



FACULDADE SÃO LOURENÇO
CURSO DE DIREITO

AMÁBILE CARVALHO COLI

**DIREITO SUCESSÓRIO: A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E
OS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA CONCORRÊNCIA ENTRE
OS DESCENDENTES COM O CÔNJUGE / COMPANHEIRO**

São Lourenço
2020

AMÁBILE CARVALHO COLI

**DIREITO SUCESSÓRIO: A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E
OS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA CONCORRÊNCIA ENTRE
OS DESCENDENTES COM O CÔNJUGE / COMPANHEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pela aluna Amábile Carvalho Coli como requisito para obtenção do título de Bacharel, do Curso de Direito, da FACULDADE SÃO LOURENÇO.

Orientador: Professor Marcos Antônio Pinto Teixeira.

São Lourenço

2020

DIREITO SUCESSÓRIO: A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E OS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA CONCORRÊNCIA ENTRE OS DESCENDENTES COM O CÔNJUGE / COMPANHEIRO

Amábile Carvalho Coli¹

Marcos Antônio Pinto Teixeira²

Resumo: O Direito Sucessório trata-se de um conjunto de regras que determinam como é feita a transferência de patrimônio em caso de morte do proprietário. O presente trabalho visa apresentar uma discussão a respeito do direito sucessório no âmbito da ordem da vocação hereditária, que tratam sobre os herdeiros legítimos; sabe-se que a ordem pode variar de acordo com local e tempo da situação. Existem várias discussões acerca da temática, entretanto, foi possível concluir a partir da pesquisa que no ordenamento brasileiro os descendentes concorrem com cônjuge e companheiro no direito sucessório. Atualmente, companheiro e cônjuge estão livres de diferenciação uma vez que o STF equiparou todas as formas de união. No caso dos descendentes, existe uma regra de igualdade de condições independentemente da situação ou origem, estando aqui, o ponto central da presente pesquisa e que se valeu do método analítico de pesquisa bibliográfica, doutrina e de decisões judiciais.

Palavras-chave: Herança. Direito sucessório. Descendente. Cônjuge.

Abstract: The right to inheritance is a set of rules that determine how the transfer of assets is made in the event of the death of the owner. The present work aims to present a discussion about the right of succession within the scope of the order of hereditary vocation, which deal with legitimate heirs; it is known that the order may vary according to the location and time of the situation. There are several discussions about the theme, however, it was possible to conclude from the research that in Brazilian law descendants compete with spouse and partner in inheritance law. Currently, partner and spouse are free to differentiate since the STF has equalized all forms of union. In the case of descendants, there is a rule of equal conditions regardless of the situation or origin, noted in here, the central point of the present research and that used the analytical method of bibliographic research, doctrine and judicial decisions.

Keywords: Inheritance. Succession law. Downward. Spouse.

¹ Aluna do Curso de Direito da Faculdade São Lourenço/MG.

² Docente da Faculdade de São Lourenço/MG.

INTRODUÇÃO

O “Neoconstitucionalismo” trouxe as Constituições para o centro dos ordenamentos jurídicos, documento guia sobre o qual estão assentadas todas as demais normas, inclusive as civis. Desta forma, as normas assentadas na Constituição Federal deixaram de ser vistas como diretriz interpretativa, passando a ser tidas como mandados de otimização, aplicáveis tanto às relações entre particulares quanto ao poder público, as quais servem de parâmetro para todas as demais normas, tanto para o legislador quanto para o aplicador do Direito.

Assim, tornou-se necessária uma redefinição de institutos do Direito Civil de forma a alinhar-se com os direitos fundamentais e, conseqüentemente, com a axiologia derivada da dignidade humana.

Nas Origens do Totalitarismo Hannah Arendt definiu dignidade humana esclarecendo que um ser humano pode perder todos seus direitos, sem abandonar sua qualidade essencial que o faz humano, sua dignidade, e explica que a dignidade, portanto, existe mesmo quando há ausência de direito e mesmo contra o direito.

Neste aspecto, é a dignidade inerente a todos os seres humanos que são fins em si mesmo, o que faz dela um metaprincípio de onde decorrem todos os demais, centro do ordenamento jurídico, um dos fundamentos do Estado Brasileiro, vez que o direito é construído por humanos e para humanos.

Ainda para Arendt (2013), a falta dos direitos humanos primeiro se dá na ausência de um lugar no mundo, é algo ainda mais fundamental do que os conceitos de liberdade e justiça; quando um indivíduo deixa de participar e pertencer à sua comunidade à força, é isso que se está colocando em risco.

Dito isto, torna-se possível afirmar que os princípios fundamentais do Direito Civil foram arejados e reorganizados de forma a conferir materialidade à dignidade humana e trazer eficácia aos demais direitos fundamentais assentados na Constituição.

O direito sucessório deve, dessa feita, ter como lastro e filtro esta dignidade demandando para tanto de fundamento constitucional. Em outro aspecto, esses princípios fundamentais que conduzem o Direito das Sucessões são inderrogáveis por ato de vontade. A ordem da vocação hereditária é instituto de ordem pública,

donde há proibição de acordo sobre herança de pessoa viva (pacta corvina) e exige-se obediência à sucessão legítima. O brasileiro pode dispor em testamento sobre seus bens dentro das balizas determinadas pelo Código Civil.

