

THATIANA DE ARÊA LEÃO CANDIL

**A UNIÃO ESTÁVEL E
O DIREITO SUCESSÓRIO**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

SÃO PAULO – SP

2006

Comissão Julgadora

Aos meus pais, Tomaz Manoel e Neuza Maria, que sempre estiveram presentes nos momentos mais importantes de minha vida, pelo amor, incentivo e exemplo a ser seguido. Com vocês aprendi o verdadeiro sentido da palavra família. E ao meu marido, Sérgio Luiz, pelo amor, companheirismo e compreensão. Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Francisco José Cahali, notável jurista que encanta por sua capacidade e humildade, de quem tiver o privilégio de ser aluna no mestrado, pelos valiosos ensinamentos e por fazer-se sempre presente na elaboração deste trabalho.

À minha irmã Thaís, ao meu cunhado Pedro e aos meus sobrinhos, Pedro Henrique e Eduardo, pela presença constante em minha vida, torcendo e vibrando por minhas conquistas.

Ao tio Teófilo, pelo convite inicial para assistir às aulas do mestrado, despertando em mim o interesse pela docência.

Aos meus sogros, Antonio e Tereza, pelo carinho.

À minha amiga Maria da Glória Chagas Arruda, pelo auxílio, prestatividade e amizade.

À todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desse trabalho.

RESUMO

O trabalho tem por objetivo o estudo da União Estável e o Direito Sucessório. Faz-se uma análise da união estável e sua evolução no campo legislativo, doutrinário e jurisprudencial até o seu reconhecimento, pela Constituição Federal de 1988, como entidade familiar, bem como a sua regulamentação através das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 e do Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003. É dado um enfoque especial ao Direito Sucessório dos Companheiros, tendo em vista as inovações introduzidas pelo artigo 1.790 do Código Civil brasileiro, que colocou o companheiro em situação de total desprestígio, se comparado ao direito sucessório dos cônjuges, regulamentado no artigo 1.829 do Código Civil. A sucessão dos companheiros ficou limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Com a nova regra, o companheiro sobrevivente participará da sucessão juntamente com os descendentes, ascendentes e até mesmo os colaterais até o quarto grau, não ocupando mais a terceira classe dos sucessíveis. Procura-se ainda destacar alguns aspectos polêmicos da sucessão, como a (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, a manutenção ou não do direito real de habitação, bem como eventual concorrência do companheiro com o Poder Público e a possível concorrência do cônjuge sobrevivente separado de fato com o companheiro do falecido. Ao final, faz-se menção aos projetos de alteração do Código Civil, apresentando sugestões para amenizar a situação atual.

ABSTRACT

The work aims at studying the Common Law Marriage and Intestate Succession. The study analyses the Common Law Marriage evolution, concerning the legislative, doctrinal and jurisprudential fields, up to the moment it was acknowledged as a family entity by the 1988 Federal Constitution and regulated by Laws n. 8.971/94 and 9.278/96, and by the Civil Code in effect since January 11, 2003. The study highlights the Companion Intestate Succession on the basis of the innovations included in article 1,790 of the Brazilian Civil Code. Such innovations brought on an unfavorable condition to the companion if compared to the spouses' intestate succession regulated by article 1,829 of the civil Code. The companion intestate succession was limited to the assets acquired onerously during the Common Law Marriage. According to the new rule the surviving companion is included in intestate succession of the deceased companion together with the descendants, ascendants and, even, with the collateral relatives up to the fourth kindred degree, thus not being included in the successor third class anymore. We also highlight some polemical aspects related to intestate succession, such as: whether the article 1,790 of the Civil Code is constitutional or not, whether the dwelling right should or should not be maintained; as well as, the competition between mate and government, and a possible competition between the surviving separated spouse and the companion of the deceased. Finally, we mention the projects addressed to make alterations to the Civil Code and suggest some measures to minimize the current status.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. DO CONCUBINATO À UNIÃO ESTÁVEL	11
1.1 CONCEITO DE CONCUBINATO.....	11
1.2 EVOLUÇÃO DO CONCUBINATO NO DIREITO BRASILEIRO.....	13
1.2.1 Código Civil de 1916 e outras leis esparsas	13
1.2.2 Construção jurisprudencial	17
1.2.3 Constituição Federal de 1988	27
1.2.4 Lei n. 8.971/94	33
1.2.5 Lei n. 9.278/96	37
2. A UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	43
2.1 DA UNIÃO ESTÁVEL.....	43
2.2 REQUISITOS CARACTERIZADORES.....	44
2.2.1 Diversidade de sexos	46
2.2.2 Inexistência de impedimento matrimonial	48
2.2.3 Singularidade	51
2.2.4 Notoriedade	53
2.2.5 Estabilidade	55
2.2.6 Continuidade	57
2.2.7 Coabitação	58
2.2.8 Convivência <i>more uxorio</i>	61
2.2.9 Objetivo de constituição de família	62
2.3 DEVERES DOS COMPANHEIROS.....	64
2.4 REGIME DE BENS.....	66
2.5 ALIMENTOS.....	68
2.6 CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO.....	69
2.7 CONCUBINATO.....	70
3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES	74
3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES.....	74
3.2 FUNDAMENTO DO DIREITO SUCESSÓRIO.....	76

3.3 O DIREITO SUCESSÓRIO NAS LEIS N. 8.971/94 E N. 9.278/96.....	79
3.3.1 Convivência das Leis da União Estável.....	82
3.4 DIREITO INTERTEMPORAL NA SUCESSÃO.....	84
4. O DIREITO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	88
4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES.....	88
4.2 O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E A SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE	90
4.3 A HERANÇA SOBRE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL.....	100
4.3.1 Concorrência com os descendentes.....	102
4.3.1.1 Quadro com a posição de vários autores sobre a concorrência do companheiro sobrevivente com filhos comuns e exclusivos do falecido.....	115
4.3.2 Concorrência com os ascendentes.....	116
4.3.3 Concorrência com os colaterais.....	119
4.3.4 Ausência de parentes sucessíveis.....	122
4.3.4.1 Quadro com a posição de vários autores sobre a concorrência do companheiro com o Poder Público.....	128
4.3.5 O companheiro como herdeiro facultativo.....	129
4.3.5.1 Quadro com a posição de vários autores sobre a inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário.....	131
4.3.6 Direito real de habitação.....	132
4.3.6.1. Quadro com a posição de vários autores sobre a subsistência do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente.....	137
4.3.7 Artigo 1.830 do Código Civil e a possível concorrência do companheiro com o cônjuge sobrevivente.....	138
5. SUGESTÕES DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	148
CONCLUSÃO.....	152
ANEXOS.....	156
REFERÊNCIAS.....	165

INTRODUÇÃO

O trabalho versa sobre a União Estável e o Direito Sucessório dos Companheiros. Busca um aprofundamento do tema, analisando os delineamentos jurídicos do assunto no direito brasileiro. Isso, por certo, não significa que se pretenda esgotar a matéria, já que o tema proposto é muito vasto, podendo ser analisado por diversos vetores.

As uniões extramatrimoniais sempre estiveram presentes em nossa sociedade, existindo como fato social marcante, mas sofriam forte resistência da sociedade para o seu reconhecimento, sendo ignoradas pela ordem jurídica. Dessa forma, este trabalho cuidou de abordar a sua evolução no direito brasileiro, no campo doutrinário e jurisprudencial, já que o Código Civil de 1916 só impunha limites a essa forma de convivência.

Com a Constituição Federal de 1988, artigo 226, houve uma alteração substancial no direito de família, que passou a reconhecer como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher e a família monoparental. O § 3º determina que o legislador deverá facilitar a conversão da união estável em casamento.

Aborda-se a evolução da união estável com as Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, que passaram a reconhecer o direito a alimentos entre os companheiros, os requisitos para caracterização da união estável, a competência para o julgamento dessas ações e a conversão da união estável em casamento. No tocante ao direito sucessório, tinha o companheiro direito ao usufruto dos bens do falecido quando este tivesse deixado descendentes ou ascendentes vivos e, na ausência desses parentes, o companheiro recolhia a totalidade da herança. Os colaterais ficavam excluídos da sucessão, tendo em vista que figuravam na quarta classe dos sucessíveis. Era possível ainda atribuir ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, assegurando-lhe o direito à moradia.

O novo Código Civil disciplinou a união estável, tratando de seus efeitos pessoais e patrimoniais. Porém, no que tange ao direito sucessório, ao invés de fazer as devidas adaptações que já eram esperadas pela doutrina, colocou os companheiros em uma situação de extrema inferioridade se comparado ao direito sucessório dos cônjuges.

O artigo 1.790 do Código Civil disciplina a participação sucessória do companheiro sobrevivente, que concorrerá com descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau do falecido. Porém, essa concorrência está limitada aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Diante disso, faz-se uma análise mais acurada da (in)constitucionalidade deste dispositivo e seus reflexos na abordagem da matéria, trazendo a posição da doutrina e os primeiros julgados que enfrentam a questão.

O estudo em pauta é de suma importância para o Direito Civil brasileiro e tem por finalidade trazer uma pequena contribuição ao estudo do direito sucessório dos companheiros, cuja relevância é notória, buscando-se soluções para os problemas que serão enfrentados pelos operadores do direito, tendo em vista as imperfeições existentes na legislação em vigor.

1. DO CONCUBINATO À UNIÃO ESTÁVEL

1.1 CONCEITO DE CONCUBINATO

De acordo com a etimologia da palavra, *concupinatus* é a comunhão de leito, mancebia, amasiamento, abarregamento¹. Provém do verbo latino *concubo*, “*que significa dormir junto, ir para cama com outro, ter relações carnis*”.²

Assim também escreve Noemia Alves Fardin: “*o termo exprime a idéia de comunidade de leito. Do latim, concubans, concubantis, o que quer dizer dorme, se deita com. Existem outras expressões como: concubatio e concubinatus; cum (com), cubare (dormir). Em sentido comum, significa o estado entre um homem e uma mulher, os quais vivem juntos, maritalmente, sem o vínculo do matrimônio*”.³

Álvaro Villaça Azevedo⁴ apresenta o vocábulo concubinato em dois sentidos: amplo e estrito. Concubinato em sentido amplo ou *lato* significa todo e qualquer relacionamento sexual livre, reprovável, com infração aos impedimentos matrimoniais. Em sentido estrito é a união duradoura, que constitui a sociedade de fato, com *affectio societatis*, havendo colaboração e lealdade entre os parceiros.

Desses elementos surgiram historicamente as espécies de concubinato: puro e impuro. Tem-se no concubinato puro “*uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem qualquer detrimento da*

¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável: antiga forma de casamento de fato. **Revista de Direito Civil**, v. 77, p.13.

² OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do Concubinato ao Casamento**: antes e depois do novo Código Civil, p. 72.

Nessa linha, surgiram outros autores: Para Irineu Antônio Pedrotti, “*concupinatus, originário de concubinatus, de cum mais cubo (cubo dá às vezes concubo), significa estar deitado ou no leito com alguém. Por isso é que o termo sempre foi visto por alguns com o sentido pejorativo. Desde os romanos era considerado como união inferior ao casamento*” (PEDROTTI, Irineu Antonio. **Concupinatus: união estável**, p. 1). E Rainer Czajkowski escreve: a “*raiz latina da palavra concubinatu designa estado de amasiamento, de mancebia, entre um homem e uma mulher e que pressupõe o relacionamento sexual entre eles: concubinatu – ajuntamento carnal; cópula; por derivação de cun cubare deitar-se com...*” (CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**, p. 38).

³ FARDIN, Noemia Alves. **Aspectos sociojurídicos da união estável: concubinato**, p. 35.

⁴ AZEVEDO, op. cit., 13.

No mesmo sentido: MATIELO, Fabrício Zamprogna. **União estável: concubinato**: repercussões jurídico-patrimoniais, p. 22-24; PIRES, Maria da Graça Moura de Sousa Soromenho. **O concubinato no direito brasileiro**, p. 12.

família legítima. Assim acontece quando se unem, por exemplo, os solteiros, os viúvos, os separados judicialmente ou de fato, por mais de um ano, desde que respeitada outra união concubinária. Tenha-se, por outro lado, que o concubinato será impuro se for adúltero, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de um homem casado ou concubinado que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato”

⁵. Segundo o autor, o concubinato puro merece proteção do Estado já impuro não a merece, salvo se o concubino estiver de boa-fé.

Nessa linha, Segismundo Gontijo escreve: concubinato puro

é o que se identifica com a união estável e, por isso, o que deverá gozar de proteção do Estado. Nele são chamados companheiros o homem e a mulher que não estão vinculados a outra pessoa por vínculo de sociedade conjugal e que aparecem na comunidade como se casados fossem, numa comunhão de objetivos que evidenciam pretender duradoura, e constituindo-se numa família de fato que convive emparelhada na sociedade com as famílias matrimoniadas, sem qualquer discriminação. O concubinato impuro, é o que, pela limitação da norma constitucional não é qualificável como entidade familiar. Ocorre quando há vínculo de um dos integrantes, ou de ambos, numa ativa sociedade conjugal com terceiro, tornando seu concubinato adúltero.⁶

Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁷ cita as terminologias que já foram utilizadas pela doutrina para referir-se ao relacionamento puro, tais como: concubinato puro, união informal, casamento de fato, união livre, sociedade de fato, família natural, companheirato e companheirismo.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, optou pela terminologia união estável ao referir-se às uniões sem impedimentos matrimoniais, permitindo assim a sua conversão em casamento. A partir de então, a terminologia concubinato, de cunho pejorativo e encharcada de preconceito, passou a ser utilizada para as relações impuras, não protegidas pelo Direito, que será oportunamente abordada no item 2.7.

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 211.

⁶ GONTIJO, Segismundo. Do instituto da união estável. **Revista dos Tribunais**, v. 712, p. 86.

⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 127.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.723, reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, desde que seja uma relação pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

1.2 EVOLUÇÃO DO CONCUBINATO NO DIREITO BRASILEIRO

1.2.1 Código Civil de 1916 e outras leis esparsas

Antes mesmo do Código Civil de 1916, tivemos o Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912 que já previa a responsabilidade das estradas de ferro, por morte de passageiros, a prestar indenização aos seus dependentes, incluindo a companheira. Assim, o artigo 22 dispunha acerca dos beneficiários:

No caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indenizará, a arbítrio do juiz, todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxílio ou educação.⁸

O legislador de 1916, com o intuito de proteger a família “legítima”, ou seja, aquela constituída pelo casamento (civil ou religioso com efeitos civis), não regulamentou o concubinato, e as poucas referências encontradas no Código Civil restringiam o direito dos concubinos, principalmente quando se tratava de pessoa casada, tendo em vista a constituição da família “ilegítima”.

Podemos citar alguns artigos do Código Civil que exprimiam tal afirmação:

- O artigo 183, inciso VII, estabelecia como impedimento absolutamente dirimente o casamento do cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado;

- O artigo 248, inciso IV, legitimava a mulher casada a reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina no prazo de dois anos (artigos 1.177 e 178, § 7º, inciso VI);

⁸ DIAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro**, p. 145.

- O artigo 337 só conferia legitimidade aos filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé;⁹

- O artigo 358 proibía o reconhecimento dos filhos incestuosos e os adúlteros;¹⁰

- O artigo 363, inciso I, estabelecia que somente os filhos ilegítimos de pessoas que não estavam inseridas no artigo 183, I a VI (impedimentos absolutamente dirimentes) podiam promover ação de reconhecimento de filiação, se ao tempo da concepção, a mãe estava concubina com o pretendido pai.

- O artigo 1.177 proibía a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, podendo ser anulada pelo outro cônjuge ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (artigo 178, § 7º, inciso VI);

- O artigo 1.474 proibía a instituição da concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida, por estar legalmente inibida de receber doação do segurado;

- O artigo 1.719, inciso III, dispunha acerca da incapacidade de a concubina do testador casado ser nomeada herdeira ou legatária, sob pena de nulidade (artigo 1.720).¹¹

Porém, o artigo 363, I do Código Civil, previa a possibilidade de os filhos ilegítimos de pessoas que não possuíam os impedimentos do artigo 183, I a VI, ingressarem com ação de reconhecimento da filiação contra o pai e herdeiros, se comprovado o concubinato dos seus pais ao tempo da sua concepção, representando, assim, um pequeno avanço.

Após o Código Civil de 1916, iniciou-se uma evolução sobre a matéria. Seguiram-se leis e decretos que concediam vantagens à concubina, principalmente no âmbito do Direito do Trabalho e Previdenciário.

O primeiro diploma sobre acidente do trabalho, inspirado na legislação francesa, foi o Dec. n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919, em seu art. 7º, § 3º, estendeu os

⁹ Referido artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (artigo 227, § 6º), tendo em vista o princípio da igualdade e foi revogado pela Lei n. 8.560, de 29.12.1992.

¹⁰ Revogado pela Lei n. 7.841, de 17.10.1989.

¹¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do Concubinato ao Casamento**: antes e depois do novo Código Civil, p. 75.

benefícios da indenização a quem dependesse economicamente do obreiro, morto no trabalho, nos seguintes termos:

Na falta de cônjuge, ou estando este divorciado por culpa sua ou voluntariamente separado, e não havendo herdeiros necessários, se a vítima deixar pessoa cuja subsistência provesse, a essas pessoas deverá ser paga a indenização, reduzida nesse caso a soma igual ao salário de um ano.

Com o advento do Dec. n. 24.637/34, sua redação foi ampliada nos artigos 21 e 20, §4º. No artigo 21 dispunha que *“não terão direito à indenização: a) o cônjuge desquitado por culpa sua ou voluntariamente separado, excluindo a mulher legítima separada do esposo acidentado”* que voluntariamente tenha abandonado o marido e no artigo 21, § 4º, completou:

Para os efeitos desta lei equiparam-se aos legítimos os filhos naturais e à esposa a companheira mantida pela vítima, que hajam sido declarados na carteira profissional.

Posteriormente, foi modificado pelo Decreto-lei n. 7.036/44, em seu artigo 21, parágrafo único, com a seguinte redação:

Para os efeitos deste artigo não haverá distinção entre os filhos de qualquer condição, bem como terá os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício, a companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado na carteira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene de manifestação de vontade.¹²

No campo previdenciário, o Decreto n. 20.465/31 estabeleceu direitos à companheira, que, ao empregar a terminologia “mulher”, pôde compreender esposa e companheira. Assim, o artigo 31, §1º dispõe que *“para os fins da presente lei, consideram-se membros da família do associado, para fazerem jus à pensão, na ordem sucessiva abaixo indicada, se tiverem vivido até à morte do mesmo na sua dependência*

¹² DIAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro**, p. 157-159.

econômica exclusiva: 1º) A mulher, marido inválido, filhos legítimos, legitimados, naturais (reconhecidos ou não) e adotados legalmente)”.¹³

Em 1960, a Lei da Previdência Social n. 3.807 tornou possível a inclusão da companheira como dependente, na falta dos dependentes expressamente mencionados na lei. Na seqüência, o Decreto-Lei n. 66 de 1966 alterou a Lei da Previdência Social e incluiu uma segunda classe de dependentes, na qual poderia ser colocada a companheira como beneficiária. Mas somente com a Lei n. 5.890 de 1973 é que a companheira foi erigida a beneficiária de primeira classe, ao lado da esposa.¹⁴ Atualmente a Lei n. 8.213 de 1991, com redação alterada pela Lei n. 9.032/95, em seus artigos 16 e 76 classifica os companheiros como dependentes, esclarecendo no § 3º que *“considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal”*.¹⁵

Sem a intenção de esgotar todas as leis que reconheceram direitos aos companheiros, podemos citar: Lei n. 6.015/73, art. 57, que permitiu a adoção do patronímico do companheiro, nos casos em que houver impedimento para o casamento; Decreto n. 75.647/75, artigo 6º, que incluiu a companheira legalmente equiparada ao cônjuge, como dependente do funcionário público da União; Leis n. 6.880/80, art. 50, n. 7.289/84, art. 50 e n. 7.479/86, art. 51, que incluem a companheira como dependente do Militar, desde que esteja em sua companhia há mais de 5 (cinco) anos, comprovado por justificação judicial; Lei n. 7.210/84, artigos 41, X e 120, que permitiu a visita da companheira e prevê a possibilidade de os condenados ou presos provisórios obterem autorização para deixar o estabelecimento prisional em caso de morte ou doença grave da companheira; Lei n. 8.245/91, artigos 11, 12 e 47, III, que autorizou a continuidade da locação a um dos companheiros em caso de morte e separação de fato, e também permitiu a retomada do imóvel pelo proprietário para que o companheiro possa utilizá-

¹³ DIAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro**, p. 206.

¹⁴ *Ibid.*, p. 227-238.

¹⁵ CAHALI, Francisco José. Efeitos não patrimoniais da união estável. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 2, p. 123.

lo; Decreto n. 1.041/94, art. 83, § 1º, *a*, que, seguindo a legislação anterior, manteve a inclusão do companheiro como dependente para declaração de Imposto de Renda.¹⁶

1.2.2 Construção jurisprudencial

A evolução do tema concubinato é recente, apesar de não se tratar de um assunto novo.

Muitos civilistas omitiram ou excluíram de seus estudos esse assunto, alegando ser juridicamente irrelevante. Outros proclamam a imoralidade dessas relações e outros simplesmente relegaram-nas ao plano ilegítimo, desviando para o Direito Social. A própria jurisprudência chegou a esse ponto quando, em 1947, em um acórdão do Supremo Tribunal Federal, cujo relator foi o Ministro Hahnemann Guimarães, afirmou: “A ordem jurídica ignora a existência do concubinato”.¹⁷

Apesar da indiferença do legislador ao disciplinar o assunto, a família formada fora do casamento sempre existiu, constituía uma realidade que não se podia esconder.¹⁸

O primeiro benefício concedido à concubina pela jurisprudência foi o direito a uma indenização no caso de morte do concubino, desde que não houvesse impedimento matrimonial, nos casos de acidente de trabalho ou de transporte. A matéria foi sumulada. “*Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio*” (Súmula 35 do Supremo Tribunal Federal).¹⁹

Na seqüência, os Tribunais passaram a conferir proteção à concubina, dando-lhe direito a pleitear indenização pelos serviços prestados ao parceiro ou dependendo do caso concreto, reconhecendo a existência de uma sociedade de fato,

¹⁶ Cf. referências feitas por Francisco José Cahali (CAHALI, Francisco José. Efeitos não patrimoniais da união estável. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 2, p. 123).

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato: união estável. In: **Direito de Família Contemporâneo**, p. 520.

¹⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família, p. 256.

¹⁹ Data de aprovação: sessão plenária de 13/12/1963. Precedente: RE 47.724. Disponível em <http://www.stf.gov.br>, acesso em 12 de agosto de 2005.

desde que comprovasse contribuição mútua, direta ou indireta, para a formação do patrimônio que seria considerado comum.

Historicamente vale relembrar evento marcante para o reconhecimento da sociedade de fato a situação dos imigrantes italianos que vieram para o Brasil, com o propósito de trabalhar nas pequenas propriedades rurais ou no comércio. Eles eram casados pelo regime de separação de bens, regime legal vigente no Direito Italiano.

Assim, após anos de trabalho comum, lado a lado na lida diária, vinha um deles a falecer – em regra o varão, em nome do qual encontrava-se o pequeno patrimônio que fora amealhado por ambos os cônjuges -, ficando o outro desamparado, uma vez que todo patrimônio era recolhido pelos herdeiros necessários do *de cuius*, ante a imperatividade do regime da separação obrigatória. Diante de tamanha injustiça, criaram os tribunais a tese de que haviam os cônjuges estabelecido entre si uma sociedade de fato, a qual dissolvida, pela morte de um dos cônjuges, ensejava a partilha do patrimônio existente entre o sobrevivente e os sucessores do falecido. Posteriormente, estendeu-se a tese ao concubinato estabelecido entre pessoas casadas simplesmente no religioso, até chegar-se ao estágio atual da aplicação da construção, que é manifestamente mais amplo.²⁰

Assim, passou-se a aplicar referida tese ao concubinato puro, união sem qualquer vínculo que pudesse encontrar amparo no ordenamento vigente à época ou na religião.

Essa situação foi descrita no voto do Ministro Cordeiro Guerra, em julgamento de Recurso Extraordinário n. 85.399:

Dou este voto reiteradamente, porque me reporto às origens desta súmula que foi para remediar a situação dos imigrantes casados pelo regime legal da separação de bens, em São Paulo. O regime legal era o da absoluta separação de bens. No fim da vida, os imigrantes tinham construído juntos a própria fortuna, isso era inegável, vieram juntos para trabalhar na colheita do café ou mesmo nas pequenas indústrias domésticas, e no fim da vida ficava o viúvo cansado ou a velha desamparada, porque todos os recursos iriam para os genros, noras ou mesmo os filhos. Então a

²⁰ SOUZA, Aida Maria Loredo Moreira de. **Aspectos polêmicos da união estável**, p. 27. No mesmo sentido: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 301-302.

jurisprudência paulista cogitou de um meio de evitar essa deformidade, e inventou que eles tinham criado uma sociedade de fato.²¹

Vivia-se em uma época em que a atividade econômica ainda se concentrava no homem, que era o único a exercer uma atividade lucrativa, ficando a mulher com os trabalhos de casa, a cuidar dos filhos e do concubino, proporcionando a estabilidade do lar. Comumente, os bens conquistados eram colocados somente em nome do varão, e, sem aquelas garantias materiais que eram deferidas aos cônjuges pelo casamento, imenso foi o número de mulheres que, abandonadas pelos companheiros com quem viviam, enfrentaram dificuldades financeiras, pois, com o fim da relação, todo o patrimônio permanecia com o parceiro, ficando a mulher sem recursos para enfrentar os anos vindouros.

Sílvio Rodrigues relembra as alternativas encontradas pela jurisprudência para amparar a concubina, em caso de dissolução da união, por morte ou abandono:

Duas soluções foram encontradas, ambas em benefício da concubina e tendentes a reparar a injustiça, que se apresentava flagrante, de nada receber ela por ocasião do rompimento da mancebia. A primeira delas foi a de atribuir-se à companheira, que por longo período prestou serviços domésticos ao concubino, o direito a salários por aqueles; a segunda foi a de dar-lhe participação no patrimônio haurido pelo esforço comum, entendendo-se haver existido, entre os concubinários, uma sociedade de fato que, ao ser dissolvida, implicava o mister de dividir o patrimônio social.²²

Com essas soluções, evitou-se que situações injustas se perpetuassem no tempo, ante a falta de legislação sobre o assunto, permitindo um enriquecimento sem causa por parte do varão, ao ficar com o patrimônio adquirido com o esforço de ambos, mas só em nome dele ou pelo fato de não remunerar os serviços que foram prestados pela mulher na constância da união, quando não havia bens a serem partilhados. Portanto, eram duas situações que se apresentavam de forma alternativa.

²¹ Citado por SOUZA, Aida Maria Loreda Moreira de. **Aspectos polêmicos da união estável**, p. 28.

²² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**, p. 262.

A primeira delas referia-se a uma indenização à concubina, pelos serviços prestados, em geral domésticos, ao concubino, com a finalidade de compensar a sua dedicação e o desgaste nos trabalhos do lar, que conduziu no enriquecimento de uma parte em detrimento da outra²³.

Representando essa orientação, destacamos dois antigos julgados do Tribunal de São Paulo, cuja ementa transcrevemos:

CONCUBINA – Cobrança de salários – Ação movida contra espólio do amásio – Procedência.

Embora a mancebia constitua união ilegítima, nada impede reclame qualquer deles, do outro, a retribuição por serviços estranhos à relação concubinária.²⁴

CONCUBINA – Ação contra o espólio do amásio visando à cobrança de serviços caseiros – Procedência – Tendência da legislação social protegendo as companheiras de associados de instituições de previdência ou acidentados no trabalho.²⁵

O fundamento da construção jurisprudencial é a vedação do enriquecimento sem causa, aplicando-se por analogia o disposto no artigo 1.216 do Código Civil de 1916, que trata da locação de serviços, como se os partícipes da relação os tivessem contratado verbalmente.²⁶

Quanto à sociedade de fato entre os concubinos, podemos destacar uma das decisões pioneiras do Supremo Tribunal Federal prolatada em 15 de outubro de 1946 no Ag. 12.991, sendo relator o Min. Lafayette de Andrada, tendo a Côrte pronunciado a seguinte ementa:

²³ Corroborando esse entendimento, vale transcrever lição de Segismundo Gontijo: “A razão desse direito fundase na inadmissibilidade do enriquecimento ilícito, pois aquele que se aproveita do trabalho e dedicação da mulher não poderá abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros receberão herança sem desconto da parte correspondente àquele ressarcimento. Claro está que a mulher não pode reclamar salário ou indenização como pagamento de pretium carnis ou como preço pela posse do seu corpo ou gozo sexual que dele tira o amante, devido à imoralidade que reveste tal pedido. Logo, é justa a reparação dada a quem não pede salários como amásia, mas sim pelos serviços caseiros” (GONTIJO, Segismundo. **Das uniões: a formal e as informais, seus regimes de bens e a sucessão**. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/sg003.html>, acesso em 13 de março de 2006).

²⁴ TJSP - Recurso de Revista n. 65.581 – Rel. Paulo Barbosa – j. 10/10/1956 – RT 260/427 – ano 46º – jun. 1957.

²⁵ TJSP – Apelação n. 42.715 – Rel. H. da Silva Lima – j. 06/05/1949 – RT 181/290 – ano 38º – set. 1949.

²⁶ Art. 1.216, CC. “Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”.

A simples qualidade de concubina, a convivência *more uxorio*, não basta para conferir à companheira a qualidade de sócia ou meeira. Não impede, porém, que se estabeleça sociedade de fato entre os concubinos.²⁷

Foi de extrema importância o reconhecimento da existência de sociedade de fato entre os concubinos, pois, ao fim da união, cada um dos partícipes na relação teria direito a uma parte dos bens comuns. Nas precisas palavras de Teresa Arruda Alvim Pinto: “*À falta de dispositivo legal que expressamente desse a essas situações o status jurídico correspondente ao status social e psicológico que já tinham adquirido, de fato, o máximo que, de lege lata, podia o Poder Judiciário fazer, era ver no concubinato uma sociedade de fato, para que pudesse, assim, haver partilha de bens*”.²⁸

Seguindo essa linha de raciocínio, tendo como base os acórdãos proferidos entre 1946 e 1963, houve a formulação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que estabeleceu a possibilidade de dissolução judicial da sociedade de fato e conseqüente partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, desde que comprovada a existência do concubinato e o esforço pessoal na construção ou aumento do patrimônio objeto do litígio.²⁹

Dispõe a Súmula 380 do STF: “*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*”.³⁰

De início, a Súmula só foi aplicada aos concubinos desimpedidos (solteiros, viúvos ou desquitados), não se admitindo sua incidência mesmo no caso de um deles, sendo casado, encontrar-se separado de fato. Nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal, RE 104.904-5, da 2ª Turma, em 22 de novembro 1985:

²⁷ Citado por WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: o novo direito de família, p. 240 e GONTIJO, Segismundo. Do instituto da união estável. **Revista dos Tribunais**, v. 712, p. 82.

²⁸ PINTO, Teresa Arruda Alvim. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 1, p. 81.

²⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família, p. 264-265.

³⁰ Data de aprovação: sessão plenária de 03/04/1964. Precedentes: RE 19.561, DJ de 29/10/1953; RE 44.108, DJ de 4/8/1960; RE 26.329, DJ de 11/8/1961; AI 24.430, DJ 15/6/1961; RE 49.064, DJ 18/1/1962; RE 52.217, DJ 12/9/1963; RE 9.885, DJ 28/5/1948; AI 12.991, DJ 21/8/1947. Disponível em <http://www.stf.gov.br>, acesso em 12 de agosto de 2005.

CONCUBINA – Partilha patrimonial – Réu casado – Compreensão da Súmula 380 – Recurso Extraordinário conhecido e provido. A ação da partilha patrimonial promovida pela concubina não pode prosperar se o réu é casado, visto que tanto conduziria ao despropósito de dupla meação. A Súmula 380, interpretada à luz da jurisprudência que lhe serviu de base, e daquela que sobreveio, refere-se a concubinos desimpedidos.³¹

Mas, na seqüência, passaram a admitir a incidência da Súmula se o concubino fosse casado, mas estivesse separado de fato da esposa, constituindo uma relação apta a gerar efeitos jurídicos³². Muito apropriado é o comentário de Zeno Veloso ao considerar que *“pela existência de um casamento que não existe, ou que existe, somente, nos arquivos cartoriais, não se deve desconsiderar uma união duradoura, contínua, séria, constituída para criar e manter uma entidade familiar. Tratar-se-á, afinal, de uma família, que tem o direito de merecer o respeito e a proteção que são conferidos a quaisquer famílias dignamente formadas”*.³³

A orientação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal consagra a distinção que já vinha sendo feita entre o concubinato puro e a constituição de sociedade de fato³⁴ entre os concubinos, não sendo suficiente a existência da união para que ocorra a partilha dos bens. Exige-se mais. Para caracterizar a sociedade de fato no concubinato, deve-se comprovar: a) existência de vida em comum; b) aquisição de bens nesse período

³¹ RODRIGUES, op. cit., p. 265.

³² Ibid., p. 265-266.

Nesse sentido: *“A jurisprudência dominante, que distingue a concubina da companheira, considera esta, inclusive, como a mulher com a qual o homem, posto separado apenas de fato da esposa legítima, conviveu em caráter permanente (more uxorio). No caso concreto, não estabelecendo dita jurisprudência prazo mínimo de convivência, tem-se por permanente aquela que, segundo o conjunto probatório, perdura, já, por mais de dois anos”* (TAPR – Ap. Cív. 58.500-2 – Rel. Juiz Gil Trotta Telles – j. 24.8.93).

³³ VELOSO, Zeno. Direito real de habitação na união estável. In: **Questões controvertidas no novo Código Civil**, p. 408.

³⁴ Ricardo César Galbiatti, citado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, esclarece o tipo societário que se aplica ao companheirismo: *“dentre os quatro tipos possíveis de sociedades universais, a sociedade entre os concubinos será aquela caracterizada no art. 1.369 do CC, que dispõe: ‘Art. 1.369. O simples ajuste de sociedade universal, sem outra declaração, entende-se restrito a tudo o que de futuro ganhar cada um dos associados’. É a sociedade que se forma sem capital, cujo patrimônio irá se constituindo pelos bens que adquirem os sócios por sua indústria, doação, herança ou fato eventual, comunicando-se as dívidas posteriores, mas não as anteriores à sociedade”* (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 300).

ou pelo menos um aumento do patrimônio preexistente³⁵; e c) esforço comum dos concubinos para a formação do patrimônio.³⁶

Outra questão tormentosa a ser enfrentada dizia respeito à expressão *esforço comum* dos concubinos na formação do patrimônio para efeito de partilha dos bens. Podemos dizer que só “*é considerado esforço comum a efetiva participação econômica de ambos os partícipes na aquisição de bens, com o ingresso de capital, produto de seu trabalho externo [...] ou basta um dos companheiros zelar pela boa administração do lar, cuidando dos afazeres domésticos, educando e velando a prole, fazendo com que seu consorte tenha tranqüilidade para as suas atividades profissionais, produzindo e auferindo rendimentos que certamente não conseguiria, não fosse o auxílio moral e material do primeiro?*”³⁷ Em outras palavras, necessita-se comprovar a contribuição direta e efetiva da concubina na atividade profissional e lucrativa do concubino ou no exercício de outra atividade remunerada *ou* será que a simples contribuição indireta é suficiente para, com a dissolução judicial da união, a concubina ter direito a uma participação nos bens amealhados na constância do concubinato?

Apesar do descompasso da jurisprudência ao abordar o tema proposto, cumpre destacar que, de início, a Súmula 380 do STF foi aplicada de forma mais restrita, exigindo para caracterização do esforço comum uma contribuição direta e efetiva na formação do patrimônio, não bastando o auxílio da concubina nos afazeres do

³⁵ Assim, manifesta-se Sílvio Rodrigues: “*É mister, para aplicação da súmula, que tenha havido um aumento patrimonial, por parte de um dos consortes, ou o granjeio de um patrimônio, inexistente ao tempo da união, pois será impossível falar em repartir o produto do esforço dos concubinos se eles nada ganharam durante a ligação concubinária. Assim, se toda a fortuna do varão foi herdada de seus pais, e se esta não cresceu posteriormente, não pode a companheira reclamar participação em seu patrimônio, pois ele não foi acrescido pelo seu esforço*” (RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família, p. 266).

³⁶ “*Concubinato – Sociedade de fato – Não basta para caracterizá-la a simples união concubinária – Necessidade de prova da contribuição, com capital ou com trabalho, para a aquisição do patrimônio comum – Gênese e interpretação da Súmula 380*”. Do conteúdo do acórdão, pôde-se extrair o seguinte trecho: “*A embargante o que faz é realçar aspectos que caracterizam seu concubinato, e muito menos a sociedade, a respeito da qual aponta situações e faz ilações ou conjecturas. O argumento de que o réu só tinha um imóvel no início da relação concubinária e 23 ao cabo dela, só levaria à conclusão de que a cooperação da autora foi efetiva, se tivesse cabimento afirmar que sem ela não seria possível adquirir os 22 outros imóveis. O de que ela exercia profissão remunerada, de que recebia as rendas de seus próprios imóveis e aplicações, mais dinheiro do pai, não leva a nada. Não é o que a autora ganhava, mas aquilo com que ela contribuía, que está em questão*” (2ª CC TJSP, EI 64.067-1, 11.08.1987) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. União estável, seguida de casamento com separação de bens e patrimônio adquirido durante a convivência. In: **O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988**, p. 116.

³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 310.

lar, entendendo que neste caso teria ela direito a uma indenização pelos serviços prestados e não direito a participação nos bens que foram adquiridos.

Na seqüência, e principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou-se a admitir como forma de contribuição para formação do patrimônio comum a ajuda indireta, assim entendida como o gerenciamento do lar, o cuidado com os filhos, a atenção despendida ao concubino, que, pelo fato de não se preocupar com os cuidados e administração do lar, pode exercer com tranquilidade a sua atividade profissional, sendo, portanto, merecido o reconhecimento do esforço conjunto, configurando uma sociedade de fato entre os concubinos e permitindo assim a divisão dos bens em caso de dissolução judicial³⁸.

É com muita propriedade que Sílvio Rodrigues oferece uma posição intermediária, na qual as posições acima referidas não podem ser radicais.

Casos haverá em que a atividade doméstica da mulher concorre para o enriquecimento do varão, como nas hipóteses de casais que vivem vida social intensa, donde deriva aumento da clientela do marido ou um progresso considerável de seus negócios. Noutros, a apagada faina da concubina é equiparada à de uma empregada doméstica, de uma governante e, certamente, não merecerá senão salários correspondentes ao seu labor. Tal remuneração deverá variar conforme a qualidade de serviço prestado e a condição do concubino.³⁹

³⁸ Nesse sentido: “*CONCUBINATO – Morte do concubino – Partilha de bens pretendida pela companheira – Admissibilidade – Hipótese de sociedade de fato presumida – Concurso da concubina para formação do patrimônio do casal, concretiza-se, também no labor doméstico.* Ementa Oficial: *O concurso da concubina para a formação do patrimônio do casal concretiza-se, também no labor doméstico, reconhecendo-se o direito desta à partilha dos bens e não apenas à indenização pecuniária*” (TAMG – Ap. 120.504-1 – 3ª C. – Rel. Juiz Tenisson Fernandes – j. 26.3.92) In: **RT 694/167**, ago. 1993.

“*PARTILHA – Para que haja partilha de bens, é necessário a existência do patrimônio constituído pelo esforço comum. Daí falar que o concubinato, por si só, não gera direito à partilha. Porém, tal contribuição à sociedade de fato não tem de ser direta; os serviços domésticos são suficientes para que os bens sejam partilhados entre os concubinos*” (STJ – Resp. 1.648-RJ – 3ª T. – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 27.3.90 – v.u.) In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 1, p. 342.

“*CONCUBINATO – Sociedade de fato – Dissolução – Partilha de bens pretendida pela companheira – Inadmissibilidade – Inexistência de comprovação de contribuição direta ou indireta para formação ou aumento do patrimônio comum – Atividades empresariais exercidas pelo concubino que possibilitaram a formação de seu patrimônio, independentemente de qualquer auxílio da concubina – Inteligência da Súmula 380 do STF – Declarações de votos vencedores e vencido.*” (TJSP – Ap. 221.433-1/1 – 1ª CC – Rel. Des. Guimarães e Souza – j. 18.4.85) In: **RT 719/110**, set. 1995.

³⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**, p. 267.

