fique à mercê do legislador para eleger o modelo de família mais adequado.

Nesse sentido, não só as relações de família como todo o tipo de relação entre os seres humanos, devem ser tratados sob a ótica do princípio da dignidade humana, tendo em vista a proteção da pessoa na sua individualidade, já que coloca o ser humano como núcleo de qualquer tipo de situação que venha a envolvê-lo.<sup>87</sup>

Influenciado pelo ilustríssimo filósofo Immanuel Kant, Lôbo esclarece que:

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. Kant, em lição que continua atual, procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário, seja estimativo,

<sup>87</sup>HAGE, Rodrigo. **Dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <  
<https://www.webartigos.com/artigos/dignidade-da-pessoa-humana/5421>. Acesso em 23 nov. 2018.

do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. Diz ele: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.”<sup>88</sup>

É possível compreender que o ser humano deve ser respeitado independentemente de suas escolhas ou forma de pensar, e qualquer conduta ou ato contrário, viola o princípio da dignidade humana.

## 4.2 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Pela sociedade somente era aceita a família regulada pelo matrimônio e as lei por consequência, apenas regulava o casamento. A receptividade social às relações extramatrimoniais foram incorporadas no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou ao legislador na Constituição Federal de 1988 a acolher no conceito de entidade o que nomenclaturou-se de união estável. Somente no novo Código Civil em 2002 o instituto da união estável foi integrado ao Livro do Direito de Família.

Nada trouxe o novo código sobre famílias monoparentais, reconhecida inclusive pela Constituição como entidades familiares; assim como nada se diz em respeito as famílias simultâneas ou paralelas.

Na opinião da Doutrinadora Maria Berenice:

Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é afrontar a ética, é ser conivente com a injustiça.<sup>89</sup>

A relação concubinária ainda sofre discriminação pela sociedade e muitos doutrinadores, o que não ocorreria, caso fosse reconhecido o concubinato como entidade familiar assim como reconheceram recentemente as famílias homoafetivas.

<sup>88</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60

<sup>89</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 80

## 5 CONCLUSÃO

A nossa carta magna acompanhando a evolução da sociedade do estado democrático de direito, reconheceu em seu artigo 226, parágrafos 1º ao 4º, diversas formas de arranjos familiares como família monoparental e a união estável, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da afetividade; afastando-se enfim da influencia católica de visão ultrapassada, que apenas somente reconhecia como arranjo familiar, a família patriarcal, aquela advinda do matrimônio.

Quando tratamos de união estável, o reconhecimento foi de grandessíssima receptividade, pois, estendeu-se aos companheiros direitos que antes somente eram concedidos aos cônjuges.

No campo pertinente ao direito de família, é dever do Estado garantir a dignidade da pessoa humana, sendo vedada a pratica de atos que possam atentar contra tal, o que inclui a exclusão de arranjos familiares, visto que é direito do individuo a livre escolha daquilo que é mais adequado a si, dado o princípio da autonomia da vontade. Portanto não é cabível ao Estado predispor leis que vetam o reconhecimento das relações consideradas simultâneas ou paralelas e suprimem os efeitos patrimoniais, premiando aquele que infringe os preceitos monogâmicos e concomitantemente contribuindo para o seu enriquecimento ilícito, já que houve contribuição comum direta ou indireta da concubina.

Alguns doutrinadores defendem que o princípio da monogamia é elemento estrutural da nossa sociedade e que por tal motivo, reconhecer nas relações paralelas os direitos hoje concedidos ao cônjuge e ao companheiro violaria o aludido princípio, porém é valido ressaltar que, a não tutela desses direitos a esse arranjo familiar ferem o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por ainda ser um considerado polêmico, o posicionamento de alguns tribunais vem sendo favorável no sentido de tutelar as famílias paralelas os mesmo direitos do casamento e união estável, como o benefício da pensão por morte, desde que respeitado elementos como afetividade, coexistência e a durabilidade do vínculo.

Faz-se necessário uma análise bastante aprofundada de caso a caso, pois em se tratando de fatos presentes na vida cotidiana, o tema tratado neste trabalho é muito mais complexo do que o legislador ousou em disciplinar.

## 6 REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. 6 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1932.

BIAZZO FILHO, João. Histórico do direito das sucessões. **Revista Jus Navigandi**, , Teresina, ano 18, n. 3639, 18 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24714/historico-do-direito-das-sucessoes>>. Acesso em 23 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 380**. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 382**. A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2488>>. Acesso em 23 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BURNS, Edward McNall. **História da civilização universal**. v. 1. 3. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1974.

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

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. v. 1. São Paulo: Edameris, 1967.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2016. apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012

DICIONÁRIO Latino Português. Porto: Gráficos Reunidos, 1942.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 5. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 6. 32. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: jusPODIVM, 2015.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito civil: família e sucessões**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 15. São Paulo: Saraiva, 1977.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais)**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/64492/direitos-da-o-amante-na-teoria-e-na-pratica-dos-tribunais-prof-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

HAGE, Rodrigo. **Dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/dignidade-da-pessoa-humana/5421>. Acesso em 23 nov. 2018.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. v. 5. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Instituições de direito de família**. São Paulo: Direito, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

QUADROS, Tiago de Almeida. O princípio da monogamia e o concubinato adulterino. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 412, 23 ago. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5614>>. Acesso em: 8 nov. 2008.

REALE, Miguel. **Novo código civil brasileiro – estudo comparativo**. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

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

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. São Paulo: RT, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2005.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. 2 São Paulo: Forense, 1967.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. v. 6. 9. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. v. 7. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.