A sucessão contratual não é admitida, portanto, em nosso regramento, entretanto, a norma comporta a exceção constante do art. 2.018 do Código Civil, que possibilita a partilha entre vivos pelos ascendentes, desde que resguardados os herdeiros necessários.

Essa sucessão prevista em lei - legítima - segue a chamada ordem de vocação hereditária que iremos discutir. O Código Civil traz normas cogentes que se referem aos herdeiros necessários, convivendo com outros dispositivos que se dirigem a outros herdeiros.

No entanto, nem sempre assim acontece. E é o que se verifica na hermenêutica dos artigos 1.832 e 1.790, incisos I e II, ambos do Código Civil. Concorrendo o cônjuge ou o companheiro na herança com descendentes híbridos (ou seja, coexistência de descendentes comuns e exclusivos), há uma lacuna legislativa quanto aos bens que tocarão a cônjuge ou ao companheiro, visto ser regulamentada apenas a hipótese de concorrência entre uma ou outra origem, não instituindo preceito na ocasião de mútua concorrência, o que obriga doutrina e jurisprudência a elaborarem as regras aplicáveis ao caso concreto.

Aqui, o cerne da pesquisa que ora se apresenta, no intuito de compreender a ordem hereditária do Código Civil brasileiro à luz dos princípios constitucionais, além das recentes interpretações judiciais a que o Supremo Tribunal Federal assim agiu nos últimos anos, alocando todos em pé de igualdade material.

2. SUCESSÃO LEGÍTIMA

Duas são as formas de suceder, a legítima e a testamentária, também denominadas ab intestato e intestato. No caso da sucessão legítima, ou ab intestato a lei alude a determinadas pessoas e constitui regras para a divisão da herança.

Denomina-se, então, sucessão legítima a que é deferida por determinação da lei. Atendendo ao que ocorre quando o sucedendo morre sem testamento (intestado), diz-se também ab intestato. E tendo em consideração que se processa sob o império exclusivo da lei, sem a participação da vontade, pode também designar-se como sucessão legal. Em nossos meios, é a mais frequente, tendo-se em vista a menor difusão do testamento e, portanto, da sucessão testada (DA SILVA, 2017, p.95)

Na sucessão legítima há uma presunção de vontade ao lado de uma exigência de proteção de determinadas pessoas, assim, há uma imposição legal que deve ser observada diante do falecimento.

Longa é a história da adoção deste tipo de sucessão entre os povos. As civilizações antigas já transmitiam bens independentemente da vontade do sucedente, mas motivadas pelos vínculos de consanguinidade. No caso, a continuidade dos deveres religiosos fazia com que a transmissão da posição de pater família e determinasse a sucessão ao filho como responsável pelo prosseguimento do culto, é uma imposição não apenas dos homens, mas também dos deuses.

Caio Mario da Silva Pereira nos explica que “podemos determinar, na sucessão legítima, quatro ordens e influências: histórica, familiar, individual e social” (2017, p.97). Assim, é histórica porque presente em todos os povos da antiguidade, com critérios distintos, mas, existente em todos os povos orientais e ocidentais por toda a história.

É familiar dado seu papel na manutenção da coesão e unidade da família, como forma de garantir a conservação dos bens da entidade familiar sob a responsabilidade dos sucessivos chefes de família. Com o tempo esse elemento transformou-se de forma a transmitir o patrimônio para aqueles que possuíam laços de sangue ou aliança, concorrendo para a formação do patrimônio deles.

Em sua face individual permite a afeição presumida, pois respeita uma ordem de gradação afetiva que comumente dá-se na realidade, embora existam casos excepcionais, a lei leva em conta a regra e não à exceção.

Por fim é social, visto que o homem vive em sociedade e submete-se às leis ali existentes, assim, a “organização social” possibilita o acúmulo patrimonial, que ao fim constituirá um acervo de herança a ser transmitida ao grupo familiar ou devolvida ao Estado.

Desta sorte, ora limita a extensão dos parentes chamados a herdar, ora dilarga a restituição parcial do acervo ao Estado mediante um esquema de tributação progressiva, em função do valor do monte e do grau de parentesco, como sobre os fundamentos e análise da sucessão legítima se estendem, mais ou menos longamente, os civilistas. (DA SILVA, 2017, p. 98)

No Brasil atual, esses vínculos legítimos estendem-se para além do pertencimento a um grupo familiar por sangue e abarca aqueles advindos do casamento e da união estável.

Tem-se a sucessão legítima, à vista do art. 1.788 do Código Civil, em três situações: a) quando não houver testamento; b) havendo testamento, quanto aos bens por ele não alcançados; c) em caso de caducidade, rompimento ou nulidade do testamento. (NADER, 2016, s/p)

Neste aspecto, o autor da herança tem a faculdade de deixar testamento, em não existindo serão chamados a herdar na ordem de vocação, aqueles indicados pela lei.

Inobstante, a disposição testamentária pode não alcançar todo o acervo patrimonial, havendo bens e obrigações excedentes estes se converterão à legítima, e em todo caso, não é possível a disposição da totalidade do patrimônio caso haja sucessores legais.