Outra questão foi definir qual o percentual a ser fixado pelo magistrado. Como dimensionar o valor da contribuição para efeito da partilha de bens? Essa árdua tarefa coube ao magistrado, que analisando o caso concreto podia verificar qual a contribuição (direta ou indireta) dos parceiros para aumento ou formação do patrimônio comum. Em alguns casos era nítido que a atividade profissional do concubino tinha um fator determinante para o aumento patrimonial, e assim, com a dissolução do concubinato, teria ele uma quota parte mais generosa do que a concubina.⁴⁰ Porém, em outros, comprovado o esforço comum, teria direito à metade do patrimônio, sem quantificar o esforço para a fixação do percentual.⁴¹

Vale mencionar alguns critérios estabelecidos por Guilherme Calmon Nogueira a Gama, com a finalidade de nortear a partilha entre os concubinos:

[...] vários fatores deverão ser levados em conta, não se admitindo a generalização para todas as hipóteses [...] a) dificilmente o bem que foi adquirido e registrado em nome de um dos companheiros contou com recursos em percentual equivalente a mais de cinquenta por cento do preço, pois caso contrário a própria aquisição e registro não teriam sido feito em nome exclusivamente daquele que contribuiu com a menor parcela; b) a contribuição direta, em regra, leva ao estabelecimento do percentual de cinquenta por cento do patrimônio, desde que evidentemente não existia desnível considerável entre as atividades profissionais desempenhadas pelos companheiros; c) a contribuição indireta, em regra, conduz à fixação de percentual em nível inferior a cinquenta por cento em favor do companheiro que não exerceu atividade lucrativa no período de convívio; d) finalmente, em caso de dúvida, deve ser

⁴⁰ “*SOCIEDADE DE FATO. Concubinato. Acórdão que reconhece contribuição indireta para a formação do patrimônio, o que é admissível. Possibilidade de atribuir-se à autora menos do que a meação, em vista da importância menor de sua contribuição*” (STJ – Resp. 9.592-SP, 3ª T. – Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 12.8.91) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coords.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 3, p. 715.

⁴¹ “*PARTILHA DE BENS – Se comprovada a existência de união estável e tendo a companheira contribuído, de qualquer modo, para a formação do patrimônio em comum, há que se partilhar, na metade, os bens adquiridos na constância de tal relação*” (TJSP – Ap. 208.010-1 – 6ª CC – Rel. Des. P. Costa Manso – j. 26.5.94 – v. u.) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coords.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 3, p. 694.

“*SOCIEDADE DE FATO – Partilha de bens – Por ser a relação ‘more uxorio’, geradora de obrigações, reconhecidas hoje não só pela doutrina e jurisprudência, como assegurada por normas constitucionais, há que se conceder à companheira, a metade dos bens adquiridos na constância da sociedade de fato*” (TJMT – RAp. 14.832 – 1ª CC – Rel. Des. Ernani Vieira de Souza – j. 23.11.92 – v.u.) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coords.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 3, p. 716.

adotado o percentual de cinquenta por cento, como critério subsidiário, diante da própria condição familiar então existente entre os companheiros, presumindo, assim, o esforço comum proporcional de cada um na aquisição do acervo patrimonial.⁴²

Apesar das inovações da lei e principalmente da jurisprudência na proteção das uniões concubinárias, ainda assim era possível sentir o reflexo do preconceito exacerbado da época. As questões não eram tratadas como questões familiares, e só encontravam respaldo no Direito das Obrigações, estando afetas às varas cíveis.⁴³

1.2.3 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço no âmbito do Direito de Família⁴⁴, principalmente na evolução histórica do concubinato, reconhecendo, para efeito de proteção do Estado, a união estável como entidade familiar. O constituinte achou por bem substituir a palavra *concubinato*, já encharcada de preconceito e rejeição, pela expressão *união estável*.

Sensato é o comentário de Zeno Veloso sobre a Constituição Federal:

Espancando velhos preconceitos, superando discriminações dolorosas e sepultando injustiças gritantes, coroando uma luta de

⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 320.

⁴³ “*COMPETÊNCIA – Exceção de incompetência – Alimentos pleiteados por ex-concubina – Reconhecimento da sociedade de fato através de contrato – Matéria da alçada das Varas Cíveis – Exceção rejeitada. Ação, embora denominada ‘especial de alimentos’, que se baseia inquestionavelmente em ‘termo de reconhecimento de sociedade de fato’ não se enquadra na previsão do Código Judiciário como de competência das Varas especializadas da Família, as quais cuidam de ‘ações relativas a estado’. Baseando-se em um contrato a **causa petendi**, o juízo competente para a ação é o de uma das Varas Cíveis comuns*” (TJSP, AI 3.875-0 – C. Esp. – Rel. Des. Prestes Barra – j. 7.2.85) In: **RT 594/48**, abr. 1985.

⁴⁴ Dentre as inúmeras inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, Eduardo de Oliveira Leite aponta as principais como sendo “*proteção da família como um todo (art. 226, caput); manutenção do casamento como instituto originador da família (art. 226, § 1º); igualdade plena entre marido e mulher (art. 226, § 5º); paridade de direitos entre filhos de qualquer origem (art. 227, § 6º) e reconhecimento expresso das uniões estáveis (art. 226, § 3º)*” (LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 1, p. 96-97).

muitas décadas, a Constituição de 5 de outubro de 1988 conferiu a mesma proteção e reconheceu que são merecedoras de idêntico respeito e acatamento as famílias fundadas no casamento e as famílias formadas pela convivência pública, contínua e prolongada entre o homem e a mulher. Qualificadas pelo amor, pela afeição, por um projeto de vida em comum, a família matrimonializada e a família natural tem a mesma dignidade. A Carta de 1988 rejuvenesceu, renovou, revolucionou, enfim, democratizou o Direito de Família brasileiro, construído em bases romanistas – marido provedor, mulher dona-de-casa –, num padrão hierarquizado, com predominância do varão, e distinções iníquas, arbitrárias e odiosas entre os filhos. Raiou a liberdade, proclamou-se a igualdade, e todo aquele entulho legislativo foi expelido e soterrado.⁴⁵

Portanto, reconheceu-se na união informal, de pessoas de sexo diverso, que vivem como se casados fossem, uma relação apta a receber proteção do Estado, pois foi elevada à categoria de entidade familiar. Como bem observa Sílvio Rodrigues: “o legislador de 1988 tirou a máscara hipócrita de seu colega de 1916, a quem a família ilegítima envergonhava, para proclamar não só a existência da família nascida fora do casamento, sua condição de entidade familiar, como também para dizer que ela se encontra sob a proteção do Estado”.⁴⁶

De início, surgiram inúmeras dúvidas acerca do novo instituto, que recebeu proteção do Estado. Teria havido uma equiparação entre união estável e casamento, por serem ambas formas de constituição de família? A norma constitucional é auto-aplicável ou não?

Sobre o assunto, duas correntes logo se formaram na doutrina.

A corrente minoritária defendeu a equiparação total entre casamento e união estável, entendendo que todos os direitos pessoais ou patrimoniais atribuídos aos cônjuges deveriam ser aplicados aos companheiros.⁴⁷ Assim, quando o Estado

⁴⁵ VELOSO, Zeno. Direito real de habitação na união estável. In: **Questões controversas no novo Código Civil**, p. 405.

⁴⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**, p. 272.

⁴⁷ Nesse sentido: “*Ementa Oficial: Sendo reconhecida pelo § 3º do art. 226 da CF a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, a fim de receber a proteção do Estado, equipara-se à condição de viúva e meeira a mulher casada eclesiasticamente com a vítima, o que a legitima para pleitear indenização por danos materiais emergidos do sinistro, ainda que haja notícia da existência de filhos do casal*” (TJMG – Ap. 2.608/8 – 1ª C. – Rel. Des. Garcia Leão – j. 2.2.93) In: **RT 707/135**, set. 1994.

Yussef Said Cahali comenta que: “*Empolgados com a institucionalização da relação concubinária assim enunciada, respeitáveis doutrinadores e alguma jurisprudência buscaram equiparar a ‘entidade familiar’ assim*

reconheceu a união estável como entidade familiar, promoveu a sua equiparação ao casamento, traduzindo-se em uma norma de eficácia contida.⁴⁸

Comunga desse entendimento o Min. Carlos Alberto Direito, afirmando que:

[...] se a união estável é entidade familiar, como determinado pela Constituição, não se pode mais tratar a união entre homem e a mulher, sem o ato civil do casamento, como sociedade de fato, ou concubinato, eis que não se trata mais de mancebia, amasiamento, mas de entidade familiar.. Assim, entidade familiar tanto é a que se origina do casamento como a que nasce da união estável, como, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, nos termos do art. 226 da CF de 1988.⁴⁹

Dispõe ainda Antônio Carlos Mathias Coltro:

[...] constata-se, respeitados os pontos de vista em contrário, que no sistema constitucional vigente a união estável a que se refere o art. 226, § 3º deve ser examinada, quanto a seu conceito, consoante os princípios encontráveis no próprio Direito de Família e tomados como moldes os próprios que existem nas uniões decorrentes do matrimônio, [...] sendo desnecessário que

reconhecida, à família constituída pelo casamento, pelo menos para deduzir dessa equiparação o direito de um dos companheiros em relação ao outro de exigir prestação de alimentos após a sua dissolução". Mas contrariamente ao exposto, declara sua posição: "Para nós, inobstante respeitáveis os pronunciamentos antes enunciados, é de afirmar-se que inexistente obrigação de alimentos entre os concubinos; portanto, sob esse aspecto, em nada foi modificado o direito anterior pela pretendida transformação da união estável do homem e da mulher em 'entidade familiar'" (CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, v. 1, p. 11-14).

⁴⁸ As normas constitucionais de eficácia contida podem ser conceituadas por José Afonso da Silva como "aquelas que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. [...] São elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior; mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do Poder Público para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo)" (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p. 116).

⁴⁹ Citado por WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: o novo direito de família**, p. 243.

Essa também é a posição de Maria Berenice Dias: "*ALIMENTOS A CONCUBINA. Com o advento da nova Carta Constitucional, que deferiu à união estável proteção estatal, comprovada a sua existência, exsurge a obrigação alimentar entre ambos. Recurso provido, por maioria*" (TJRS – Ap. 590069308 – 8ª CC – Relª. Maria Berenice Dias – j. 20.12.90), disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>, acesso em 27 de março de 2006.

se edite Lei regulamentadora a respeito do que se deva considerar como sendo união estável, tarefa que cabe àqueles que aplicam a norma.⁵⁰

Já a posição majoritária entendeu que não houve qualquer equiparação entre os institutos. O próprio artigo 226, § 3º da Constituição, ao enunciar que a lei deverá facilitar a *conversão* da união estável em casamento, deixou claro que não houve equiparação, pois não se pode conceber a idéia de conversão em institutos análogos⁵¹. O texto constitucional apenas reconheceu para efeito de proteção do Estado a união estável como entidade familiar, assim como a família formada por qualquer dos genitores e seus filhos, ou seja, a chamada família monoparental, proteção essa que já era atribuída ao casamento.

Esse é o entendimento de Yussef Said Cahali:

[...] o preceito contido no § 3º do art. 226 da CF/88 descartou, às expressas, a equiparação da entidade familiar ao casamento, pela remarcada proeminência que deu a este instituto, não bastando

⁵⁰ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A Constituição Federal e a união estável entre homem e mulher. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 1, p. 55.

⁵¹ Conflito de competência 9.751-0, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo – Câmb. Esp. – Rel. Des. Dínio Garcia – j. 8.6.89 – v.u.: “*COMPETÊNCIA – Apesar de a atual Constituição Federal proteger a união estável entre homem e mulher; esta não chegou a igualar o concubinato ao casamento; sendo assim, a competência para julgar dissolução de sociedade de fato continua a ser do Juízo da Vara Cível [...] Com efeito, prescrevendo a Constituição (art. 226 § 3º), que, ‘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’*, não chegou ao ponto de igualar o casamento ao concubinato. Ao contrário, mandando que se facilitasse a conversão em concubinato em casamento, manteve a distinção entre um e outro e implicitamente realçou a superioridade do último sobre o primeiro”. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 1, p. 284.

“*CONCUBINATO – Ação a ele relativa – Competência – Julgamento afeto à Vara Cível, e não à de Família – Situação que não cria um estado civil, nem modifica a condição jurídica das pessoas – Inteligência do art. 226, § 3º, da CF*” (TJSP, AI 261.966-1/6 – 2ª C. – Rel. Des. Correia Lima – j. 20.6.95) In: **RT 719/140**, set. 1995.

Yussef Said Cahali menciona ser essa a orientação jurisprudencial em vários Tribunais do país, como o Tribunal de Justiça de São Paulo, Distrito Federal, Santa Catarina e Paraná. Por outro lado, comenta que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, após várias decisões entendendo ser da competência da Vara de Família, consolidou a Súmula 14: “*É da Vara de Família, onde houver, a competência para as ações oriundas de união estável*” (CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 1, p. 15). Súmula 14 - Unif. de Jurisprudência n. 591038070, julgada em 28.06.91 – Publ. DJE 04.07.91, disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>, acesso em 25 de março de 2006.

Ver ainda CAHALI, Francisco José. Efeitos não patrimoniais da união estável. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 2, p. 114-117 e CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**, p. 122-126; OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. Concubinato, companheiros: novos rumos: anotações à Lei 8.971/94. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 2, p. 94-96 e SOARES, Orlando. **União estável**, p. 1.

por si só para criar, a benefício da companhia, uma obrigação alimentar; descartada, pela sua forma de constituição e pelos efeitos jurídicos resultantes, pretensa equiparação entre o casamento e a relação concubinária, também os deveres que resultam de um ou de outra não se confundem, inviabilizando a criação alternativa de um dever de prestar alimentos ao casal de concubinos, seja, no curso da vida concubinária, seja após a sua dissolução, pela ausência de obrigação legal de mútua assistência e socorro.⁵²

Portanto, se não houve equiparação entre os institutos, as regras aplicáveis ao casamento não podem ser aplicadas por analogia à união estável, necessitando de lei ordinária para disciplinar a matéria. A própria Constituição traz em seu artigo 226, § 3º da CF que *a lei* deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, já fazendo expressa menção à necessidade de uma futura lei ordinária regular o instituto. Assim, deve-se entender que o dispositivo constitucional não é auto-aplicável, ou seja, traduz-se em uma norma de eficácia limitada.⁵³

Nessa perspectiva destacamos a seguinte posição de Eduardo de Oliveira Leite: *“norma constitucional constante do art. 226, § 3º, não é auto-aplicável, ou seja, é de eficácia limitada, dependendo de regulamentação posterior a ser procedida pelo legislador ordinário”*.⁵⁴

⁵² CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 1, p. 19.

⁵³ José Afonso da Silva dispõe que as normas de eficácia limitada são *“aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte”* e se dividem em: a) normas constitucionais de princípio institutivo; b) normas constitucionais de princípio programático. As normas constitucionais de princípio institutivo são *“aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei... A caracterização fundamental das normas constitucionais de princípio institutivo está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação”*. Elas podem ser impositivas (*“são as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa”*) e facultativas (*“as normas facultativas apenas lhes atribuem poderes para disciplinar o assunto, se achar conveniente – isto é, dão-lhe mera faculdade, indicando ser possível regular a matéria –, do que deflui, para ele, discricionariedade completa quanto à iniciativa dessa regulamentação”*). Já as normas de princípio programático *“são as normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”* (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p. 117-142).

⁵⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 1, p. 101. Nesse sentido: GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável. Análise do art. 5º da Lei 9.278/96. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 4, p. 87.

É com muita propriedade que, em análise sobre a matéria, Francisco José Cahali⁵⁵, numa posição intermediária, manifesta-se pela não equiparação entre os institutos e, no que diz respeito à eficácia da norma, esclarece que a questão não pode ser encarada de forma tão simplista, fazendo-se necessário o estudo do enunciado em três aspectos diversos: o primeiro refere-se à esfera de proteção do Estado à união estável, elevada à categoria de entidade familiar; o segundo verifica-se pela conversão da união estável em casamento; e o terceiro, pela ausência de normas de direito material entre os companheiros. E conclui: “*no que houve previsão Constitucional – proteção do Estado à união estável elevada à qualidade de Entidade Familiar, estamos diante de uma norma de eficácia plena, produzindo efeitos desde logo*”.⁵⁶ No que diz respeito à conversão da união estável em casamento, está-se diante de uma *norma de eficácia limitada, de princípio institutivo com caráter impositivo*, em que deverão ser estabelecidos critérios, requisitos e forma para essa conversão; e, por fim, constata-se que o Constituinte não fixou os efeitos que decorrem dessas relações, na esfera do direito material, deixando a cargo do legislador ordinário fazê-lo, classificando-a como *norma de eficácia limitada, de princípio institutivo*.⁵⁷

Na mesma direção é o pronunciamento de Teresa Arruda Alvim Pinto:

O dispositivo que hoje está inserido na Constituição Federal representa um vetor interpretativo de relevantíssimo significado para os Tribunais. Trata-se de texto legal que, evidentemente, será operativizado pela lei ordinária. Mas, enquanto isto não ocorre, a função do art. 226, § 3º da CF é a de orientar os Tribunais nas decisões quanto às hipóteses em que estão em jogo interesse de companheiro e companheira.⁵⁸

Entendemos que o constituinte, em momento algum, teve a intenção de promover a equiparação dos dois institutos, tanto é que expressamente previu a possibilidade de conversão da união estável em casamento, deixando a cargo do

⁵⁵ CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**, p. 26-39.

⁵⁶ Id. Efeitos não patrimoniais da união estável. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 2, p. 106.

⁵⁷ CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**, p. 31-39.

⁵⁸ PINTO, Teresa Arruda Alvim. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 1, p. 90.

legislador ordinário a regulamentação da matéria quanto aos seus direitos e obrigações, o que só ocorreu efetivamente em 1994. Porém, garantiu-se uma proteção por parte do Estado a essas entidades familiares, diferindo apenas quanto aos seus efeitos e à sua constituição, tendo em vista ser a união estável uma relação extremamente informal.

Apesar da posição adotada, vale ressaltar que quando essas questões começaram a ser discutidas pelos Ministros do STJ, firmou-se entendimento no sentido de beneficiar os companheiros, com a concessão de alimentos, mesmo nos casos em que o término do relacionamento tivesse ocorrido antes da edição da Lei n. 8.971/94, que veio para regulamentar o direito a alimentos e à sucessão na união estável.⁵⁹

1.2.4 Lei n. 8.971/94

Prevalecia na doutrina e na jurisprudência a necessidade de uma lei ordinária para regulamentar a união estável. Assim, surgiram dois projetos: o primeiro deles, o Projeto de Lei n. 1.888 de 1991, da Deputada Beth Azize, inspirado no modelo de anteprojeto apresentado por Álvaro Villaça Azevedo, cuja proposta era regulamentar a união estável em cumprimento ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal. E o segundo, de autoria do então Senador Nelson Carneiro, que apresentou o Projeto de Lei n. 37 de 1992, visando disciplinar o direito sucessório e o direito de alimentos entre os companheiros.

⁵⁹ Assim, transcrevemos a ementa do Recurso Especial 2001/0029392-1, da Terceira Turma do STJ: “*Civil e Processual Civil. Recurso especial. União estável. Dissolução antes da edição da Lei 8.971/94. Ação de alimentos. A união estável pode ensejar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro que desses necessite, ainda que o vínculo que tenha se desfeito em momento anterior à entrada em vigor da lei que a regulamenta. Precedentes*” Rel. Min. Nancy Andrichi, Resp 309.781 – SP (2001/0029392-1), j. 27/06/2002. Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso em 28 de dezembro de 2005.

No mesmo sentido é o Recurso Especial 2000/0097155-3, da Quarta Turma do STJ: “*Civil e Processual Civil. Recurso especial. União estável dissolvida antes da promulgação da Constituição de 1988 e da edição das Leis 8.971/94. Ação de alimentos julgada extinta. Dissídio jurisprudencial comprovado. Conforme torrencial jurisprudência desta Corte, a união estável pode ensejar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro que necessite, ainda que o vínculo tenha se desfeito em momento anterior à edição da lei que a estabelece. Precedentes. Recurso conhecido e provido para determinar, afastada a carência da ação, que o pedido de alimentos seja examinado pelo magistrado de primeiro grau*” Rel. Min. Jorge Scartezini, Resp 279.250 – RJ (2000/0097155-3), j. 5/10/2004. Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso em 28 de dezembro de 2005.

Ocorre que a tramitação do Projeto n. 37/92 foi extremamente rápida, surgindo assim a Lei n. 8.971, que foi aprovada e promulgada em 29 de dezembro de 1994, com publicação no dia 30 de dezembro do mesmo ano, quando entrou em vigor.⁶⁰

A Lei n. 8.971 de 29 de dezembro de 1994, que regulamentou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, representou um grande avanço para a união estável, mas nem por isso deixou de receber severas críticas da doutrina, por conter imperfeições técnicas e de conteúdo.

Na observação de Guilherme Calmon Nogueira da Gama “*é indiscutível a importância da Lei n. 8.971/94 na instituição de efeitos jurídicos no aspecto interno das relações entre os companheiros, sendo, no entanto, digno de nota o descaso com que o legislador tratou de assunto de tamanha relevância, imprimindo técnica redacional avessa à tradição jurídica e legislativa, utilizando expressamente o gênero para diferenciar o companheiro da companheira, como se houvesse alguma distinção quanto aos efeitos jurídicos previstos na lei, sem que de fato existisse qualquer tratamento distintivo*”.⁶¹

Essa impropriedade do legislador está prevista nos artigos 1º ao 3º da citada lei que, ao referir-se aos partícipes da união estável, utilizou os sufixos (o) e (a) para diferenciar o companheiro da companheira. Bastava ter utilizado o substantivo no masculino para as duas situações, ficando subentendido que ambos merecem o mesmo tratamento, tendo em vista o princípio isonômico consagrado na Constituição Federal.

O artigo 1º da Lei n. 8.971/94 aponta como requisitos para configuração da união estável: a) que os envolvidos mantenham o estado civil de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos; b) que vivam há mais de cinco anos ou que tenham filhos.

Em análise ao referido dispositivo, podemos apontar mais equívocos por parte do legislador.

⁶⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do Concubinato ao Casamento:** antes e depois do novo Código Civil, p. 89.

⁶¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 478.

Quanto ao estado civil das partes, não houve menção quanto a pessoa casada, mas separada de fato de seu consorte, inadmitindo, assim, a caracterização da união estável. Apesar de a “separação de fato” não existir como estado civil, a jurisprudência sempre viu com bons olhos essa situação, como uma relação apta a gerar efeitos jurídicos entre os seus partícipes, não enquadrando tal hipótese dentre os impedimentos matrimoniais. Excluir os separados de fato para a caracterização da união estável seria um grande retrocesso, tendo em vista a evolução jurídica do instituto.

Também fixou um prazo mínimo de convivência, ou seja, cinco (5) anos de relacionamento como pressuposto para a caracterização da união estável. Por ser uma relação informal, teria sido melhor deixar a questão para apreciação do juízo em cada caso concreto, evitando assim injustiças. Fixar um prazo certo e inflexível para o reconhecimento de uma relação que irradiará, a partir daí seus efeitos, não nos parece ser a melhor orientação. Imagine, a título ilustrativo, a convivência de duas pessoas, homem e mulher, *more uxorio*, pelo período de quatro anos e onze meses, e que por qualquer motivo essa convivência chega ao fim. Pela aplicação do artigo 1º da Lei n. 8.971/94, não poderíamos considerar essa relação, que perdurou um período de certo modo longo, como união estável, pois faltou-lhe um dos pressupostos para a sua caracterização, ou seja, o período mínimo de cinco anos. Não é o tempo que diz ser uma relação estável e sim a qualidade e intensidade com que se vive essa relação.⁶² É possível que três (3) anos sejam suficientes para caracterizar a união estável e da mesma forma é possível que dez (10) anos não sejam suficientes para caracterizá-la.

Pela Lei, esse período mínimo de convivência é dispensado se do relacionamento advierem filhos. Esse dispositivo não pode ser interpretado no sentido de fazer com que a simples existência de filhos seja suficiente para caracterizar a união estável, independentemente do período de relacionamento e dos demais elementos

⁶² Antônio Carlos Mathias Coltro se manifesta, demonstrando que outros elementos devem ser levados em conta para a caracterização da união estável, como “*o interesse de vida comum, ausente toda e qualquer formalidade; a afeição e afinidade de ambos os companheiros; a presença do elemento moral, com caráter nitidamente subjetivo em sua apreciação e conforme o momento em que se o aprecie; a notoriedade da convivência, bem como sua aparência; o cumprimento de deveres previstos para o matrimônio; a fidelidade e existência de relação monogâmica; a comunidade de coabitação; a ligação sexual; a heterossexualidade; a existência de filhos, enfim, todos os fatores que, de comum se sabe integram a vida de um homem e uma mulher que resolveram se unir, levando em conta principalmente o sentimento de um pelo outro, não que ser considerados, com inegável e superior consideração ao próprio tempo de vida conjunta...*” (COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável: um conceito? In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 3, p. 36).

caracterizadores, sob pena de configurar como estável as relações esporádicas da qual resultou prole.

O artigo 1º ainda permite aos companheiros valerem-se da Lei de Alimentos,⁶³ de rito especial (Lei n. 5.478/68), desde que comprovada a necessidade, e diferentemente das hipóteses de separação judicial, não exige apuração do culpado na dissolução da união estável para efeito de responsabilizá-lo à prestação dos referidos alimentos.

Cumprido destacar também que o direito a alimentos não foi assegurado de modo direto, ou seja, a lei não previu que a união estável gera o direito a alimentos, mas previu que os companheiros poderão utilizar-se da Lei de Alimentos que só é admitida aos cônjuges e parentes.

Sobre o assunto, Euclides Benedito de Oliveira ressalta que “*a Lei 5.478/78 nem sempre se mostra aplicável à espécie, pois exige prova pré-constituída da união estável. Ora, na maioria dos casos essa prova não existe, o companheiro depende de ação ordinária para o reconhecimento da situação de convivência more uxorio, e assim tem que cumular sua pretensão a alimentos na mesma ação, e não pelo rito da lei especial*”.⁶⁴

O artigo 2º estabeleceu o direito sucessório dos companheiros, aproximando-se muito do direito sucessório dos cônjuges, estabelecido pelo Código Civil de 1916.⁶⁵

O inciso I do artigo 2º, concedeu ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituísse nova união, o direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se houvesse filhos⁶⁶ deste ou comuns. Na ausência de descendentes, mas havendo ascendentes, o companheiro teria direito ao usufruto da metade dos bens, de

⁶³ O benefício de alimentos concedido à companheira, constituiu uma evolução do pagamento de indenização pelos serviços prestados, que os tribunais vinham concedendo em caso de dissolução (OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. Concubinato, companheiros: novos rumos: anotações à Lei 8.971/94. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 2, p. 79).

⁶⁴ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do Concubinato ao Casamento**: antes e depois do novo Código Civil, p. 92. No mesmo sentido: CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**, p. 130-131.

⁶⁵ Para que os companheiros pudessem beneficiar-se desta lei, fazendo jus ao direito sucessório, mister se fazia a comprovação do estado civil de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo e um período mínimo de convivência, ou seja, 5 (cinco) anos, não se exigindo o referido prazo se houvesse filhos da respectiva união (art.1º).

acordo inciso II. Na ausência de descendentes e ascendentes, tinha o companheiro sobrevivente direito à totalidade da herança (inciso III). Portanto, não havendo os parentes consangüíneos em linha reta, o companheiro sobrevivente recolhia a totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais até o quarto grau.

Já o artigo 3º prevê a possibilidade de divisão do patrimônio adquirido na constância da união estável, quando ocorrer a morte de um dos companheiros. Comprovada a colaboração na aquisição, terá o sobrevivente direito a metade dos bens. A crítica vai ao legislador que disse menos do que deveria. Não há motivos para conceder esse direito somente quando a causa da dissolução da união estável for a morte. A jurisprudência já vinha permitindo essa divisão entre os companheiros ainda em vida, pela aplicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.⁶⁷ Assim, independentemente se o rompimento da união estável teve como origem a morte ou o interesse de uma das partes, o companheiro teria direito a metade dos bens, desde que comprovasse ter colaborado para a sua aquisição.

Nesse momento, fizemos uma abordagem geral sobre o assunto, tendo em vista que o direito sucessório dos companheiros será desenvolvido adiante, no Capítulo 4.

1.2.5 Lei n. 9.278/96

Na seqüência, foi aprovado o Projeto de Lei n. 1.888, de 1991, da Deputada Beth Azize, dando origem à Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996, que entrou em vigor na data da publicação, 13 de maio do mesmo ano, regulamentando o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Assim, dispõe acerca dos requisitos para

⁶⁶ A lei faz menção a “filhos”, mas deve-se ler “descendentes”, pois o direito sucessório não é restrito aos filhos, e sim aos descendentes, em sentido amplo.

⁶⁷ Cf. GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável. Análise do art. 5º da Lei 9.278/96. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 4, p. 99-100. Corroborando esse entendimento, Francisco José Cahali disserta que “*embora fale em participação apenas quando do falecimento, obviamente a mesma regra valerá para a apuração quando da dissolução em vida, pois a titularidade, e o eventual direito à partilha, têm sua origem na aquisição dos bens durante a união, e não pela morte de um dos conviventes, que será, simplesmente, o momento para se exercer o direito ao patrimônio*” (CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, p. 37). No mesmo sentido se manifesta PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 60.

caracterização da união estável, estabelece os efeitos pessoais e patrimoniais, regulamenta a conversão da união estável em casamento e elege o foro competente para julgar as respectivas ações.

Inicialmente, muito se discutiu sobre a vigência da Lei n. 8.971/94. Teria a Lei n. 9.278/96 (posterior) revogado a Lei n. 8.971/94 (anterior)? Ou será que ambas permaneceriam em plena eficácia, surtindo assim seus efeitos?

Antes de respondermos a essa indagação, cumpre-nos fazer algumas considerações.

O artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que “*não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue*”.

Analisando o citado dispositivo, constatamos a existência de normas de vigência temporária (cuja duração tem um período determinado) e aquelas de vigência indeterminada (quando sua eficácia não estiver condicionada a um período certo).

Eduardo Espínola, citando Adolfo Ravà, transcreve trecho de sua obra *Intituzioni di diritto privato*, nos seguintes termos: “*a cessação da eficácia da lei pode verificar-se de dois modos, segundo tem ela, já em si, um elemento, pelo qual a sua eficácia se extingue em certo ponto, naturalmente, ou, ao contrário, é destinada a duração indeterminada, devendo interferir um fato novo para fazê-la cessar.*” E finaliza: “*No primeiro caso, se fala de fim da lei por causas intrínsecas; no segundo, em virtude da revogação.*”⁶⁸

A revogação é o gênero, que tem como espécies a derrogação e a ab-rogação. A primeira ocorre quando uma parte da norma deixa de existir; a segunda, quando a norma inteira perde a eficácia. Nas palavras de Eduardo Espínola, “*quando uma lei nova revoga, inteiramente, a anterior, a doutrina tradicional refere, orientando-se pela passagem das fontes romanas, que há ab-rogação; e, no caso de revogação parcial, fala em derrogação*”.⁶⁹

⁶⁸ ESPÍNOLA, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, p. 57.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 60-61.

Pode a revogação ser expressa ou tácita. “*Dá-se a revogação expressa, em declarando a norma especificadamente quais as prescrições que a inutiliza; [...] tácita, quando resulta, implicitamente, da incompatibilidade entre o texto anterior e o posterior*”.⁷⁰

Feitas essas considerações, voltemos à análise das Leis da União Estável. A Lei n. 8.971/94 não é de vigência temporária, portanto, deverá vigorar até que outra a modifique ou a revogue. A Lei posterior, ou seja, a de n. 9.278/96, em seu artigo 11, assim estabeleceu: “*Revogam-se as disposições em contrário*”.

Como não houve revogação expressa⁷¹, e a nova lei não disciplinou inteiramente a matéria, prevaleceu na doutrina que a Lei n. 8.971/94 continuava em vigor em tudo que era compatível com a Lei n. 9.278/96, entendendo-se revogada somente as disposições incompatíveis (art. 2º, §1º, da LICC).⁷²

Portanto, a Lei n. 8.971/94 foi revogada tacitamente pela Lei n. 9.278/96, na espécie derrogação, ou seja, somente as disposições colidentes encontraram-se revogadas, operando-se no restante, a coexistência das normas, pois, conforme o artigo 2º, § 2º da LICC, “*a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*”.⁷³

De acordo com a Lei n. 9.278/96, reconhece-se como união estável a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família (art. 1º).

⁷⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 292.

⁷¹ Não ocorre a revogação expressa “*pelo simples fato de se achar no último artigo a frase tradicional— revogam-se as disposições em contrário: uso inútil; superfetação, desperdício de palavras, desnecessário acréscimo! Do simples fato de se promulgar lei nova em contrário, resulta ficar a antiga revogada. Para que perderem tempo as Câmaras em votar mais um artigo, se o objetivo do mesmo se acha assegurado pelos anteriores? Nos textos oficiais se não inserem palavras supérfluas*” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 292).

⁷² Nesse sentido: GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável. Análise do art. 5º da Lei 9.278/96. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 4, p. 98-99; CARVALHO FILHO, Paulo Martins de. Lei 9.278 (de 10 de maio de 1996): a união estável. **Revista dos Tribunais**, v. 734, p. 14; FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil, p. 75-76; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 494-500; CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**, p. 162-165.

⁷³ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do Concubinato ao Casamento**: antes e depois do novo Código Civil, p. 112.

Em razão da incompatibilidade gerada com a vigência da Lei n. 9.278/96, os pressupostos alternativos para o reconhecimento da união estável previstos no artigo 1º da Lei de n. 8.971/94 foram revogados.⁷⁴

Informa Rainer Czajkowski:

Não há, também, na nova Lei, o requisito alternativo de que a convivência tenha subsistido por um mínimo de cinco anos, ou que dela tenha resultado prole. É mais viável, mesmo, que a Lei não imponha, nem uma condição, nem outra. Conforme se viu no capítulo IV, sobre a caracterização das uniões estáveis, a estabilidade em cada caso concreto é um elemento variável – que não deve ser rigidamente fixado na lei – e a presença de filhos não é indispensável para a configuração de uma família informal.⁷⁵

Andou bem o legislador ao dispensar o período mínimo de cinco anos ou a existência de filhos para a caracterização da união estável, cabendo ao juiz, no caso concreto, com base nos demais requisitos apresentados, reconhecer a existência da entidade familiar.⁷⁶ E, diferentemente da Lei n. 8.971/94, a nova lei não menciona que os companheiros devem ser solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados. Assim, em um primeiro momento, os casados, mas separados de fato, podem constituir união estável.⁷⁷

Quanto aos efeitos pessoais, o artigo 2º estabelece os direitos e deveres dos conviventes, de forma semelhante aos dos cônjuges. Por esta Lei, os partícipes da união estável passaram a ser chamados de conviventes. Assim, são deveres de ambos: respeito e consideração; assistência moral e material recíproca; guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

⁷⁴ CARVALHO FILHO, Paulo Martins de. Lei 9.278 (de 10 de maio de 1996): a união estável. **Revista dos Tribunais**, v. 734, p. 17-18.

⁷⁵ CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**, p. 132.

⁷⁶ “*Pode ser que uma relação entre homem e mulher, com 30 anos de duração, seja apenas um namoro. Pode ser que uma relação de apenas um ou dois anos constitua uma família. Ou seja, não é o tempo com determinação de x ou y meses, ou anos, que deverá caracterizar ou descaracterizar uma relação como união estável*” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**, p. 210).

⁷⁷ Cf. CARVALHO FILHO, Paulo Martins de. Lei 9.278 (de 10 de maio de 1996): a união estável. **Revista dos Tribunais**, v. 734, p. 17.

Com o reconhecimento da união estável, tem-se os efeitos patrimoniais, traduzidos no regime condominial entre os companheiros. Assim, os bens móveis ou imóveis adquiridos na constância da união e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e colaboração mútua, passando a pertencer aos companheiros em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito (art. 5º). Assemelha-se muito ao regime da comunhão parcial de bens, adotado em 1977 como o regime legal de bens. Assim, excluem-se os bens recebidos na constância da união a título gratuito, como doações, heranças e outras liberalidades.

Porém, cessa a presunção relativa do condomínio se a aquisição do patrimônio ocorrer com o produto de bens existentes anteriormente ao início da união, o que equivale a sub-rogação de bens.

Também há previsão do direito material de alimentos no artigo 7º, que superou a problemática apresentada na Lei n. 8.971/94 e a derogou, de forma que, para configuração da união estável, tornou-se desnecessário o período mínimo de cinco anos ou a existência de filhos, por ser incompatível com a nova Lei. Mas a revogação do artigo 1º da Lei n. 8.971/94 não foi total, porque a nova Lei nada dispôs acerca do meio processual colocado à disposição da parte interessada e também quanto à hipótese de extinção da obrigação alimentar, que permanecem em plena eficácia.⁷⁸ Porém, a Lei mantém a ressalva feita anteriormente quanto à dificuldade que o credor encontra, no caso concreto, de comprovar a existência da união estável, para utilizar-se desse meio processual mais célere (Lei de Alimentos).

Quanto ao direito sucessório dos companheiros, a Lei n. 9.278/96 veio complementar a Lei n. 8.971/94, que disciplinava os direitos de propriedade e usufruto sobre os bens deixados pelo falecido (artigo 2º). O parágrafo único do artigo 7º da Lei n. 9.278 estabeleceu o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da

⁷⁸ Sobre o assunto, manifestou-se Flávio Luiz Yarshell, que por ser uma questão processual (Lei n. 5.478/68), deve-se entender como não revogada, nesse aspecto, a Lei n. 8.971/94, artigo 1º, podendo os companheiros se utilizarem da Lei de Alimentos que tem um rito especial. *“Diversamente, é processual – e, portanto, deve aqui ser enfrentada – a questão da referência à Lei 5.478/68, constante da Lei 8.971/94 e omitida pela lei subsequente. Assim, considerando que esse último diploma não revogou aquele outro, a única conclusão possível parece ser a de que a remissão legal permanece, isto é, são invocáveis as disposições constantes da lei que disciplina o processo de alimentos, na forma e com as ressalvas que seguem”*. (YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional dos “conviventes” em matéria de alimentos. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 3, p. 49).

família ao companheiro sobrevivente, enquanto vivesse ou não constituísse nova união estável ou casamento.

O artigo 8º dispõe acerca da conversão da união estável em casamento, em cumprimento ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal, em que o legislador deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Assim, os companheiros poderão requerer a sua conversão em casamento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio, sem esclarecer o procedimento a ser seguido.

Com o reconhecimento da união estável como entidade familiar, pela Constituição Federal de 1988, questionou-se se a matéria deveria ser discutida no âmbito do direito de família ou se deveria continuar no direito das obrigações. Definitivamente o artigo 9º colocou fim à controvérsia, dispondo que a união estável deverá ser julgada na Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

Reconhece-se que apesar das imperfeições, o legislador avançou significativamente ao disciplinar a união estável, reconhecendo direitos e deveres aos companheiros que muito se assemelham à posição dos cônjuges.

2. A UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

2.1 DA UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição Federal, em seu artigo 226, §3º, adotou a terminologia união estável em substituição ao concubinato puro. Posteriormente, o legislador ordinário adotou as terminologias: *companheiros*, na Lei n. 8.971/94, e *conviventes*, na Lei n. 9.278/96.

Já o Código Civil de 2002, disciplinando inteiramente a matéria em seus artigos 1.723 a 1.727, segue as diretrizes traçadas pela Lei n. 9.278/96 indicando os parâmetros para a configuração da união estável. Assim, dispõe o art. 1.723 do Código Civil que “*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*” é reconhecida como entidade familiar.

O conceito de união estável varia conforme a sociedade e a época em que tal terminologia é utilizada.

Para Álvaro Villaça Azevedo, “*casamento de fato ou união estável é a convivência não adúlterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato*”.⁷⁹

Para Washington de Barros Monteiro, “*união estável é a relação lícita entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados os partícipes desta relação de companheiros*”.⁸⁰

Francisco José Cahali conceitua união estável como sendo o “*vínculo afetivo entre o homem e a mulher, como se casados fossem, com as características inerentes ao casamento, e a intenção de permanência da vida em comum*”.⁸¹

⁷⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável: antiga forma de casamento de fato. *Revista de Direito Civil*, v. 77, p. 17.

⁸⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito de família*, p. 30.

⁸¹ CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*, p. 87.