Dá-se a caducidade quando, por um fato posterior ao testamento, este perde a eficácia por motivos diversos, como por incapacidade do beneficiário ou sua morte antes da abertura da sucessão. Caracteriza-se, também, pela renúncia à sucessão ou não ocorrência do fato a que o benefício se encontrava subordinado, entre outras causas. Pelo Código Civil estão dispersas algumas hipóteses de caducidade, como a do testamento marítimo (art. 1.891) e do testamento militar (art. 1.895). (NADER, 2016, s/p)

Essa sucessão imposta relaciona-se com o parentesco do sucedente, motivo pelo qual será estudado de ora em diante os requisitos para ser sucessor e a parentalidade.

3. REQUISITOS DO SUCESSOR

O estudo da capacidade para suceder pressupõe a análise de alguns pré-requisitos de que trataremos a seguir. Para começo é preciso distinguir a personalidade civil da capacidade.

Personalidade civil é a possibilidade conferida a todas as pessoas para serem titulares de direitos e deveres. Tal aquisição dá-se com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos no nascituro desde a concepção (art. 2º), logo, antes do nascimento o ser humano já concebido existe no mundo jurídico, mas não é ainda titular de direitos e obrigações. No aspecto, Tartuce menciona que “muitos doutrinadores apontam a existência de uma condição para que o nascituro herde, qual seja o seu nascimento”. (2019, s/p)

Ainda de acordo com este mesmo autor “parece haver uma tendência de revisão dessa posição prevalecente”, à qual ele próprio se filia, esta considera que o nascituro teria personalidade jurídica plena e, portanto sua possibilidade para ser

herdeiro independeria do nascimento com vida, em não sobrevivendo ao parto, os herdeiros do nascituro o sucederiam na herança anteriormente transmitida. (2019, s/p)

Para os filiados a este posicionamento, na sucessão legítima, tanto as pessoas nascidas quanto as já concebidas no momento da morte do autor da herança estão autorizadas a sucedê-lo, desde que não afastadas por lei.

Neste caso, importante notar, a necessidade de verificar a data provável da concepção calculando-se que o nascimento deve ocorrer até trezentos dias após o óbito, sendo certo que este é o prazo máximo de duração da gestação.

Por sua vez a capacidade de fato versa sobre a possibilidade da prática direta de negócios jurídicos. Alguns desses atos, contudo, exigem do agente também capacidade jurídica ou legitimidade, por vezes, portanto, a pessoa capaz não detém legitimidade para determinado ato, é o caso, por exemplo, do casamento do menor de idade.

A capacidade para receber a herança depende da situação concreta, como se vê na comoriência, nos embriões não fecundados ou mesmo quanto ao nascituro, portanto, a matéria à capacidade sucessória disciplinada pelo art. 1.798, é a geral.

Por outro lado, para suceder a pessoa necessita de legitimidade para herdar e é a vocação hereditária que confere este poder ao herdeiro. A mera capacidade de fato não indica a possibilidade para ser herdeiro, como, por exemplo, quando existe uma declaração de indignidade. A capacidade genérica para ser sucessor não significa, em conclusão que exista capacidade para suceder uma determinada pessoa.

Algumas pessoas são incapazes absolutamente, o que independe da relação entre sucessor e sucedido, entretanto, casos há em que a incapacidade é relativa, sendo certo que esta última incapacidade está vinculada à relação entre o autor da herança e o herdeiro.

Outro tema importante é a ordem dos falecimentos para determinar quem deverá herdar. Aquele que faleceu primeiro será sucedido, se houver comoriência, não há sucessão entre os falecidos.

O brasileiro não tem o costume de realização testamentária, em geral eles preferem à legítima, provavelmente em razão de laços afetivos e uma crença em uma obrigação natural, que tem raízes religiosas, e os impele a deixar algo aos seus familiares.

Relações de parentesco dizem respeito às relações jurídicas que nascem do vínculo familiar que mantêm entre si determinadas pessoas, especialmente estão ligadas à ideia de afetividade. Parentesco, portanto, é o vínculo entre pessoas que tem uma ascendência comum ou uma aliança por afinidade.

Tartuce detidamente explica que há três formas de manutenção de vínculo de parentesco, o consanguíneo, a afinidade e o civil. O liame consanguíneo ocorre entre pessoas que possuem vínculo biológico ou de sangue, em outras palavras, possuem um ancestral comum. Os parentes afins são os que se formam entre os cônjuges ou companheiros e os parentes do outro cônjuge ou companheiro. Na terceira forma enquadram-se os adotados, as reproduções assistidas heterólogas e os vinculados socioafetivamente.

Sobre o vínculo socioafetivo, é necessário notar que diz respeito à relação afetiva voluntária que implique no estado de filiação e conseqüentemente acarreta efeitos pessoais e patrimoniais. Assim, tem-se que este deve utilizar o nome de família, ser tratado como filho e reconhecido como tal pela comunidade em que está imerso.

O Código Civil, no que concerne ao parentesco biológico menciona que “são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”, em seu art. 1.591.

Este parentesco chamado “em linha reta”, ou direta, ocorre quando as pessoas descendem diretamente umas da outras, podendo ser descendente quanto aos que nascem da pessoa, e ascendente quando tratamos da direção contrária, subindo no parentesco. Por outro lado, os colaterais são aqueles que descendem de um tronco comum, mas não de forma direta.

É a distância geracional entre os parentes, portanto, o grau de parentesco é a quantidade de gerações que separam dois parentes. Afinidade é denominada a relação entre um cônjuge ou um companheiro e os parentes do outro. Prescreve o Código Civil em seu artigo 1.595 que “cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade” e prossegue prevendo em seus parágrafos que (§1º) “o parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro” e (§2º) “na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável”.

Como é possível notar, no parentesco por afinidade, contam-se os graus e determina-se a linhagem, se reta ou colateral, por analogia com o parentesco

consanguíneo. Na linha reta não há limitação de grau no parentesco por afinidade, que também não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. Entretanto, na linha colateral a afinidade é transitória e se interrompe com o fim do casamento ou a união estável que a gerou.

Parentesco por afinidade é o vínculo entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do consorte. A assimilação do parentesco se limita à linha reta e aos irmãos, sejam tais vínculos de natureza biológica ou civil. Nem todos identificam a afinidade como espécie de parentesco, mas este existe e é de natureza civil, pois dimana da lei. O parentesco por afinidade cessa com a dissolução do vínculo matrimonial ou da união estável, perdurando apenas o liame em linha reta e para efeito de impedimento para o casamento. Em caso de separação judicial, permanecem os vínculos de afinidade. (NADER, 2016, s/p)

Flávio Tartuce adiciona o importante lembrete de que “marido e mulher e companheiros não são parentes entre si, havendo vínculo de outra natureza, decorrente da conjugalidade ou da convivência”. (2019, s/p)

Anota-se ainda que o parente por afinidade não é herdeiro necessário, não fazendo parte da legítima.

O parentesco civil é aquele que não decorre nem do sangue, nem da afinidade, estando previsto no artigo 1.593 do Código Civil, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Portanto, por exclusão as formas de vínculo de parentesco reconhecidas no ordenamento jurídico e que não resultam do liame biológico ou natural, nem são ocasionados pela afinidade advinda de casamento ou união estável, são todas formas de parentesco civil.

Por muito tempo a adoção era o caso citado pela doutrina como de parentesco civil, hoje em dia, no entanto, enquadra-se neste tópico o parentesco socioafetivo e o embrião gerado por inseminação artificial heteróloga.

Entretanto, diante dos progressos científicos e da valorização dos vínculos afetivos de cunho social, devem ser reconhecidas duas outras formas de parentesco civil. A primeira é concernente à técnica de reprodução assistida heteróloga, efetivada com material genético de terceiro, sêmen ou óvulo captado em clínica especializada, presente o vínculo parental quanto às pessoas que planejaram a técnica. A segunda forma de parentesco civil é a parentalidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filhos. (TARTUCE, 2019, s/p)

Encontram-se nos enunciados das Jornadas de Direito Civil afirmações de parentesco civil nas hipóteses de posse do estado do filho e inseminação heteróloga.

Sobre a posse do estado do filho o STF já se pronunciou no Recurso Extraordinário 898.060/SP, ressaltando a impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos e aduzindo que a autonomia da vontade e dignidade humana impere o reconhecimento de paternidade socioafetiva. Destaca-se na ementa o seguinte trecho:

A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

(...)

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou 4 (iii) pela afetividade.

Portanto, o vínculo parental formado pela afetividade é reconhecido como parentesco civil, sendo certo que elementos advindos do tratamento cotidiano da pessoa como filho sobressaem-se sobre o vínculo biológico, permitindo, inclusive, o reconhecimento da multiparentalidade.

São elementos que exemplificativamente demonstram a existência dessa posse, a utilização do nome da família, o tratamento equiparado a filho pelo pai, a reputação de filiação perante a comunidade em que convive.

De outra parte, o embrião heterólogo implantado como se filho deste fosse, também tem reconhecido o parentesco socioafetivo, mais uma vez preferindo-se a realidade familiar à ausência de material biológico comum.

Neste último caso, é necessário aduzir que a doutrina discute se a implantação post mortem deste embrião teria o condão de formar tal vínculo gerando efeitos legais e patrimoniais parece que a direção adotada é a da necessidade de reconhecimento prévio pelo genitor, vez que após a morte a implantação seria uma decisão unilateral rompendo com a bilateralidade e autodeterminação do autor da herança.

4. QUESTÕES ESPECÍFICAS ATINENTES À LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Com o avanço das técnicas de reprodução assistida e o advento da lei de Biossegurança, o direito se deparou com essa nova realidade de fato e surgiu o questionamento: Como enquadrar os embriões, como prole eventual?

Questão extremamente polêmica, porém, diz respeito à possibilidade de reconhecimento de capacidade sucessória ao embrião. Sim, ao embrião propriamente dito, ainda não implantado no útero quando da abertura da sucessão, não sendo, portanto, tecnicamente, um “nascituro”. Isso porque o Direito não pode fechar os olhos para os avanços da ciência. Se é certo que o vigente Código Civil brasileiro não tratou detalhadamente da matéria, é uma injustiça dizer que a desconheceu por completo. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2017, s/p).

A prole eventual é caso de legitimidade especial prevista no artigo 1.799 do Código Civil. Concerne a situações específicas que devem estar previstas em testamento, no caso, o testador beneficia um filho de um terceiro que ainda não foi concebido em seu testamento.

Neste caso, exige-se que no tempo da abertura da sucessão o terceiro possível genitor esteja vivo, requisito lógico para que a condição possa se perfazer, porém o beneficiário pode ainda sequer ter sido concebido.