Consigna Marco Aurélio S. Viana que “*a união estável é a convivência entre homem e mulher; alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando a constituição de família*”.⁸²

Rodrigo da Cunha Pereira escreve: “*união estável é a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não-adulterina e não-incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil*”.⁸³

Inovando, Guilherme Calmon Nogueira da Gama apresenta a terminologia *companheirismo* para traduzir a “*união extramatrimonial monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor da família, estabelecendo uma comunhão de vida e d’almas, nos moldes do casamento, de forma duradoura, contínua, notória e estável*”.⁸⁴

Nessa mesma linha, Maria Helena Diniz dispõe que “*ao matrimônio contrapõe-se o companheirismo, consistente numa união livre e estável de pessoas livres de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil*”.⁸⁵

Tendo em vista o Código Civil de 2002, podemos conceituar união estável como uma relação informal, caracterizada na convivência pública, contínua e duradoura entre um homem e uma mulher, que constituem família sem as formalidades do casamento. Portanto, excluem-se do conceito de união estável as pessoas impedidas de casar, inseridas no artigo 1.521 do Código Civil, como as relações incestuosas e adulterinas (excluindo-se os separados de fato).

2.2 REQUISITOS CARACTERIZADORES

O ordenamento jurídico previu a constituição da união estável com certa liberdade, mas somente após a configuração de certos elementos é que o sistema jurídico poderá reconhecê-la como entidade familiar. Isso quer dizer que, apesar da união estável

⁸² VIANA, Marco Aurélio S. Viana. **Da união estável**, p. 29.

⁸³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 29.

⁸⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 124-125, 145.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**, p. 335.

não precisar cumprir certas solenidades para sua caracterização, como o casamento, ela tem que se adequar a certos elementos para que seja reconhecida como fato jurídico e receba proteção do Estado.

Nessa orientação, Francisco José Cahali dispõe que:

A união estável nada mais é do que um fato no mundo empírico com conseqüências jurídicas pela sua existência. Concomitantemente ao *fato social*, caracteriza-se como *fato jurídico*. No matrimônio, as partes, de início, promovem o registro civil, e a partir daí passam a receber a influência, na sua esfera jurídica, de todo o sistema legal do casamento, extensamente regulamentado, até mesmo quanto à sua celebração. Diverge substancialmente, neste particular, a união estável do casamento, pois os companheiros passam a integrar o instituto não após o cumprimento de formalidades legais para a sua celebração, mas pela sua caracterização diante da conduta dos partícipes, passando, a partir daí, pela postura adotada no relacionamento, a ser atingida a esfera jurídica das partes, entre si e perante a sociedade e o Estado. Enquanto no casamento a constituição é celebrada *a priori*, na união estável sua caracterização é *a posteriori*, verificados os seus elementos essenciais.⁸⁶

Diante do exposto, mencionaremos os elementos considerados essenciais por alguns doutrinadores para integrar ou caracterizar a união estável. São eles: diversidade de sexos; objetivo de constituição de família; estabilidade; fidelidade; notoriedade; continuidade; ausência de formalidades; ausência de impedimentos matrimoniais; comunhão de vida; cumprimento voluntário dos deveres matrimoniais; relação sexual; filhos; convivência *more uxorio*; *affectio maritalis*.⁸⁷

⁸⁶ CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**, p. 52.

⁸⁷ Cf. CARVALHO FILHO, Paulo Martins de. Lei 9.278 (de 10 de maio de 1996): a união estável. **Revista dos Tribunais**, v. 734, p. 14-15; CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**, p. 54-86; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**, p. 336-344; GONTIJO, Segismundo. Do instituto da união estável. **Revista dos Tribunais**, v. 712, p. 87-88; MALHEIROS FILHO, Fernando. **A união estável, sua configuração e efeitos**, p. 25-38; MATIELO, Fabrício Zamprogna. **União estável: concubinato: repercussões jurídico-patrimoniais**, p. 24-32; OLIVEIRA, Basílio de. **O concubinato e a Constituição de 1988**, p. 5-6; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do Concubinato ao Casamento: antes e depois do novo Código Civil**, p. 123-143; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 29 e PIRES, Maria da Graça Moura de Sousa Soromenho. **O concubinato no direito brasileiro**, p. 17-18.

Francisco José Cahali⁸⁸ e Carlos Roberto Gonçalves⁸⁹ dividem os requisitos para caracterização da união estável em *objetivos*: diversidade de sexos, notoriedade, fidelidade, inexistência de impedimento matrimonial, vida em comum sob o mesmo teto, período transcorrido na convivência; e *subjetivos*: convivência *more uxorio* e *affectio maritalis*.

E Guilherme Calmon Nogueira da Gama, ao tratar dos elementos necessários à caracterização da união estável (companheirismo), distingue as *características* do ato jurídico, que são seus atributos ou qualidades, dos *requisitos*, que podem ser subjetivos ou objetivos. Aponta como características da união estável: “a) finalidade de constituição de família; b) estabilidade; c) unicidade de vínculo; d) notoriedade; e) continuidade; f) informalismo ou ausência de formalidades”. E como requisitos: *de ordem objetiva*: “a) diversidade de sexos; b) ausência de impedimentos matrimoniais; c) comunhão de vida; d) lapso temporal de convivência;” *de ordem subjetiva*: “a) convivência *more uxorio*; b) *affectio maritalis*: ânimo de constituir família”.⁹⁰

Assim, passaremos ao estudo de alguns elementos que integram ou que caracterizam a união estável.

2.2.1 Diversidade de sexos

A diversidade de sexos é essencial para a caracterização da união estável, sendo indispensável o relacionamento entre um homem e uma mulher, como meio apto a produzir efeitos jurídicos.

Assim dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

Por se tratar de modo de constituição de família que se assemelha ao casamento, apenas com a diferença de não exigir a

⁸⁸ CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**, p. 58-78.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**, p. 539-549.

⁹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 148-213.

formalidade da celebração, a união estável só pode decorrer de relacionamento entre pessoas de sexo diferente.⁹¹

Esse elemento encontra fundamento no artigo 226, § 3º da Constituição Federal, que reconhece a união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. Cumpre salientar que essa conversão só será possível se houver a diversidade de sexo.

No mesmo sentido, o artigo 1.723 do Código Civil reconhece como união estável a convivência pública, contínua e duradoura, entre um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Dos mencionados dispositivos, depreende-se que há exigência da diversidade de sexos para que se configure a união estável, isso porque *“duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai e de mãe em face de eventuais filhos”*.⁹² Assim, exclui-se desse conceito a união entre pessoas do mesmo sexo, que nesse caso configurará apenas uma sociedade de fato, gerando efeitos de caráter obrigacional, de competência das Varas Cíveis.⁹³

Apesar de inúmeros julgados dos Tribunais de Justiça do país, principalmente do Rio Grande do Sul, reconhecerem a união entre pessoas do mesmo

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**, p. 543.

⁹² CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**, p. 54.

⁹³ Como salienta Carlos Roberto Gonçalves: *“a jurisprudência tem reconhecido tão-somente a existência de sociedade de fato, entre sócios, a indicar direitos de participação no patrimônio formado pelo esforço comum de ambos, e não união livre como entidade familiar. Desse modo, a união de duas pessoas do mesmo sexo [...] por si só, não gera direito algum para qualquer delas, independentemente do período de coabitação. [...] A matéria fica assim excluída do âmbito do direito de família, gerando apenas efeitos de caráter obrigacional”* (GONÇALVES, op. cit., p. 545).

A 4ª Turma do STJ firmou entendimento de que as questões relativas às uniões homossexuais é da competência das Varas Cíveis e não das Varas de Família: *“COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL – Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis. Recurso especial conhecido e provido”* (Rel. Min. Barros Monteiro, Resp. 323.370 - RS (2001/0056835-9). Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso em 09 de janeiro de 2006.

sexo como união estável⁹⁴, o Superior Tribunal de Justiça até agora não emitiu qualquer juízo de valor nesse sentido.

2.2.2 Inexistência de impedimento matrimonial

A família repousa seus princípios em valores morais, protegendo as relações de pessoas livres e desimpedidas. Tanto é que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, dispõe que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.⁹⁵ A união estável só poderá ser convertida em casamento, se inexistirem os impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521 do Código Civil.

No mesmo sentido temos o artigo 1.723, § 1º, primeira parte do Código Civil, que dispõe: “*A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521;*”

Portanto, seguindo o preceito constitucional e as diretrizes do Código Civil de 2002, essa conversão só será possível se as partes não incidirem nos impedimentos matrimoniais, que visam preservar a eugenia e a moral familiar, a monogamia e evitar as uniões que tenham suas origens no crime.

Nesse contexto, as relações adúlteras ou incestuosas não recebem guarida do ordenamento jurídico, não sendo reconhecidas como uniões estáveis, por serem consideradas imorais, e assim, dignas de reprovação.

⁹⁴ Nessa orientação, a 7ª Câmara Cívica do TJRS: “*RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial” (Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Ap. Cível n. 70005488812). Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>, acesso em 11 de janeiro de 2006.*

⁹⁵ Eduardo de Oliveira Leite dispõe que: “*A noção de conversão em casamento nos conduz a outra conclusão: a união estável a que se refere o texto constitucional visualizou apenas as uniões livres (sem impedimento matrimonial) e não os concubinatos (onde ocorre impedimento, v.g., adultério), senão não se falaria em conversão” (LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, v. 1, p. 98).*

UNIÃO ESTÁVEL – Matrimônio hígido – Concubinato – Relacionamento simultâneo. Embora a relação amorosa, é vasta a prova de que o varão não se desvinculou do lar matrimonial, permanecendo na companhia da esposa e familiares. Sendo o sistema monogâmico e não caracterizada a união putativa, o relacionamento lateral não gera qualquer tipo de direito. Apelação provida, por maioria, vencida a relatora (TJRS – 7ª Câ. Civ. – Ap. 70010075695 – Rel. Des. Maria Berenice Dias – j. 27.03.2005 – votação: dar provimento ao recurso por maioria de votos).⁹⁶

Francisco José Cahali assevera que como a união estável tem como modelo o casamento, é natural a preservação dos valores morais que informam a família decorrente do casamento civil.⁹⁷

Até o advento da Constituição Federal de 1988 discutia-se a situação dos separados judicialmente e daqueles que ainda estavam casados, mas se encontravam separados de fato do cônjuge.

Como esclarece Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

É certo que a condição do separado judicialmente, em virtude do seu estado civil, a princípio, não encontra previsão no rol das hipóteses previstas no art. 183, do Código Civil, justamente por não mais sustentar a condição de casado, mas ele não pode contrair novo casamento, pois, para tanto, é necessária a obtenção do divórcio, com a ruptura do vínculo, o que ainda não ocorreu. E, evidentemente, a conversão da união extramatrimonial em casamento dependerá do prévio divórcio do partícipe que ainda é separado judicialmente.⁹⁸

Mas e quando se trata de uma pessoa que é casada e se encontra separada de fato do cônjuge, convivendo com alguém, de sexo diverso, de forma pública, contínua e duradoura, teríamos a caracterização de uma união estável?

⁹⁶ CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**, v. 2, p. 227-237.

⁹⁷ Id. **União estável e alimentos entre companheiros**, p. 60.

⁹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 182-183. No Código Civil de 2002, o artigo que trata dos impedimentos é o 1.521.

Já era orientação assente na jurisprudência que a separação de fato entre os cônjuges opera o relaxamento de alguns deveres oriundos do casamento, como o dever de fidelidade, a coabitação e ao regime de bens⁹⁹. Portanto, via-se com simpatia as uniões entre pessoas casadas que se encontravam separadas de fato do cônjuge, constituindo uma relação apta a produzir efeitos jurídicos.

Com propriedade assevera Francisco José Cahali que:

Não se pode negar o acerto da orientação doutrinária e jurisprudencial admitindo a caracterização de união estável mesmo se um ou ambos forem casados, *desde que separados de fato*. Efetivamente, a separação de fato põe termo ao regime de bens e aos deveres do casamento, dentre eles coabitação e fidelidade. Em assim sendo, tornam-se os cônjuge separados de fato desimpedidos para construir nova família através da união estável.¹⁰⁰

Em 1994 a Lei n. 8.971, em seu artigo 1º estabeleceu como requisito para configuração da união estável o estado civil de solteiros, separados judicialmente, divorciados e viúvos, não mencionando os separados de fato, mesmo porque não se trata de um estado civil reconhecido. Mas na seqüência, a Lei n. 9.278/96 também determinou em seu artigo 1º os requisitos necessários para a caracterização da união estável e não mencionou o estado civil das partes, prevalecendo o entendimento de que os separados de fato recebiam a proteção das leis da união estável.

O novo Código Civil colocou fim a qualquer discussão sobre o tema ao estabelecer no art. 1.723, § 1º, segunda parte, que o separado judicialmente e o separado de fato podem constituir união estável:

⁹⁹ Nesse sentido: “A orientação jurisprudencial reconhece comunicáveis os bens adquiridos por qualquer dos cônjuges, durante simples separação de fato, precedente à separação judicial ou ao divórcio” (TJSP, 2ª Câmara – Rel. Des. Roberto Bedran – j. 25/10/94 – RT 716/148); “Divórcio. Partilha. Bens adquiridos durante a separação de fato. Incomunicabilidade do bem adquirido. Exclusão do imóvel da partilha. Recurso provido. O regime de bens é imutável, mas, se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao Direito e à moral reconhecer comunhão apenas de bens e atribuir metade desse bem ao outro cônjuge” (TJSP – Rel. Des. Campos Mello – j. 05/8/1992 – in RJTJSP 141/82). Disponível em http://64.233.161.104/search?q=cache:i1Btkd1_NtsJ:www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/legislacao/pl_n_6_960.pdf+A+orienta%C3%A7%C3%A3o+jurisprudencial+reconhece+incomunic%C3%A1veis+os+bens+adquiridos+por+qualquer+dos+c%C3%B4njuges&hl=pt-BR, acesso em 16 de outubro de 2005.

¹⁰⁰ CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**, p. 80-81.

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.¹⁰¹

Portanto, consolidando o entendimento jurisprudencial, o legislador de 2002 achou por bem estabelecer que estando o cônjuge, separado judicialmente ou separado de fato, poderá constituir nova união, recebendo proteção constitucional nos moldes do § 3º do artigo 226. Porém, esta união estável não poderá ser convertida em casamento enquanto o divórcio não se concretizar.

2.2.3 Singularidade

A singularidade não poderia faltar dentre os elementos caracterizadores da união estável.

No casamento, a fidelidade recíproca figura dentre os deveres dos cônjuges, tendo em vista o caráter monogâmico do matrimônio. Como a união estável aproxima-se muito do casamento, apesar de ser uma relação informal, impõe-se a unicidade do vínculo entre os partícipes, ou como estabelece o Código Civil em seu artigo 1.724, o dever de lealdade¹⁰², não se admitindo, via de regra, a concomitância de entidades familiares.

José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz destacam que na doutrina e jurisprudência francesas, *“se sustenta que o concubinato deve ser exclusivo sob pena de não ser nem estável, nem constitutivo de uma verdadeira*

¹⁰¹ “Família – Reconhecimento de união estável – Requisitos – Pessoas casadas - § 1º do art. 1.723 do CC. 1. São requisitos da união estável a convivência duradoura, pública, contínua e com objetivo de constituir família. 2. Nos termos do § 1º do art. 1.723 do novo CC somente se reconhecerá a união estável de pessoas casadas no caso de se encontrarem separadas de fato ou judicialmente. (TJMG – 8ª Câm. Cív. – Ap. 1.0024.03.100818-8/001(1) – rel. Des. Duarte de Paula – j. 28.10.2004 – votação: por unanimidade, negar provimento ao recurso – publ. 22.03.2005)” (CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**, v. 2, p. 249).

¹⁰² Carlos Alberto Menezes Direito ressaltou a importância na substituição da palavra “fidelidade” por “lealdade”, que por ser um conceito mais moderno e abrangente, *“retira a conotação opressora na relação de amor”*. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável no novo Código Civil. In: **O novo Código Civil**, p. 1.282).

comunhão de vida. A idéia subjacente a este pensamento é a de que o casamento é monogâmico (de direito) e o concubinato deve sê-lo (de fato)”.¹⁰³

Apesar de entendermos que a singularidade é um elemento importante para a caracterização da união estável, não podemos tê-lo como essencial, sob pena de não se reconhecer uma união estável por ter sido um dos parceiros infiel.¹⁰⁴ Ninguém melhor que os próprios companheiros para avaliar se a infidelidade pode colocar fim ou não à relação familiar.

Devemos diferenciar ainda duas situações que podem ocorrer na prática. A primeira delas é a existência de uma relação aberta, em que uma pessoa estabelece vínculos com alguém e concomitantemente, com o conhecimento da primeira, mantém relações afetivas com outras pessoas. Aqui não há que se falar em mera infidelidade, pois, em se tratando de união livre, importa em indício da eventualidade do relacionamento. Entendemos que essa relação não pode produzir efeitos jurídicos como união estável, por faltar ainda outros elementos como estabilidade, solidez, respeito e o objetivo de constituição de família.

Marco Aurélio S. Viana ressalta que:

A multiplicidade de relações mantidas por um homem ou uma mulher inibe que se possa falar em união estável. Estamos considerando a possibilidade de um homem ter várias concubinas, ou de uma mulher possuir vários amantes. Parecemos inconciliáveis com a estabilidade e a permanência, que se reclamam na união estável, relações dessa natureza. O contingente moral que a união estável exige, pois o que se tem é uma aparência de casamento, os deveres e direitos que dela promanam, a sua relevância como forma de constituir uma família, todos esses fatores autorizam dizer que o concubinato múltiplo jamais poderá gerar efeitos, não merecendo a tutela da legislação especial.¹⁰⁵

¹⁰³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**, p. 80.

¹⁰⁴ Sobre o assunto, o Des. José S. Trindade, do 4º Grupo Cível do TJRS, em EI n. 70008361990, discorreu que “a convivência sob o mesmo teto e a fidelidade nunca foram requisitos essenciais para a caracterização da união estável, seja sob o ângulo da Lei n.º 9.278/96 - vigente ao tempo do ajuizamento da presente ação - seja sob o ângulo do Código Civil em vigor”. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>, acesso em 18 de janeiro de 2006.

¹⁰⁵ VIANA, Marco Aurélio S. Viana. **Da união estável**, p. 91-92.

Mas é importante ressaltar que se um dos partícipes da união ignorar a existência de uma relação paralela, teremos a caracterização da união estável putativa, que é aquela que não possui elementos suficientes para caracterizar uma união estável, mas em virtude do desconhecimento, ou seja, da boa-fé de um dos partícipes, o ordenamento jurídico lhe confere todos os efeitos de uma união válida.

Dessa forma, se um ou ambos¹⁰⁶ os parceiros estiverem de boa-fé, a relação está apta a irradiar todos os efeitos de uma relação válida, beneficiando somente o convivente de boa-fé.¹⁰⁷

2.2.4 Notoriedade

A comunhão de vida entre os companheiros deve ser notória, isto é, reconhecida pelas pessoas mais próximas de seu convívio, como amigos e familiares. Comumente eles se apresentam às pessoas de seu meio social como se casados fossem, desfrutando de uma convivência *more uxorio*.

Helder Martinez Dal Col esclarece que a notoriedade “*não exige que todos saibam do relacionamento, mas sim que muitos saibam, ou pelo menos alguns, que com eles convivam*”.¹⁰⁸

Maria Helena Diniz¹⁰⁹ observa que notoriedade não significa publicidade.

¹⁰⁶ É possível que ambos estejam de boa-fé quando houver uma relação incestuosa entre eles, como, por exemplo, dois irmãos que vivem como marido e mulher e desconheciam a existência de parentesco entre eles.

¹⁰⁷ Nessa orientação: “*UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. Caso em que a autora uniu-se ao ‘de cujus’ de boa-fé sem ter conhecimento que se tratava de homem casado. Reconhecimento de união estável putativa. Deram provimento. Por maioria. 10 fls.*” (Apelação Cível n. 70003251469, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/12/2001); “*UNIAO ESTÁVEL. Situação putativa. Comprovação. O fato de o ‘de cujus’ não ter rompido definitivamente o relacionamento com a companheira com quem viveu longo tempo, mas com quem já não convivia diariamente, mantendo as ocultas essa sua vida afetiva dupla, não fastia a possibilidade de se reconhecer em favor da segunda companheira uma união estável putativa desde que esta ignore o fato e fique comprovada a affectio maritalis e o fato animo do varão de constituir família com ela, sendo o relacionamento público e notório e havendo prova consistente nesse sentido. Embargos infringentes desacolhidos*” (Embargos Infringentes n. 599469202, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 12/11/1999). Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>, acesso em 18 de janeiro de 2006.

¹⁰⁸ DAL COL, Helder Martinez. A união estável no Código Civil de 2002. Separata da **Revista Forense**, v. 379, p. 102.

¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**, p. 340.

Portanto, não se exige que todos tenham conhecimento da relação, ela pode ser discreta, bastando que as pessoas mais próximas tenham ciência. O que não se admite é que ela seja clandestina, às escondidas.¹¹⁰

Francisco José Cahali considera inadequada a indicação da notoriedade como requisito para configuração da união estável, ainda que seja apenas um complemento aos demais elementos apresentados. *“Isto se diz porque à sociedade ou comunidade, ainda que restrita, não compete ver ou saber das intenções subjetivas dos companheiros, embora, na maioria das vezes, constate o reflexo deste relacionamento expressado pelos concubinos. O que importa, sim, é o sentimento próprio dos partícipes em, reciprocamente, agirem com afeição, tratando-se, no íntimo, como se casados fossem, com todas as peculiaridades, responsabilidades e atitudes tendentes a partilhar a vida em comum”*.¹¹¹ E conclui: *“optamos por indicar a notoriedade como uma das provas do concubinato, mas não como requisito essencial à sua caracterização, embora, repita-se, constitua fato quase que de essencial demonstração à caracterização da união estável”*.¹¹²

Porém, sendo a união estável uma relação informal, entendemos que a notoriedade, além de servir como importantíssimo elemento de prova, é uma característica essencial para que as demais pessoas possam ter conhecimento dessa convivência. Assim, os parceiros demonstram transparência, honestidade no relacionamento para a formação da família.

¹¹⁰ “UNIÃO ESTÁVEL. Pessoa casada – Relacionamento amoroso clandestino envolvido pelo véu da ilicitude – Situação construída à margem da lei – Sociedade monogâmica que impossibilita a concessão de direitos à amante. Ementa Oficial: Revelam as provas dos autos que o relacionamento amoroso entre o esposo da apelante e a apelada envolvia-se pelo véu da ilicitude, ante a situação de clandestinidade, ensejando a que o parceiro tivesse ao mesmo tempo duas mulheres, a legítima e a amante, como poderia, dessa forma, ter três, quatro ou dez. O Direito não protege situação construída à margem da lei. A amante, amásia, ou qualquer nomeação que se dê à pessoa que, paralelamente ao vínculo de casamento, mantém uma outra relação, uma segunda ou terceira..., ela será sempre a outra, ou o outro, que não tem lugar em uma sociedade monogâmica” (TJPB - Ap. 2002.013078-8 – 2ª Câmara - Rel. Des. Antônio Elias de Queiroga – j. 20.3.03) In: **RT 817/340**, nov. 2003.

¹¹¹ CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**, p.68.

¹¹² *Ibid.*, p. 70.

2.2.5 Estabilidade

Para que a união entre duas pessoas de sexos diversos possa ser reconhecida como entidade familiar, é de suma importância que ela seja estável, isto é, duradoura. Portanto, é a estabilidade da relação mais um requisito para que se possa atribuir efeitos jurídicos a essa forma de constituição de família.

Os relacionamentos passageiros, instáveis ou eventuais não têm o condão de gerar direitos aos partícipes da relação, podendo caracterizar até um namoro, mas não uma união estável.

Nas palavras de Fabrício Zamproga Matielo, *“estável é a relação firme, inalterável ante circunstâncias adversas. Prima pela solidez, afeição e respeito pelo consorte, atitudes que delineiam constante e incondicional presença de apoio ao outro, sem opção por momentos ou situações”*.¹¹³

Rainer Czajkowski justifica que a estabilidade da união é imprescindível na formação das famílias informais por duas razões: 1) *“previsão literal da Constituição que, coerentemente, condiciona a equiparação de uniões livres a entidades familiares ao preenchimento do requisito da estabilidade ou durabilidade”*; 2) constatação lógica, com base na observação das relações humanas. *“A subsistência de uma relação íntima entre um homem e uma mulher, com o passar do tempo, cristaliza até presuntivamente uma noção de seriedade, de solidez. A duração de tal relação por si demonstra que resistiu a momentos difíceis, que são aqueles que melhor propiciam o reconhecimento mais profundo dos parceiros. Relação estável é aquela que subsistiu aos arroubos da paixão, ultrapassando fronteiras de simples namoro inconseqüente ou de satisfação puramente sexual”*.¹¹⁴

O fator temporal para caracterização da união estável foi utilizado pela Lei n. 8.971/94, art. 1º, o qual exigia uma duração de cinco (5) anos ou filhos¹¹⁵. A

¹¹³ MATIELO, Fabrício Zamproga. **União estável: concubinato**: repercussões jurídico-patrimoniais, p. 26.

¹¹⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**, p. 68.

¹¹⁵ A legislação previdenciária, nos antigos diplomas, exigia que a companheira comprovasse uma união de cinco anos com o falecido para se habilitar como dependente e receber a pensão em virtude da morte de seu ex-companheiro (Dec. 83.080/79, arts. 12, I e 13; Dec. 77.077/76, arts. 13, I e 14; Lei 5.890/73; Dec. 72.771/73). A mesma exigência também está prevista no §3º do art. 57 da Lei n. 6.015, de 31/12/1973, que concede o direito

revogação desse artigo ocorreu com a Lei n. 9.278/96, que não mencionou um prazo mínimo para configuração da união estável, o que andou bem o legislador, cabendo ao juiz, com base nos demais elementos apresentados, a análise ao caso concreto. Dessa forma dificulta eventuais fraudes, fazendo com que o companheiro coloque fim ao relacionamento às vésperas de completar o período mínimo de convivência.

Noemia Alves Fardin dispõe que *“não se pode adotar uma posição estática a este respeito. Constantemente depara-se com situações caracterizadoras de uma união estável comprovada sem que o lapso de tempo de duração compatibilize-se com todas as outras, variando de caso para caso”*. Mas ressalta que *“a união não pode ser momentânea, nem acidental”*.¹¹⁶

No mesmo sentido Maria da Graça M. S. Soromenho Pires¹¹⁷ observa que para a caracterização da união estável não deve haver um prazo preestabelecido, dependendo assim das circunstâncias que envolvem a união.

Porém, cumpre salientar que Guilherme Calmon Nogueira da Gama, além de mencionar a estabilidade, inclui dentre os elementos objetivos para configuração da união estável o lapso temporal de convivência mínimo de dois anos, como *“requisito essencial e, evidentemente, deve estar conjugado com os demais para que possa ser considerada a relação fundada no companheirismo”*.¹¹⁸ Para estabelecer o prazo mínimo de dois anos, o autor buscou a *mens legis* e com base no artigo 226, § 6º da Constituição Federal, entendeu que se o *“prazo de dois anos foi considerado razoável e plausível para se aferir a instabilidade do casamento, proporcionando, assim a sua pronta dissolução [...] o mesmo espírito na fixação desse prazo de dois anos [...] deve ser considerado para efeito de estabilidade das uniões extramatrimoniais, ou seja, o período necessário e razoável para a construção da affectio maritalis entre os companheiros que, certamente passarão por provações, rugas, desentendimentos nesse período e, se a relação estiver fincada em bases sólidas, seguras, estáveis, ela prosseguirá tendente a ser convertida em casamento”*.¹¹⁹

de acrescer o patronímico do companheiro. Da mesma forma no antigo Regulamento do Imposto de Renda, Dec. 85.450/80, art. 70, §5º.

¹¹⁶ FARDIN, Noemia Alves. **Aspectos sociojurídicos da união estável: concubinato**, p. 74.

¹¹⁷ PIRES, Maria da Graça Moura de Sousa Soromenho. **O concubinato no direito brasileiro**, p. 20.

¹¹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p.195.

¹¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p.200.

Ressalta-se que deve ser exigido um mínimo de convivência para que a relação seja considerada estável, duradoura, mas a lei não deve fixar de forma rígida esse prazo, cabendo ao magistrado a referida análise, observando a existência de outros requisitos como a existência de relações sexuais, a assistência material e moral entre os companheiros, a existência de filhos, a dependência econômica de um dos companheiros, para julgar o caso concreto, pois, como bem observa Rainer Czajkowski: *“Fixar um prazo cronológico mínimo para aferir a existência de uma união estável, é correr o risco de detectá-la onde não existe ou, o que é pior, negá-la onde efetivamente se configura.”*¹²⁰

2.2.6 Continuidade

Cumpre-nos acrescentar que a união, além de duradoura e pública, dever ser contínua (art. 1.723, CC). É contínua a relação que não se interrompe na sua duração, que não sofre rupturas.

Porém, a interpretação a ser feita tem que ser flexível, analisando sempre o caso concreto. Deve-se compreender que o desentendimento temporário seguido de reconciliação, não pode descaracterizar a continuidade da relação entre os companheiros.

Assim, a continuidade constitui-se pela soma de atos praticados pelo casal, protraindo-se no tempo, sedimentando os votos depositados no interesse comum de formação da família. Não é contínuo o relacionamento em que o casal mantém encontros eventuais, ainda que seja por um longo período.

Nos ensinamentos de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a união *“deve ser permanente, não no sentido da perpetuidade, mas sim para efeito de verificação da solidez do vínculo, não sujeito a abalos e deslizos em decorrência de intempéries comuns na vida a dois”*.¹²¹ Portanto, *“a vida em comum há de ser contínua, sem interrupções que lhe retirem a característica da permanência. O vai e vem de*

¹²⁰ CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**, p. 72-73.

¹²¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 167.

*encontros e desencontros denota instabilidade da união, a ser aferida, caso a caso, na pendência do tempo e das condições em que tenha ocorrido a temporária separação dos conviventes”.*¹²²

2.2.7 Coabitação

A coabitação é também um dos elementos caracterizadores da união estável. É natural que os companheiros queiram viver sob o mesmo teto, a exemplo do que ocorre no casamento, com a prática de relações sexuais. No entanto, deve-se separar esse requisito objetivo do requisito subjetivo, que é a convivência *more uxorio*, apesar de existir uma íntima relação entre eles.

Muitos autores, ao dissertarem sobre a vida em comum sob o mesmo teto, bem como alguns julgados que tratam da matéria, colocam-na como elemento dispensável à caracterização da união estável, invocando a Súmula 382 do STF.

É o que se depreende da ementa do Recurso Especial 2002/0095247-6, da Quarta Turma do STJ:

Direitos processual civil e civil. União estável. Requisitos. Convivência sob o mesmo teto. Dispensa. Caso concreto. Lei n. 9.278/96. Enunciado n. 382 da Súmula/STF [...] I – Não exige a lei específica (Lei n. 9.278/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável. II – Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças, pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes. III – O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento, como no caso entendeu o acórdão impugnado...¹²³

¹²² OLIVEIRA, Benedito Euclides. A Constituição Federal e as inovações no Direito de Família. In: **O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988**, p. 36-37.

¹²³ Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp 474.962 – SP (2002/0095247-6), j. 01/03/2004. Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso em 28 de dezembro de 2005.

Em primeiro lugar cumpre-nos fazer uma ressalva quanto à Súmula 382 do STF que tem a seguinte redação: “*A vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxorio’, não é indispensável à caracterização do concubinato*”.

Ao se verificar a origem da Súmula 382, aprovada em 03 de abril de 1964, iremos constatar que ela não surgiu para regulamentar a união estável ou concubinato puro. A Súmula relaciona-se diretamente com o artigo 363, I do Código Civil de 1916, que disciplinava o reconhecimento dos filhos ilegítimos.

Ocorre que o citado dispositivo continha uma enumeração taxativa das hipóteses em que era possível ingressar com ação de investigação de paternidade, e a primeira delas, que estava prevista no inciso I, dizia que o filho ilegítimo poderia entrar com pedido de investigação de paternidade desde que ao tempo da concepção, sua mãe estivesse concubinada com o suposto pai.

Portanto, se não fosse possível comprovar a existência do concubinato, à época da concepção, o filho estava impedido de obter o reconhecimento de sua ascendência paterna. E para caracterização do concubinato, entendia-se imprescindível que houvesse coabitação dos partícipes. Portanto, tendo como precedentes os Recursos Extraordinários n. 49.212 (publicado no DJ de 19/7/1964) e n. 2.004 (DJ 6/9/1932)¹²⁴, editou-se a Súmula 382, que tornou flexível a coabitação entre os concubinos, possibilitando, assim, que, os filhos de pessoas que mantivessem um relacionamento íntimo, sem coabitação, pudessem ter reconhecida judicialmente sua paternidade.¹²⁵

¹²⁴ Disponível em <http://www.stf.gov.br>, acesso em 28 de dezembro de 2005.

¹²⁵ Seguindo essa orientação, transcrevemos trecho do voto do Des. Luiz Felipe Brasil, em EI 70008361990, do 4º Grupo Cível do TJRS: “*Absolutamente equivocada a invocação da Súmula 382 para afastar a exigência de vida em comum sob o mesmo teto. Já disse aqui várias vezes e repito: a Súmula 382 não guarda qualquer relação com o fenômeno da união estável. [...] Pois bem, se formos estudar a origem desta Súmula 382, constataremos que ela guarda relação com o art. 363, I, do antigo Código Civil, artigo este que dizia respeito à ação investigatória de paternidade, cujo inciso I indicava o concubinato entre a mãe da criança e o indigitado pai como uma das causas de pedir da investigatória. [...] A maior evidência, entretanto, de que essa Súmula não tem nenhuma relação com o fenômeno união estável está no fato de que ela expressamente dispensa, para a caracterização daquele concubinato, o more uxorio. O que significa more uxorio? More uxorio significa, nada mais nada menos, traduzindo literalmente, ‘aos costumes de casado’, ou seja, a circunstância de um casal viver ao modo de casado, na posse do estado de casado. É justamente o more uxorio, a posse do estado de casado, que ontologicamente constitui a essência da união estável. Onde não há more uxorio, não há união estável; logo, onde não há more uxorio, pode haver, sim, concubinato, mas não união estável, o concubinato no sentido amplo, ou mesmo no sentido estrito, que agora é definido pelo art. 1.727 do novo Código Civil. Portanto, vamos, por favor, abandonar a citação da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal como argumento contrário à exigência da vida em comum sob o mesmo teto, porque não serve.*” Disponível em www.tj.rs.gov.br, acesso em 28 de dezembro de 2005. Ver também RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família, p. 324-325.

Entendemos que a vida em comum sob o mesmo teto, apesar de não ser uma exigência legal, só deve ser dispensada em certas circunstâncias, sob pena de se cometer injustiças, elevando um namoro mais sério e duradouro à categoria de união estável.¹²⁶

Assim, quando houver um motivo justificável para que os companheiros não convivam sob o mesmo teto, e estiverem presentes outros requisitos que qualifiquem a convivência, externando-se no objetivo de constituição de família, possível será o reconhecimento da união estável.¹²⁷

2.2.8 Convivência *more uxorio*

Para a caracterização da união estável, exige-se mais que a convivência sob o mesmo teto. É preciso haver o *animus* de convivência *more uxorio*, a vontade de compartilharem suas vidas, de viverem como se casados fossem e não apenas um relacionamento eventual. Portanto, exige-se “*o tratamento respeitoso, afetuoso, carinhoso, compreensivo, de maneira recíproca, e a exteriorização desse tratamento,*

¹²⁶ Transcreve-se, a seguir, dois julgados em que não se reconheceu a existência de união estável por faltar, além de outros requisitos, a convivência sob o mesmo teto.

“*Civil. Família. Reconhecimento e dissolução de sociedade de fato post mortem. Prova. 1. O reconhecimento de sociedade de fato havida entre homem e mulher depende de provas cabais, seguras, não de meras presunções de vida em comum. 2. Demonstrando os autos que as partes mantiveram, apenas, eventual convivência íntima sem maiores repercussões, não constituindo patrimônio, não vivendo sob o mesmo teto nem gerando filhos, afasta-se a presença da união estável preconizada na Lei n. 9.278/96. Apelo não provido. Unânime*” (TJDF – Ap. Cív. 2003.01.5.007340-4 – 1ª Turma Cível – Rel. Des. Valter Xavier – j. 22.3.04). Disponível em <http://www.tjdf.gov.br>, acesso em 28 de dezembro de 2005.

“*União estável. Requisitos inexistentes. Não caracterização. Os exageros praticados por alguns arestos, após a aprovação do texto constitucional que erigiu a união estável ao patamar de entidade familiar, estão, de certo modo, afugentando o amor e inspirando temor nas pessoas. Chegar-se-á a um ponto em que as relações entre homem e mulher se irão patrimonizar de tal forma, que se vai transformar tudo num mero contrato, quando o ideal seria que as pessoas primeiro se apaixonassem, se identificassem, se amassem e só então encetassem uma união com outros efeitos que não aqueles do simples relacionamento afetivo. Hoje, contudo, as pessoas já sentem medo em simplesmente aproximar-se da outra. Por isso, os requisitos para a caracterização da união estável devem ser examinados com maior rigor. No caso, tendo vivido a autora e o falecido em casas separadas, por curto período de tempo, e sem que este fosse fiel aquela, jamais se caracterizaria a união estável, mas sim, um simples ‘namoro estável’ sem gerar direito a meação ou partilha de bens. Rejeitada a preliminar de intempestividade, desproveu-se a apelação, por maioria*” (TJRS – Ap. Cív. 597074061 – da 7ª Câmara Cível – Rel. Eliseu Gomes Torres, j. 10.12.1997). Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>, acesso em 28 de dezembro de 2005.

¹²⁷ Nesse sentido destacamos o enunciado n. 3, fruto do I Encontro de juízes das Varas de Família e Sucessões do interior de São Paulo, que foi realizado em Piracicaba em novembro de 2006, com o intuito de nortear futuras atuações: “*Em circunstâncias especiais é possível reconhecer união estável sem coabitação, caso presentes outros aspectos que tornem indubitável a constituição de família, preenchendo-se os requisitos do art. 1.723 do Código Civil*”. Disponível em http://conjur.estado.com.br/static/text/50484_1, acesso em 10 de dezembro de 2006.

possibilitando o conhecimento da relação a todos aqueles que mantiverem contato com os partícipes”.¹²⁸

Francisco José Cahali entende ser requisito efetivo da união estável “*a comunhão de vidas, de corpo e alma, de carne e espírito, a mais pura e desinteressada intenção de unir os respectivos destinos com respeito e compreensão, e, juntos, projetar novos caminhos à vida. E a própria referência à similitude do matrimônio (como se casados fossem) traz em si esta característica de convivência more uxorio*”.¹²⁹

Guilherme Calmon Nogueira da Gama estabelece que devemos separar o requisito objetivo, *moradia comum dos companheiros*, do requisito subjetivo, *convivência ‘more uxorio’*, que apesar da íntima relação entre eles, é o tratamento dispensado entre os companheiros, de forma recíproca, que permitirá a aferição quanto à espécie de relação mantida entre eles. “*É possível que um homem e uma mulher habitem a mesma residência e até mantenham relações sexuais, com certa freqüência, mas conservem suas vidas de forma completamente independente, mantendo o que modernamente se convencionou se tratar de ‘relação aberta’*. Falta, portanto, o elemento anímico indispensável à caracterização do companheirismo”.¹³⁰

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, a convivência *more uxorio*, de ordem subjetiva, é a “*comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, em situação similar à de pessoas casadas. Envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar*”.¹³¹

¹²⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 204.

¹²⁹ CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**, p. 76.

¹³⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 190-191.

¹³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**, p. 540.

2.2.9 Objetivo de constituição de família

A união estável, que é uma entidade familiar, é reconhecida pela convivência pública, contínua e duradoura, entre um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Portanto, não basta a presença dos demais requisitos para a configuração da união estável se não houver como finalidade a formação do núcleo familiar. “*Não se enquadra no modelo de entidade familiar a convivência de homem e mulher que, não obstante eventual relacionamento íntimo, se direcione a outros fins, como para estudos (república de estudantes), exercício de profissão conjunta (divisão de um imóvel para residência e escritório) ou simples intuitos econômicos, como a repartição física de bens utilizados em sistema de cooperação mútua*”.¹³²

Como preleciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “*está insita na idéia de constituição de família o desejo dos companheiros de compartilharem a mesma vida, dividindo as tristezas e alegrias, os fracassos e os sucessos, a pobreza e a riqueza, enfim, formarem um novo organismo distinto de suas individualidades*”.¹³³

Em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o relator Des. José S. Trindade ressaltou que para a caracterização da união estável faz-se imprescindível o *objetivo de constituição de família*:

Embargos infringentes. União estável. Caracterização de namoro. O namoro, embora público, duradouro e continuado, não caracteriza união estável se nunca objetivaram os litigantes constituir família. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria. No caso em apreço, restou incontroversa – o próprio réu/embargado não nega – a existência do relacionamento público, contínuo e duradouro mantido entre as partes. Contudo, faltou um requisito essencial para caracterizá-lo como união estável: inexistiu o objetivo de constituir família. [...] Contudo, ainda que o relacionamento amoroso tenha ocorrido nesses moldes, nunca tiveram objetivo de constituir família. [...] A

¹³² OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do Concubinato ao Casamento**: antes e depois do novo Código Civil, p. 133.

¹³³ GAMA, op. cit., p. 157.

inexistência de vida em comum sob o mesmo teto e a falta de fidelidade por parte do embargado não seriam, por si só, impeditivos para o reconhecimento da união estável, se esta tivesse existindo. [...] Assim, o comportamento – aceito – de ambos os litigantes, durante o período em que se relacionaram, demonstra que, embora prolongado e público o namoro, nunca objetivaram constituir família. E aqui reside o traço fundamento, a diferença marcante entre o namoro sério e a união estável: o objetivo de constituir família.¹³⁴

Portanto, é necessário muito mais que a convivência pública, contínua e duradoura, faz-se necessária a união de corpos e almas, a união de interesses visando a um objetivo comum, demonstrando assim a seriedade da relação. *“Daí falar-se em affectio maritalis para expressar o sentimento de afeição, de benquerença, de felicidade na vida em comum, renovado diariamente, como alimento ministrado periodicamente à relação familiar”*.¹³⁵

E completa Rainer Czajkowski que *“a intenção de seriedade na relação é fazê-la sólida, durável no tempo. Não é a constatação da estabilidade que se faz depois; é a vontade de fazer com que a relação seja estável. É claro que o conteúdo básico da relação continua sendo o afeto, a íntima vinculação emocional dos parceiros, mas, agora, com a intenção de torná-la sólida e estável no tempo”*.¹³⁶

Cumprе ressaltar que a existência de filhos pode até qualificar a relação, porém não é elemento essencial para que se configure o objetivo de constituição de família. Modernamente, muitos casais decidem que não terão filhos, seja por opção, seja por questões de saúde, seja até mesmo em razão da idade. Apesar de ser uma decorrência natural da união estável e do casamento, a ausência de prole não irá influenciar em seu reconhecimento, desde que presente a *affectio maritalis*.

¹³⁴ EI n. 70008361990 - 4º Grupo Cível – Comarca de Montenegro. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>, acesso em 10 de maio de 2005.

¹³⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 206-207.

Nesse sentido: *“Para a caracterização da união estável, deve haver a convivência com a finalidade de constituição de uma família, independentemente de tetos comuns, não bastando que a relação seja longa, duradoura e de mútuos favores, pois esta caracteriza apenas uma relação de amizade. Dessa forma, não logrando êxito a autora de comprovar a união estável com o de cujus, não faz jus ao patrimônio deixado pelo falecido”* (TJPA – Ap. 2004.3.002320-5 – Ac. 58569 – 2ª Câm. Cív. Isolada – v.u. – rel. Des. Maria Izabel de Oliveira Benone – j. 12.09.05). In **RT 846/356**, abr. 2006.

¹³⁶ CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**, p. 63.

2.3 DEVERES DOS COMPANHEIROS

O artigo 1.724 disciplina as relações pessoais entre os companheiros, que obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Os três primeiros são direitos e deveres recíprocos entre os companheiros. Na seqüência, têm-se os direitos e deveres dos companheiros para com os filhos.

O dever de lealdade é decorrência lógica de um dos requisitos caracterizadores da união estável, que é a singularidade. Assim como no casamento é exigida a unicidade de vínculo, tendo em vista o caráter monogâmico do casamento, estabelecendo-se a fidelidade dos cônjuges, na união estável é necessário o dever de lealdade entre os companheiros, no sentido de abster-se da prática de manter relações sexuais com terceira pessoa.

Já o dever de respeito consiste em valorizar a individualidade do companheiro, preservando os direitos da personalidade, que estão intimamente ligados à liberdade, à honra, à intimidade e à dignidade.

A assistência também é um dever recíproco dos companheiros, tal como ocorre no casamento (art. 1.566, III, CC).

Como bem observa Carlos Roberto Gonçalves:

Tal dever os obriga a se auxiliarem reciprocamente, em todos os níveis. Assim, inclui a recíproca prestação de socorro material, como também a assistência moral e espiritual. Envolve o desvelo, próprio do companheirismo, e o auxílio mútuo em qualquer circunstância, especialmente nas situações difíceis. Enquanto o dever de assistência imaterial implica a solidariedade que os companheiros devem ter em todos os momentos, bons ou maus, da convivência, a assistência material revela-se no âmbito do patrimônio, especialmente no tocante à obrigação alimentar.¹³⁷

¹³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**, p. 550-551.

Portanto, têm-se na assistência moral o carinho, afeto, diálogo, incentivo, os cuidados com o outro, norteando a sociedade familiar. São a consideração e o respeito mútuo. No campo da assistência material, destacamos o auxílio econômico que se destina à manutenção, a contribuição com os encargos da entidade familiar.

São deveres dos pais em relação aos filhos: guarda, sustento e educação.

A guarda é o direito-dever de os pais terem seus filhos em sua companhia. Ocorrendo a dissolução da união estável, a guarda será deferida a quem oferecer melhores condições de exercê-la (art. 1.584, CC).

É dever dos pais o sustento dos filhos menores até que estes completem a maioridade e tenham condições de arcar com sua própria manutenção.

E por fim a educação, que abrange *o dever dos pais de proporcionar a instrução dos filhos, pelos menos a básica, buscando também inseri-los nos níveis subsequentes*.¹³⁸ Assim, envolve o incentivo pelo estudo, buscando o aprendizado, bem como os cuidados com a formação moral e cultural, fazendo com que os filhos possam desenvolver-se em um ambiente adequado e sadio.

2.4 REGIME DE BENS

O artigo 1.725 do Código Civil ampliou os efeitos patrimoniais dos companheiros ao estabelecer o regime da comunhão parcial de bens.

Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Diante disso, tudo que for adquirido na constância da união estável, a título oneroso, pertencerá a ambos os companheiros, seguindo as regras que disciplinam o regime da comunhão parcial de bens.

Como dispõe Sílvio Rodrigues:

¹³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 247.

A forma proposta é mais abrangente que o regime até então vigente, de condomínio sobre o patrimônio adquirido a título oneroso. Passam a integrar o acervo comum, por exemplo, os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso do trabalho ou despesa anterior, e o fruto dos bens particulares (cf. art. 1.660). Mas o próprio artigo permite aos companheiros afastar a incidência desse regime mediante contrato escrito.¹³⁹

Portanto, podem os companheiros eleger qualquer outro regime de bens para regular suas relações patrimoniais, mediante o contrato de convivência, que é “*o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação*”.¹⁴⁰

Francisco José Cahali esclarece que o contrato de convivência:

[...] não reclama forma preestabelecida ou já determinada para sua eficácia, embora se tenha como necessário seja escrito, e não apenas verbal. Assim, poderá revestir-se da roupagem de uma convenção solene, escritura de declaração, instrumento contratual particular levado ou não a registro em Cartório de Títulos e Documentos, documento informal, pacto e, até mesmo, ser apresentado apenas como disposições ou estipulações esparsas, instrumentalizadas em conjunto ou separadamente, desde que contenham a manifestação bilateral da vontade dos companheiros.¹⁴¹

Ressalta-se que o legislador, ao estabelecer a ressalva *no que couber* para aplicação do regime da comunhão parcial de bens, pretendeu afastar as regras gerais dos regimes de bens, previstas nas disposições gerais do Código Civil. Assim, “*fica afastada a exigência de autorização para venda de imóveis por um dos conviventes ao outro, prevista para os cônjuges no art. 1.647 do novo Código.*”¹⁴²

Nessa perspectiva, é a lição de Euclides de Oliveira:

¹³⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família, p. 282-283.

¹⁴⁰ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, p. 55.

¹⁴¹ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, p. 56.

¹⁴² *Ibid.*, p. 280.

[...] desde logo se afasta incidência dos artigos que tratam do pacto antenupcial, porque de distinta natureza do contrato escrito a que podem jungir-se os companheiros. Também não tem lugar a regra da obrigatoriedade do regime da separação de bens para os companheiros em certas situações pessoais que obrigam os casados à adoção daquele regime (art. 1.641) [...] Ainda sem incidência analógica à união estável, por seu caráter restritivo e peculiar ao casamento, a exigência de autorização do companheiro para a alienação dos bens imóveis e outros atos gravosos ao patrimônio comum (art. 1.647), sempre lembrando, nesses casos, a proteção ao terceiro contratante que esteja imbuído de boa-fé.¹⁴³

Portanto, na ausência de contrato escrito entre os companheiros, o regime da comunhão parcial de bens regulará as relações patrimoniais da união estável.

2.5 ALIMENTOS

O dever de alimentos está previsto no artigo 1.694 do Código Civil:

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Os alimentos já vinham previstos nas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96. Dessa forma, obedece-se aos pressupostos da obrigação alimentar: comprovação do vínculo da união estável, necessidade do alimentando e possibilidade econômica do alimentante.

Os companheiros têm direito de utilizar-se da Lei de Alimentos, que tem um rito especial (Lei n. 5.478/69), exigindo-se, nesse caso, prova pré-constituída da união estável.

Sobre esse aspecto, transcrevemos lição de Carlos Roberto Gonçalves:

¹⁴³ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do Concubinato ao Casamento**: antes e depois do novo Código Civil, p. 193.

A prova da união estável pode ser feita por todos os meios de prova. No caso dos alimentos provisórios, exigindo-se prova preconstituída, dá-se ênfase à documental. Nesse ponto sobreleva a importância do denominado contrato de convivência. Se já houve o reconhecimento judicial com partilha de bens, seja em ação de investigação de paternidade, será possível pedir alimentos pelo rito especial da Lei n. 5.478/68, com fixação dos provisórios.¹⁴⁴

E complementa Euclides de Oliveira:

Outras evidências podem ser colhidas de certidão do casamento religioso das partes, declaração de dependência para fins de imposto de renda, dependência para fins previdenciários, aquisição conjunta de bens, locação de imóvel para uso em comum e outras espécies de documentos, públicos ou particulares (cartas, bilhetes, fotografias), além dos demais meios de prova oral ou pericial.¹⁴⁵

Porém, cessa a obrigação alimentar se o credor vier a casar-se, constituir nova união estável ou concubinato, bem como se tiver procedimento indigno com relação ao devedor (art. 1.708, CC).

2.6 CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

A Lei n. 9.278/96 em seu artigo 8º estabelecia que os conviventes poderiam requerer a conversão da união estável em casamento, por pedido formulado diretamente ao “*Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio*”. Com isso, visava-se cumprir o preceito constitucional no sentido de facilitar a conversão da união estável em casamento (CF, art. 226, § 3º).

Porém, estabelece o artigo 1.726 do Código Civil que a união estável poderá ser convertida em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e

¹⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**, p. 553.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do Concubinato ao Casamento: antes e depois do novo Código Civil**, p. 150.

assento no Registro Civil. Ao que parece, o novo Código não está atendendo ao preceito constitucional, por não facilitar a conversão da união estável em casamento.

Como dispõe Euclides de Oliveira:

Se já era de pouco uso, a conversão, agora, então, se torna ainda menos frutuosa, pela exigência do incursionamento ao Judiciário. Mais fácil será simplesmente casar, com as formalidades do casamento civil comum, mesmo porque a conversão da união estável em casamento não produz efeitos pretéritos, valendo apenas a partir da data em que se realiza o ato de seu registro.¹⁴⁶

Na prática continuará sendo mais fácil convolar núpcias a converter a união estável em casamento, mesmo porque os efeitos não são retroativos ao início da convivência.

O Projeto de Lei n. 6.960/2002 propõe nova redação ao artigo 1.726 do Código Civil: *“A união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento de ambos os companheiros ao oficial do Registro Civil de seu domicílio, processo de habilitação com manifestação favorável do Ministério Público e respectivo assento”*.

2.7 DO CONCUBINATO

Diferentemente do Código Civil de 1916 e das Leis da União Estável, o Código Civil de 2002 disciplinou o concubinato em seu artigo 1.727, reconhecendo-o nas relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. Trata-se do relacionamento existente com infração dos impedimentos matrimoniais.

No dizer de Álvaro Villaça Azevedo, o concubinato pode ser *“adulterino, incestuoso ou desleal, como respectivamente, o de um homem casado que*

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do casamento. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**, p. 20.

mantenha, paralelamente a seu lar, outro de fato; o de um pai com sua filha; e o de um concubino formando um outro concubinato”.¹⁴⁷

Como bem observa Valdemar P. da Luz, concubinato “*é a relação não eventual entre duas pessoas de sexos diferentes estando pelo menos uma delas impedida de casar. Salvo a hipótese de eventual partilha de bens, adquiridos através de esforço comum, robustamente comprovado, aos concubinos descabe qualquer outro direito*”.¹⁴⁸

Nossos Tribunais não têm sido favoráveis ao reconhecimento de direitos ao concubinos, por ser um relacionamento construído à margem da lei, não se admitindo que essa união seja convertida em casamento e reconhecida como entidade familiar. Porém, se dessa relação resultar a formação do patrimônio comum, conquistado pelo esforço de ambos, admite-se o reconhecimento de uma sociedade de fato com a partilha desses bens para evitar um enriquecimento ilícito, e a questão será decidida no campo do direito das obrigações (artigo 981 e ss. do CC/2002 e Súmula 380 STF).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu:

União estável – Matrimônio hígado – Concubinato – Relacionamento simultâneo. Embora a relação amorosa, é vasta a prova de que o varão não se desvinculou do lar matrimonial, permanecendo na companhia da esposa e familiares. Sendo o sistema monogâmico e não caracterizada a união putativa, o relacionamento lateral não gera qualquer tipo de direito. Apelação provida, por maioria, vencida a relatora.¹⁴⁹

Dissolução de sociedade de fato – Relação não eventual entre homem e mulher – Concubinato – Efeitos obrigacionais. O estatuto material vigente não protege, como união estável, a relação entre homem casado, que ainda está vinculado à família matrimonializada, e mulher desimpedida. Cuida-se de concubinato, cujos efeitos são avessos ao direito de família, mas [pertencem] ao campo obrigacional, e que anteriormente, por sua

¹⁴⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável: antiga forma de casamento de fato. **Revista de Direito Civil**, v. 77, p. 13.

¹⁴⁸ LUZ, Valdemar P. da. Das uniões de fato e suas conseqüências jurídicas. **Revista Forense**, v. 368, p. 199.

¹⁴⁹ Apelação 700010075695 – 7ª Câmara Cível – revisor e redator José Carlos Teixeira Giorgis – relatora e voto vencido Des. Maria Berenice Dias – j. 27/03/2005 (CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**, v. 2, p. 228-237).

ação clandestina, era tido como “concubinato adúlterino impuro”.
Apelação desprovida, por maioria, vencida a relatora.¹⁵⁰

No mesmo sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

Concubinato. Sociedade de fato. Homem casado. A sociedade de fato mantida com a concubina rege-se pelo Direito das Obrigações e não pelo de Família. Inexiste impedimento ao que o homem casado, além da sociedade conjugal, mantenha outra, de fato ou de direito, com terceiro. Não há cogitar de pretensão dupla meação. A censurabilidade, do adultério não haverá de conduzir a que se locuplete, com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica.¹⁵¹

Porém, é possível que se reconheça no concubinato a *affectio maritalis*, como ocorre no casamento e na união estável, estabelecendo-se vínculos familiares, com a existência de filhos comuns. Assim, não poderíamos deixar de mencionar algumas decisões que, contrariando o entendimento acima, de forma tímida, passaram a reconhecer direitos à concubina em virtude da morte de seu par, concedendo-lhe direito à pensão previdenciária, indenização pelos serviços prestados e até mesmo uma participação na divisão do patrimônio.¹⁵²

¹⁵⁰ Apelação 70005330196 – 7ª Câmara Cível – Rel. Des. Maria Berenice Dias – votação: apelação desprovida por maioria, j. 07/05/2003 (CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**, v. 1, p. 284-294). No mesmo sentido: Apelação Cível n. 598046795 – 7ª Câmara Cível – Rel. José Carlos Teixeira Giorgis – j. 30/09/1998. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>, acesso em 27 de março de 2006.

¹⁵¹ Resp 47103-6/ SP (1994.0011553-9) – 3ª Turma – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 29.11.94. Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso em 27 de março de 2006.

¹⁵² A 8ª Câmara Cível do TJRS reconheceu direito à pensão: “*UNIÃO DÚPLICE. PROVA INDIVIDUOSA. RECONHECIMENTO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Caso em que, induvidosa a união dúplice, se defere a apelante o direito a metade do pensionamento previdenciário. Deram parcial provimento*” (TJRS – Ap. 70008382863 – 8ª Câmara Cív. – Rel. Des. Rui Portanova – j. 06.5.04) Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>, acesso em 14 de abril de 2006.

A 7ª Câmara Cível do TJRS reconheceu indenização pelos serviços prestados: “*Dissolução de sociedade de fato – União estável – Confusão conceitual. Apesar da confusão conceitual da parte envolvendo os institutos da sociedade de fato e da união estável, não há óbices para que seja examinada a situação fática descrita na inicial com o intuito de enquadrá-la corretamente à lei, desde que não existam dúvidas acerca das pretensões deduzidas pela autora, voltadas para o reconhecimento de um vínculo ‘afetivo’ com o demandado. Análise da prova – Caracterização do concubinato. A relação extraconjugal, quando o casamento persiste e o homem se mantém com a esposa e filhos, não constrói união estatuída pela Constituição, pois o sistema brasileiro é monogâmico e não admite concurso entre entidades familiares. Caracterização do denominado concubinato ‘impuro’, ou também chamado de ‘adúlterino’. Concubinato – Pedido de indenização por serviços prestados, à partilha de patrimônio e a alimentos. Não é razoável deixar ao desamparo a companheira de mais de uma dezena de anos, o que representa locupletamento à custa do afeto e dedicação alheia, sendo cabível estimar-se indenização correspondente ao tempo de convivência. Todavia, quanto ao alegado direito à partilha e a alimentos,*

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu à concubina direito sobre 25% dos bens adquiridos na constância do concubinato:

Concubinato e casamento – Duplicidade de união afetiva – Efeitos. Caso em que se reconhece que o *de cujus* vivia concomitantemente em estado de união estável com a apelante (inclusive filiação) e casamento com a apelada. Caso concreto em que, em face da realidade de vidas, se reconhece direito à concubina a 25% dos bens adquiridos na constância do concubinato. Deram parcial provimento.¹⁵³

Pôde-se extrair dessa decisão que os requeridos também tinham conhecimento da relação paralela ao casamento (concubinato) e apesar de o falecido ter permanecido casado até o final de sua vida, convivendo sob o mesmo teto com sua esposa, já não dividia mais o leito conjugal.

ausente prova de que, durante a relação, bens patrimoniais foram adquiridos pelos conviventes em comunhão de vontades e conjugação de esforços, bem como em relação à existência de uma dependência econômica da autora da demanda para com o demandado, não há como reconhecê-los. Apelação parcialmente provida, por maioria” (Ap. 70011093481 – rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis – j. 13.7.05) (CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**, v. 2, p. 237-246).

¹⁵³ Apelação Cível 70004306197 – 8ª Câmara Cível – Rel. Des. Rui Portanova – votação: deram parcial provimento, j. 27/02/2003 (CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**, v. 1, p. 276-284).

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES

3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES

O Direito das Sucessões tem amparo constitucional, com previsão no Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no artigo 5º, inciso XXX, onde está garantido o direito de herança. Dispõe, ainda, no inciso XXXI, que a sucessão de bens de estrangeiros situados no país, será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, salvo se a lei do domicílio do autor da herança mostrar-se mais favorável a eles (Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 10, §1º). Encontra-se ainda regulamentado no Livro V do Código Civil (artigos 1.784 a 2.027), bem como nas Leis n. 6.858/80 e n. 8.213/91, que tratam dos dependentes habilitados perante a previdência social (Constituição Federal, art. 201, V).

A “origem etimológica da palavra sucessão provém do latim *successio*, substantivo derivado do infinitivo verbal *succedere*, [...] ou seja, é o efeito de garantir a continuidade das relações jurídicas”.¹⁵⁴ Em sentido amplo, expressa a idéia de transmissão de bens, de uma pessoa a outra, nos seus direitos e obrigações, que pode ser a título oneroso ou gratuito, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.¹⁵⁵

Tratando-se do direito das sucessões, utiliza-se o termo em sentido restrito, pois se tem em vista a transmissão em virtude da morte de alguém. Apresenta-se como o conjunto de normas que regulam a transmissão de bens, direitos e obrigações de uma pessoa que faleceu a seus sucessores. Nisto consiste o princípio da *saisine* ou direito de *saisine* (*droit de saisine*). Essa transmissão ocorre no exato instante da morte do autor da herança. Com o falecimento ocorre a extinção da personalidade civil. Como não se pode conceber direito subjetivo sem titular, os bens, direitos e obrigações do *de cuius* devem ser transmitidos aos seus sucessores no momento da morte.¹⁵⁶

¹⁵⁴ ALMADA, Ney de Mello. **Direito das sucessões**, p. 19.

¹⁵⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões**, p. 3.

¹⁵⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões**, p. 11-15.

Para Clóvis Beviláqua, o direito das sucessões ou direito hereditário, “*é o complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir. Essa transmissão constitui a sucessão; o patrimônio transmitido é a herança; quem recebe a herança é herdeiro ou legatário*”.¹⁵⁷

Orlando Gomes prescreve que a expressão “sucessão hereditária *emprega-se nos sentidos objetivo e subjetivo. No sentido objetivo, é sinônimo de herança, massa de bens e encargos, direitos e obrigações que compunham o patrimônio do defunto. No sentido subjetivo, equivale a direito de suceder, isto é, de recolher os bens da herança*”.¹⁵⁸

Francisco José Cahali conceitua o Direito das Sucessões como “*o conjunto de regras e complexo de princípios jurídicos pertinentes à passagem da titularidade do patrimônio de alguém que deixa de existir aos seus sucessores*”.¹⁵⁹

Para Eduardo de Oliveira Leite “*a palavra sucessão designa a transmissão de bens de uma pessoa em virtude de sua morte. [...] A sucessão implica na transmissão do patrimônio de uma pessoa falecida a uma ou outras pessoas. Daí a forma latina, succedere, ou seja, vir ao lugar de alguém*”.¹⁶⁰

Conclui-se que não existe divergência entre os doutrinadores ao conceituar o direito sucessório.

¹⁵⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**, p. 6.

¹⁵⁸ GOMES, Orlando. **Sucessões**, p. 5.

¹⁵⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 24.

¹⁶⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões**, p. 4.

3.2 FUNDAMENTO DO DIREITO SUCESSÓRIO

Tem-se notícia que, em tempos remotos, no início da socialização dos indivíduos, não se conhecia o instituto da sucessão *causa mortis*, pois a propriedade não era individual, mas coletiva, pertencente a determinado grupo, ou seja, várias pessoas que conviviam socialmente e conjugavam seus esforços para a manutenção da própria coletividade, e com o falecimento, essa situação jurídica não se alterava, pois não havia a transmissão da titularidade dos bens.¹⁶¹

Com o surgimento da propriedade individual, desenvolveu-se a idéia de sucessão, tendo em vista o caráter familiar da propriedade. Os bens que se achavam sob os cuidados do chefe pré-morto eram transmitidos ao novo chefe do grupo¹⁶², o que desencadeou em grande discussão a respeito de seu fundamento.

Nas antigas civilizações, o direito sucessório teve como fundamento a religião. Aponta Foustel de Coulanges que a *“religião doméstica, quer na vida, quer depois da morte, separava cada família de todas as outras famílias, assim afastando severamente toda a aparência de comunidade [...] Os mortos são deuses pertencendo apenas a uma família, e que apenas a família tem o direito de invocar”*.¹⁶³ Uma vez estabelecido o altar doméstico, fixavam-se naquele solo, não mais saindo dali, onde permaneceriam enquanto vivesse alguém da família que pudesse dar continuidade ao culto doméstico.¹⁶⁴

“A sucessão verificava-se exclusivamente na tomada do lugar do de cujus na condução do culto doméstico, mas os bens não se transmitiam ao herdeiro, uma vez que não pertenciam ao morto. A propriedade era familiar e a família era chefiada pelo varão mais velho que descendia diretamente dos deuses domésticos e apenas pela linha masculina”.¹⁶⁵ A filha não tinha aptidão para dar seqüência à religião

¹⁶¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 25.

¹⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões**, 1999, p. 3.

¹⁶³ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**, p. 52.

¹⁶⁴ *“Como o lar, a família ocupará sempre esse lugar. O lugar pertence-lhe: é sua propriedade, propriedade não de um único homem, mas de uma família, cujos diferentes membros devem vir, um após outro, nascer e morrer ali”*. (COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**, p. 50).

¹⁶⁵ Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 12, p. 63.

paterna pois com o seu casamento, ela tinha que renunciar ao culto do seu genitor para adotar a religião de seu marido.¹⁶⁶ Assim, o direito de primogenitura e varonia tem como principal fundamento manter o poder dentro da própria família, não permitindo a divisão do patrimônio entre os vários filhos.¹⁶⁷

No direito grego o filho não podia recusar a herança, pois era uma obrigação aceitá-la, mesmo com encargos e dívidas que recaíam sobre o herdeiro, pois não se admitia a aceitação da herança a benefício de inventário, que só foi introduzido mais tarde no direito romano.¹⁶⁸

Posteriormente, o direito sucessório desenvolveu-se no sentido de continuação da vida que sugere a continuidade patrimonial. Nessa perspectiva, Maria Helena Diniz noticia que D'Agugno encontra o fundamento científico do direito sucessório na biologia e antropologia, na qual *“os pais transmitem à prole não só os caracteres orgânicos, mas também as qualidades psíquicas, resultando daí que a lei, ao garantir a propriedade pessoal, reconhece que a transmissão hereditária dos bens seja uma continuação biológica e psicológica dos progenitores”*.¹⁶⁹ De forma semelhante tem-se a posição de Enrico Cimbali, na qual o direito sucessório *“representa na ordem social a continuidade do gozo com relação aos materiaes e aos agentes da natureza utilizados e apropriados pelo homem; como na ordem physica a geração representa a continuidade da vida humana, a cujas necessidades devem aquelles attender constantemente”*.¹⁷⁰

Tais concepções recebem a crítica de Washington de Barros Monteiro¹⁷¹, pois a seqüência da vida humana não depende da sucessão, subsistindo sem esse instituto, porque se subordina precipuamente ao instinto sexual. Além do mais, referida doutrina explica apenas a transmissão da herança entre ascendentes e descendentes, mas não a sucessão entre cônjuges, colaterais e entre o falecido e o Estado.

¹⁶⁶ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**, p. 50.

¹⁶⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito das sucessões, p. 4-6.

¹⁶⁸ COULANGES, op. cit., p. 58-63.

¹⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões, p. 5.

¹⁷⁰ CIMBALI, Enrico. **A nova phase do Direito Civil em suas relações economicas e sociaes**, p. 273-274.

¹⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito das sucessões, p. 7.

“Uma das reformas mais vivamente invocadas pelos socialistas de todos os tempos para conseguir a igualdade das fortunas, é a abolição do direito hereditario sob qualquer fôrma, ou pelo menos uma profunda limitação que venha de certo modo corrigir o excessivo accumululo de propriedade”.¹⁷² Os socialistas foram os mais ferrenhos opositores ao direito de propriedade privada e conseqüentemente à sucessão hereditária, entendendo que os bens pertencem ao Estado e com a morte, a ele devem retornar, beneficiando assim toda a comunidade. Se assim não o fosse, haveria uma injustiça social e acabaria por estimular o ócio dos herdeiros, que, tendo ciência da fortuna que herdariam, não iriam se preocupar em trabalhar e contribuir para o fortalecimento do país.

A proibição ou o não-reconhecimento da transmissão dos bens em virtude da morte é tão prejudicial à sociedade, que a antiga União Soviética precisou rever seus conceitos, pois a supressão dos direitos hereditários trouxe conseqüências drásticas para a economia nacional.¹⁷³

Washington de Barros Monteiro vislumbra no Direito Sucessório o complemento natural do:

[...] direito de propriedade, projetando-se além da morte do autor da herança conjugado ou não com o Direito de Família. Propriedade que se extinga com a morte do respectivo titular e não se transmita a um sucessor não é propriedade, porém mero usufruto. Como ensina DEMOLOMBE, a propriedade não existiria se não fosse perpétua, e a perpetuidade do domínio descansa precisamente na sua transmissibilidade *post mortem*. Por outro lado, família que não tenha direito de recolher patrimônio deixado por um de seus membros não pode subsistir como coletividade nuclear, como célula do Estado. Por isso mesmo, houve quem afirmasse ser o direito sucessório, essencialmente, uma lei de família.¹⁷⁴

É inegável que “a herança não passa de um corolário necessário da propriedade privada”,¹⁷⁵ ambas consagradas entre os direitos e garantias fundamentais (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, incisos XXX e XXII) havendo interesse da

¹⁷² CIMBALI, Enrico. **A nova phase do Direito Civil em suas relações economicas e sociaes**, p. 271.

¹⁷³ RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil: direito das sucessões**, p. 6.

¹⁷⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 7-8.

¹⁷⁵ ALMADA, Ney de Mello. **Direito das sucessões**, p. 73.

própria sociedade na manutenção da sucessão hereditária, por representar um estímulo ao indivíduo que passa a produzir com mais entusiasmo, tendo em vista a possibilidade de investimento, crescimento, sabedor que, com o seu falecimento, o patrimônio deixado será transmitido aos seus herdeiros, assegurando-lhes o futuro, pois como lembra Guillermo Borda, citado por Ney de Mello Almada: *“se o homem tivesse consciência de que, ao morrer, o produto de sua existência de trabalho fosse anulado, ‘um primario egoismo lo llevaría a disfrutar lo más posible de sus bienes, a tratar de consumirlos junto com su vida. En vez de productores de riquezas, los hombres se convertirían en destructores, en un peso muerto para la sociedad’.*”¹⁷⁶

3.3 O DIREITO SUCESSÓRIO NAS LEIS N. 8.971/94 E N. 9.278/96.

O Código Civil de 1916 não concedia direito sucessório aos concubinos. Os dispositivos legais que tratavam do concubinato proibiam expressamente que o testador casado beneficiasse em testamento sua concubina, seja nomeando-a herdeira ou beneficiando-a como legatária¹⁷⁷.

A finalidade era proteger a família legítima diante do concubinato, que era entendido como uma relação imoral que não deveria produzir efeitos jurídicos. E finalizava com o artigo 1.720, que eram nulas as disposições testamentárias em favor dos incapazes (concubina), ainda que simulassem a forma de contrato oneroso, ou os beneficiassem por interposta pessoa. Eram reputadas como interpostas pessoas o pai, a mãe, os descendentes e o cônjuge do incapaz.

No que tange aos descendentes da concubina, se também o fosse do concubino, era válida tal disposição. Nesse sentido é o teor da Súmula 447 do Supremo Tribunal Federal: *“É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina”.*

¹⁷⁶ Ibid., p. 74.

¹⁷⁷ Art. 1.719. *“Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: [...] III – a concubina do testador casado”.*

A grande modificação no direito concubinário ocorreu com a Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar. Porém, em matéria sucessória, predominava o entendimento de que a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento, permanecendo os companheiros, ante a ausência de previsão legal, sem qualquer direito à herança do outro, reclamando-se com urgência uma lei ordinária para regulamentar a questão.

Sobre o tema, afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “*a doutrina, à unanimidade, reconhece a inexistência do direito à sucessão legítima no período anterior à edição da Lei 8.971/94*”.¹⁷⁸

E completa Yussef Said Cahali:

No *direito das sucessões*, a concubina não foi equiparada ao cônjuge sobrevivente para os efeitos do art. 1.603 do CC: não reúne o §3º do art. 226 da CF, força e horizonte de modo a incluir a concubina ou companheira que conviveu com o autor da herança na sucessão legítima, equiparando-a diretamente ao cônjuge sobrevivente: a concubina não foi transformada em esposa legítima; não foi intenção do legislador constituinte, ao reiterar que a família como base da sociedade, merece especial proteção do Estado, unificar para todo e qualquer efeito jurídico a união estável sob uma só definição legal.¹⁷⁹

O Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento de que mesmo com a Constituição Federal de 1998 os companheiros não teriam direito sucessório:

União estável. Sucessão. Lei vigente. Antes da edição da Lei 8.971/94, o colateral do ‘de cujus’ recebia a herança, a falta de descendente e de ascendente (art. 1.603 do CC). Recurso provido em parte.¹⁸⁰

¹⁷⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 421.

¹⁷⁹ CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 1, p. 17.

¹⁸⁰ STJ, 4ª Turma, Resp 79511-GO (1995-0059505-2), Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 28.2.96. Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso em 27 de março de 2006.

Eis que em 1994 entrou em vigor a Lei n. 8.971, que regulamentou o direito sucessório dos companheiros. Mas, para que os companheiros pudessem beneficiar-se desta lei, fazendo jus ao direito sucessório, mister se fazia a comprovação do estado civil de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo e um período mínimo de convivência de cinco anos ou filhos (artigo 1º).

O artigo 2º concedeu ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituísse nova união, o direito ao usufruto: I) de um quarto dos bens se o falecido tivesse deixado filhos comuns ou exclusivos (leia-se descendentes); II) e de metade dos bens, se, na falta dos descendentes, houvesse deixado os ascendentes. Na falta de descendentes e ascendentes, tinha direito à totalidade da herança (artigo 2º, III).

Desde então, o companheiro passou a ter praticamente o mesmo direito sucessório previsto para o cônjuge supérstite, faltando apenas, para alçar tal feito, a concessão do direito real de habitação, o que ocorreu na seqüência, por meio da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que surgiu para regulamentar o § 3º da Constituição Federal de 1988.

O parágrafo único do artigo 7º introduziu o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que este não constituísse nova união estável ou casamento.

Cumprе ressaltar que a referida lei, em seu artigo 1º, reconheceu como entidade familiar a convivência pública, duradoura e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. Assim, não se fez qualquer referência ao estado civil dos companheiros e ao tempo mínimo de convivência ou prole como era exigido pela lei anterior, representando um grande avanço, pois a fixação de prazo para caracterizar a existência de uma relação como estável pode constituir grandes injustiças, evitando que se reconheça como estável uma relação que não tenha durado todo esse período, mas que nem por isso deixou de constituir família.

3.3.1 Convivência das Leis da União Estável

Tendo em vista o direito sucessório dos companheiros, que foram disciplinados pelas Leis da União Estável: direito de usufruto ou à totalidade da herança, a depender da existência ou não de descendentes e ascendentes (Lei n. 8.971/94) e direito real de habitação (Lei n. 9.278/96), surgiram algumas discussões na doutrina e jurisprudência. Teria a Lei n. 9.278/96 revogado a Lei n. 8.971/94? Passemos ao comentário de algumas posições.

Para a posição minoritária, a Lei posterior, em seu artigo 7º parágrafo único, ao estabelecer o direito real de habitação, teria disciplinado inteiramente o direito sucessório dos companheiros, revogando, portanto, o artigo 2º da Lei anterior que estabelecia o direito do companheiro ao usufruto ou à totalidade da herança. No caso em tela, o direito sucessório dos companheiros ficaria limitado ao direito real de habitação. Essa foi a conclusão apresentada no XXI Encontro de Trabalho do Ministério Público, ocorrido nos dias 23 e 24 de maio de 1996 na cidade de Volta Redonda – RJ.¹⁸¹

Luiz Edson Fachin¹⁸², em uma posição intermediária, sustenta que a Lei n. 8.971/94 estabeleceu ao companheiro sobrevivente um direito real limitado sobre coisa alheia (artigo 2º, incisos I e II - usufruto) e um direito subjetivo próprio, na qualidade de herdeiro (artigo 2º, inciso III – herança). Porém, com a vigência da Lei n. 9.278/96, houve a revogação do artigo 2º, incisos I e II, por incompatibilidade, tendo em vista que o artigo 7º, parágrafo único também reconheceu ao companheiro um direito real sobre coisa alheia (direito real de habitação).

¹⁸¹ Tema: Lei do Concubinato. União Estável. “A Lei 9.278/96, com vigência a partir de 13.05.96, revogou totalmente a Lei 8.971/94 (LICC, art. 2º, § 1º) [...] A sucessão aberta a partir da vigência da Lei 9.278 – iniciada em 13.05.96 – se rege pela Lei 9.278, e não mais pela Lei 8.971; o direito sucessório previsto na Lei 9.278 não pressupõe que a união estável perdure por 5 anos ou haja gerado filho comum; o direito sucessório do companheiro sobrevivente está adstrito ao direito de habitação, e não mais abrange, nem herança em propriedade, nem usufruto.” (Diário Oficial – Estado do Rio de Janeiro – quinta-feira – 30 de maio de 1996 – ano XXII – n. 102 – Parte I – Poder Executivo, página 30).

¹⁸² “Um único dispositivo (parágrafo único do artigo 7º) fixou que o sobrevivente terá direito real de habitação, vitalício ou até constituir nova união ou casamento, tendo por objeto o imóvel destinado à residência da família. Nesse aspecto, não se refere a nova Lei ao direito à totalidade da herança, reconhecido na falta de descendentes e de ascendentes, nos termos do inciso III do artigo 2º da Lei anterior (8.971/94). Sustentável, por conseguinte, na inocorrência de incompatibilidade, a continuidade da vigência desse direito. O mesmo não se poderá, nessa ordem de raciocínio, dizer-se dos incisos I e II do mesmo artigo 2º da Lei anterior; posto que o direito real temporário agora reconhecido é aquele referido pelo parágrafo único do artigo 7º da nova Lei.” (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil, p. 84).

Mas para a posição majoritária, a Lei n. 9.278/96, ao estabelecer o direito real de habitação, complementou os direitos previstos pela Lei n. 8.971/94, uma vez que não houve revogação expressa e a Lei posterior não disciplinou inteiramente a matéria¹⁸³. Assim, o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família (artigo 7º, parágrafo único da Lei n. 9.278/96) constituiu um acréscimo aos outros direitos que foram estabelecidos pela Lei n. 8.971/94 (artigo 2º).¹⁸⁴

Recentemente houve uma decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do Recurso Especial por entender que a Lei n. 9.278/96 não revogou o artigo 2º da Lei n. 8.971/94, que trata do direito sucessório dos companheiros:

Ementa: RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO DE HERANÇA. LEI 8.971/94. LEI 9.278/96. Com a entrada em vigor da Lei 9.278/96 não foi revogado o art. 2º da Lei 8.971/94 que garante à companheira sobrevivente direito à totalidade da herança, quando inexisterem ascendentes e descendentes. Quanto aos direitos do companheiro sobrevivente não há incompatibilidade entre a Lei 9.278/96 e a Lei 8.971/94, sendo possível a convivência dos dois diplomas. Recurso especial não conhecido.¹⁸⁵

Portanto, no que tange ao direito sucessório dos companheiros, as duas leis passaram a conviver em harmonia. O direito real de habitação somou-se ao direito de usufruto previsto na Lei n. 8.971/94.¹⁸⁶ Assim, era possível que o companheiro

¹⁸³ Cf. as considerações já feitas no item “1.2.5 Lei n. 9.278/96”.

¹⁸⁴ Corroborando esse entendimento: CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**, p. 143; GONTIJO, Segismundo. **Dos uniões: a formal e as informais, seus regimes de bens e a sucessão**. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/sg003.html>. Acesso em 13 de março de 2006; e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 498: “A Lei 9.278/96, apenas no art. 7º, parágrafo único, se referiu a um efeito decorrente da morte do ex-companheiro, qual seja, o direito de habitação do imóvel destinado à residência da família. Ora, tal direito não é incompatível com o direito sucessório de propriedade (sucessão legítima, como herdeiro facultativo) ou com o direito sucessório de usufruto (legado ex lege), inexistindo incompatibilidade e, muito menos, absoluta.”

¹⁸⁵ Rel. Min. Nancy Andriighi, Resp. 747.619 - SP (2005/0074381-8), j. 07.6.05. Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso em 05 de setembro de 2005. A 3ª Turma do STJ já havia se pronunciado no Resp 418365 – SP (2002/0025728-2), Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21.11.02: “União estável. Direito da companheira à herança. Lei n. 8.971/94. Lei n. 9.278/96. I. O advento da Lei n. 9.278/96 não revogou o art. 2º da Lei n. 8.971/94, que regulou o direito da companheira à herança de seu falecido companheiro, reconhecida a união estável.” Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso em 05 de setembro de 2005.