Os bens da herança, em tal hipótese, nos termos do art. 1.800, serão confiados, após a liquidação ou partilha, a um curador nomeado pelo juiz, que será, salvo disposição testamentária em contrário, na forma do § 1.º do referido dispositivo, a própria pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, as pessoas indicadas no art. 1.775 do Código Civil 172. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2017, s/p).

Em tal hipótese, caso o herdeiro nasça com vida, a herança lhe atribuída no testamento, bem como, seus frutos e rendimentos desde a morte do testador, serão transferidos a ele. Essa espécie especial de previsão testamentária é “condicionada” à concepção do beneficiário.

Diante da incerteza acerca da concepção, e mais, do nascimento, qual a segurança jurídica vez que é possível que a prole eventual sequer seja concebida? Neste caso há o prazo legal de dois anos após a abertura da sucessão para a concepção, não para o nascimento, portanto, dentro deste prazo é necessário que haja a concepção do herdeiro, entretanto, seu nascimento pode ocorrer após o lapso temporal, quando então terá consolidado seu direito.

É necessário anotar que pode existir vínculo socioafetivo na prole eventual, contudo, para a discussão que travaremos a seguir, não é necessária a digressão dentro de tal problemática, vez que todo esse primeiro panorama será utilizado na discussão da legitimidade sucessória do embrião, nosso foco de interesse.

Embora exista discordância doutrinária, como se verá neste tópico, existem previsões relevantes acerca da reprodução assistida no artigo 1.597 do Código Civil:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III — havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV — havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V — havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Vê-se que o legislador diferenciou a circunstância da inseminação artificial com material genético do próprio casal – homóloga – e daquela em que a fecundação foi realizada com material genético de outras pessoas – heteróloga. Neste aspecto, o questionamento diz respeito à implantação uterina feita após o falecimento do autor da herança.

Stolze levanta a possibilidade de preverem-se em testamento benefícios futuros aos filhos de alguém (prole eventual), e, dentro de dois anos for esse filho concebido através de reprodução assistida e implantado no útero materno? Para ele “não temos dúvida” de que este embrião “concebido em laboratório e posteriormente implantado no útero materno (como nascituro), adquirirá o direito sucessório correspondente”. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2017, s/p).

Neste aspecto, as discordâncias entre a doutrina vão ainda mais além e trazem mais questionamentos que respostas. Assim, Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 12) prosseguem nos explicando que:

Se a concepção e a implantação se derem dentro do prazo de dois anos, o ente assim formado será considerado filho e herdeiro do autor da herança. Por outro lado, se a concepção ocorrer após o prazo de dois anos, indiscutivelmente a criança será considerada “filha do falecido” (que autorizou previamente a fecundação), mas não poderá ser considerada “herdeira”, pois a concepção se deu fora do biênio. E uma pergunta ainda mais complexa se imporia: a deixa testamentária poderia beneficiar o embrião ainda não implantado no útero materno? Seria possível reconhecer ao embrião uma vocação hereditária autônoma?

De acordo com os autores parece prevalecer a postura de que após a morte de um dos genitores a implantação do embrião advém de um desejo unilateral e, portanto não corresponde à bilateralidade próprio do planejamento familiar, neste caso não há qualquer direito sucessório do futuro nascituro, vez que só estão

autorizadas a suceder pessoas já concebidas na data da abertura da sucessão. (2017, s/p). Estes dão preferência à segurança jurídica na sucessão.

De outro lado, ainda esses autores colacionam outra linha de pensamento. “Há quem defenda a impossibilidade jurídica de reconhecimento da legitimidade sucessória do embrião apenas para participação na Sucessão Legítima, admitindo-se, porém, o cabimento na Sucessão Testamentária”. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, s/p)

Neste caso, esses filhos havidos posteriormente à morte do genitor não seriam parte da sucessão legítima ou da ordem de vocação hereditária, seriam aplicadas as regras da prole eventual. O questionamento então diz respeito ao prazo, por quanto tempo o testamento esperaria a possível implantação do embrião e seu conseqüente nascimento?

Em nosso sentir, ao menos enquanto não houver uma regulamentação legal específica, que leve em conta os avanços da tecnologia, a segurança jurídica recomenda que, nos limites da Sucessão Testamentária, o embrião somente poderá figurar como beneficiário se a implantação no útero materno ocorrer dentro do prazo de dois anos, na linha do § 4.º do art. 1.800 do Código Civil. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, s/p).

A complexidade deste tema reside em que a constituição em seu artigo 227, § 6º confere igualdade de direito aos filhos ao dizer que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Neste caso, filhos havidos após o falecimento do pai e fecundado pela mãe seriam tratados distintamente de outros filhos que eventualmente já possuíssem, além do evidente *discrímen* formal, vez que filhos havidos por fecundação homóloga post mortem teriam tratamento legal distinto dos demais.