¹⁸⁶ Euclides Benedito de Oliveira traz a distinção entre habitação e usufruto: “Habitação distingue-se de usufruto, pois tem caráter mais restrito. Consiste em uso para moradia, não abrangente da percepção dos frutos, pois somente confere direito de habitar, gratuitamente, imóvel residencial alheio. Quem habita não pode alugar nem emprestar a coisa, mas somente ocupá-la com sua família” (OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável:**

sobrevivente fosse usufrutuário de um quarto ou de metade dos bens do falecido, a depender da existência de descendentes ou ascendentes, e tivesse direito de permanecer no imóvel destinado à residência da família, enquanto vivesse e não constituísse nova união ou casamento. E na falta de descendentes e ascendentes, teria direito à totalidade da herança (propriedade).

3.4 DIREITO INTERTEMPORAL NA SUCESSÃO

Em um sistema jurídico dinâmico, que deve se adequar à realidade social faz-se necessária a sucessão de leis no tempo.¹⁸⁷

Tratando-se de direito intertemporal, o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal dispõem que a lei nova terá efeito imediato e geral, resguardando o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Assim temos a regra da irretroatividade da nova lei.¹⁸⁸

Disso se depreende a íntima conexão existente entre o direito intertemporal com os princípios jurídicos do *progresso social* e da *segurança* e da *estabilidade social*.¹⁸⁹

Para o reconhecimento do direito sucessório aos companheiros, é imprescindível que a união estável perdure até a data do óbito¹⁹⁰ de um deles, pois só assim terá o sobrevivente legitimação para suceder.

do Concubinato ao Casamento: antes e depois do novo Código Civil, p. 209).

¹⁸⁷ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito intertemporal em matéria sucessória *mortis causa*. In: **Direito das Sucessões e o novo Código Civil**, p. 428.

¹⁸⁸ CAHALI, Francisco José. Efeitos não patrimoniais da união estável. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 2, p. 157-159 e Direito intertemporal no livro de família (regime de bens e alimentos) e sucessões. In: **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**, p. 199-201.

¹⁸⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 488-489: “O princípio do progresso social *propugna* que o ordenamento jurídico necessita introduzir novas ações, estabelecendo novos preceitos, adequando-se à nova realidade, aos anseios mais próximos, observando a presunção de que a nova lei é melhor do que a antiga, mais aperfeiçoada, tentando responder à vontade social, no sentido de permitir a evolução jurídica. Por sua vez, o princípio da segurança e da estabilidade social impõe ao legislador o respeito às relações jurídicas constituídas sob a égide da lei antiga, passíveis de produção de seus efeitos reconhecidamente assegurados pela lei vigente à época”.

¹⁹⁰ A existência da pessoa natural termina com a morte, presumindo-se esta, quanto aos ausentes, nos casos da abertura da sucessão definitiva (art. 6º, CC).

Como as relações jurídicas não podem ficar sem um titular, dá-se a transmissão da herança no exato instante do falecimento. Nisto consiste o princípio da *saisine*¹⁹¹ ou *droit de saisine*, no qual a transmissão da herança aos herdeiros do falecido ocorre no exato momento de sua morte, não dependendo de qualquer formalidade para que isso se opere¹⁹² (art. 1.572, CC/1916 e art. 1.784, CC/2002).

Em decorrência do princípio da *saisine* temos a regra do art. 1.577, CC/1916 e art. 1.787, CC/2002, na qual a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei em vigor. Portanto, tem-se que observar qual lei estava em vigor na data do óbito, para verificar se o companheiro tem legitimação sucessória.

Se o óbito ocorreu em data anterior à entrada em vigor da Lei n. 8.971/94, em 30 de dezembro de 1994, o companheiro sobrevivente não terá direito sucessório. Se não fosse dessa maneira “*teríamos a absurda chance de reabertura de inventários findos, por antigos companheiros do autor da herança, com pretensões anulatórias de partilhas já efetuadas em favor dos herdeiros à época legitimados na sucessão*”.¹⁹³

Sobre esse aspecto, transcrevemos ementa de um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça:

Arrolamento – Requerimento de abertura de arrolamento de bens de homem falecido em 1980, com base na invocação da condição de sucessora, ex vi do artigo 2º, III da Lei n. 8.971/94 – Texto legal que não tem efeito retroativo, não se aplicando a relações desfeitas antes de seu advento – Requerente que não é, portanto,

¹⁹¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões**, p. 13-15. “*a idéia de que a posse da herança se transmite in continenti aos herdeiros, surgiu no direito francês, para resolver uma situação peculiar, e encontra seus mais antigos traços em escritos do terceiro quartel do século XIII*”. Citando Planiol, continua: “*saisine quer dizer posse, e saisine héréditaire significa que os parentes de uma pessoa falecida tinham o direito de tomar posse de seus bens sem qualquer formalidade. Esta situação se expressava pela máxima le mort saisit le vif, princípio que se encontra consignado no art. 724 do Código Civil francês*”.

¹⁹² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**, p.42.

¹⁹³ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do Concubinato ao Casamento: antes e depois do novo Código Civil**, p. 206. No mesmo sentido, é a conclusão do XXI Encontro do Trabalho do Ministério Público, em Volta Redonda – RJ: “*Não há direito sucessório entre companheiros na sucessão aberta antes da vigência da Lei 8.971 – 30.12.94.*” (Diário Oficial – Estado do Rio de Janeiro – quinta-feira – 30 de maio de 1996 – ano XXII – n. 102 – Parte I – Poder Executivo, página 30).

sucessora do de cujus – Agravo da mesma improvido (Agravo de instrumento n. 10.616-4 – Santos – 5ª. Câm. De Direito Privado – Relator: Marco César – 25.04.94, v.u.).¹⁹⁴

CONCUBINATO – Herança – Recurso – Preparo no dia seguinte. 1. Protocolada a petição de recurso depois de encerrado o expediente bancário, o recolhimento do numerário destinado a cobertura das despesas de porte pode ser efetuado no dia seguinte. Votos vencidos. 2. A concubina, em sucessão aberta antes da vigência da Lei 8.971 de 29/12/1994, não é herdeira (art. 1.603 e 1.611 do CCivil). Afastada a deserção, não se conheceu do recurso.¹⁹⁵

Para aquelas sucessões abertas a partir de 30/12/1994, quando começou a vigorar a Lei n. 8.971, até a entrada em vigor da Lei n. 9.278/96, em 13 de maio de 1996, conceder-se-á ao companheiro sobrevivente direito ao usufruto da quarta parte ou da metade dos bens, a depender da existência de descendentes ou ascendentes do falecido, e não os havendo, dar-se-á ao companheiro sobrevivente o direito de propriedade sobre a totalidade da herança, desde que observados os requisitos exigidos para a caracterização da união estável previstos no artigo 1º.

Se o óbito tiver ocorrido após a entrada em vigor da Lei n. 9.278/96, de 13 de maio de 1996, mas antes da vigência do Código Civil de 2002, ou seja, até 10 de janeiro de 2003, poderemos ter a incidência das duas Leis (n. 9.278/96 e n. 8.971/94), ou seja, o direito real de habitação somado ao usufruto ou o direito de propriedade, a depender da existência ou não de descendentes e ascendentes.

Com a abertura da sucessão após a entrada em vigor do novo Código Civil, ou seja, a partir de 11 de janeiro de 2003¹⁹⁶, ter-se-á aplicação das disposições constantes do artigo 1.790 do Código Civil.

¹⁹⁴ PEDROTTI, Irineu Antonio. **Concubinato: união estável**, p. 20.

¹⁹⁵ Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Resp 100.194-SP (1996/0042021-1), j. 17.3.97. Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso em 28 de dezembro de 2005.

¹⁹⁶ DELGADO, Mário Luiz. Problemas de direito intertemporal: breves considerações sobre as disposições finais e transitórias do novo Código Civil brasileiro. In: **Questões controversas no novo Código Civil**, p. 490.

4. O DIREITO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

O Código Civil de 2002 disciplinou a união estável nos artigos 1.723 a 1.727. Reconhece-se como entidade familiar a união entre o homem e a mulher, desde que essa convivência seja pública, contínua e duradoura e com o objetivo de constituição de família. Admite-se, inclusive, a possibilidade de o casado, mas separado de fato, constituir união estável (art. 1.723 *caput* e § 1º).

Importante ressaltar que o artigo 1.725 do Código Civil prevê a aplicação do regime da comunhão parcial de bens para regular as relações patrimoniais da união estável, salvo contrato escrito¹⁹⁷ entre os companheiros. Portanto, o companheiro tem direito à meação dos bens adquiridos na constância da união, obedecendo às regras concernentes ao regime da comunhão parcial de bens (CC, art. 1.658 a 1.666).

No que tange ao direito sucessório dos companheiros, o legislador, ao invés de fazer as devidas adaptações que já eram esperadas pela doutrina, tendo em vista os direitos alcançados pelas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, colocou-os numa situação de extrema inferioridade se equiparado ao direito sucessório dos cônjuges.

O assunto foi inserido no Capítulo que trata das Disposições Gerais, Título I, “Da Sucessão em Geral”, e a matéria nada tem a ver com disposições gerais. Como bem observa Eduardo de Oliveira Leite “*o artigo não é uma ‘Disposição’ e, muito menos ‘Geral’, bastando para tanto examinar seu conteúdo e o detalhismo excessivo que apresenta no transcorrer de seus quatro incisos. Uma disposição geral, como a própria expressão sugere, esgota-se na apresentação de enunciado amplo, de princípio genérico, aplicável a todas as demais espécies daí decorrentes. Não é o que ocorre no citado artigo 1.790*”.¹⁹⁸ Vale dizer, deveria ter sido disciplinado no Título II,

¹⁹⁷ A respeito do tema: CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**.

¹⁹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das sucessões, p. 53-54.

Capítulo I, que trata, respectivamente, da Sucessão Legítima e da Ordem de Vocação Hereditária, não se justificando um tratamento tão desprezível àquele que conviveu de forma pública, contínua, duradoura, constituindo família.

O legislador também restringiu o direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, impondo ainda uma concorrência com os descendentes do falecido, ascendentes e, pasmem, com os colaterais sucessíveis (até o quarto grau), demonstrando assim um tremendo descaso e imerecido retrocesso.¹⁹⁹

Em uma breve retrospectiva, lembra Zeno Veloso²⁰⁰ que o Projeto de Código Civil, que foi aprovado com emendas em 1984, pela Câmara dos Deputados, não continha nenhum artigo que regulasse a sucessão entre os companheiros. Quando tramitava no Senado Federal, foi apresentada a Emenda 358, pelo então senador Néelson Carneiro, “*que tomou por base a norma constante do antigo projeto elaborado por Orlando Gomes, na década de 60*”,²⁰¹ com a finalidade de suprir essa lacuna. E salienta Zeno Veloso que “*a emenda tem data anterior à promulgação da Constituição de 1988 e, obviamente, à entrada em vigor das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96*”.²⁰² Portanto, naquela época, a participação do companheiro na herança do falecido representava um grande avanço. Para quem nada tinha, o pouco que lhe era atribuído, representava muito. O texto foi aprovado pelo Senado com a seguinte redação:

Art. 1.802. Na vigência da união estável, a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

¹⁹⁹ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**, p. 231-232; 235: “*O artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. [...] o novo Código Civil promove um recuo notável. O panorama foi alterado, radicalmente. Deu-se um grande salto para trás. Colocou-se o companheiro em posição infinitamente inferior à que ostenta o cônjuge. [...] No Direito brasileiro estava assentada, pacificamente, a posição do companheiro sobrevivente similar à do cônjuge supérstite [...] Não há, portanto, razão jurídica, motivo histórico, causa sociológica que justifique mudança tão intensa e radical*”.

²⁰⁰ Ibid., p. 230.

²⁰¹ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 539.

²⁰² VELOSO, op. cit., p. 230.

- II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Já no ano de 1997 o Projeto retornou à Câmara dos Deputados, ocasião em que o relator-geral Deputado Ricardo Fiúza apresentou proposição para inserir a locução “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, e o direito sucessório dos companheiros apresentou-se disciplinado pela atual redação do artigo 1.790, que merece uma detalhada análise.

4.2 O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E A SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

O Código Civil de 2002 tratou de modo diferente o direito sucessório decorrente do casamento e da união estável, podendo o companheiro ficar em uma situação mais benéfica que o cônjuge ou em uma situação de total desprestígio, tendo em vista as regras dos artigos 1.829 e 1.790 do Código Civil.

Antes de ser fazer uma análise acerca da (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, cumpre-nos tecer algumas considerações sobre o artigo 226, § 3º da Constituição Federal, que para efeito de proteção do Estado, reconheceu a união estável, entre um homem e uma mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

Enquanto a união estável é uma entidade familiar que existe no mundo dos fatos e é preciso comprovar a sua existência, o casamento é comprovado mediante a certidão de seu registro civil. Portanto, estamos falando de dois institutos distintos. A união estável difere do casamento quanto aos seus efeitos e à sua constituição, já que é uma relação informal.

Em momento algum o legislador constituinte teve a intenção de equiparar a união estável ao casamento, tanto é que previu a possibilidade de conversão.

Confirmando esse entendimento, citamos o acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Há erro de perspectiva na afirmação de que a Constituição da República equiparou o concubinato à família. Não houve equiparação, já que foi abolido o casamento como base legal da constituição da família [...] O texto constitucional não usou a expressão equiparar em seu art. 226. A família continua sendo a base da sociedade e, o casamento, a base da constituição da família. Apenas reconheceu “para efeito de proteção do Estado” a “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, programando a facilitação em casamento. Manteve, portanto, a distinção entre casamento e acasalamento.²⁰³

Se o objetivo do legislador constitucional fosse equiparar os dois institutos, não haveria necessidade de lei ordinária regulamentar a matéria, como aconteceu inicialmente em 1994 (Lei n. 8.971), e também não haveria motivos para facilitar a sua conversão em casamento.

Sendo assim, há quem entenda que a família matrimonial goza de uma preferência constitucional, o que não significa hierarquizar as formas de família. Não há hierarquia entre as entidades familiares, mas por uma questão de garantia e maior segurança para as relações sociais, o “*Estado prefere a família formalmente constituída*”.²⁰⁴

Essa preferência ficou evidenciada no relatório final ao projeto de Código Civil, conforme segue:

²⁰³ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**, p. 196.

²⁰⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 110.

Nesse sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, p. 270; PASCHOAL, Frederico A. O direito real de habitação e o excesso inconstitucional em relação à união estável. In: **Contribuições ao estudo do novo direito civil**, p. 306-307; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 88.

[...] as diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio – quanto o casamento – enquanto instituição-fim – na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura. As nulidades, as anulabilidades, a separação, o divórcio, figuras indissolúvelmente ligadas ao enlace matrimonial, desaparecem ou transparecem por analogia, ou se reduzem numericamente, quando transpostas para o relacionamento estável (Deputado RICARDO FIUZA).²⁰⁵

Assim, a sucessão do companheiro no novo Código (art. 1.790) pode colocá-lo em uma situação de extrema inferioridade se comparado ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente²⁰⁶. O companheiro só concorrerá com descendentes e ascendentes sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. E na falta de descendentes e ascendentes, concorrerá com os colaterais até o quarto grau. Portanto, se os companheiros não tiverem adquirido bens durante o relacionamento, não haverá direito sucessório. Poderia o legislador ordinário tratar o companheiro de forma diferente, concedendo-lhe menos direitos do que concede ao cônjuge?

Cumpra-nos recordar que o artigo 1.725 do Código Civil estabelece às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros.

“Ora, com suporte no art. 226 da CF, que externou cristalina e claramente a opção do constituinte em privilegiar a família originária do casamento, pode-se atestar, tranqüilamente, que o novo Código Civil brasileiro, com os distintos direitos

²⁰⁵ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 29, p. 214-215.

²⁰⁶ Euclides de Oliveira ressalta que o “direito sucessório do companheiro é flagrantemente discriminatório em comparação com a posição reservada ao cônjuge. Nada justifica essa diversidade de tratamento legislativo quando todo o sistema jurídico à luz da Constituição recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento”. (OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**, p. 154).

*sucessórios de cônjuges e conviventes nele previstos, não fere a garantia constitucional da igualdade, ao contrário, a ela presta obediência, pois trata desigualmente os desiguais”.*²⁰⁷

Por não haver equiparação entre o casamento e a união estável, sustentamos a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, mesmo sendo atribuído aos cônjuges mais direitos no plano sucessório do que aos companheiros. Podemos até criticar e não concordar com o tratamento que foi dispensado pelo Código Civil de 2002, tendo em vista o imerecido retrocesso, porém, não podemos falar em inconstitucionalidade.

Esse é o entendimento da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Agravo de instrumento – Inventário – Sucessão aberta após a vigência do novo Código Civil – Direito sucessório da companheira em concorrência com irmãos do obituado – Inteligência do art. 1.790, III, da novel legislação – Direito a um terço da herança – Inocorrência de inconstitucionalidade. Não há choque entre o Código e a Constituição na parte enfocada. A norma do art. 226, § 3º, da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento nem tampouco dispôs sobre regras sucessórias. As disposições podem ser consideradas injustas, mas não contêm eiva de inconstitucionalidade. Reconhecimento dos colaterais como herdeiros do *de cuius*. Provimento do recurso. (TJRJ – 18ª Câmara Cível – Agravo de Intrumento 2003.002.14421 – Data do registro: 07.04.2004 – Relator: Des. Marcus Faver – Votação: provimento do recurso)²⁰⁸

Direito de família e das sucessões – Direito da companheira na sucessão do ex-companheiro – Aplicação do art. 1.790, III, do CC – Existência de outros parentes sucessíveis, quais sejam os colaterais – Arguição incidental de inconstitucionalidade do art. 1.790, sob o argumento de tratamento desigual entre união estável e casamento – Improcedência. O § 3º do art. 226 da CF apenas determina que a união estável entre o homem e a mulher é reconhecida, para efeito de proteção do Estado, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, o que evidencia que o casamento e união estável são conceitos e

²⁰⁷ GOMES, Alexandre Gir. A desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo Código Civil: constitucionalidade. **Revista de Direito Privado**, v. 11, p. 16.

²⁰⁸ CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**, v. 1, p. 346-347.

realidades jurídicas distintas, razão pela qual não constitui afronta à Constituição o tratamento dado ao companheiro da nova legislação civilista. Limitação do tempo da união estável. Se os companheiros declararam em escritura pública que viviam maritalmente “há mais de vinte anos consecutivos”, cabe ao julgador, em nome da prudência e razoabilidade, considerar como indiscutível o período de vinte anos, cabendo à interessada a prova do início do tempo real de convivência, o que não ocorreu. Desprovimento do recurso. (TJRS – 8ª Câm. Cív. – AgRg no AgIn 2004.002.16474 – rel. Des. Odete Knaack de Souza – j. 19.04.2005 – votação: por unanimidade, negaram provimento ao recurso).²⁰⁹

Porém, não podemos deixar de mencionar a posição contrária, na qual sustenta a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil por afronta direta ao artigo 226 da Constituição Federal, ferindo o tratamento igualitário que deve ser conferido às famílias, quer tenha origem no casamento ou na união estável. Assim, os cônjuges não podem receber um tratamento mais vantajoso que os companheiros. Destacamos a posição de Aldemiro Rezende Dantas Júnior²¹⁰ e Fábio Ulhoa Coelho²¹¹.

Corroborando o entendimento acima firmado, destacam-se os enunciados 49 e 50 do I Encontro dos juízes das Varas da Família e das Sucessões, ocorrido em Piracicaba em novembro de 2006:

49. O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima.

²⁰⁹ CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**, v. 2, p. 299.

No mesmo sentido: “Constitucionalidade do art. 1.790 do CC: O art. 1.790 do novo Código Civil, ao tratar os companheiros de forma diferente dos cônjuges, não é inconstitucional. A sucessão legítima do companheiro, no novo Código Civil, realmente se dá de forma distinta e mais desvantajosa do que aquela reservada ao cônjuge sobrevivente; entretanto, nada há de inconstitucional em mencionada legislação. A Constituição Federal de 1988 não equiparou a união estável ao casamento, tanto que fixou em seu art. 226, §3º, que a lei deve facilitar sua conversão em casamento”. (CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**, v. 1, p. 351).

²¹⁰ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 584-589 e Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 29, p. 138-143.

²¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, p. 272.

50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação.

Apesar da orientação firmada pelos juízes paulistas²¹², sustentamos que o legislador constituinte não teve o intuito de estabelecer a equiparação entre casamento e união estável. Reconheceu-se a união estável como entidade familiar, concedendo-lhe especial proteção do Estado, mas não o equiparou ao casamento. Portanto, apesar de ser injusta a lei ordinária que estabelece diferença quanto ao direito sucessório concedido aos companheiros e aos cônjuges, não há afronta à Constituição Federal. Como são institutos distintos, podem receber tratamentos diversos.

Outro questionamento a ser feito é: podem os companheiros receber um tratamento mais benéfico que os cônjuges?

O legislador ordinário prevê a possibilidade de conversão da união estável em casamento (art. 1.726) cumprindo assim o preceito constitucional previsto no artigo 226, § 3º. Assim, é natural que o casamento traga maiores benefícios que a união estável ou pelo menos os mesmos benefícios, pois, caso contrário, não haveria motivos para a conversão.

De acordo com os ensinamentos de Francisco José Cahali:

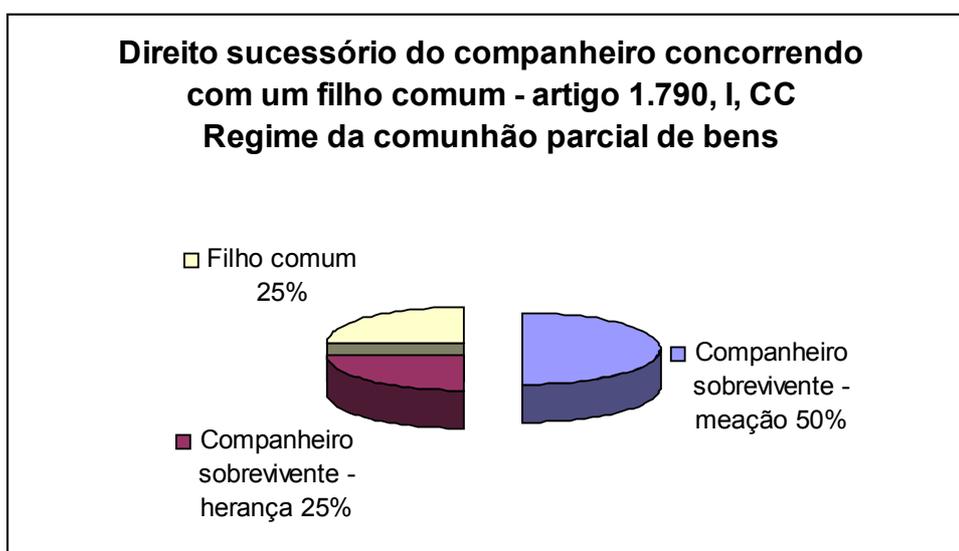
[...] a Constituição Federal, ao prever a necessidade de, através de lei, facilitar-se a conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º), subjetivamente impede o legislador ordinário de outorgar aos companheiros mais benefícios à união estável, para, no plano fático, não obstar a conversão.²¹³

²¹² No próprio enunciado 52 admite-se a possibilidade do artigo 1.790 do Código Civil ser julgado constitucional: “se admitida a constitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil [...]”

²¹³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 226.

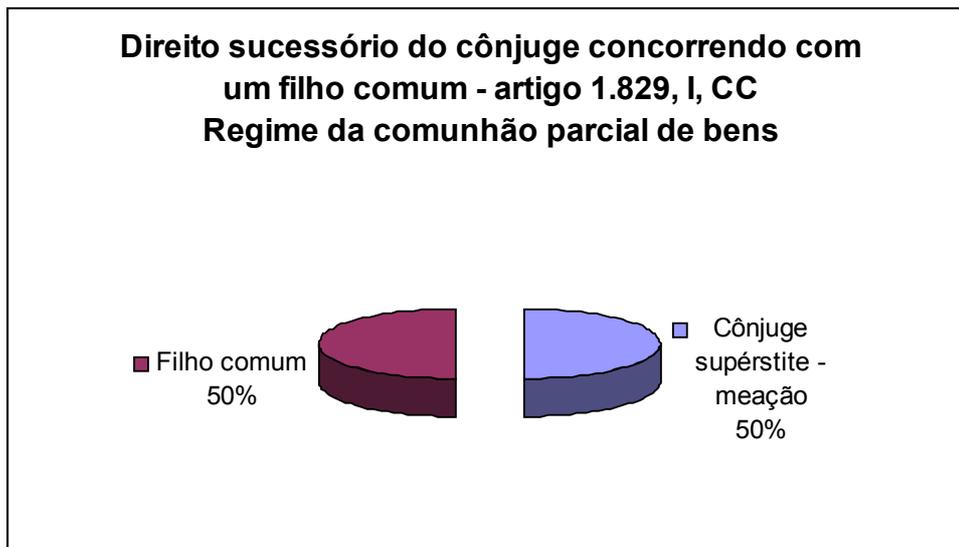
Imaginemos a existência de uma união estável, em que não existe contrato escrito entre os companheiros, e todos os bens foram adquiridos onerosamente na constância da união. Desse relacionamento adveio o nascimento de um filho comum. Assim, com a morte de um deles temos a seguinte situação: o patrimônio, seguindo o regime da comunhão parcial de bens será dividido em duas massas distintas – metade será do companheiro sobrevivente e metade constituirá o monte mor. Seguindo o inciso I do artigo 1.790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente concorrerá com o descendente comum sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Assim, teríamos que dividir a herança em duas partes, metade para o companheiro sobrevivente e a outra metade para o filho comum (figura 01).

Figura 01



Se os partícipes dessa relação não convivessem em união estável, mas fossem casados, pelo regime da comunhão parcial de bens, teríamos que aplicar o artigo 1.829 do Código Civil. Nesse caso, os efeitos decorrentes do direito sucessório seriam diferentes, senão vejamos: se todo o patrimônio foi adquirido onerosamente na constância do casamento, o cônjuge sobrevivente não concorrerá com o descendente (inciso I, artigo 1.829, CC). Assim, teríamos duas massas distintas – a meação do cônjuge supérstite (respeitando o regime da comunhão parcial de bens) e o *monte mor*, que será deferido inteiramente ao único herdeiro existente (figura 02).

Figura 02



Dessa análise comparativa, pode-se perceber que o companheiro sobrevivente está obtendo vantagem que não é atribuída ao cônjuge supérstite.

Cumpra observar que a Constituição Federal estabelece que o legislador deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Assim, o casamento deve apresentar vantagens sobre a união estável, incentivando os companheiros a requererem a conversão. Se os companheiros receberem um tratamento mais favorável que os cônjuges, criar-se-á uma dificuldade para que se opere a conversão da união estável em casamento, caracterizando-se uma flagrante inconstitucionalidade.²¹⁴

A solução que se apresenta é limitar o direito sucessório do companheiro, de forma que ele não obtenha mais vantagens do que o cônjuge.

O Promotor de Justiça de Foz do Iguaçu, Renan Gabardo Fava, ao se manifestar nos autos de um inventário de bens, em que o falecido deixou a companheira e um filho comum, assim se posicionou sobre a aplicação do artigo 1.790 do Código Civil:

[...] merece interpretação razoável, e não literal. Não cabe ao aplicador da lei simplesmente aplicar a norma, sem identificar o

²¹⁴ Nesse sentido: DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 584 e Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 29, p. 140-141; COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, p. 272; PINTO, Teresa Arruda Alvim. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 1, p. 90-91.

contexto em que está inserida, sob pena de criação de situação esdrúxula ou paradoxal, principalmente quando comparada com situação semelhante ou à qual deva se assemelhar. Na realidade, tendo em vista que a meação do companheiro sobrevivente é assegurada pela lei, o dispositivo legal acima citado deve ser interpretado e aplicado em consonância com a regra geral que estabelece a ordem de vocação hereditária. Assim, se o companheiro falecido não possuía bens particulares [...] o companheiro sobrevivente não concorre à sucessão, como acontece no casamento celebrado em comunhão parcial; se houver bem particular do companheiro falecido, a sucessão se dá na forma estabelecida no art. 1.790, I.²¹⁵

Essa também é a posição de Euclides de Oliveira:

Revela-se inconstitucional o excesso, portanto, nesse ponto em que dá mais direitos ao companheiro que ao casado, havendo que se restringir para atender aos mesmos princípios que informam o direito sucessório para o cônjuge sobrevivente.²¹⁶

Porém, não podemos deixar de mencionar posição contrária, que entende necessário ampliar os direitos dos cônjuges para restabelecer a igualdade constitucional.

Trazemos à colação os ensinamentos de João Batista Villela:

É preciso dar à disposição nova o sentido que a faça compatível com os horizontes constitucionais. O único meio de chegar a uma interpretação constitucionalmente conforme é ter como alterada a posição relativa dos casados por modo a que tenham os mesmos direitos dos companheiros entre si. [...] Trata-se de uma típica aplicação, em direito interno, da chamada *Meistbegünstigungsklausel* ou “cláusula de maior favorecimento”, usual no comércio internacional. Dada a circunstância de o casamento ter na Constituição precedência sobre a união estável, todas as vantagens deferidas a esta, por lei ordinária, supõem-se extensivas àquele, se a não tiver por outro título.²¹⁷

²¹⁵ CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**, v. 2, p. 303-304.

²¹⁶ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do Concubinato ao Casamento**: antes e depois do novo Código Civil, p. 91. No mesmo sentido: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 88 e 391.

²¹⁷ *Apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 110.

Entendemos não ser essa a melhor interpretação, pois, ao ampliarmos os direitos dos cônjuges, para igualar aos companheiros, estaríamos fugindo da sistemática adotada pelo Código Civil: quando há meação, não há sucessão.

Nesse aspecto, o artigo 1.790, *caput* do Código Civil contraria a sistemática geral do direito sucessório quanto aos bens que compõem o acervo hereditário (art. 1.829, CC). Se o companheiro já tem direito à meação do patrimônio adquirido onerosamente na constância da união estável, tendo em vista o regime da comunhão parcial de bens, foge à sistemática que tenha ainda direito sucessório sobre esses bens. Ele só deverá ter direito à herança, sobre os bens em que não lhe assiste direito à meação.

Portanto, conclui-se que o direito sucessório dos companheiros (art. 1.790, CC) deve ser interpretado de forma sistemática, em consonância com o artigo 1.829 do Código Civil, que é a regra geral sobre a ordem de vocação hereditária, não se admitindo que o companheiro obtenha vantagens que não são atribuídas ao cônjuge sobrevivente.

4.3 A HERANÇA SOBRE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL

Apesar da posição adotada no item anterior, passaremos a analisar o direito sucessório dos companheiros, conforme a redação do artigo 1.790 do Código Civil.

O *caput* do artigo 1.790 do Código Civil estabelece que a participação do companheiro ou da companheira dar-se-á quanto *aos bens adquiridos onerosamente* na vigência da união estável.

Cumpra salientar que, antes de se aplicar as regras do direito sucessório, deve-se separar a meação do companheiro sobrevivente, respeitando o regime de bens da união estável.

Não se pode confundir meação com herança. A *meação* é instituto do Direito de Família, e respeita o regime de bens adotado no casamento ou união estável. Assim, os bens já pertencem ao companheiro sobrevivente, independentemente do direito sucessório. Já a *herança* decorre do direito sucessório, e são os bens deixados pelo falecido (conjunto de direitos e obrigações) que são transmitidos aos seus herdeiros legítimos ou testamentários.

Inovou o legislador ao estabelecer que o companheiro sobrevivente só terá direito sucessório sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância da união, concorrendo com descendentes, ascendentes e colaterais, obedecendo à ordem de vocação hereditária.

Ressalta-se que, pela redação do *caput*, essa concorrência é limitada aos bens adquiridos a **título oneroso na constância da união**, excluindo-se assim os bens anteriores ao início do relacionamento ou havidos na sua constância a título gratuito, ou decorrentes de doação, herança, legados, fato eventual, os sub-rogados, bem como aqueles cuja aquisição tiver por título uma causa anterior à união. “*O acervo hereditário do companheiro só poderá ser composto por bens comuns e comunicáveis, jamais por bens particulares*”.²¹⁸

Se o bem adquirido onerosamente na constância da união for proveniente da alienação de um bem particular anterior, não integrará o monte destinado ao companheiro, por se tratar de bens sub-rogados.

É a conclusão a que se chega com o recurso à interpretação sistemática. Isso porque o art. 1.659, ao tratar do regime da comunhão parcial de bens, aplicável à união estável na ausência de pacto, estabelece expressamente que ‘excluem-se da comunhão os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou

²¹⁸ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 29, p. 216

sucessão, e os sub-rogados em seu lugar' (inc. I). Logo, um bem adquirido onerosamente com o produto da venda de outro bem recebido onerosamente com o produto da venda de outro bem recebido, *exempli gratia*, por herança, face à incomunicabilidade legal, não poderá integrar a herança destinada ao companheiro sobrevivente, limitada que está aos bens comuns.²¹⁹

Francisco José Cahali confirma esse entendimento dispondo que:

Pelo *caput* do artigo 1.790, a convocação é feita para participar apenas de uma parcela da herança, e não de sua integralidade, restrita ao patrimônio adquirido na vigência da união a título oneroso. Em nada importa o regime patrimonial, se da comunhão parcial ou de outra previsão contratual, sendo irrelevante, ainda, eventual titularidade do viúvo sobre parte deste acervo. Também, pelo limite da lei, poderá ocorrer de o sobrevivente ser meeiro de um bem adquirido por fato eventual, por exemplo, mas nele não participar por sucessão.²²⁰

Como bem observa Ana Luiza Maia Nevares, com a morte de um dos companheiros, dever-se-á verificar sobre quais bens haverá a concorrência do sobrevivente.

Haverá, portanto, duas massas de bens, que serão submetidas a regras distintas relativas à sucessão hereditária: aquela formada pelos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, sobre a qual incidirá a norma do art. 1.790 do Código Civil de 2002, e aquela formada pelos demais bens, como aqueles adquiridos por doação, herança, fato eventual, dentre outros, sobre a qual incidirá a norma do art. 1.829 e seguintes do novo Código.²²¹

Portanto, se na constância da união estável não houver aquisição de bens a título oneroso, com o falecimento de um deles, o outro não participará da sucessão, pois o *caput* do artigo 1.790 do Código Civil restringe a participação sucessória do

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 229.

²²¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**, p. 171.

companheiro aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Os demais bens porventura existentes serão destinados aos herdeiros do falecido, seguindo a ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil.

4.3.1 Concorrência com os descendentes

O inciso I do artigo 1.790 do Código Civil estabelece que o companheiro sobrevivente ao concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união.²²²

O legislador, utilizando impropriamente a palavra “filhos”, disse menos do que queria dizer. A interpretação ao inciso I deve ser extensiva e sistemática²²³, ampliando o sentido da norma, abarcando todos os descendentes: filhos, netos, bisnetos, trinotos etc. Se assim não o fosse, chegaríamos a resultados absurdos, promovendo a desigualdade entre os netos que recebem por direito próprio, na hipótese de serem netos comuns ou netos exclusivos do *de cuius*.²²⁴

É nesse sentido o Enunciado n. 266 – art. 1.790 – aprovado na III Jornada de Direito Civil realizada em 2004, de autoria de Francisco José Cahali:

²²² No casamento, o cônjuge sobrevivente também concorrerá com os descendentes, dependendo do regime de bens adotado no casamento (art. 1.829, CC). Haverá concorrência com os descendentes quando o regime de bens do casamento for: o da comunhão parcial, e o autor da herança houver deixado bens particulares; o de participação final nos aqüestos; e de separação convencional de bens. Na concorrência com os descendentes comuns, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança (art. 1.832, CC).

²²³ Cf. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 231: “*A lei fala em ‘filho’, mas entendemos ter sido sua intenção dizer ‘descendentes’, para não se ferir a histórica preservação de direitos sucessórios na linha descendente sempre na mais próxima equidade*”.

Ainda nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões**, 2004, p. 157; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**, p. 161 e NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**, p. 172.

²²⁴ No inciso II, do artigo 1.790, CC, o legislador, de forma acertada, referiu-se aos descendentes em sentido amplo.

Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns.²²⁵

Mesmo sendo essa a melhor interpretação, cumpre-se destacar uma outra posição doutrinária acerca do inciso I. Tendo a lei utilizado de forma clara a palavra *filhos*, restringiu a sua incidência, não podendo incluir aí os demais descendentes, como netos, bisnetos etc. Assim, deixando o falecido somente a companheira e um neto comum, não aplicaria no caso concreto o inciso I do artigo 1.790, mas o inciso III, que de forma ampla se refere aos *outros parentes sucessíveis*, que são todos aqueles que não estão previstos nos incisos anteriores. Segundo Aldemiro Rezende Dantas Jr.:

O legislador, de modo claro, pretendeu se referir aos filhos, exclusivamente, e não aos descendentes, e tanto assim que usou o termo duas vezes, pois após mencionar a concorrência do companheiro com os *filhos*, referiu-se à quota atribuída ao *filho*.²²⁶

Porém, a quota que o companheiro sobrevivente está autorizado a receber, é restrita aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Não pode ser outra a interpretação desse dispositivo, pois os incisos deverão obedecer ao *caput*²²⁷, que limita essa concorrência aos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável.

Portanto, havendo um filho comum e bens adquiridos na constância da união, a título oneroso e gratuito, devemos separá-los em duas massas de bens: na primeira, haverá a concorrência do companheiro sobrevivente com o filho comum,

²²⁵ Disponível em www.justicafederal.gov.br, acesso em 22 de maio de 2005.

²²⁶ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 595.

²²⁷ Sílvio Rodrigues nos esclarece que “o caput é a unidade básica da disposição, o núcleo do artigo, contendo a substância da norma, a regra geral, o princípio a respeito do assunto tratado. Os parágrafos, incisos e alíneas são desdobramentos do caput, divisões do artigo, que desenvolvem, restringem, explicitam a regra principal, da qual, obviamente, dependem” (RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões**, p. 118).

sendo a divisão feita em partes iguais; já na segunda, o filho recolherá a totalidade dos bens. Se dois forem os filhos comuns, a divisão sobre os bens adquiridos onerosamente será feita em três partes iguais, cabendo duas quotas aos dois filhos e uma ao companheiro supérstite (figura 03). Os bens adquiridos a título gratuito pertencerão, em partes iguais, aos dois filhos comuns (fig. 04).

Figura 03 – A meação do companheiro sobrevivente já foi separada.

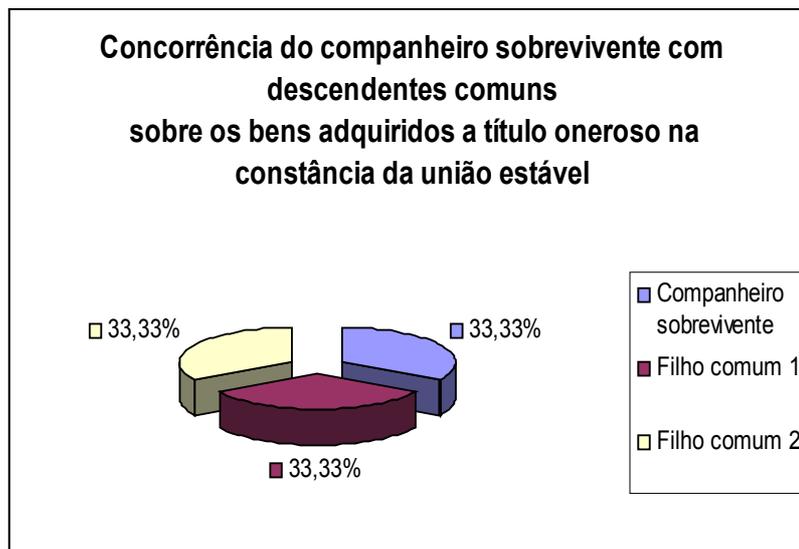
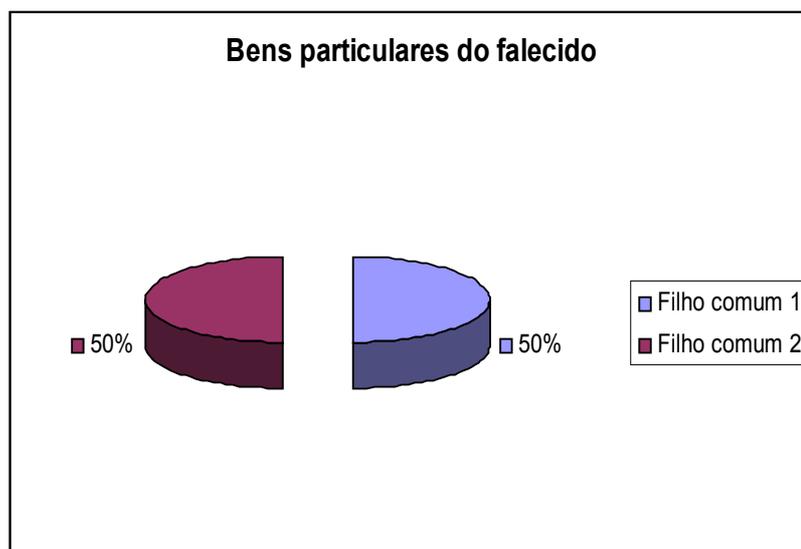


Figura 04



Na concorrência com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles (inciso II).²²⁸

Havendo dois filhos do falecido, a companheira terá direito à metade da quota que couber a cada um daqueles²²⁹, somente sobre os bens adquiridos a título oneroso (fig. 05). Os demais bens pertencerão exclusivamente a eles (fig. 06).

Figura 05 - A meação do companheiro sobrevivente já foi separada.

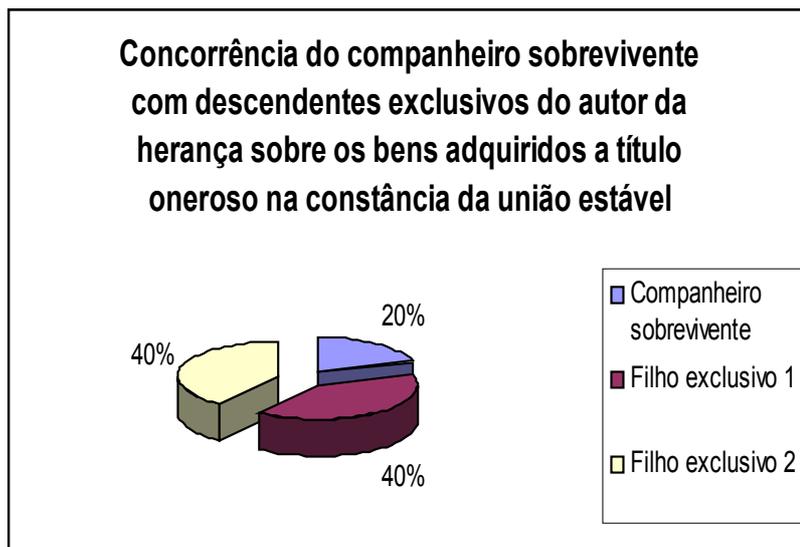
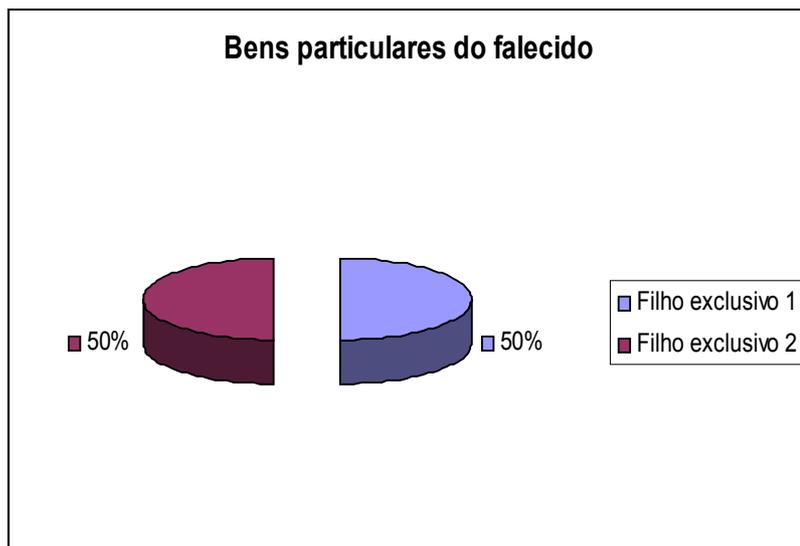


Figura 06



²²⁸ Na sucessão dos cônjuges, havendo filhos só do autor da herança, a divisão será feita por cabeça, sem a garantia mínima da quarta parte (art. 1.832, CC).

²²⁹ No caso hipotético, os bens adquiridos a título oneroso serão divididos em cinco quotas, cabendo duas para cada filho e uma quota-parte para a companheira.

A problemática que se apresenta é relativa à concorrência do sobrevivente quando houver filiação híbrida, ou seja, filhos comuns e filhos só do falecido, o que, aliás, é uma situação bastante freqüente na prática. O legislador não se reporta expressamente a esta situação.

Da redação desses dois incisos, pode-se concluir que o inciso II será aplicado exclusivamente nos casos em que o companheiro concorrer “só” com descendentes do falecido, excluindo expressamente os descendentes comuns. Em contrapartida, se houver filiação híbrida, aplicar-se-á o inciso I, que apesar de não se referir expressamente a descendentes comuns e exclusivos, não exclui os segundos dessa participação.

A esse respeito vale transcrever a posição de Francisco José Cahali:

[...] concorrendo o sobrevivente com filhos comuns e com outros exclusivos do autor da herança, o critério de divisão deverá ser aquele do inciso I. Esta situação híbrida não cabe na abrangência do inciso II, pois expressamente se refere à disputa com descendentes só do autor da herança; mas se contém na amplitude do inciso I, em razão de esta regra não restringir a concorrência só com filhos comuns. Existindo a situação híbrida, pois, enquadra-se a vocação na concorrência *com filhos comuns*, mesmo que nem todos os sucessores tenham esta origem.²³⁰

Essa também é a posição de Aldemiro Rezende Dantas Júnior²³¹, Caio Mário da Silva Pereira²³², Carlos Roberto Gonçalves²³³, Christiano Cassettari²³⁴, Inácio de

²³⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 232.

²³¹ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 29, p. 136: “No nosso entendimento, no entanto, é o inciso I que deve ser aplicado [...] Em primeiro lugar, a questão topográfica, ou seja, o legislador posicionou, em primeiro plano, a hipótese na qual o companheiro recebe quota igual à dos descendentes, o que nos parece indicar a prioridade da aplicação de tal hipótese sobre a outra. Em segundo lugar, por analogia com a situação do cônjuge, que, nessa mesma hipótese de concorrência híbrida, com descendentes comuns e exclusivos, receberia quota igual à dos descendentes, como se vê no art. 1.832”.

²³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões**, 2004, p. 159-160.

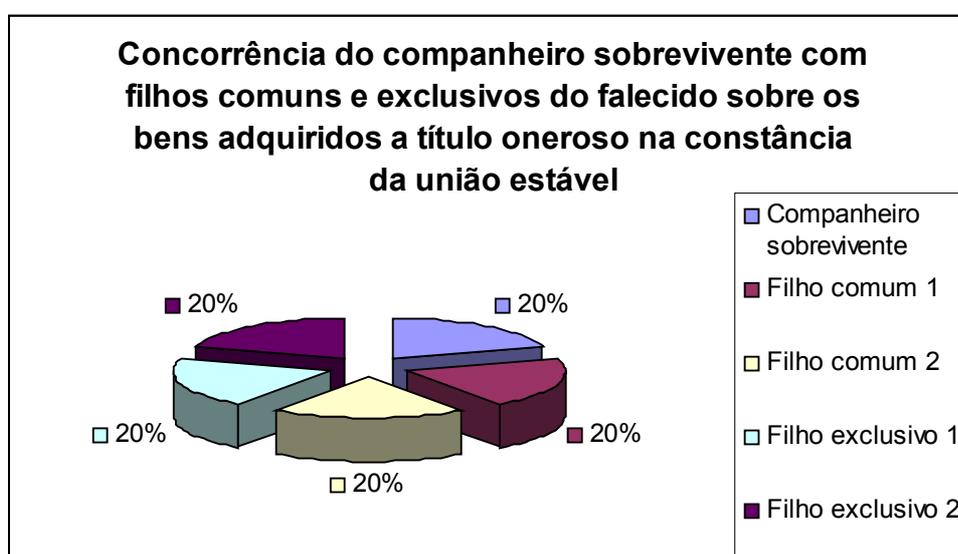
²³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**, p. 175.

²³⁴ CASSETTARI, Christiano. Aspectos controvertidos na sucessão decorrente da união estável. Uma evolução histórica. In: **Introdução Crítica ao Código Civil**. Biblioteca Forense Digital, acesso em 13/12/2006.

Carvalho Neto²³⁵, José Fernando Simão²³⁶, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi²³⁷, Mário Luiz Delgado Régis²³⁸ e Sílvio de Salvo Venosa²³⁹.

Tendo em vista a omissão legal, esse é o entendimento que deve prevalecer, não podendo ser outra a interpretação do inciso II, sendo aplicado somente nos casos em que os filhos são exclusivos do falecido. O inciso I será aplicado, subsidiariamente, na hipótese de filiação híbrida (fig. 07).

Figura 07



²³⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 15, p. 35.

²³⁶ SIMÃO, José Fernando. **A sucessão dos companheiros**: o artigo 1790 do Código de 2002: parte II. Disponível em http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_sucessao_02.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2006.

²³⁷ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**, p. 167.

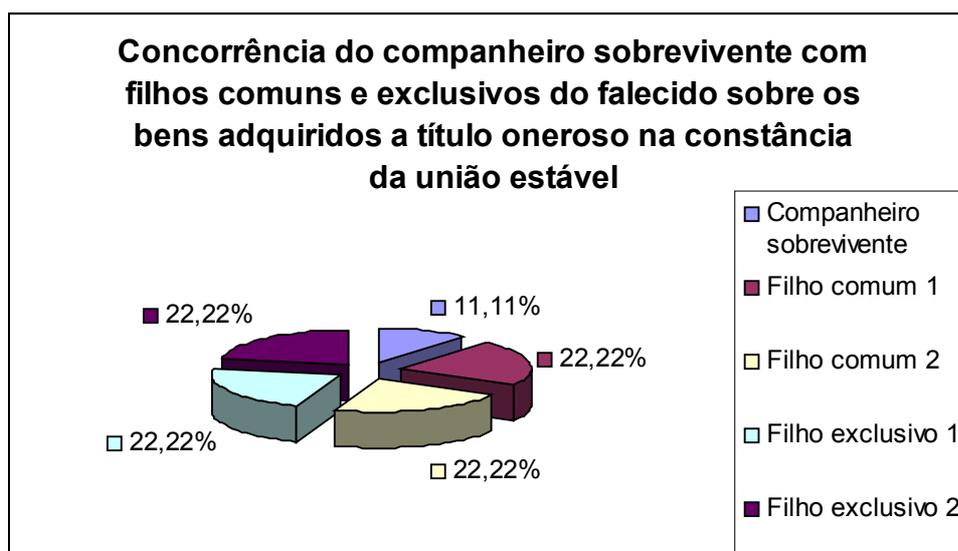
²³⁸ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 29, p. 217.

²³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões, p. 121: “se houver filhos comuns com o de cujus e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão deflui da junção dos dois incisos, pois não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários. Trata-se, porém, de mais um ponto obscuro entre tantos na lei”.

Contrariamente a esse entendimento, temos a posição de Euclides de Oliveira²⁴⁰, Fábio Ulhoa Coelho²⁴¹ e Maria Helena Diniz:

[...] ante a lacuna normativa, a solução seria aplicar os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e, no nosso entender, o princípio constitucional da igualdade dos filhos (CF, art. 227, § 6º), conseqüentemente, pelo bom senso e prudência objetiva dever-se-á considerar, havendo filhos comuns e exclusivos, o vínculo existente apenas entre eles e o *de cujus*, visto que pleiteiam a herança por ele deixada. Logo serão todos considerados como filhos exclusivos do falecido, para fins de direito sucessório, tendo o companheiro sobrevivente direito à metade do que couber a cada um deles²⁴² (fig. 08).

Figura 08



Além das duas posições apresentadas, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka apresenta mais duas propostas para a hipótese de filiação híbrida, fazendo uma combinação com os incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil.

Em sua proposta, a solução seria atribuir uma quota e meia ao companheiro supérstite da seguinte forma:

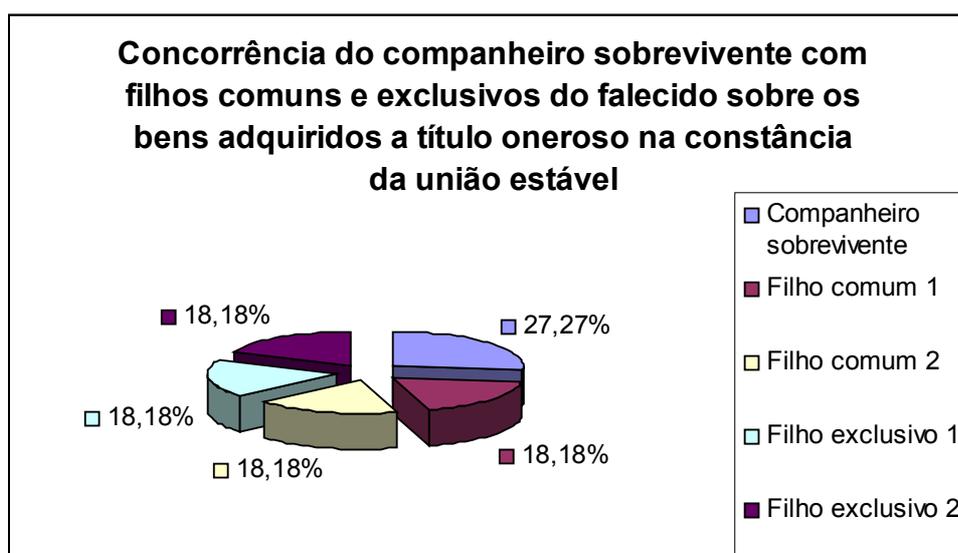
²⁴⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 29, p. 40 e **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 171.

²⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, p. 263.

²⁴² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**, p. 146.

[...] somar-se-ia o número total de filhos comuns e de filhos exclusivos do autor da herança, acrescentar-se-ia mais um e meio (uma quota deferida ao convivente sobrevivente, no caso de concorrência com filhos comuns, e meia quota deferida ao mesmo sobrevivente, no caso de concorrência com filhos exclusivos do falecido), dividindo-se, depois, a herança por esse número obtido, entregando-se quotas de valores iguais aos filhos (comuns e exclusivos), o que atenderia ao comando de caráter constitucional do art. 1.834 do Código Civil (que determina que descendentes da mesma classe tenham os mesmos direitos relativamente à herança de seu ascendente), e uma quota e meia ao convivente sobrevivente, o que atenderia aos comandos dos incisos I e II do art. 1.790²⁴³ (fig. 09).

Figura 09



No entanto, o resultado apresentado não parece satisfazer a autora, pois *“se aplicado esse critério aqui desenhado, o resultado obtido ao final de uma partilha seria um resultado absolutamente dissociado do espírito do legislador de 2002”* afinal, *“o convivente se beneficiaria, por herança, com maior quinhão, qual seja, o quinhão equivalente a uma quota e meia, enquanto cada um dos filhos (comuns ou exclusivos) herdaria uma única quota, cada um deles”*.²⁴⁴

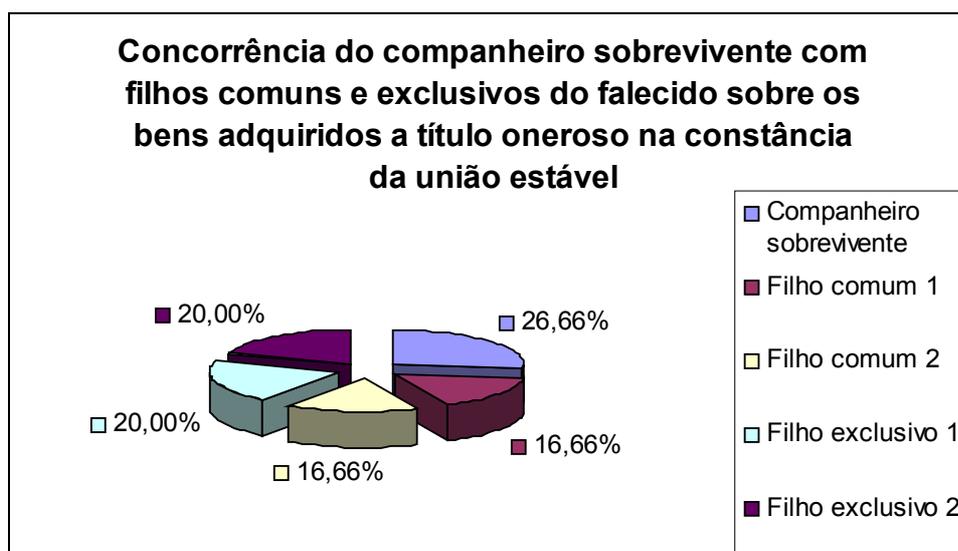
²⁴³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões**, p. 61-62.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 63.

E na última proposta, busca-se uma divisão proporcional da herança em duas sub-heranças, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo.

Primeiro se dividiria a herança a ser partilhada entre filhos comuns e filhos exclusivos em duas partes (sub-heranças) proporcionais, cada uma delas, ao número de filhos de um ou de outro grupo. A seguir se introduziria, em cada uma dessas sub-heranças, a concorrência do convivente, conforme a determinação do inciso I ou do inciso II do art. 1.790, respectivamente. Depois disso, somar-se-iam as quotas do convivente supérstite – obtidas em cada uma dessas sub-heranças – formando o quinhão a ele cabível. Aos filhos herdeiros caberia a quota que houvesse resultado da aplicação das regras legais em cada uma das sub-heranças, conforme proposto²⁴⁵ (Fig. 10).

Figura 10



Porém, o resultado apresentado demonstra claramente que no final os quinhões dos filhos de um grupo seriam maiores que os quinhões dos filhos do outro grupo, não podendo ser este o espírito do legislador, ferindo inclusive o preceito constitucional que proclama a igualdade de direitos entre os filhos (artigo 227, § 6º da Constituição Federal).

²⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões**, p. 63.

E, por fim, temos a teoria da proporcionalidade, de Flávio Augusto Monteiro de Barros, que, aplicando regras matemáticas, procura atender conjuntamente ao comando dos incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil:

1ª Fase:

$$PC = \frac{1 \times n^{\circ} FC + 0,5 \times n^{\circ} FI}{TF}$$

2ª Fase:

$$PF = \frac{H}{n^{\circ} F + PC}$$

Observações:

- PC corresponde à parte da companheira
- n° FC corresponde ao total de filhos comuns
- n° FI corresponde ao total de filhos incomuns
- PF corresponde à parte de cada filho
- H corresponde ao total da herança.²⁴⁶

O exemplo trazido pelo autor, para a utilização da fórmula é o seguinte: falece uma pessoa, deixando uma herança no valor de R\$ 5.800,00 e herdeiros (companheira, três filhos comuns e dois filhos exclusivos, que ele denomina incomuns).

Aplicando a fórmula, tem-se o seguinte resultado.

1ª Fase:

$$PC = \frac{1 \times n^{\circ} FC + 0,5 \times n^{\circ} FI}{TF}$$

$$PC = \frac{1 \times 3 + 0,5 \times 2}{5}$$

$$PC = \frac{3+1}{5}$$

$$PC = \frac{4}{5}$$

$$PC = 0,8$$

Assim, a parte da companheira corresponde a 0,8 do que receber cada filho.

²⁴⁶ BARROS, Flávio Augusto de. **Manual de Direito Civil: família e sucessões**, p. 214.

2ª Fase:

$$PF = \frac{H}{n^{\circ} F + PC}$$

$$PF = \frac{5.800,00}{5 + 0,8}$$

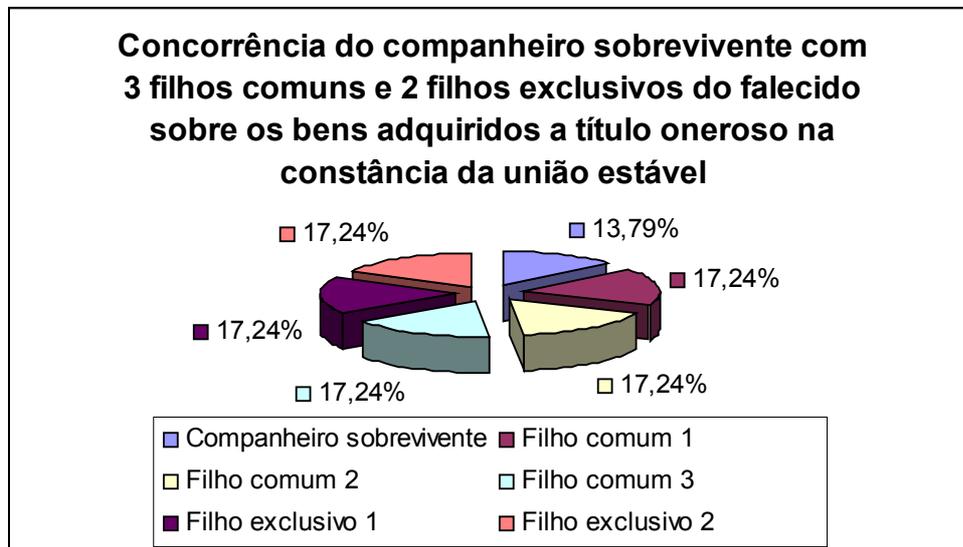
$$PF = \frac{5.800,00}{5,8}$$

$$PF = 1.000,00$$

Assim, a parte de cada filho corresponde a R\$ 1.000,00.

A parte da companheira corresponde a $0,8 \times 1.000,00$, que é igual a R\$ 800,00²⁴⁷ (Fig. 11).

Figura 11



Cumprе ressaltar que a mesma fórmula foi apresentada por Gabriele Tusa²⁴⁸ no V Congresso Brasileiro de Direito de Família, no painel *Sucessão do Companheiro: concorrência com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança*, entendendo ser a melhor forma de acomodar a situação entre os herdeiros.

Apesar das várias teorias que buscam a maior igualdade possível na concorrência do companheiro sobrevivente, com os filhos comuns e exclusivos do falecido, conclui-se que a melhor interpretação é pela aplicação do inciso I. Inicialmente, tem-se em vista a posição da norma, que coloca a regra geral no inciso I,

²⁴⁷ BARROS, Flávio Augusto de. **Manual de Direito Civil: família e sucessões**, p. 215.

²⁴⁸ A teoria apresentada por Gabriele Tusa foi descrita com mestria por Euclides de Oliveira, na obra **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**, p. 170.

abarcando assim as duas situações, e a regra restritiva, no inciso II. Além do mais, o inciso II exclui expressamente os filhos comuns, utilizando-se a partícula “só”, limitação que não ocorre no inciso I, sendo perfeitamente possível entendermos pela inclusão dos descendentes comuns e descendentes do autor da herança. E por fim, por se tratar de situação mais benéfica ao companheiro, dividindo-se a herança em igualdade de condições com todos os descendentes, ainda que seja somente sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união.²⁴⁹

²⁴⁹ Na sucessão do cônjuge sobrevivente, concorrendo com filiação híbrida, filhos comuns e filhos do falecido, tem prevalecido na doutrina, com interpretação do artigo 1.832, CC, que a divisão será feita por cabeça, não aplicando a garantia da quarta parte dos bens.

4.3.1.1 Quadro com a posição de vários autores sobre a concorrência do companheiro sobrevivente com filhos comuns e exclusivos do falecido

Levando em conta a forma didática como o professor Francisco José Cahali apresentou a posição de vários autores em sua obra *Família e Sucessões no Código Civil de 2002 – II*, p. 330, resolvemos seguir a mesma orientação e ao final de cada tópico abordado, fazer um quadro comparativo trazendo a opinião de vários autores nacionais.

Autores	Concorrência com filiação híbrida	Obras
Aldemiro Rezende Dantas Jr.	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente, p. 136.
Caio Mário da Silva Pereira	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões, 2004, p. 159-160.
Carlos Roberto Gonçalves	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões, p. 175.
Christiano Cassettari	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Aspectos controvertidos na sucessão decorrente da união estável. Uma evolução histórica. Biblioteca Forense Digital.
Euclides de Oliveira	Aplica-se o art. 1.790, II, CC.	Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária, p. 40. Direito de herança: a nova ordem da sucessão, p. 171.
Fábio Ulhoa Coelho	Aplica-se o art. 1.790, II, CC.	Curso de Direito Civil, p. 263.
Flávio Augusto Monteiro de Barros	Aplica-se o artigo 1.790, I e II, CC.	Manual de Direito Civil: família e sucessões, p. 215.
Francisco José Cahali	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões, p. 232.
Gabriele Tusa	Aplica-se o artigo 1.790, I e II, CC.	V Congresso Brasileiro de Direito de Família.
Giselda Maria F. Hironaka	Apresenta 4 propostas.	Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões, p. 61-62.
Inácio de Carvalho Neto	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil, p. 35.
José Fernando Simão	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	A sucessão dos companheiros: o artigo 1790 do Código de 2002: parte II.
Maria Helena Diniz	Aplica-se o art. 1.790, II, CC.	Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões, p. 146.
Maria Helena Marques Braccero Daneluzzi	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente, p. 167.
Mário Luiz Delgado Régis	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil?, p. 217.
Sílvio de S. Venosa	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Direito Civil: direito das sucessões, p. 121.

4.3.2 Concorrência com os ascendentes

O inciso III do artigo 1.790 estabelece que a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, com direito a um terço da herança se concorrer com *outros parentes sucessíveis*.

Os parentes sucessíveis estão previstos no artigo 1.829 do Código Civil, que dispõe acerca da ordem de vocação hereditária, relação preferencial das pessoas que são chamadas a suceder o falecido. Os sucessíveis são: os descendentes, os ascendentes, o cônjuge ou companheiro sobrevivente e os colaterais até o quarto grau.

Verificou-se pelos incisos I e II do artigo 1.790, a participação do companheiro sobrevivente com os descendentes do falecido. Na ausência dos descendentes, são chamados os demais parentes sucessíveis, o que equivale dizer, pela regra do artigo 1.829 do Código Civil (ordem de vocação hereditária), que os ascendentes receberão a herança deixada pelo *de cujus*.

Havendo ascendentes vivos, o companheiro participará da sucessão somente sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância da união, concorrendo em um terço desses bens, não participando sobre os bens adquiridos a título gratuito (artigo 1.790, III, CC)²⁵⁰ (Figuras 12 e 13).

²⁵⁰ O cônjuge concorrerá com os ascendentes do falecido, independentemente do regime de bens do casamento. Concorrendo com pai e mãe do autor da herança, terá o cônjuge direito a um terço da herança. Se concorrer com apenas um dos ascendentes em primeiro grau ou se maior for o grau (avós, bisavós etc.), terá direito a metade da herança, sendo o restante dividido entre as linhas materna e paterna (art. 1.836 e 1.837).

Figura 12

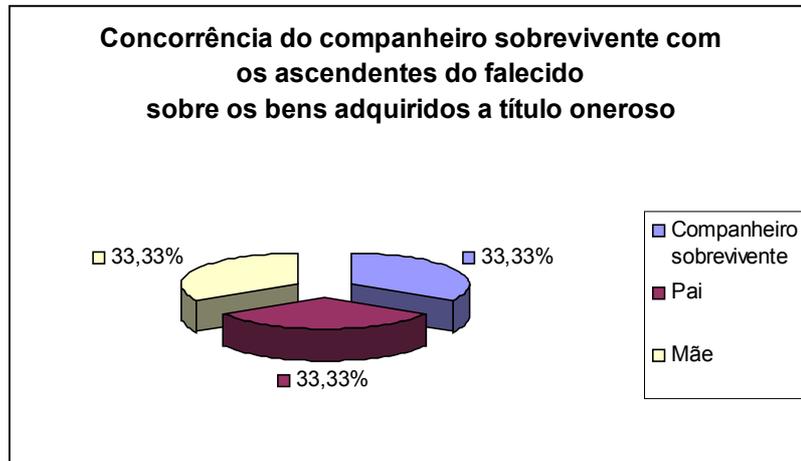
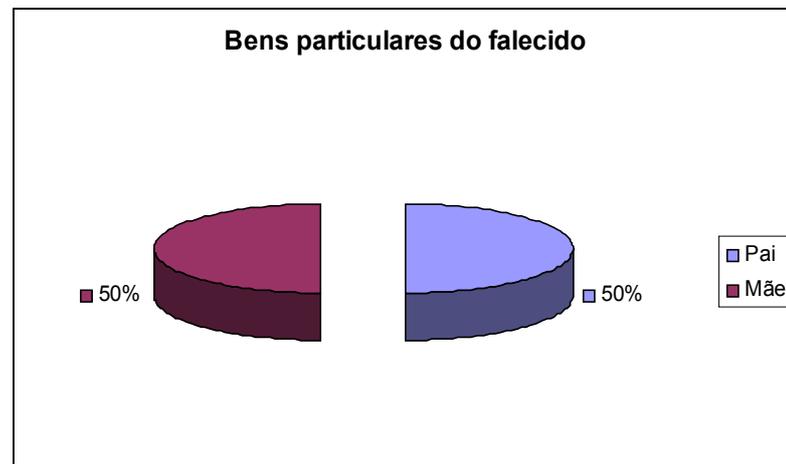


Figura 13



Concorrendo o companheiro com os ascendentes em primeiro grau do falecido, terá direito a um terço da herança, cabendo os outros dois terços aos pais, juntamente com os demais bens particulares.

Concorrendo o companheiro com apenas um ascendente em primeiro grau, terá direito a um terço da herança, cabendo ao ascendente os dois terços restantes (fig. 14). E da mesma forma se concorrer com os ascendentes em segundo grau do falecido, terá o companheiro direito a um terço da herança, devendo o restante ser dividido metade para a linha materna e metade para a linha paterna (art. 1.836, CC) (fig. 15).

Figura 14

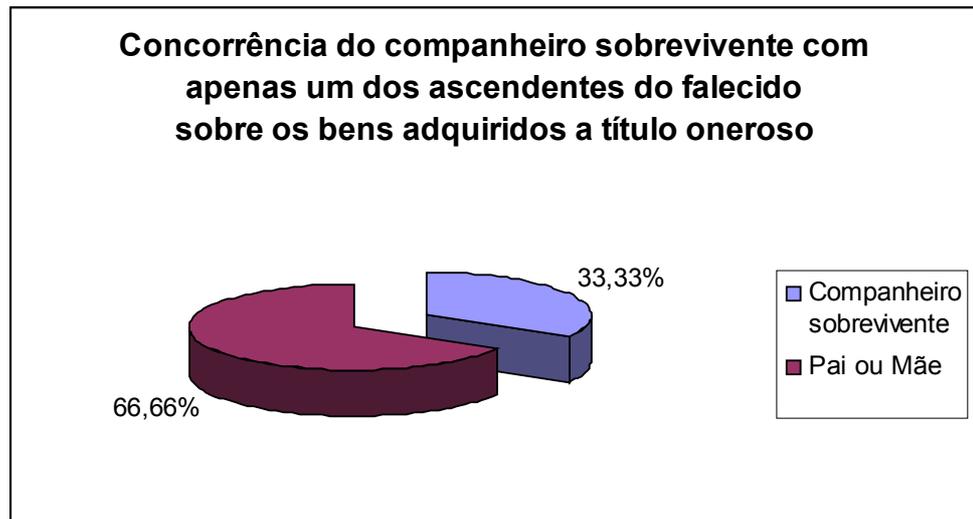
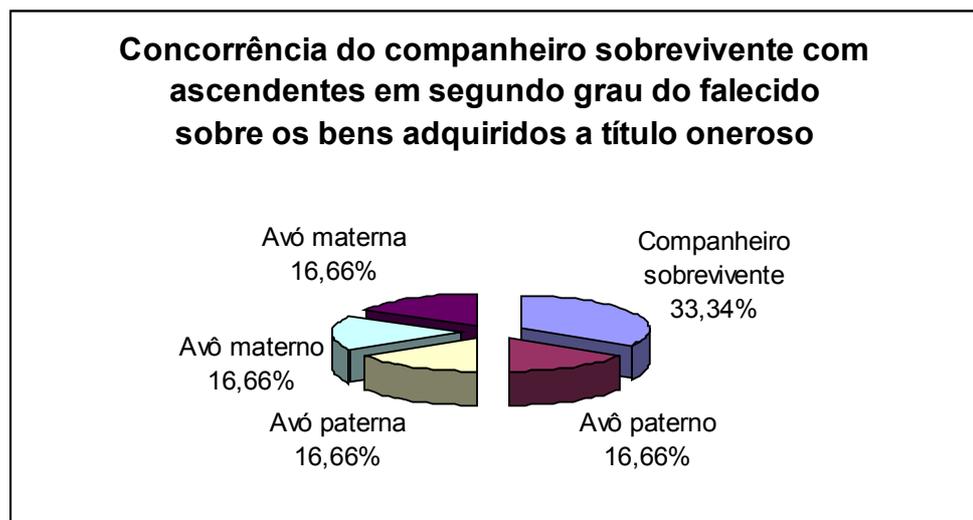


Figura 15



Se não houver bens adquiridos a título oneroso na constância da união, os ascendentes recolherão a totalidade da herança sem a participação do companheiro sobrevivente.²⁵¹

²⁵¹ É evidente a diferença entre o direito sucessório dos companheiros em cotejo com o direito sucessório dos cônjuges. Na mesma situação apresentada, o cônjuge sobrevivente irá concorrer com os ascendentes do falecido sobre a **totalidade da herança** e não somente sobre os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

4.3.3 Concorrência com os colaterais

Na ausência dos descendentes e dos ascendentes, o companheiro sobrevivente não recolherá a totalidade da herança, como acontecia quando em vigor a Lei n. 8.971/94, pois pela redação do artigo 1.790, inciso III do Código Civil, ele participará da sucessão concorrendo com os “outros parentes sucessíveis” que são os colaterais até o quarto grau.²⁵²

Pela regra geral, os colaterais que estão em grau mais próximo excluem os colaterais em grau mais remoto, salvo o direito de representação em favor dos filhos de irmãos (art. 1.840, CC). Portanto, haverá a concorrência do companheiro sobrevivente, nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, juntamente com os irmãos, que são colaterais em 2º grau.

Para efeitos de sucessão, é importante distinguir os irmãos unilaterais dos irmãos germanos ou bilaterais. Os irmãos germanos ou bilaterais têm em comum os genitores (pai e mãe), portanto são filhos do mesmo pai e da mesma mãe. E os irmãos unilaterais têm em comum apenas o pai e nesse caso são chamados de irmãos unilaterais consangüíneos, ou a mãe (unilaterais uterinos).

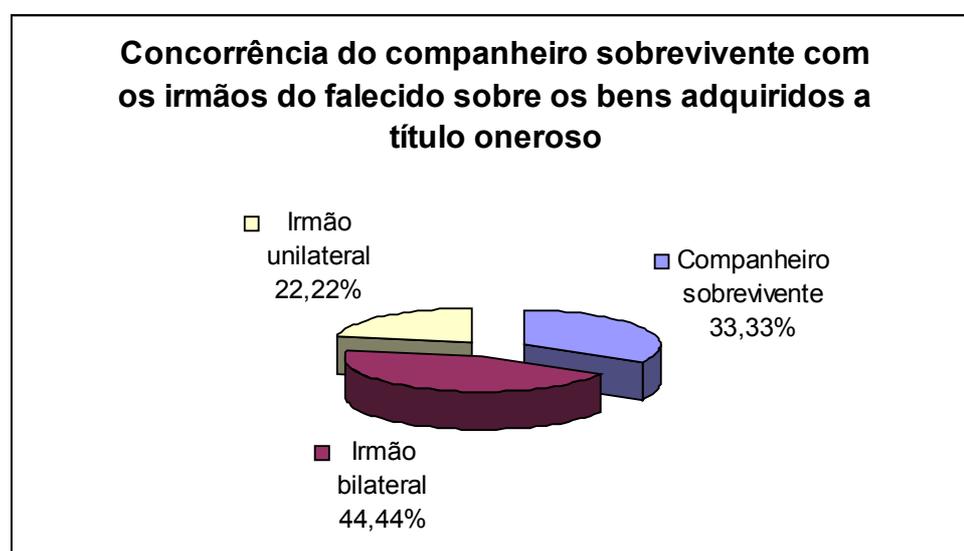
Assim, concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, os bilaterais terão direito ao dobro do que cada um dos unilaterais receber (art. 1.841, CC).

Concorrendo o companheiro, à herança do falecido, com irmãos bilaterais e unilaterais, terá direito à terça parte dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união. Os outros dois terços serão divididos entre os irmãos, sendo que os bilaterais terão direito a uma quota duplicada enquanto os unilaterais terão direito a uma quota simples. Supondo que o *de cujus* tenha deixado companheiro e dois irmãos, um unilateral e um bilateral, e patrimônio no valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), adquirido, a título oneroso, na constância da união estável, o companheiro terá

²⁵² A Lei n. 8.971/94 colocava o companheiro na terceira classe dos sucessíveis, excluindo assim os colaterais até o quarto grau. O Código Civil de 2002 representa um grande retrocesso ao direito sucessório dos companheiros, pois na mesma situação, o cônjuge receberá a totalidade da herança. Somente na ausência do cônjuge sobrevivente que os colaterais serão chamados à sucessão.

direito a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), em virtude do regime patrimonial, que é o da comunhão parcial de bens. Entrando agora no direito sucessório, tem-se a aplicação dos artigos 1.790, III e 1.841 do Código Civil: o companheiro terá direito a um terço da herança (33,33%), e os outros dois terços serão divididos entre os irmãos: o unilateral com direito a uma quota simples (22,22%) e o bilateral com uma quota duplicada (44,44%) (fig. 16).

Figura 16 – Já foi retirada a meação do companheiro sobrevivente.



Na falta de um dos irmãos, herdarão os filhos destes, que exercerão o direito de representação. Na falta de todos os irmãos do falecido, são chamados os sobrinhos, que são colaterais em terceiro grau. Não deixando o falecido, irmãos nem sobrinhos, serão chamados os tios, também colaterais em terceiro grau. E por fim, na falta de tios, serão chamados todos os parentes em quarto grau, em igualdade de condições, ou seja, primos, sobrinhos-netos e tios-avós.

Portanto, haverá a concorrência do companheiro sobrevivente, nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, juntamente com os irmãos (colaterais em 2º grau), sobrinhos (3º grau), tios (3º grau), primos, sobrinhos-netos e tios-avós do *de cuius* (colaterais em 4º grau).

Nesse sentido é a crítica de Zeno Veloso ao comentar a concorrência do companheiro sobrevivente com os colaterais até o quarto grau:

Sem dúvida, neste ponto, o novo Código Civil não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem está em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido, que sustentou com ele uma convivência séria, sólida, qualificada pelo *animus* de constituição de família, que com o autor da herança protagonizou, até a morte deste, um grande projeto de vida, fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbe de destruir a obra legislativa que não segue os ditames do seu tempo, que não obedece às indicações da história e da civilização.²⁵³

Realmente afigura-se uma situação de extrema injustiça, se comparado aos direitos que foram atribuídos aos companheiros pela Lei n. 8.971/94, ocupando o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, pois com o falecimento de um deles, e não havendo descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente recolhia a totalidade da herança.²⁵⁴

Levando-se em conta a existência de uma entidade familiar, externada pela convivência pública, contínua e duradoura entre os companheiros, que conjugaram seus esforços para a aquisição do patrimônio comum, não parece razoável que com o falecimento de um deles, os seus parentes colaterais recebam dois terços da herança, no patrimônio adquirido onerosamente, enquanto o companheiro sobrevivente só tenha direito a um terço. Isso sem contar que os bens particulares serão recolhidos com exclusividade pelos colaterais. Não pode ter sido essa a intenção do legislador, pois *“causa estranheza que o (a) companheiro (a) que viveu toda uma existência ao lado do outro tenha direito a apenas um terço da herança, a favor dos outros ‘parentes sucessíveis’ que, em princípio, em nada contribuíram na aquisição do dito patrimônio”*.²⁵⁵

²⁵³ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**, p. 237.

²⁵⁴ Totalidade da herança significa dizer que são todos os bens deixados pelo falecido, independentemente de terem sido adquiridos onerosamente ou a título gratuito na vigência da união estável ou de serem bens anteriores à união.

²⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das sucessões, p. 63.

Imagine a situação de duas pessoas solteiras que iniciaram a união estável quando já contavam com 50 anos de idade, ambos tendo patrimônio particular e que, em virtude dessa boa situação financeira, não adquiriram bens durante a convivência. Com o fim da união estável, 15 anos depois, por morte de um dos companheiros, o sobrevivente não terá direito sucessório, pois não houve aquisição de bens a título oneroso na constância da união. E aquele parente colateral em quarto grau, um primo, que nunca teve contato com o falecido, pois morava em uma cidade muito distante, agora fica sabendo que é herdeiro na totalidade dos bens deixados. Não pode ter sido essa a intenção do legislador.

A única alternativa para amenizar tamanha injustiça é o autor da herança valer-se de um testamento para deixar todos os seus bens para o sobrevivente, afinal, sendo os colaterais herdeiros facultativos, podem ser privados da sucessão legítima por disposição de última vontade. Mas, tendo em vista que no Brasil não existe o hábito de testar, e a maioria das sucessões que se abrem são legítimas, a situação permanece inalterada, necessitando urgentemente de alteração legislativa para cessar tamanha injustiça.