A questão, no Brasil, é particularmente complexa, tendo em vista a regra constitucional da absoluta igualdade de direitos entre os filhos (Constituição Federal, art. 227, § 6º). Se, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como se houvessem sido “concebidos na constância do casamento”, como justificar, ao menos de *lege lata*, a exclusão de seus direitos sucessórios? (DA SILVA, 2017, p.50)

Na mesma toada, Farias e Rosenvald:

A posição prevalecente em doutrina, contudo, é no sentido de que a partir da incidência da igualdade constitucional entre os filhos, não se pode subtrair do embrião laboratorialmente concebido, e ainda não implantado, o

direito à sucessão." Dispara, enfaticamente, Fábio Ulhoa Coelho: "para que não ocorra discriminação da filiação, deve-se considerar que os embriões crioconservados produzidos com o material genético fornecido por pessoas casadas ou em união estável têm capacidade para suceder se vierem um dia a ser inseminadas num útero e nascerem com vida". 96 Inclusive cimentou-se entendimento no Enunciado 267 da Jornada de Direito Civil (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 132/133)

Desta forma, em respeito à previsão constitucional da igualdade entre os filhos e, mormente em consonância com a dignidade humana que funda o Estado Brasileiro, não há como fazer distinção entre filho havido de concepção natural com aquele da artificial, sendo certo que as leituras incompatíveis com estes preceitos devem ser extirpadas. Tendo sido já concebido, mas não nascido, é necessária a realização de hermenêutica tal que possibilite ao embrião criogenizado ser herdeiro de seu genitor na inseminação homóloga.

A tendência da doutrina civilística, entretanto, parece seguir no sentido de que não há capacidade sucessória nestes casos, pois haveria dificuldades práticas para a realização das partilhas, uma vez que inexistente limite temporal para tal fecundação (NADER, 2016, s/p). Esta é a posição de Stolze e Pamplona:

Não se afigura como a melhor solução, mas, em nosso atual sistema, é a mais adequada, mormente em se considerando que a indefinição de um prazo para a implantação geraria o grave inconveniente de prejudicar por meses ou anos o desfecho do procedimento de inventário ou arrolamento, em detrimento do direito dos demais herdeiros legítimos ou testamentários. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2017, s/p).

Recentemente -RE 1045273- o STF caminha em direção a concluir (já conta com 5 votos) que uniões estáveis paralelas geram ambos direitos previdenciários (pensão por morte) a serem os valores rateados entre os supérstites, o que impere questionar se, confrontando o tema, a corte estenderá os direitos de concubinos aos sucessórios.

Pode o concubino herdar? Fará parte da legítima em concorrência com os descendentes, ascendentes, cônjuges e companheiros? Até recentemente em consulta à doutrina a resposta seria que não, entretanto, ante a nova diretriz de nossa Suprema Corte, resta aguardar os próximos desdobramentos a fim de ter uma resposta que confira segurança jurídica as uniões.

5. ORDEM DE SUCESSÃO HEREDITÁRIA

A dita ordem de vocação hereditária é a imposição legal que determina quais são as pessoas que serão convocadas a participar da sucessão legítima, o “rol dos suscetíveis”. “Trata-se, pois, da ‘espinha dorsal’ da sucessão legítima, ao indicar quem são os familiares que, distribuídos em classes diferentes, preferenciais entre si, serão chamados a suceder o falecido nas suas relações patrimoniais” (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 265)

Para Gagliano e Pamplona Filho “nesse contexto, é muito importante frisarmos que é característica básica do sistema a regra segundo a qual o sucessor mais próximo exclui o mais remoto.” (2017 s/p).

É, desta feita, uma listagem organizada em classes de pessoas, escolhidas por critério de política legislativa e jurídica, que devem ser chamadas a suceder em ordem, sendo que os de parentesco mais próximos excluem os mais distantes.

O conceito de família se modifica ao longo da história e em função dos ditames do local, acomodando em sequela modificações nesta ordem de sucessão, e isto não é diferente em nosso país.

Não se olvide, ainda, que, no direito brasileiro, nas primeiras décadas do século passado a ordem de vocação hereditária abrangia o colateral até o décimo grau.” Com o passar do tempo, a abertura e a pluralidade das relações sociais, bem como a liquidez das relações humanas e afetivas, impuseram uma compreensão mais objetiva e racional da família. (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 265)

Assim, ao falecer o autor da herança antes buscava-se até o décimo grau de parentesco colateral para apenas depois beneficiar sua esposa, em prejuízo também de filhos havidos fora da relação regular de conjugalidade.

Estas situações passaram a ser vistas como injustas e precisaram ser revistas. Principalmente as esposas ficavam desassistidas diante da morte de seu cônjuge, quando então o direito preferia pessoas que sequer estavam na convivência direta do sucedente em prejuízo daquela que com ele dividiu a vida.

Na crítica que se lhe fazia assinalava-se que o princípio da afeição presumida era desatendido no tocante ao cônjuge, relegado à posição remota, pois somente herdava quando faltavam todos os parênteses até o décimo grau, ou seja, numa situação de flagrante inferioridade aos que não tinham efetivamente contato direto com o grupo familiar, e não ocupavam lugar na afeição do morto (DA SILVA, 2017, p. 103).

Isso deu ensejo a diversas ondas de modificação, de forma a acompanhar a ética social e as novas conformações familiares. Uma das mudanças que a modernidade líquida tem produzido é a existência de novas formas de família.

Inúmeras vezes caminham-se para um novo casamento ou união estável em que o cônjuge ou o companheiro sobrevivente não é ascendente dos descendentes do outro, ou ao menos não da totalidade deles, resultando em que haja uma tendência de reforço da proteção do cônjuge e do companheiro que passaram a concorrer com ascendentes e descendentes.

De outra parte, opôs-se limite ao chamamento obrigatório de colaterais, entendendo o legislador que o convívio afetivo e presumido estendia-se apenas até o quarto grau, num parentesco bastante mais próximo, considerando primordial o parentesco decorrente dos laços de sangue na linha reta, cujo afastamento para linha colateral esgota-se com relativa brevidade.

Neste aspecto, conformou-se a atual ordem de vocação hereditária prevista no ordenamento pátrio, uma que equipara filhos, privilegia os descendentes, reconhece o parentesco socioafetivo, protege cônjuges e companheiros, conforme analisaremos detidamente.

É a dicção do art. 1.829 do Código Civil

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.

Desta forma, a ordem de vocação hereditária pressupõe o chamamento dessas pessoas na ordem acima apontada para sucederem por cabeça, os mais próximos excluindo os mais remotos.

Os herdeiros adquirem os bens por direito próprio – iure proprio. É a modalidade mais comum e normal da sucessão legítima. A herança é deferida a cada um individualmente ou por cabeça – in capita. Cada descendente recebe o que lhe cabe; na falta de descendentes, devolve-se o acervo aos ascendentes, também individualmente; não havendo ascendentes, ao cônjuge; na falta deste, aos colaterais; e em os não havendo, ao Estado. (DA SILVA, 2017, p. 105)

A exceção a esta regra dá-se no caso da sucessão a ascendente, em havendo sobreviventes nas duas linhas, materna e paterna, haverá a sucessão por linhas.

Por outro lado, há sucessão por estirpe quando concorrem representantes de graus sucessórios distintos, neste caso, o representante da classe mais distante estará representando outro sucessor de classe mais próxima ao falecido.

A toda evidência, cuida-se de uma dupla exceção a regras gerais. Primus, excepciona-se a regra de que os herdeiros mais próximos excluem aqueles mais remotos, uma vez que na sucessão por representação o herdeiro mais distante concorre juntamente com outro mais próximo. Secundus, também é excepcionada a regra de que o sucessor tem de sobreviver ao autor da herança, porque na sucessão por estirpe os descendentes do herdeiro pré-morto recolhem a herança que lhe é regularmente transmitida (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 280)

A sucessão dos descendentes está adstrita a duas normas fundamentais, a igualdade substancial e a proximidade. A primeira delas não permite a discriminação dos descendentes de acordo com sua origem.

Com o influxo da isonomia constitucional, não mais se tolera qualquer desnível de tratamento jurídico sucessório entre os filhos, independentemente de sua origem. Filho, enfim, se tornou substantivo que não comporta adjetivo: filho é filho e só, seja qual for a sua origem. (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 289)

Neste aspecto, filhos biológicos, adotivos ou socioafetivos, bem como seus representantes devem, necessariamente, ser tratados igualmente e chamados conjuntamente, no primeiro lugar da ordem, para atender à sucessão em concorrência com o cônjuge ou o companheiro. É importante anotar as discordâncias doutrinárias acima anotadas sobre a inseminação artificial e os direitos dos embriões pós-implantados.

Quanto à proximidade, são chamados os descendentes mais próximos, excluindo os mais remotos, com exceção da representação. Assim, havendo filhos, chamam-se esses e excluem-se os netos; não havendo filhos, mas havendo netos, excluem-se os bisnetos.

A próxima classe hereditária a ser chamada, também em concorrência com o cônjuge ou companheiro são os ascendentes, não existindo descendentes, em qualquer grau, passa-se à linha dos ascendentes e são chamados a suceder em ordem conforme o grau.

Neste aspecto, não deixando filhos, netos etc., são chamados os pais, não deixando pais chamam-se os avós e assim sucessivamente, sempre em concorrência com o cônjuge ou companheiro.

Além disso, anota-se que do § 2º do art. 1.836 é a previsão de que “havendo igualdade em grau, e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo à outra aos da linha materna”.

É cabível uma nota sobre a multiparentalidade, própria dos nossos tempos, o que faremos através da citação abaixo colacionada:

Por derradeiro, sobreleva uma palavra a respeito da situação jurídica do filho socioafetivo em relação ao seu genitor (pai biológico). Com o reconhecimento da possibilidade de filiação socioafetiva, é indubitoso que uma pessoa pode ser filha de alguém com quem não guarda descendência genética. Ou seja: pai (quem cria) e genitor (quem procria, gera) podem não ser a mesma pessoa. E o caso do filho adotivo, bem como -do- filho de criação - hipóteses claras de filiação socioafetiva. (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 293)

O Código Civil de 2002 dedicou ao cônjuge proteção diferenciada, além de assumir a condição de herdeiro necessário - CC, art. 1.845 - passou a concorrer na herança com os descendentes e ascendentes convocados antes dele e por fim, passou a figurar na terceira classe sucessória sozinho. Vale dizer, havendo descendentes são chamados junto com o cônjuge em primeiro lugar e excluem-se os demais; havendo ascendentes, e não descendentes, são chamados com o cônjuge em segundo lugar; não havendo nem ascendente, nem descendente algum, então o cônjuge recolhe a herança sozinho (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Tais pessoas se baseiam na concorrência do cônjuge com filhos de outros relacionamentos e levantam situações tais que resultam em prejuízo filial, na prática.

Ademais é de se notar que a separação judicial ou de fato há mais de dois anos impede a sucessão do cônjuge, apontando ainda que sucessão não é meação, portanto, o cônjuge meeiro não separado concorre ainda na sucessão.