4.3.4 Ausência de parentes sucessíveis

E por fim, o inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil estabelece que não havendo parentes sucessíveis, o que equivale dizer que não havendo descendentes, ascendentes e os colaterais até o quarto grau, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Em uma primeira análise, poderíamos interpretar a expressão “totalidade da herança” tendo em vista os bens que o sobrevivente está autorizado a receber, ou seja, os adquiridos onerosamente na vigência da união estável, obedecendo-se ao comando imperativo do *caput* do artigo 1.790.

Portanto, os bens anteriores ao início da união e os demais bens adquiridos em sua constância a título gratuito ou por sub-rogação, estariam excluídos da

sucessão do companheiro sobrevivente, devendo ser arrecadados como jacente e posteriormente, com a declaração de vacância, serão incorporados ao Poder Público Municipal ou Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições.

Nessa orientação firmou-se a posição de Arnaldo Rizzardo²⁵⁶, Carlos Roberto Gonçalves²⁵⁷, Flávio Augusto Monteiro de Barros²⁵⁸, Francisco José Cahali²⁵⁹, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²⁶⁰, Inácio de Carvalho Neto²⁶¹, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi²⁶², Mário Luiz Delgado Régis²⁶³ e Zeno Veloso²⁶⁴, que criticam a redação do artigo e a absurda concorrência com o Poder Público, mas entendem não haver outra interpretação a ser dada ao dispositivo em exame.

Observa Zeno Veloso que:

²⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**, p. 200.

²⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**, p. 177-178.

²⁵⁸ BARROS, Flávio Augusto de. **Manual de Direito Civil: família e sucessões**, p. 216-217.

²⁵⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 230-231: “*Não havendo parentes sucessíveis, agora sim, o companheiro sobrevivente recebe a integralidade da herança (art. 1.790, IV). Porém, mesmo nesta situação poderá haver concorrência na sucessão do falecido. É que a totalidade da herança a que se refere o inciso é aquela prevista no caput, ou seja, limitada aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Assim, sendo maior o patrimônio do falecido, aqueles bens não contemplados no caput serão tidos como herança jacente. Daí falar-se em ‘concorrência’ do companheiro sobrevivente até mesmo com o Poder Público, e neste particular a procedência das duras críticas da comunidade jurídica à inovação legislativa*”.

²⁶⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v.29, p. 71: “[...] *na ausência de quaisquer parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente poderá amearhar a totalidade dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, segundo o que determinam o inciso IV e o caput do art. 1.790 do CCB/2002. Assim, quanto aos bens particulares do falecido, inexistindo parentes sucessíveis, serão os mesmos entregues ao Poder Público, em detrimento do companheiro supérstite*”.

²⁶¹ CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 15, p. 34: “*Em primeiro lugar, limita o art. 1.790 a sucessão aos bens adquiridos na vigência da união estável. Esse fato mostra a confusão que o legislador fez entre sucessão e meação. Veja-se o absurdo desta regra: não tendo o de cujus deixado nenhum outro herdeiro sucessível, o companheiro recolherá todos os bens adquiridos na constância da união a título oneroso, e os demais bens serão considerados vacantes, passando ao domínio da Fazenda Pública*”.

²⁶² DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**, p. 168.

²⁶³ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 29, p. 218.

²⁶⁴ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**, p. 233-234; 237: “*A ‘totalidade da herança’, mencionada no inciso IV do art. 1.790, é da herança a que o companheiro sobrevivente está autorizado a concorrer. Mesmo no caso extremo de o falecido não ter parentes sucessíveis, cumprindo-se a determinação do caput do artigo 1.790, o companheiro sobrevivente só vai herdar os bens que tiverem sido adquiridos na vigência da união estável. Se o de cujus possuía outros bens, adquiridos antes de iniciar a convivência, e não podendo esses bens integrar a herança do companheiro sobrevivente, passarão para o Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situados no Território Federal (art. 1.844). [...] o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não é todo o patrimônio deixado pelo de cujus, mas, apenas, o que foi adquirido na constância da união estável*”.

O operador do Direito tem de compreender a sucessão dos companheiros diante do comando imperativo, da regra geral do artigo 1.790, *caput*, que subordina todas as demais prescrições a respeito do tema. A não ser que, para escapar da esdrúxula e injusta solução do novo Código Civil, dê-se ao assunto um entendimento que desborde da interpretação – mesmo construtiva –, que é admissível e até louvável, ingressando no campo da criação normativa, o que ao intérprete é vedado, ao próprio juiz é proibido, porque estará tomando o lugar e exercendo função do Legislativo, praticando um excesso, uma usurpação, um abuso de poder.²⁶⁵

Embora o inciso IV deva ser interpretado em consonância com o *caput* do artigo 1.790, sempre resta alguma dúvida sobre a extensão do conceito de herança na hipótese de não haver outros parentes sucessíveis.²⁶⁶ Não parece ter sido a intenção do legislador restringir o direito do companheiro somente aos bens adquiridos a título oneroso durante a união, quando não há outros parentes sucessíveis para recolher a herança, por ser uma situação que causa estranheza ao nosso ordenamento jurídico.²⁶⁷

Como bem observa Luiz Felipe Brasil:

Para evitar tal situação de flagrante injustiça, creio que a interpretação deverá aproveitar-se de uma antinomia do dispositivo em exame. Ocorre que, enquanto o *caput* do artigo 1.790 diz que o companheiro terá direito de herdar apenas os bens adquiridos no curso do relacionamento, o seu inciso IV dispõe que, *não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança*. Ora, a expressão *totalidade da herança* não deixa dúvida de que abrange todos os bens deixados, sem a limitação contida no *caput*. Evidente a antinomia entre a cabeça do artigo e seu inciso. Entretanto, uma interpretação construtiva,

²⁶⁵ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**, p. 234.

²⁶⁶ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do Concubinato ao Casamento**: antes e depois do novo Código Civil, p. 212.

²⁶⁷ Pela sistemática do Código Civil de 1916, a herança só era considerada jacente quando não havia herdeiro certo, ou não se sabia da sua existência ou do lugar onde podiam ser encontrados e também quando todos renunciavam a herança, ou seja, quando não havia cônjuge, companheiro ou parente algum sucessível que quisesse receber a herança. E pelo Código Civil de 2002, artigo 1.819, a herança será jacente “falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido...”. Portanto, não menciona como hipótese de jacência da herança o fato de haver como único herdeiro o companheiro sobrevivente que não pode recolher a totalidade da herança pela aplicação do artigo 1.790, inciso IV do Código Civil. Cumpre salientar que o Código Civil de 2002 deixou bem claro que o Poder Público não é herdeiro, excluindo-o da ordem de vocação hereditária (art. 1.829, CC).

que objetive fazer acima de tudo justiça, pode extrair daí a solução que evite a injustiça e o absurdo de deixar um companheiro, em dadas situações, no total desamparo. Portanto, não havendo outros herdeiros, o companheiro, por força do claro comando do inciso IV, deverá receber não apenas os bens havidos na constância da relação, mas a totalidade da herança.²⁶⁸

Segundo esse entendimento, temos a posição de Aldemiro Rezende Dantas Júnior²⁶⁹, Caio Mário da Silva Pereira²⁷⁰, Christiano Cassettari²⁷¹, Eduardo de Oliveira Leite²⁷², Fábio Ulhoa Coelho²⁷³, Gustavo Ferraz de Campos Mônaco²⁷⁴, José Fernando Simão²⁷⁵, Luiz Felipe Brasil Santos²⁷⁶, Maria Helena Diniz²⁷⁷, Nélon Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁷⁸, Sílvio de Salvo Venosa²⁷⁹ e Washington de Barros Monteiro²⁸⁰.

Entendemos que o artigo 1.790, inciso IV, não pode ser analisado de forma isolada, devendo ser interpretado em consonância com o artigo 1.844 do Código Civil, que assim dispõe: *Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, ou parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.*

²⁶⁸ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão dos companheiros no novo Código Civil**. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br>, acesso em 14 de maio de 2005.

²⁶⁹ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 29, p. 130-132.

²⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões**, 2004, p. 156.

²⁷¹ CASSETTARI, Christiano. Aspectos controvertidos na sucessão decorrente da união estável. Uma evolução histórica. In: **Introdução Crítica ao Código Civil**. Biblioteca Forense Digital, acesso em 13/12/2006.

²⁷² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões**, p. 63.

²⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, p. 266-267.

²⁷⁴ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito sucessório no novo código civil: problemática dos cônjuges, conviventes e concubinos. In: **Contribuições ao estudo do novo direito civil**, p. 338.

²⁷⁵ SIMÃO, José Fernando. **A sucessão dos companheiros: o artigo 1790 do Código de 2002: parte II**. Disponível em http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_sucessao_02.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2006.

²⁷⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão dos companheiros no novo Código Civil**. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br>, acesso em 14 de maio de 2005.

²⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**, p. 117.

²⁷⁸ NERY JÚNIOR, Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**, p. 784.

²⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**, p. 122: “Na ausência de descendentes, ascendentes, colaterais, o convivente terá direito à totalidade da herança”.

²⁸⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 101: “não havendo parentes sucessíveis, recolherá a totalidade da herança, qualquer que seja a origem dos bens”.

Pela redação do artigo 1.844, só haverá a devolução dos bens ao Município quando não houver cônjuge, *companheiro* ou qualquer parente sucessível. A *contrario sensu*, havendo somente o *companheiro* sobrevivente, tocar-lhe-á a totalidade da herança, na integralidade do acervo hereditário. Destoa do sistema jurídico pátrio admitir que o *companheiro* deva concorrer com o Poder Público municipal nos bens deixados pelo *de cuius*. “*Basta imaginar a situação de um casal, que conviva há mais de 20 anos, residindo em imóvel de propriedade do varão, adquirido antes do início da relação, e não existindo descendentes nem ascendentes. Vindo a falecer o proprietário do bem, a companheira não terá direito à meação e nada herdará. Assim, não lhe sendo mais reconhecido o direito real de habitação nem o usufruto, restar-lhe-á o caminho do asilo, enquanto o imóvel ficará como herança jacente, tocando ao ente público*”.²⁸¹

Foge às aspirações e aos anseios da sociedade.

Estabelece ainda o artigo 1.819 do Código Civil que só haverá a arrecadação da herança como jacente quando falecer alguém, sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido. Apesar de o *companheiro* não constar da ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil, é ele herdeiro legítimo²⁸², cabendo-lhe a totalidade do acervo hereditário.

Cumprе destacar o comentário de Nélon Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery sobre a matéria:

Não está claro na lei como se dá a sucessão dos bens adquiridos a título gratuito pelo falecido na hipótese de ele não ter deixado parentes sucessíveis. O CC 1790 *caput*, sob cujos limites os incisos que se lhe seguem devem ser interpretados, somente confere direito de sucessão ao *companheiro* com relação *aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável*, nada dispondo sobre os bens adquiridos gratuitamente durante esse mesmo período. É de se indagar se, em face da limitação do CC 1790 *caput*, o legislador ordinário quis excluir o *companheiro* da sucessão desses bens, fazendo com que a

²⁸¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão dos companheiros no novo Código Civil**. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br>, acesso em 14 de maio de 2005.

²⁸² Cf. Francisco José Cahali: “Herdeiros legítimos são aqueles sucessores eleitos pela legislação, através da ordem de vocação hereditária (art. 1.829), ou por regra especial, como ocorre na sucessão entre *companheiros decorrente da união estável* (CC, art. 1.790)” (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**: direito das sucessões, p. 56).

sucessão deles fosse deferida ao poder público. Parece-nos que não, por três motivos: a) o CC 1844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o *de cujus* não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à *totalidade da herança* (CC 1790 IV), fugindo do comando do *caput*, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura de herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1819) e, apesar de não constar do rol do CC 1829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário.²⁸³

Em recente encontro de juízes das Varas da Família e das Sucessões, organizado pela Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, ocorrido em Piracicaba, interior de São Paulo, houve a deliberação e aprovação de 54 enunciados que servirão de base para orientar futuras decisões. O enunciado 52 estabelece que:

Se admitida a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo.²⁸⁴

Essa parece ser a interpretação que mais se coaduna com a realidade social, ante a falta de técnica do legislador.

4.3.4.1 Quadro com a posição de vários autores sobre a concorrência do companheiro com o Poder Público

²⁸³ NERY JÚNIOR, Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**, p. 784 e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Aspectos da sucessão legítima. In: **O novo Código Civil**, p. 1.381-1.382.

²⁸⁴ Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/50484,1>, acesso em 10 de dezembro de 2006.

AUTORES	Concorrência com o Poder Público	Obras
Aldemiro Rezende Dantas Jr.	Não.	Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente, p. 130-132.
Arnaldo Rizzardo	Sim.	Direito das Sucessões, p. 200.
Caio Mário da Silva Pereira	Não.	Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões, 2004, p. 156.
Carlos Roberto Gonçalves	Sim.	Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões, p. 177-178.
Christiano Cassettari	Não.	Aspectos controvertidos na sucessão decorrente da união estável. Uma evolução histórica. Biblioteca Forense Digital.
Eduardo de Oliveira Leite	Não.	Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões, p. 63.
Fábio Ulhoa Coelho	Não.	Curso de Direito Civil, p. 266-267.
Flávio Augusto Monteiro de Barros	Sim.	Manual de Direito Civil: família e sucessões, p. 216-217.
Francisco José Cahali	Sim.	Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões, p. 230-231.
Giselda Maria F. Hironaka	Sim.	O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano, p. 71.
Gustavo Ferraz de Campos Monaco	Não.	Direito sucessório no novo código civil: problemática dos cônjuges, conviventes e concubinos, p. 338.
Inácio de Carvalho Neto	Sim.	A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil, p. 34.
José Fernando Simão	Não.	A sucessão dos companheiros: o artigo 1.790 do Código de 2002: parte II.
Luiz Felipe Brasil Santos	Não.	A sucessão dos companheiros no novo Código Civil
Maria Helena Diniz	Não.	Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões, p. 117.
Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi	Sim.	Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente, p. 168.
Mário Luiz Delgado Régis	Sim.	Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil?, p. 218.
Nélson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery	Não.	Código Civil anotado e legislação extravagante, p. 784 e Aspectos da sucessão legítima, p. 1.381-1.382.
Sílvio de S. Venosa	Não.	Direito Civil: direito das sucessões, p. 122.
Washington de Barros Monteiro	Não.	Curso de Direito Civil: direito das sucessões, p. 101
Zeno Veloso	Sim.	Do direito sucessório dos companheiros, p. 233-234; 237.

4.3.5 O companheiro como herdeiro facultativo

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário²⁸⁵, estando ao lado dos descendentes e dos ascendentes, por expressa disposição do artigo 1.845. Porém, tal benefício, não foi assegurado ao companheiro, que continua como herdeiro facultativo, juntamente com os colaterais até o quarto grau, podendo ser excluído da herança do falecido, bastando para isso que o autor da herança faça um testamento dispondo de seus bens sem o contemplar.²⁸⁶ Porém, também será excluído da sucessão se não houver bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Novamente o novo Código Civil tratou os companheiros de forma inadequada, distanciando-os do tratamento dispensado aos cônjuges.

Apesar da quase unanimidade dos doutrinadores sobre essa questão, ou seja, de considerar o companheiro herdeiro facultativo, cumpre mencionarmos a posição em sentido contrário de Aldemiro Rezende Dantas Júnior²⁸⁷ e Ana Luiza Maia Nevares²⁸⁸, que entendem ser o companheiro herdeiro necessário, pela interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico. Primeiro, pela própria redação do artigo 1.790 do Código Civil, que dispõe acerca da *participação* do companheiro sobrevivente, e nos incisos mencionou-se que ele *terá direito* a receber uma parcela da herança. Depois, pela redação do artigo 1.850 do Código Civil, que “*para excluir da sucessão os*

²⁸⁵ Os herdeiros necessários não podem ser afastados inteiramente da sucessão, pertencendo a eles, de pleno direito a legítima. Porém, ocorrendo um dos casos de deserdação ou indignidade, é possível que sejam excluídos da sucessão.

²⁸⁶ Cf. Francisco José Cahali: “*As pessoas que tiverem legitimidade para suceder legitimamente ao falecido e que não compuserem a categoria dos herdeiros necessários são denominados herdeiros facultativos. Assim, o eventual companheiro do de cujus e os colaterais até o 4º grau podem ser privados da herança, bastando ao testador não os contemplar nas disposições de última vontade (art. 1.850, CC)*” (CAHALI, Francisco José. Sujeitos da sucessão: capacidade e legitimidade. In: **Direito das Sucessões e o novo Código Civil**, p. 19).

A propósito escreve VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**, p. 236: “*Enquanto o cônjuge passou a ser considerado herdeiro necessário, e em situação privilegiada, o companheiro é considerado herdeiro facultativo, e em posição bisonha e tímida, muito inferior à que ocupa na legislação vigente*”.

²⁸⁷ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 591-594.

²⁸⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**, p. 175-176; 223-224.

herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”,²⁸⁹ não fazendo qualquer menção aos companheiros.

Aldemiro Rezende Dantas Júnior conclui dizendo:

Em nossa opinião, portanto, o companheiro é herdeiro necessário, da mesma forma que o cônjuge também o é, pouco importando se a tal conclusão se chega em virtude da interpretação gramatical, vale dizer, considerando-se os verbos utilizados no artigo 1.790, ou se tal resultado se atinge através da (também possível) interpretação extensiva do artigo 1.845, entendendo-se que o termo cônjuge, usado pelo legislador, também está abrangendo o companheiro. Aliás, veja-se que o legislador, ao se referir à exclusão dos herdeiros através de testamento, apenas mencionou a possibilidade de exclusão dos colaterais (art. 1.850), nada dizendo em relação ao companheiro.²⁹⁰

No que pese a fundamentação do ilustre autor e entendermos que o companheiro deveria figurar ao lado do cônjuge na categoria dos herdeiros necessários, concluímos que tal benefício não o alcança por expressa disposição do artigo 1.845 do Código, que de forma inequívoca, dispôs, em rol taxativo, quem são os herdeiros necessários. Assim, não podemos incluí-lo por se tratar de norma restritiva de direitos, visto que limita a liberdade de testar do autor da herança, que terá que respeitar a legítima.

Nesse sentido, temos o posicionamento de Eduardo de Oliveira Leite²⁹¹, Flávio Augusto Monteiro de Barros²⁹², Francisco José Cahali²⁹³, Gustavo Ferraz de

²⁸⁹ Nesse sentido destacamos o enunciado n. 51, aprovado no I Encontro de juizes das Varas de Família e Sucessões do interior de São Paulo, que foi realizado em Piracicaba em novembro de 2006, com o intuito de nortear futuras atuações: “*O companheiro sobrevivente, não mencionado nos arts. 1.845 e 1.850 do Código Civil, é herdeiro necessário, seja porque não pode ser tratado diferentemente do cônjuge, seja porque, na concorrência com descendentes e ascendentes, herda necessariamente, sendo incongruente que, tornando-se o único herdeiro, possa ficar desprotegido*”. Disponível em <http://conjur.estado.com.br/static/text/50484,1>, acesso em 10 de dezembro de 2006.

²⁹⁰ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 593.

²⁹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das sucessões, p. 64.

²⁹² BARROS, Flávio Augusto de. **Manual de Direito Civil**: família e sucessões, p. 259.

²⁹³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**: direito das sucessões, p. 229.

Campos Mônaco²⁹⁴, Rolf Madaleno²⁹⁵, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery²⁹⁶ e Zeno Veloso²⁹⁷.

4.3.5.1 Quadro com a posição de vários autores sobre a inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário

AUTORES	Companheiro é herdeiro necessário?	Obras
Aldemiro Rezende Dantas Jr.	Sim.	Sucessão no casamento e na união estável, p. 591-594.
Ana Luiza Maia Nevares	Sim.	A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional, p. 175-176; 223-224.
Eduardo de Oliveira Leite	Não.	Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões, p. 64.
Flávio Augusto Monteiro de Barros	Não.	Manual de Direito Civil: família e sucessões, p. 259.
Francisco José Cahali	Não.	Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões, p. 229.
Gustavo Ferraz de Campos Mônaco	Não.	Direito sucessório no novo código civil: problemática dos cônjuges, conviventes e concubinos, p. 326 e 338.
Rolf Madaleno	Não.	O novo direito sucessório brasileiro, p. 39.
Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery	Não.	Aspectos da sucessão legítima, p. 1.382.
Zeno Veloso	Não.	Do direito sucessório dos companheiros, p. 236.

²⁹⁴ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito sucessório no novo código civil: problemática dos cônjuges, conviventes e concubinos. In: **Contribuições ao estudo do novo direito civil**, p. 326.

²⁹⁵ MADALENO, Rolf. O novo direito sucessório brasileiro. **Revista Jurídica**, v. 291, p. 39.

²⁹⁶ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Aspectos da sucessão legítima. In: **O novo Código Civil**, p. 1.382.

²⁹⁷ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**, p. 236.

4.3.6 Direito real de habitação

A habitação, pertencente ao direito real sobre coisa alheia, é o local em que a pessoa permanece de forma temporária ou acidental. Pode-se conceituá-la como:

[...] o direito ao exercício de uma faculdade humana conferida a alguém por norma jurídica ou por outrem, permitindo a fixação em um lugar determinado, não só física, como também onde se fixam os interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-os, porém, de forma temporária ou acidental, iniciando-se e extinguindo-se sobre determinado local ou bem, tratando-se de uma relação de fato, sendo, porém, a relação humana e imóvel, objeto de direito, logo tutelável juridicamente.²⁹⁸

Para Frederico A. Paschoal, a habitação é um usufruto restrito a imóvel. *“Sua incidência tem oportunidade quando da viuvez do cônjuge ou do convivente, e observa o intuito de preservação material de algum conforto à família, preservando para sua moradia o imóvel em que já reside, mesmo que seja o único a ser partilhado”*.

299

O direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, conferido aos companheiros pela Lei n. 9.278/96, em seu artigo 7º, parágrafo único, não foi reproduzido pelo Código Civil de 2002³⁰⁰ aos companheiros, gerando assim controvérsia entre os estudiosos do Direito, se o referido benefício teria sido revogado ou se permanece em vigor.

Alguns doutrinadores, mesmo conferindo duras críticas à solução dada pelo legislador, de não mencioná-lo no Código Civil de 2002, preconizam que o referido artigo teria sido revogado por incompatibilidade com o novo Código, tendo em vista que

²⁹⁸ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**, p. 339-340.

²⁹⁹ PASCHOAL, Frederico A. O direito real de habitação e o excesso inconstitucional em relação à união estável. In: **Contribuições ao estudo do novo direito civil**, p. 304.

³⁰⁰ No novo Código, o direito real de habitação só foi estabelecido para os cônjuges, previsto no artigo 1.831 do Código Civil, com a seguinte redação: *Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.*

o mesmo disciplinou inteiramente o direito sucessório dos companheiros no artigo 1.790 e não fez qualquer referência ao direito real de habitação.

Não há que se falar em sobrevivência do art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278, e muito menos, das normas da Lei n. 8.971/94. O novo Código regulou inteiramente a matéria relativa à sucessão entre companheiros, não deixando margem para qualquer dúvida ou entredúvida. Não houve revogação expressa, é verdade! Mas a revogação expressa não é a única forma de revogação que existe. Por ter regulado inteiramente o assunto, o Código Civil *revogou tacitamente* – e inexoravelmente – as duas aludidas leis, que tratavam da sucessão entre companheiros.³⁰¹

Nessa perspectiva temos a posição de Arnaldo Rizzardo³⁰², Arnaldo Wald³⁰³, Flávio Augusto Monteiro de Barros³⁰⁴, Francisco José Cahali³⁰⁵, Gisele Pereira Jorge Leite³⁰⁶, Inácio de Carvalho Neto³⁰⁷, Washington de Barros Monteiro³⁰⁸, Zeno Veloso e outros.

³⁰¹ VELOSO, Zeno. Direito real de habitação na união estável. In: **Questões controvertidas no novo Código Civil**, p. 414-415.

³⁰² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**, p. 205-206.

³⁰³ WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**, p. 82.

³⁰⁴ BARROS, Flávio Augusto de. **Manual de Direito Civil: família e sucessões**, p. 216: “o art. 2.043 do CC, quanto às leis especiais, ressaltou apenas a vigência das disposições de natureza processual, administrativa e penal, revogando implicitamente as normas de direito civil. Filiamo-nos a essa última corrente”.

³⁰⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 233-234: “Questão tormentosa a ser enfrentada pelos tribunais, à luz dos caminhos traçados pela doutrina, será definir se o direito real de habitação e o usufruto vitalício do companheiro sobrevivente ainda prevalecem diante do novo Código... Em nosso entender, houve a revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei. [...] o novo Código disciplinou inteiramente a matéria, revogando, assim, os efeitos sucessórios entre os conviventes previstos em normas anteriores. Sustentarão alguns estudiosos, com bons argumentos, que o Código não revoga lei especial, como são aquelas. Utilizam essa fundamentação, porém, apenas para sustentar a subsistência do direito real de habitação, silenciando quanto ao usufruto. A premissa é verdadeira, quando se afirma que a legislação especial não foi revogada. Porém, a nova regra restringe expressamente a participação do herdeiro nas condições nela estabelecidas. Daí a incompatibilidade das normas apta a gerar a revogação daquelas previsões. Se assim não for, estaria subsistindo, também, pelas mesmas razões, o usufruto, criando uma situação privilegiada ao companheiro sobrevivente”.

³⁰⁶ LEITE, Gisele Pereira Jorge. **O novo direito sucessório**. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br>, acesso em 02 de março de 2005.

³⁰⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 15, p. 35: “Discutível será a manutenção do direito real de habitação estabelecido para os companheiros no art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96 e não repetido pelo novo Código, embora tenham os cônjuges semelhante direito (art. 1.831). Não tendo havido revogação expressa da lei, SÍLVIO VENOSA defende a manutenção do dispositivo. Embora de lege ferenda pudéssemos concordar com o nobre autor, não nos parece, data venia, que lhe assista razão. A nova lei regula por completo a sucessão do companheiro e, embora possamos ver nisto um grande defeito da lei, o fato é que não lhe concede o direito real de habitação, pelo que nos parece estar tacitamente revogada a Lei da União Estável”.

³⁰⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 101.

Zeno Veloso fazendo uma distinção entre lacuna normativa e silêncio eloqüente (o *beredtes Schweigen* do direito alemão) conclui que ante o silêncio do Código Civil de 2002, houve claramente intenção de excluir o direito real de habitação do companheiro, não havendo lacuna a ser colmatada: *“Frente ao tenebroso art. 1.790, com suas extremas restrições e limitações, e analisando o Código Civil sistematicamente, não há como fugir da conclusão que o legislador de 2002 quis modificar radicalmente a situação anterior, constrangendo e reduzindo o direito sucessório dos que viveram em união estável”*.³⁰⁹

No entanto, outras vozes sustentam a sobrevivência do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, pois não houve revogação expressa. Trata-se de um direito assistencial previsto em Lei especial (Lei n. 9.278/96, art. 7º, parágrafo único), garantido constitucionalmente dentre os direitos sociais (art. 6º CF) e compatível com os artigos do Código Civil de 2002, entendendo-se por não revogado o dispositivo em comento. O objetivo é reservar um imóvel ao companheiro sobrevivente, para que este não fique desprovido de moradia.

Comungam desse entendimento: Aldemiro Rezende Dantas Júnior³¹⁰, Antônio Carlos Mathias Coltro³¹¹, Christiano Cassettari³¹², Euclides de Oliveira³¹³, Fábio Ulhoa Coelho³¹⁴, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka³¹⁵, Guilherme Calmon

³⁰⁹ VELOSO, Zeno. Direito real de habitação na união estável. In: **Questões controvertidas no novo Código Civil**, p. 414-415: *“Lacuna existe, quando dada situação não é prevista ou regulada na norma, pela omissão, imprevidência, falha, esquecimento do legislador e, para prestigiar a plenitude do ordenamento, as lacunas são colmatadas pela integração, por via da qual supera-se a carência, a omissão da lei, enche-se o vazio normativo, através de meios técnicos colocados à disposição do juiz (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Diante da lacuna, e sendo obrigado a dar a prestação jurisdicional, o magistrado, num processo de integração, revela a norma jurídica individual, preenche o vazio, resolve a questão. Daí afirmar-se: não há lacuna onde existem juízes [...] O silêncio eloqüente é situação diversa, inconfundível. O legislador não mencionou ou não previu dada situação porque, consciente e deliberadamente, não quis fazê-lo, não admite a hipótese, repele-a, rejeita-a, e a falta de menção é o sinal inequívoco desse propósito de cortar, excluir, suprimir. Se se trata não de lacuna, mas de silêncio eloqüente da lei, o intérprete ou julgador não pode preencher o vazio, recorrer à analogia, superar a deficiência, suprir a incompletude, pois, simplesmente, não há vazio, não há omissão que deva ser composta ou resolvida, e, ao contrário, no silêncio da norma há um comando, uma afirmação, um preceito”*.

³¹⁰ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 606-607.

³¹¹ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A realidade da união estável no novo Código Civil. In: **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**, p. 83.

³¹² CASSETTARI, Christiano. Aspectos controvertidos na sucessão decorrente da união estável. Uma evolução histórica. In: **Introdução Crítica ao Código Civil**. Biblioteca Forense Digital, acesso em 13/12/2006.

³¹³ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**, p. 178-180.

³¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, p. 274.

³¹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões brasileiro – disposições gerais e sucessão legítima. **Revista dos Tribunais**, v. 808, p. 27 e Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: **Questões controvertidas no novo Código Civil**, p.427.

Nogueira da Gama³¹⁶, José Samurái Saiani³¹⁷, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk³¹⁸, Maria Helena Diniz³¹⁹, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi³²⁰, Segismundo Gontijo³²¹, Sílvio de Salvo Venosa³²² e outros.

Para corroborar esse entendimento, vale mencionar o Enunciado n. 117 – art. 1.831, aprovado na Jornada de Direito Civil realizada em 2002:

O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*³²³, da CF/88.³²⁴

Entendemos que houve um esquecimento por parte do legislador ao deixar de mencionar o direito real de habitação no novo Código Civil, o que se depreende do seguinte histórico: até 1984 não havia qualquer dispositivo que regulasse a sucessão dos companheiros no Projeto de Código Civil, como foi bem lembrado por

³¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 29, p. 17.

³¹⁷ SAIANI, José Samurái. **Sucessão legítima do companheiro no novo Código Civil**, fls. 49-52.

³¹⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4, p. 251-252.

³¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**, p. 147: “o companheiro sobrevivente, por força da Lei n. 9.278/96, art. 7º, parágrafo único, e, analogicamente, pelo disposto nos arts. 1.831 do CC e 6º da CF (Enunciado n. 117 do STJ, aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002), também terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família; mas pelo Código Civil tal direito só é deferido ao cônjuge sobrevivente. Diante da omissão do Código Civil (norma geral), o art. 7º, parágrafo único daquela Lei estaria vigente, no nosso entender; por ser norma especial.”

³²⁰ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**, p. 164.

³²¹ GONTIJO, Segismundo. **Das uniões: a formal e as informais, seus regimes de bens e a sucessão**. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/sg003.html>, acesso em 13 de março de 2006.

³²² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**, p.120-121: “a Lei n. 9.278/96 estabeleceu, no art. 7º, o direito real de habitação quando dissolvida a união estável pela morte de um dos companheiros, direito esse que perduraria enquanto vivesse ou não constituísse o sobrevivente nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Somos da opinião de que é perfeitamente defensável a manutenção desse direito no sistema do Código de 2002. Esse direito foi incluído na referida lei em parágrafo único de artigo relativo à assistência material recíproca entre os conviventes. A manutenção do direito de habitação no imóvel residencial do casal atende às necessidades de amparo do sobrevivente, como um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos”.

³²³ Ressalta-se que alguns autores sustentam a manutenção do direito real de habitação ao companheiro em analogia (art. 4º LICC) à situação do cônjuge sobrevivente, previsto no artigo 1.831 do Código Civil. Porém, esta não parece ser a melhor solução, pois senão teríamos que aplicar por analogia o artigo 1.845 do Código Civil, incluindo o companheiro na categoria dos herdeiros necessários.

³²⁴ Disponível em www.justicafederal.gov.br, acesso em 22 de maio de 2005.

Zeno Veloso³²⁵. Para suprir tal omissão foi apresentada a emenda 358 que tem data anterior à Constituição Federal. Nessa época os direitos concedidos aos companheiros eram bem restritos, não havendo ainda naquela época nenhuma lei que disciplinasse o assunto. Em 1988 a Constituição Federal elevou a união estável à categoria de entidade familiar, recebendo total proteção do Estado. E por fim, vieram as Leis da União Estável (Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96), que praticamente igualaram os direitos sucessórios dos companheiros aos direitos previstos para os cônjuges.

Portanto, da apresentação da referida emenda até a data da entrada em vigor do novo Código, tivemos a Constituição de 1988 e as Leis da União Estável, mas não houve a devida adaptação ao Projeto que foi aprovado como Lei n. 10.406/02.

Diante de tudo que foi exposto, tendo em vista opiniões favoráveis e contrárias à sua manutenção, concluímos que houve o esquecimento do legislador quando não mencionou o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, o que torna possível o entendimento de que o artigo 7º, parágrafo único da Lei especial n. 9.278/96 permanece intacto, não tendo sido revogado pelo novo Código Civil, tendo em vista o seu caráter assistencial.³²⁶

³²⁵ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: **Direito de Família e o novo Código Civil**, p. 230.

³²⁶ O novo Código Civil aboliu a figura do usufruto, uma vez que se estabeleceu o regime de concorrência para o cônjuge e companheiro sobrevivente. Pela nova regra, o cônjuge/companheiro poderá concorrer com descendentes e ascendentes do falecido, tornado-se desnecessária a proteção que lhe era outorgada, com o objetivo de não ficar desamparado. Como bem observa Euclides de Oliveira “*recebendo o mais, que é a propriedade sobre parte dos bens, o viúvo já tem incorporado a seu favor o direito de usufruto inerente à propriedade*” (OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**, p. 178). Assim, não se pode sustentar a manutenção do usufruto ao companheiro (Lei n. 8.971/94), tendo em vista que o usufruto foi abolido pelo Código Civil de 2002, não sendo possível atribuir-se mais direitos aos companheiros que aos cônjuges.

4.3.6.1 Quadro com a posição de vários autores sobre a subsistência do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente

AUTORES	Direito real de habitação.	Obras
Aldemiro Rezende Dantas Júnior.	Sim.	Sucessão no casamento e na união estável, p. 606-607.
Antônio Carlos Mathias Coltro	Sim.	A realidade da união estável no novo Código Civil, p. 83
Arnaldo Rizzardo	Não.	Direito das sucessões, p. 205-206.
Arnoldo Wald	Não.	Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões, p. 82.
Christiano Cassettari	Sim.	Aspectos controvertidos na sucessão decorrente da união estável. Uma evolução histórica. Biblioteca Forense Digital.
Euclides de Oliveira	Sim.	Direito de herança: a nova ordem da sucessão, p. 178-180.
Fábio Ulhoa Coelho	Sim.	Curso de Direito Civil, p. 274.
Flávio Augusto Monteiro de Barros	Não.	Manual de Direito Civil: família e sucessões, p. 216.
Francisco José Cahali	Não.	Curso avançado de Direito Civil: direito das sucessões, p. 233-234.
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka	Sim.	Direito das sucessões brasileiro – disposições gerais e sucessão legítima, p. 27; Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes, p. 427.
Gisele Pereira Jorge Leite	Não.	O novo direito sucessório. Disponível em www.gontijo-familia.adv.br , acesso em 02 de março de 2005.
Guilherme Calmon Nogueira da Gama	Sim.	Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002, p. 17.
Inácio de Carvalho Neto	Não.	A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil, p. 35.
José Samurai Saiani	Sim.	Sucessão legítima do companheiro no novo Código Civil, fls. 49-52.
Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk	Sim.	Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, p. 251-252.
Maria Helena Diniz	Sim.	Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões, p. 147.
Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi	Sim.	Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente, p. 164.
Sílvio de Salvo Venosa	Sim.	Direito Civil: Direito das sucessões, p. 120-121.
Washington de Barros Monteiro	Não.	Curso de Direito Civil: direito das sucessões, p. 101.
Zeno Veloso	Não	Direito real de habitação na união estável, p. 414-415.

4.3.7 Artigo 1.830 do Código Civil e a possível concorrência do companheiro com o cônjuge sobrevivente

Tendo em vista as novas regras introduzidas pelo Código Civil de 2002, tornou-se possível a concorrência do companheiro com o cônjuge do falecido. Mas como se pode falar em casamento e união estável ao mesmo tempo? É que o artigo 1.723, § 1º do Código Civil, seguindo a jurisprudência, permitiu expressamente que a pessoa casada, desde que estivesse separada de fato de seu cônjuge, pudesse constituir união estável.

Essa situação é comumente apresentada na prática. Pessoas que se separam de fato de seus respectivos cônjuges e não regularizam sua situação jurídica, mediante separação judicial ou divórcio direto, permanecendo no estado civil de casados, e constituem novas famílias, mediante união estável. Essa situação pode trazer sérias repercussões no âmbito do direito sucessório.

Com a morte daquele que é casado mas está separado de fato de seu cônjuge e vive em união estável, a companheira poderá ser considerada herdeira, a depender da existência de bens adquiridos a título oneroso na constância da união, de acordo com as regras do artigo 1.790 do Código Civil. Tal hipótese deveria excluir qualquer possibilidade de a esposa ser chamada à sucessão, mas não é isso que se depreende pela redação do artigo 1.830 do Código Civil:

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 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

O cônjuge sobrevivente terá direito sucessório desde que não tenha ocorrido a separação judicial ou divórcio, e o período de separação de fato não ultrapasse dois anos. Agora, se já estiverem separados de fato há mais de dois anos, o

direito sucessório ficará condicionado à comprovação de que o fim da convivência entre o casal ocorreu sem culpa do cônjuge sobrevivente.

Assim, o cônjuge supérstite será herdeiro quando:

- a) a separação de fato não for superior a dois anos;
- b) a separação de fato se der há mais de dois anos, sem sua culpa.

Com base nessas considerações, três soluções tornam-se possíveis:

1ª) A primeira seria a aplicação do artigo 1.830 com os artigos 1.829 e 1.790 do Código Civil, possibilitando assim que o cônjuge supérstite e o companheiro sejam chamados simultaneamente a receber a herança do falecido.

Essa concorrência de companheiro e cônjuge sobrevivente pode dar-se juntamente com os descendentes, que estão na primeira classe dos sucessíveis. Para isso, deve-se observar a existência de bens adquiridos a título oneroso³²⁷, para o primeiro, e o regime de bens do casamento³²⁸, para o segundo.

Não havendo descendentes, a concorrência dar-se-á com os ascendentes. Terá o companheiro direito a um terço sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância da união; e o cônjuge, direito a um terço se concorrer com pai e mãe do falecido, ou metade se concorrer com apenas um deles ou se maior for o grau dos ascendentes.

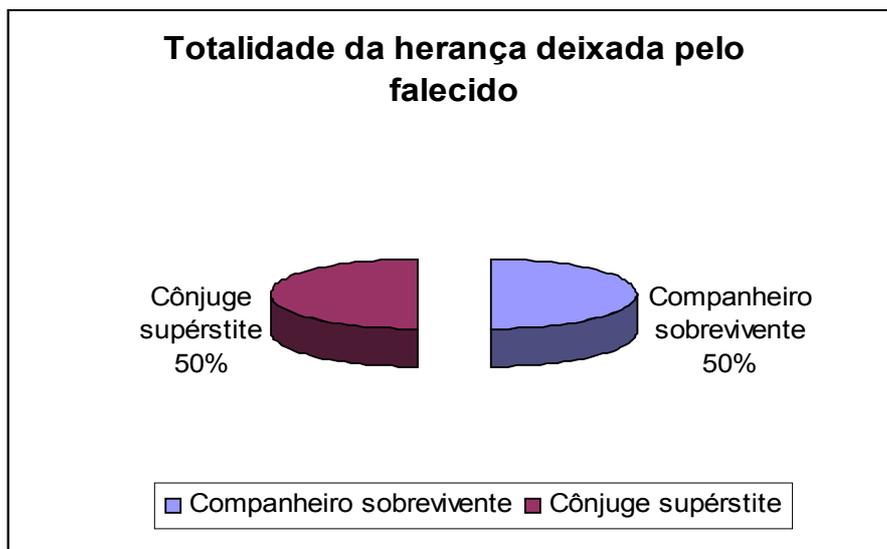
Na falta dos descendentes e ascendentes, apresentam-se quatro formas para a divisão da herança:

I) Companheiro e cônjuge sobrevivente deverão repartir de forma igualitária a herança do falecido, não ficando o primeiro adstrito aos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, estabelecendo-se assim um tratamento mais humano e digno ao companheiro (fig. 17).

³²⁷ A concorrência do companheiro está limitada aos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável.