Dentre cônjuges e descendentes, a regra é a de igualdade entre quinhões. Sendo ele ascendente daqueles descendentes com que concorre, sua quota não pode ser inferior à quarta parte da herança.

Situações há em que o cônjuge supérstite não concorre com o descendente, é o caso da comunhão universal, da separação obrigatória e caso não haja bens particulares na comunhão parcial.

De outra parte, caso concorra com ascendente não existe limitação, se em conjunto com os pais do falecido, caber-lhe-á um terço da herança, mas o seu quinhão será a metade do patrimônio deixado caso concorra apenas com o pai ou a mãe ou outros ascendentes do falecido.

Havia grande instabilidade jurisprudencial, mesmo no STJ, sobre questões relativas à sucessão dos companheiros. A discussão se cingia à inconstitucionalidade do art. 1.790, que traz tratamento diferenciado entre cônjuges e companheiros em aparente dissonância com a Constituição.

Entretanto, no RE 878.694/MG, o Supremo saneou esta questão, determinando mencionado artigo inconstitucional e, com lastro na multiplicidade de feições familiares equiparou, inclusive para fins sucessórios, as uniões estáveis, hétero ou homoafetivas e os casamentos, com fulcro na Constituição/88. Nesta toada, tudo aquilo que previsto no tópico relacionado aos cônjuges, em regime parcial, agora é cabível quanto às uniões estáveis.

No contexto dos colaterais, diz-se “tal qual na linha descendente, cabe representação na colateral, limitada, contudo aos filhos de irmão pré-morto, quando com irmãos do falecido concorrem”. (DA SILVA, 2017, p. 112).

A sucessão do colateral não é necessária e, portanto, pode ser deixado testamento em desfavor destes. São chamados a suceder não existindo outra figura participante da legítima e vocacionada anteriormente pela ordem legal, além disso, chamam-se até os colaterais de quarto grau, os mais próximos excluindo os mais remotos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem de vocação hereditária é a ordem em que são chamados os herdeiros legítimos para assumir sua parte no quinhão. Esta ordem varia de acordo com o local e o tempo da situação. Desta forma, atualmente, são chamados a participar da ordem de vocação brasileira os descendentes em concorrência com o cônjuge e o companheiro.

Quanto ao companheiro, o Código Civil havia previsto diferenciação entre ele e o cônjuge, mas, levando em conta as previsões constitucionais, o STF equiparou todas as formas de união, sejam homo ou heteroafetivas, ou casamento,

resultando que os companheiros possuem direitos equiparados aos do cônjuge para fins sucessórios. Entretanto, em concorrência com descendentes há exceções na sucessão destas duas figuras.

A doutrina critica a proteção dada à figura dos cônjuge/companheiro, ora posicionando-se no sentido de ser necessário esse movimento feito pelo Direito Civil, ora destacando que isto fere a autonomia da vontade e resulta em desbalance sucessórios entre possíveis filhos.

No que toca aos descendentes, premente dizer que há igualdade no chamamento, independentemente da situação, se adotado, se filho fora do casamento/união, se veio de família anterior ou posterior, se foi gerado por inseminação ou se é reconhecido pela socioafetividade, todos são chamados em igualdade de condições.

Dividir os descendentes em blocos de comuns e exclusivos quando concorrem à herança de ascendente é inconstitucional. Igualmente o é a distribuição de quinhões distintos dependendo da origem dos filhos sucessores de ascendente de cujus idêntico. Destarte, atribuir a todos os descendentes quota hereditária idêntica é a solução que mais se coaduna com o Direito brasileiro vigente, o que implica, por consequência, a não conferir ao cônjuge e ao companheiro, quando concorrente com aqueles, a reserva de um quarto do quinhão e o recebimento de metade de uma quota dos descendentes, respectivamente.

No tocante aos ascendentes, recebem eles por linha e não há direito de representação. Concorrem com os cônjuges/companheiros em igualdade de condições, sem as exceções vistas no caso dos descendentes. Em não existindo descendente, ascendente, cônjuge ou companheiro, é chamado para participar da sucessão o colateral até o quarto grau.

Anota-se que os mais próximos sempre preferem os mais remotos, com exceção da representação e que, por fim, na ausência de quaisquer herdeiros legítimos e inexistindo testamento, o patrimônio se reverterá à sociedade, voltando ao Estado.

Portanto, apurou-se como importante uma compreensão extensiva e axiológica da legislação civilista, notadamente a partir do que o Excelso Tribunal assentou em vários precedentes nos últimos anos, conferindo ao intérprete normativo, ou seja, ao aplicador do Direito meios e modos de interpretar a legislação

dentro de uma perspectiva diferente, vale dizer, sistêmica e constitucionalmente comprometida, em contraponto a uma leitura legalista, fria e seletiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. Editora Companhia das Letras, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DA SILVA, Caio Mário Pereira da Silva. 1913-2004 **Instituições de direito civil: direito das sucessões** – Vol. VI. – 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito Civil: sucessões**- 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

GAGLIANO; Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões** – 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. – 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 6: **direito das sucessões**. – 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SALLES, Diana NacurNagem Lima. **Direito civil. 2. Herança e sucessão**. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões** – v. 6 / Flávio Tartuce. – 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro**. Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 17, n. 1, p. 138-160, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: sucessões.** – 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.