³²⁸ O cônjuge sobrevivente estará autorizado a concorrer com os descendentes se o casamento tiver como regime matrimonial de bens a comunhão parcial, participação final nos aqüestos e separação convencional de bens.

Figura 17



Porém, trata-se de situação que causa estranheza às regras estudadas até então, pois no direito sucessório dos companheiros, na falta de ascendentes, a concorrência dar-se-á com os outros parentes sucessíveis (que são os colaterais até o quarto grau, uma vez que cônjuge sobrevivente não é parente) e em momento algum, o legislador aventa que essa concorrência dar-se-á com o cônjuge sobrevivente. Mas, se houver, o cônjuge exclui os demais parentes sucessíveis, visto que figura na terceira classe dos sucessíveis.

II) O companheiro só terá direito a um terço sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância da união (fig. 18), e o cônjuge sobrevivente, recolherá os 2/3 restantes, bem como os demais bens que compõem o acervo hereditário (bens que foram adquiridos antes da união estável, bem como aqueles que foram adquiridos em sua vigência, mas a título gratuito) (fig. 19).

Figura 18

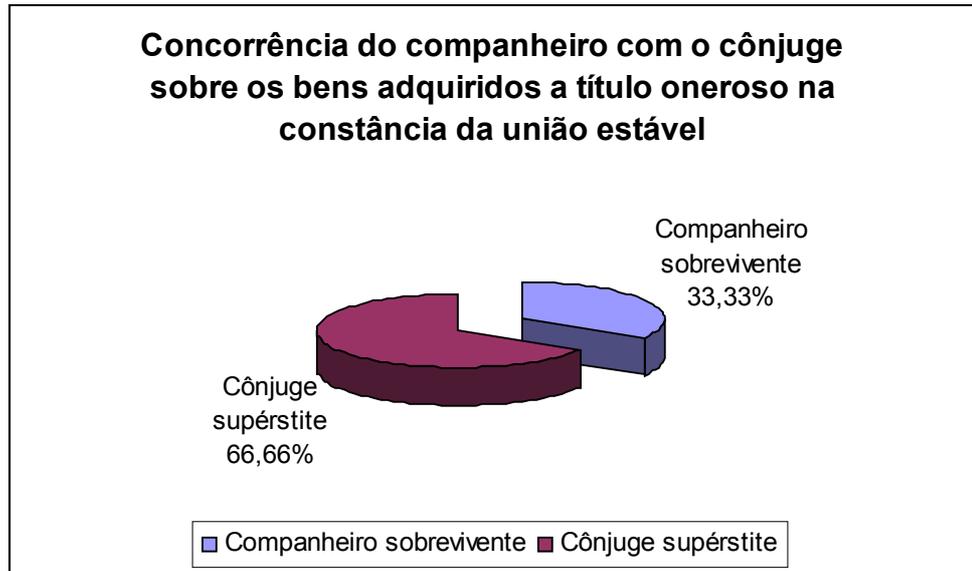
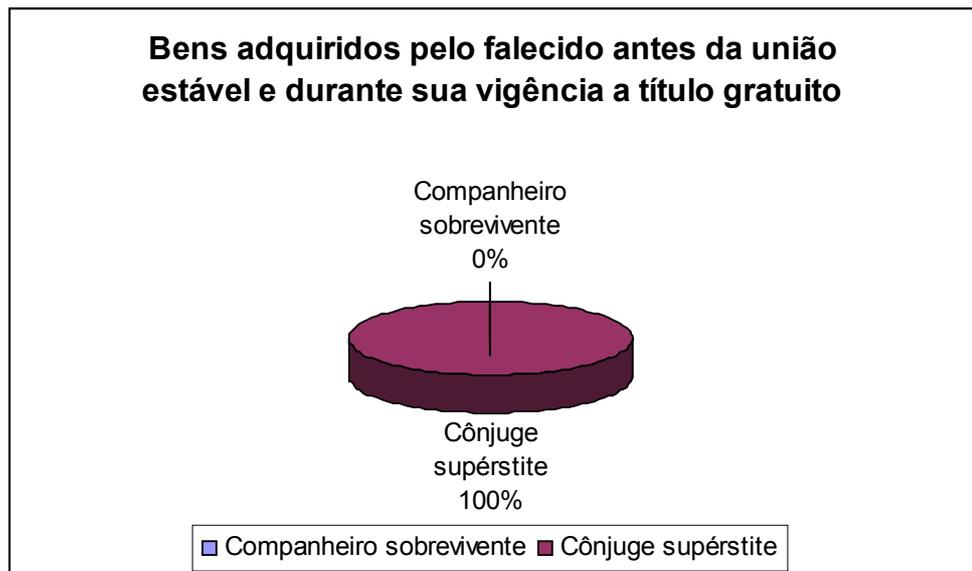


Figura 19



Totalmente injusta essa situação, que pode fazer com que o cônjuge receba muito mais que o companheiro que convivia com o autor da herança até o seu falecimento.

III) O companheiro sobrevivente terá direito a todos os bens que tiverem sido adquiridos no decorrer da união estável e o cônjuge supérstite ficará com os demais bens.

Nesse sentido, manifesta-se Fábio Ulhoa Coelho³²⁹ e Mário Luiz Delgado Régis, para os quais, para solucionar a aparente antinomia existente entre os artigos 1.830 e 1.790, IV, deve-se dar preferência a este último por se tratar de uma norma especial. Assim, *“deve a participação do companheiro ficar restrita aos bens adquiridos durante a união estável (patrimônio comum), enquanto o direito sucessório do cônjuge só alcançará os bens anteriores, adquiridos antes da data reconhecida judicialmente como de início da união estável. Essa nos parece ser a única forma de compatibilizar as disposições dos arts. 1.790, 1.829 e 1.830 do novo Código”*.³³⁰

IV) O cônjuge sobrevivente terá direito a todos os bens que foram adquiridos até a separação de fato e ao companheiro sobrevivente tocará todos os bens que foram adquiridos após a separação de fato (onerosos e gratuitos), mesmo que anteriores ao início da convivência.

Dentre as hipóteses apresentadas, talvez essa possa ser a mais favorável ao companheiro, porém, ainda assim, entendemos que não se justifica a inclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro, por menor que seja a sua participação sucessória.

2ª) A segunda solução possível seria excluir o companheiro e atribuir a herança ao cônjuge sobrevivente.

Porém, essa também não parece ser a melhor solução, uma vez que o companheiro é quem estava ao lado do autor da herança quando de sua morte.

3ª) E a terceira solução, com a qual concordamos, é privilegiar o companheiro, excluindo assim o cônjuge sobrevivente. Uma vez caracterizada a união estável entre as partes, não se pode mais considerar a existência de um casamento.

A separação de fato prolongada é suficiente para colocar fim ao regime de bens do casamento e aos deveres matrimoniais. O artigo 1.723, § 1º do Código Civil

³²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, p. 268-269.

³³⁰ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 29, p. 218-219.

admite que o separado de fato constitua união estável. Portanto, com base nesse dispositivo, uma vez caracterizada a união estável entre o falecido e o companheiro sobrevivente, aplicam-se as regras constantes do artigo 1.790 do Código Civil, que trata do direito sucessório dos companheiros, excluindo qualquer direito que possa vir a ser pleiteado pelo cônjuge sobrevivente.

Assim, devemos entender que o artigo 1.830 só poderá ser invocado, concedendo-se direito sucessório ao cônjuge sobrevivente que estava separado de fato do falecido, se não for reconhecida a existência de uma união estável. Havendo o reconhecimento, afasta-se qualquer direito sucessório do cônjuge sobrevivente, incidindo apenas as regras do artigo 1.790, CC.

A esse respeito, transcrevemos a posição de Francisco José Cahali:

Existe um conflito entre as normas, na medida em que duas pessoas, pela análise fria dos textos, seriam titulares da mesma herança. Para a convivência das regras, caracterizada a união estável, há que se prestigiar o companheiro viúvo, em detrimento do cônjuge, integrante formal de matrimônio falido, apenas subsistente no registro civil.³³¹

Outro aspecto a ser analisado e que merece severas críticas é a necessidade de se discutir culpa pela separação de fato, quando esta for superior a dois anos. Não tem lógica essa discussão, ainda mais por já ter ocorrido o óbito do autor da herança. Isso trará discussões infundáveis, pois essas questões deverão ser remetidas às vias ordinárias, por se tratar de matéria de alta indagação, não sendo possível a solução nos autos do inventário. Como bem lembra Rolf Madaleno, “*a prova judicial de o cônjuge sobrevivente haver sido inocentemente abandonado pelo autor da herança ou sair pesquisando qualquer causa subjetiva da separação fatural, para caçar culpa de um decisão unilateral, é, mais uma vez, andar na contramão do direito familista brasileiro, que desde a Lei do Divórcio de 1977 já havia vencido estes ranços culturais*”.³³²

³³¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 235.

³³² MADALENO, Rolf. O novo direito sucessório brasileiro. **Revista Jurídica**, v. 291, p. 42.

Pela redação do artigo 1.830, CC, chega-se à conclusão que, após dois anos da separação de fato do casal, o cônjuge sobrevivente, para ter direito sucessório terá que demonstrar que não concorreu com culpa pela separação de fato. Porém, se a separação de fato não for superior a dois anos, tem o cônjuge sobrevivente direito a concorrer na herança do falecido. Neste caso o legislador não exigiu que o sobrevivente comprove que não agiu com culpa quando da separação de fato. Não parece lógico se conceder direito sucessório ao sobrevivente, se ele foi culpado pela separação de fato. E mais, na hipótese do sobrevivente, nesse período, já ter constituído nova família (união estável). O legislador não faz qualquer ressalva neste sentido.

Diante das críticas e soluções apresentadas, entendemos que, por haver um conflito de normas e de interesses entre o companheiro e o cônjuge supérstite na herança do falecido, o artigo 1.830 do Código Civil merece ser interpretado sistematicamente, e, assim, apresentamos a seguinte sugestão legislativa: uma vez caracterizada a união estável, o cônjuge sobrevivente estaria automaticamente afastado de pleitear direito sucessório, independentemente do prazo e da discussão de culpa pela separação de fato.³³³

Argumenta Eduardo Cambi³³⁴ que a *affectio* é a única *ratio* do casamento. Com o fim do amor que unia os cônjuges e sem que exista o *animus* reconciliatório, deve ser considerado rompido o vínculo matrimonial, embora não tenha ocorrido a homologação ou decretação da separação judicial ou do divórcio. Assim sendo, conclui-se que a separação de fato significa o término da comunhão de vida, espiritual e material que havia entre os cônjuges.

A jurisprudência já vinha entendendo como suficiente a separação de fato para colocar fim ao regime de bens entre os cônjuges. A esse respeito, discorre Marilene Silveira Guimarães:

³³³ Sobre o assunto: CAHALI, Francisco José; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**, p. 119-120; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**, p. 235; DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 611; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito sucessório no novo código civil: problemática dos cônjuges, conviventes e concubinos. In: **Contribuições ao estudo do novo direito civil**, p. 336; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**, p. 189.

³³⁴ CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 4, 1999, p. 179-180.

A comunicação dos bens ocorre apenas na constância do casamento. Constância significa vigência, convivência matrimonial, que se rompe com a separação de fato. Se o casamento existir apenas no aspecto formal, não se comunicam mais os bens adquiridos após a separação de fato. Interpretar de forma diferente seria imoral e conduziria a uma grande injustiça, pois permitiria que os bens obtidos pelos companheiros fossem partilhados com o marido ou a esposa, afrontando o princípio geral de direito que proíbe o enriquecimento semcausa.³³⁵

Se a separação de fato coloca fim ao regime de bens do casamento e permite que os cônjuges constituam novas famílias, incidindo novo regime de bens, não há que se falar na permanência do direito sucessório entre eles. Ou seja, “*pela existência de um casamento que não existe, ou que existe, somente, nos arquivos cartoriais*”³³⁶ não se pode deixar de reconhecer de forma plena o direito sucessório dos companheiros, para concedê-los ao cônjuge sobrevivente.

Segundo Teresa Arruda Alvim Pinto:

Ora, a partir do momento em que o homem ou a mulher, casados, encontram-se separados de fato, ao menos a partir do momento em que essa separação de fato se mostra definitiva, como, por exemplo, no caso de algum deles, ou ambos, já terem constituído uma nova entidade familiar, com outra pessoa, torna-se impossível que o Estado possa proteger ambas as situações, *concomitantemente*, i. é, a do casamento meramente formal e a da entidade familiar. Nestes casos, evidentemente, se a entidade familiar deve, por força de norma constitucional, receber proteção do Estado, não pode este, ao mesmo tempo, proteger, com os mesmos direitos, a situação do casamento meramente formal. O Direito, cada vez mais, protege situações reais e, cada vez menos, situações meramente *formais*.³³⁷

³³⁵ GUIMARÃES, Marilene Silveira. Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 2, p. 201.

³³⁶ VELOSO, Zeno. Direito real de habitação na união estável. In: **Questões controvertidas no novo Código Civil**, p. 408.

³³⁷ PINTO, Teresa Arruda Alvim. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. In: **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 1, p. 83.

Na seqüência, cita uma decisão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo relator foi o Des. Ney Almada, Ap. 29.353-1, j. 7.4.83, em que trouxe a distinção entre existência e constância do casamento. *“A constância significa a convivência, que, por óbvio, rompe-se com a separação de fato. A existência, a seu turno, identifica-se com um liame de ordem meramente formal”*. E conclui: *“Em caso de conflito, pois, entre os direitos do cônjuge, num casamento que de fato já não existe há um período prolongado de tempo, e os direitos de um(a) companheiro(a) que leva com o outro uma vida de verdadeira comunhão, não são os direitos daquele que devem prevalecer.”*³³⁸

Vale mencionar decisão em que, concorrendo cônjuge sobrevivente com companheira para o recebimento de pensão por morte do companheiro, prevaleceu o entendimento de que é a companheira, que conviveu de fato com o falecido que tem o direito à pensão, e não aquela que está casada apenas no papel.³³⁹

Assim, pode-se concluir que a separação de fato é, por si só, suficiente para afastar da sucessão o cônjuge sobrevivente por não possuir mais a convivência e a afetividade entre eles.

Corpos e espíritos separados não podem gerar comunicação patrimonial fundada apenas no registro meramente cartorial do casamento. Mola-mestra da comunicação dos bens é a convivência conjugal, sendo que a simples separação de fato desativa o regime patrimonial. Portanto, não faz sentido que o novo Código Civil reclame ainda dois longos anos de fatural separação (art. 1.830 do novo Código Civil), para só depois deste lapso de tempo afastar da sucessão o cônjuge sobrevivente. Ora, se não sobreviveu o casamento no plano fático, não há nexos em estendê-lo por dois anos no plano jurídico, apenas porque não foi tomada a iniciativa da separação judicial ou do divórcio. Suprimida a vida em comum, este é o marco da incomunicabilidade dos bens e da exclusão da vocação hereditária do cônjuge que ficou viúvo tão-somente no plano formal.³⁴⁰

³³⁸ Ibid., p. 84 e 89-90.

³³⁹ Decisão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, Apelação Cível 87.523-6/188, Des. Walter Carlos Lemes, j. 6.9.2005, disponível em <http://www.tj.go.gov.br>, acesso em 28 de fevereiro de 2006.

³⁴⁰ MADALENO, Rolf. O novo direito sucessório brasileiro. **Revista Jurídica**, v. 291, p. 42.

5. SUGESTÕES DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Tendo em vista que o Código Civil de 2002 representa um retrocesso ao direito sucessório dos companheiros, se comparado aos direitos que lhes foram conferidos pelas Leis da União Estável, mostra-se necessária uma reforma urgente para sanar os equívocos cometidos pelo legislador.

Com base nos projetos apresentados, PL n. 6.960/2002, do Deputado Ricardo Fiúza em junho de 2002, e PL n. 4.944/2005, do Deputado Antonio Carlos Biscaia, em março de 2005, pretende-se trazer algumas sugestões no tocante à matéria.

Inicialmente, cumpre deslocar o direito sucessório dos companheiros do Título I, que trata “Da Sucessão em Geral” e que se encontra totalmente fora do contexto e inseri-lo ao lado do cônjuge, no Título II, que disciplina a “Sucessão Legítima”.

O direito sucessório dos companheiros, com a redação do artigo 1.790 do Código Civil, ficou adstrito aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, distanciando-se demasiadamente do tratamento dispensado ao companheiro sobrevivente e ao cônjuge supérstite, destoando assim dos anseios da sociedade, visto que antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 o companheiro ocupava uma posição semelhante à do cônjuge. Sugere-se introduzir o companheiro no artigo 1.829 do Código Civil, ao lado do cônjuge sobrevivente. O inciso III passaria a ter a seguinte redação: *ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente*.

No inciso I, do artigo 1.829 do CC, o companheiro seria colocado ao lado do cônjuge sobrevivente, mantendo-se a concorrência com os descendentes, porém sem condicioná-la ao regime de bens adotado quando do casamento ou da união estável. E mais, a concorrência seria limitada aos bens sobre os quais não incide o direito à meação.

Pela redação atual do artigo 1.790, I e II do Código Civil, quando o companheiro sobrevivente estiver concorrendo com descendentes comuns, terá direito a

uma quota equivalente à que lhes for atribuída. E, se a concorrência se der com descendentes exclusivos do autor da herança, o companheiro terá direito à metade da quota que lhes couber. A polêmica surge em face da filiação híbrida, ou seja, quando houver a concorrência do companheiro com filhos comuns e filhos exclusivos. Porém, tem prevalecido na doutrina a aplicação do inciso I, atribuindo-lhe a mesma quota que couber a cada um dos herdeiros.

Já pela redação do artigo 1.832 do Código Civil, adotando o legislador um critério diferente, estabelece que quando o cônjuge sobrevivente estiver concorrendo com descendentes do falecido, terá direito à mesma quota atribuída a cada um deles, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer. Portanto, se o cônjuge sobrevivente concorrer somente com filhos exclusivos do falecido, não terá direito à reserva da quarta parte. Também não enfrenta a hipótese de filiação híbrida. O legislador não estabeleceu se a reserva de um quarto da herança deve ser mantida na hipótese do cônjuge sobrevivente concorrer com descendentes comuns e exclusivos. Tem prevalecido na doutrina que não persiste referida reserva.

A sugestão é colocar o companheiro ao lado do cônjuge no artigo 1.832 do Código Civil, retirando a reserva da quarta parte dos bens: *Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, I), caberá ao cônjuge ou companheiro quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça.*

Na falta dos descendentes, mas deixando o falecido ascendentes, o artigo 1.790, III, estabelece que o companheiro terá direito à quota de um terço sobre os bens adquiridos onerosamente na união estável. A quota de um terço é fixa, pois não existe diferença se o falecido deixou ambos ascendentes em primeiro grau ou se apenas um deles, ou se deixou apenas os ascendentes em segundo grau.

Já o cônjuge sobrevivente concorre com os ascendentes, não importando o regime de bens que fora adotado no casamento (artigo 1.829, II, CC e 1.836). Pelo artigo 1.837, concorrendo com os ascendentes em primeiro grau, o cônjuge terá direito a um terço da herança. Se concorrer com apenas um dos genitores ou se maior for o grau de parentesco, caber-lhe-á metade da herança.

Resolver-se-ia a diferença se o companheiro fosse inserido nos artigos 1.836, *caput* e 1.837.

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Não deixando o falecido descendentes e ascendentes, o companheiro concorrerá com os colaterais até o quarto grau, sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável (art. 1.790, III).

Diferentemente, o cônjuge figura na terceira classe dos sucessíveis, recebendo a totalidade da herança (art. 1.829, III e 1.838, CC).

A sugestão, como já mencionado anteriormente, é inserir o companheiro ao lado do cônjuge sobrevivente.

Art. 1.829, III – ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Portanto, os colaterais só seriam chamados a receber a herança do falecido, na falta do cônjuge ou companheiro sobreviventes. A sugestão é:

Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente nas condições estabelecidas no art. 1.830, nem companheiro, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

No que se refere à separação de fato dos cônjuges, faz-se necessária a alteração do artigo 1.830 do Código Civil, que autoriza ao cônjuge sobrevivente o recebimento da herança do falecido, desde que não esteja separado de fato há mais de dois anos. Porém, se a separação for superior a dois anos, é necessário comprovar que o cônjuge sobrevive não deu causa à separação.

Como já foi mencionado anteriormente, é absurdo o dispositivo legal por permitir que cônjuge sobrevivente separado de fato venha a concorrer com companheiro do falecido. E mais, não se justifica a discussão de culpa pela separação de fato.

Assim, sugerimos a seguinte redação: *Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente ou separados de fato.*

No tocante ao direito real de habitação, faz-se necessária a inclusão do companheiro no artigo 1.831 do Código Civil: *Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, enquanto viver e não constituir novo casamento ou união estável, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.*

É de suma importância a inclusão do parágrafo único, conforme redação do Projeto de Lei n. 4.944/2005: *O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes.*

E para finalizar, faz-se necessária a inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845, CC).

CONCLUSÃO

1- O Concubinato puro não foi regulamentado pelo Código Civil de 1916, que só continha restrições a essa forma de convivência, impedindo que a concubina fosse beneficiária em doações, seguro de vida e testamento. Essas restrições irradiavam seus efeitos à filiação. Os filhos eram chamados de ilegítimos e não podiam ser reconhecidos.

2- Em 1963 tivemos o primeiro benefício à concubina sumulado, que foi o direito a obter uma indenização no caso de morte do concubino por acidente de trabalho ou de transporte (Súmula 35 do STF).

3- Para reparar as injustiças que sofriam as concubinas ao fim de uma relação, seja por morte, seja por dissolução, a jurisprudência passou a conceder-lhe uma indenização pelos serviços domésticos prestados. Na seqüência, passou-se a reconhecer no concubinato uma sociedade de fato entre os concubinos, e havendo aumento patrimonial, era possível pleitear uma participação no patrimônio adquirido pelo esforço comum, tendo em vista a formação de uma sociedade de fato. Ambas as alternativas tinham como fundamento evitar o enriquecimento ilícito por parte do concubino.

4- Com base nos julgados que se seguiram até 1963, formulou-se a Súmula 380 do STF, que possibilitava a dissolução judicial da sociedade de fato com a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum.

5- A Constituição Federal de 1988 foi um marco para o Direito de Família, estabelecendo a igualdade entre os filhos, bem como entre marido e mulher e reconhecendo outras formas de constituição de família, como a união estável e a família monoparental.

6- O artigo 226, § 3º da CF reconheceu para efeito de proteção do Estado a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. A lei deverá facilitar a sua conversão em casamento. Não houve equiparação entre união estável e casamento.

7- Com a Lei n. 8.971/94 regulamentou-se o direito dos companheiros quanto aos alimentos e à sucessão. Na seqüência foi aprovada a Lei n. 9.278/96, que estabeleceu os requisitos para caracterização da união estável, os efeitos patrimoniais e pessoais, regulamentou a conversão da união estável em casamento e a elegeu o foro para julgar as respectivas ações. A Lei n. 9.278/96 derogou a Lei n. 8.971/94, ou seja, somente as disposições incompatíveis foram revogadas.

8- O Código Civil de 2002 disciplinou a união estável nos artigos 1.723 a 1.726 do Código Civil, estabelecendo requisitos caracterizadores da união, deveres dos companheiros, regime da comunhão parcial de bens, na ausência de contrato escrito, alimentos (art. 1.694, CC) e possibilidade de conversão da união estável em casamento. O art. 1.727 dispõe a respeito do concubinato.

9- O Direito das Sucessões encontra amparo na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, incisos XXX e XXXI. As Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 regulamentaram o direito sucessório dos companheiros. A primeira lei atribuía ao companheiro sobrevivente direito ao usufruto de um quarto ou metade dos bens, a depender da existência de descendentes ou ascendentes, e não os havendo, recebia ele a totalidade da herança. E a Lei de 1996 estabelecia o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família. As duas leis conviveram em harmonia, somando-se usufruto e direito real de habitação.

10- O Código Civil de 2002 regulamentou o direito sucessório dos companheiros no artigo 1.790. Portanto, têm-se regras distintas para a sucessão dos cônjuges (art. 1.892, CC) e companheiros. As sucessões abertas a partir de 11 de janeiro de 2003 serão reguladas pelo novo Código Civil.

11- A família matrimonial goza de preferência constitucional, porém não se pode falar em hierarquia entre as entidades familiares. Como a Constituição Federal de 1988 não equiparou a união estável ao casamento, é possível que a lei ordinária conceda direitos sucessórios distintos aos cônjuges e companheiros. Mas, para que haja interesse na conversão em casamento, os companheiros não poderão auferir mais vantagens do que os cônjuges, restringindo o direito daqueles naquilo que ultrapassar o direito destes.

12- O direito sucessório dos companheiros dar-se-á somente sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Excluem-se, assim, os bens adquiridos antes da união, bem como os adquiridos em sua constância a título gratuito, como doação, herança, legados, fato eventual, além daqueles cuja aquisição tiver por título uma causa anterior à união e os adquiridos a título oneroso por sub-rogação.

13- Concorrendo o companheiro sobrevivente com descendentes comuns, terá direito, sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, à mesma quota atribuída a cada um dos filhos. Na concorrência com filhos só do falecido, o companheiro receberá metade do que couber a cada um dos filhos exclusivos. Concorrendo o companheiro sobrevivente com filhos comuns e exclusivos do falecido, aplicar-se-á o inciso I do artigo 1.790 do Código Civil, dividindo a herança em partes iguais.

14- Na falta de descendentes, a concorrência dar-se-á com os ascendentes. A quota atribuída ao companheiro sobrevivente será sempre de 1/3 (um terço), sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

15- Não existindo descendentes e ascendentes, o companheiro concorrerá em 1/3 (um terço) sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união com os colaterais até o quarto grau de parentesco, seguindo a regra de que os parentes de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos já falecidos.

16- Não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança, não ficando restrito aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Exclui-se, portanto, o Município, que só arrecadará os bens quando o falecido não houver deixado cônjuge, companheiro e parentes com direito sucessório.

17- O Código Civil de 2002 introduziu o cônjuge na categoria dos herdeiros necessários. Porém, o mesmo não ocorreu com o companheiro, que continua na classe dos herdeiros facultativos, podendo ser excluído da sucessão.

18- O Direito Real de Habitação foi previsto ao cônjuge no artigo 1.831 do Código Civil, não havendo previsão ao companheiro. Portanto, sustenta-se a não revogação do parágrafo único do artigo 7º da Lei n. 9.278/96, pela compatibilidade de aplicação e pela finalidade do dispositivo que tem caráter assistencial.

19- O novo Código, no artigo 1.723, § 1º, permite que a pessoa casada mas separada de fato do cônjuge constitua união estável. Essa situação traz uma repercussão no âmbito do direito sucessório, pois, de acordo com o artigo 1.830, CC, o cônjuge sobrevivente terá direito à herança do falecido se a separação de fato não for superior a dois anos ou sendo superior, não for o culpado pela separação. Porém, a melhor interpretação é privilegiar o companheiro sobrevivente. O artigo 1.830, CC só será aplicado se não for caracterizada a união estável. Portanto, havendo conflito entre cônjuge separado de fato e companheiro, este deverá ser beneficiado, de acordo com a regra constante do artigo 1.790 do Código Civil.

20- O concubinato será caracterizado pela relação não eventual entre o homem e a mulher impedidos de casar. Deixará de existir o concubinato se o impedido estiver separado de fato ou judicialmente de seu cônjuge. Aplicar-se-ão aos concubinos as regras concernentes ao Direito das Obrigações.

APÊNDICE

PROJETO DE LEI N. 6.960/2002

Apresentado pelo Deputado Ricardo Fiuza.

Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151,224, 243, 244,246, 262, 273,281,283, 286, 294,299, 300, 302, 306,309,328, 338,369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480,482, 496,502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574,576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928,931, 944, 947, 949,950, 953, 954,966, 977,999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457,1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516,1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", acrescenta dispositivos e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art.1º Os artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151,224, 243, 244,246, 262, 273,281,283, 286, 294, 299, 300, 302, 306,309, 328, 338,369,421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496,502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574,576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949,950, 953, 954,966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204,1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316,1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660,1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719,1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860,1864, 1881,

1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.(NR)

“Art.1.829......

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. 1.641); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

.....”.(NR)

“Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, enquanto permanecer viúvo ou não constituir união estável, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar ”.(NR)

“Art. 1.834. Os descendentes do mesmo grau, qualquer que seja a origem do parentesco, têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes ”.(NR)

“Art. 1.835......

Parágrafo Único. Se não houver pai ou mãe, o filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho, e desde que prove a necessidade disto, terá, ainda, direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar, enquanto permanecer na situação que justificou esse benefício”.(NR)

[...]

Art. 10º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação

JUSTIFICAÇÃO

Inicialmente cumpre-me esclarecer que o presente projeto de lei não tem por objetivo a reforma do Código Civil, o que seria uma contradição, já que exercemos a relatoria geral do projeto 634/75, que deu origem à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Na verdade, o que se pretende com a presente proposta é a complementação de alguns dispositivos, cuja modificação não foi possível fazer anteriormente, face aos impedimentos regimentais já longamente expostos, quando da votação final do PL 634.

A apresentação deste projeto de lei foi um compromisso que assumi perante a sociedade brasileira e especialmente perante o Congresso Nacional. Comprometi-me a que, logo após sancionado o novo Código Civil, apresentaríamos um projeto, aperfeiçoando alguns pontos que não poderiam ter sido alterados naquele momento, pois, ou não haviam sido objeto de emendas pelo Senado Federal e, portanto, já estavam aprovados pelas duas Casas do Congresso, ou não se enquadravam nos estreitos limites da Resolução Nº 01 de 2000, do Congresso Nacional, que só me permitiu a mera atualização de dispositivos que estivessem em manifesto descompasso com a legislação editada posteriormente ao início da tramitação do PL 634. Ocorre que muitos artigos, embora não entrassem, necessariamente, em confronto com qualquer dispositivo de lei posterior, exigiam aprimoramento. Sem falar em várias omissões que identifiquei e que a Resolução Nº 01 não me permitiu suprir.

A continuidade do árduo trabalho empreendido para dotar o País de um Código Civil moderno, atualizado e pronto para responder aos anseios e necessidades da sociedade do século XXI impõe-se.

É sabido que as leis dirigem-se preponderantemente ao futuro, e ainda mesmo quando se valem da retroatividade, não modificam, evidentemente, os fatos pretéritos, mesmo porque não se pode mudar o passado, mas resumem-se, no dizer de Ferrara, ao início do seu Tratado, em “atribuir efeitos jurídicos novos a fatos pretéritos” Exige-se, agora, do Congresso Nacional, a conclusão do processo de codificação, a fim de possibilitar a completa inserção da Lei Nº 10.406 de 2002 no momento presente, de onde poderá projetar-se para o futuro.

Registre-se, finalmente, que as alterações propostas, antes de desvirtuar, completam e finalizam o processo de codificação. Lembro que com o Código Civil de 1916 aconteceu a mesma coisa. Ou seja, pouco tempo após a sua entrada em vigor, foi aprovado o Decreto Legislativo nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919, modificando a redação de mais de 200 (duzentos) dispositivos do velho código.

As modificações propostas, todas modernizadoras do texto aprovado, foram resultado de um longo trabalho de pesquisa que empreendi, auxiliado por renomados juristas deste País, aos quais não posso deixar de fazer a devida referência.

Reuni em meu escritório um grupo de notáveis especialistas para, em conjunto com este parlamentar, discutirmos, tema por tema, o que ainda poderia ser feito para aprimorar o texto, transformando as sugestões acatadas no presente projeto de lei, que ora apresento à Câmara dos Deputados, o qual, se aprovado nas duas Casas ainda no decorrer do ano de 2002, poderá entrar em vigor concomitantemente com o novo Código Civil, ao fim da *vacatio legis*. Se alcançarmos esse objetivo, provando à sociedade brasileira que a proximidade das eleições gerais não constitui óbice a que seus

representantes cumpram com seus deveres, faremos com que o novo Código Civil entre em vigor no estágio mais próximo possível do que se poderia chamar de “obra humana perfeita”, em termos de elaboração legislativa.

Entretanto, teria sido absolutamente impossível, não somente face à magnitude do trabalho, bem como à responsabilidade que o mesmo encerra, haver concluído o presente projeto de lei, em tão pouco tempo, considerando as inúmeras questões que a análise suscitou, sem o fundamental concurso de inúmeros professores, magistrados, Faculdades de Direito e de tantos quantos emitiram suas críticas pela imprensa ou diretamente a este Deputado remeteram sugestões por escrito.

Mas seria injusta a generalização, sem o destaque especial e o merecido registro a alguns que, com completo e absoluto desprendimento, me auxiliaram na análise minuciosa que fiz em cada um dos 2046 artigos da Lei nº 10.406/02.

Na Parte Geral contribuiu a professora **MARIA HELENA DINIZ**; no Direito das Obrigações, destacaram-se o advogado e jurista **MÁRIO LUIZ DELGADO RÉGIS** e o Desembargador **JONES FIGUERÊDO ALVES**. No tema Responsabilidade Civil, recebi a colaboração e as inestimáveis sugestões da professora **REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**; no Direito das Coisas, participaram os professores **CARLOS ALBERTO DABUS MALUF** e **JOEL DIAS FIGUEIRA JR.** No Direito de Família, o Juiz **ALEXANDRE GUEDES ALCOFORADO ASSUNÇÃO** e novamente a professora **REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**. Finalmente, no Direito das Sucessões, o grande professor **ZENO VELOSO**.

Além dos acima mencionados professores e juristas, devo destacar ainda a imprescindível participação do professor **ALVARO VILLAÇA AZEVEDO**, sempre presente em todos os momentos da tramitação do projeto de lei que originou o novo Código Civil e cujas substanciosas sugestões integram o presente trabalho. Também nos remeteram sugestões os Professores **SÉRGIO NIEMEYER**, **JOSÉ GUILHERME BRAGA TEIXEIRA**, **HÉLIO BORGHI**, **ROSELY BENEVIDES DE OLIVEIRA SCHWARTZ** e **MÁRCIA CRISTINA DOS SANTOS RÊGO**.

Registro específico seja feito ao **IBDFAM – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA** que, através de Comissão coordenada pelos Desembargadores Luiz Felipe Brasil Santos, Maria Berenice Dias e ainda o advogado Rodrigo da Cunha Pereira, formulou importantes e construtivas críticas ao nosso trabalho.

Igualmente devem ser destacadas as propostas constantes dos trabalhos elaborados pela **OAB – Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo** e **CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados**, pela **ABPI - Associação Brasileira da Propriedade Intelectual**, **ANOREG – Associação dos Notários e Registradores** e ainda pelos advogados Cláudio Taveira, Marcelo José Lomba Valença, Guilherme da Rocha Zambrano e Davi Lago.

Cada um desses especialistas e entidades, em sua respectiva área de atuação, teve participação ativa e decisiva na elaboração das justificativas, que vão a seguir expostas:

144. Art. 1.790: O art. 1.790 do Código Civil, tal como posto, significa um retrocesso na sucessão entre companheiros, se comparado com a legislação até então em vigor – Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96.

148. Art. 1.829: A proposta pretende corrigir equívoco de remissão. O parágrafo único do artigo 1829 refere-se ao artigo 1640, parágrafo único, quando a remissão correta seria ao artigo 1641.

149. Art. 1.831: Não há razão para manter o direito real de habitação, se o cônjuge sobrevivente constituir nova família. “Quem casa faz casa”, proclama o dito popular. Melhor e mais previdente a restrição do art. 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916.

150. Art. 1.834: Os descendentes já são de uma mesma classe. O que o dispositivo quis dizer, atualizando a regra do art. 1.605 do Código Civil de 1916, é que estão proibidas quaisquer discriminações ou restrições baseadas na origem do parentesco. Proclama a Constituição, enfaticamente, no art. 227, § 6º, que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, o que este Código repete e reitera no art. 1.596. Obviamente, o princípio da não-discriminação, até por ser uma regra fundamental, se estende e projeta a todos os descendentes. Para efeitos sucessórios, aos descendentes que estejam no mesmo grau.

151. Art. 1835: O acréscimo do parágrafo único ao art. 1835 foi sugerido pela professora Márcia Cristina dos Santos Rêgo, da UFPA e objetiva compatibilizar o dispositivo com o disposto na Lei nº 10.050, de 14 de novembro de 2000, que acrescentou um parágrafo terceiro ao art. 1611 do Código Civil de 1916. Esse dispositivo do velho código dispunha acerca do chamamento do cônjuge à sucessão legítima e conferia-lhe em seu parágrafo segundo o direito real de habitação em caso de haver um único imóvel residencial, observados alguns requisitos. Pois bem, o parágrafo acrescentado trouxe uma inovação sem precedentes, que foi a extensão daquele direito real de habitação ao filho órfão portador de deficiência que o impossibilitasse para o trabalho, coadunando-se com o inciso XIV do art. 24 da própria Lei Maior. O dispositivo descaradamente protege o portador de deficiência e não a figura do filho em si, partindo da máxima aristotélica de que a igualdade faz-se a partir do tratamento desigual conferido aos desiguais, posto que aquele que se encontra em posição desfavorável, como o deficiente e o consumidor, por exemplo, precisa ser tratado com deferência, ou seja, precisa que o sistema o guarneça com muito mais empenho que aos demais. Fato é que dito dispositivo, pouco conhecido, pouco discutido, pouco estudado e pouco aplicado, deixou de figurar no novo código civil, em evidente retrocesso legislativo do chamado direito civil constitucional, que simplesmente o ignorou, como se desconhecesse de sua relevância. Parece-nos o momento, então, de corrigir tal equívoco, reintroduzindo aquele benefício no ordenamento, carreado por novos requisitos indissociáveis, além daqueles em vigor, quais sejam: a) ausência dos pais; b) ser filho portador de deficiência; c) impossibilidade para o trabalho; d) necessidade.

PROJETO DE LEI N. 4.944/2005.

Apresentado pelo Deputado Antonio Carlos Biscaia

Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. Esta Lei modifica disposições do Código Civil sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável.

Art. 2º Os arts. 544, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845 e 2003 da Lei 10.406- Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes importa adiantamento do que lhes cabe por herança.” (NR)

.....

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os subrogados.” (NR)

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato.” (NR)

“Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que, na abertura da sucessão, esteja sob domínio exclusivo do falecido ou deste e do sobrevivente.

Parágrafo único. O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes.” (NR)

“Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça.” (NR)

.....

“Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.” (NR)

“Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.” (NR)

“Art. 1.839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau.” (NR)

.....

“Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.” (NR)

.....

“Art. 2003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuíam os bens doados.

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.” (NR)

Art. 3º. Revoga-se o art. 1.790 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

O presente Projeto de Lei foi sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos.

A adaptação do Projeto do Código Civil às normas da Constituição Federal, notadamente quanto à qualificação como entidade familiar da união estável, intentada no Senado Federal, não se consumou, inteiramente, máxime no que concerne aos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, resultando em redação confusa, que tem atormentado os aplicadores do direito. Por força do art. 226 da Constituição Federal, não pode o legislador infraconstitucional tratar desigualmente o companheiro, em relação ao cônjuge, porque não há hierarquia entre eles na vocação hereditária e até porque a união estável não compete com a união conjugal.

Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes. A equalização preconizada produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça e de garantia da paz familiar.

Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, se mostra certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira.

A título de exemplificação, a respeito desse dispar tratamento, anatem-se os artigos 1.714, 1.720 e 1.722, nos quais, ao contrário do que ocorreu com o enunciado genérico do art. 1.711, alusivo a “entidade familiar”, apenas referem os cônjuges.

A revogação do art. 1.790 é necessária, pois o companheiro já estará contemplado, em igualdade de condições, no art. 1.829, com a redação ora proposta. Note-se que sua localização atual, no âmbito das disposições gerais do direito sucessório, é inadequada, pois trata de matéria atinente à ordem da vocação hereditária.

A alteração ao art. 1.829, além de igualar em direitos o companheiro ao cônjuge, retira, em definitivo, a dúvida acerca de quais os regimes de bens que admitem a incidência do instituto da concorrência com os descendentes, vencendo-se a confusa redação atual, pela retirada das ressalvas contidas no texto atual. O parágrafo único, ora proposto, afastará quaisquer dúvidas relativas às hipóteses de regimes patrimoniais de bens que admitirão a incidência da concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, quer na sucessão dos descendentes (inciso I), quer na sucessão dos ascendentes (inciso II). O parágrafo único proposto determina claramente qual o monte hereditário sobre o qual efetivamente deve incidir a concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, excluindo as dúvidas mas, principalmente, a diversidade de tratamento quanto à entidade familiar (casamento ou união estável) à qual pertença o herdeiro concorrente (cônjuge ou companheiro) sobrevivente. Por outro lado, associando-se a redação proposta ao art. 1.829 com as dos artigos 1.832 e 1.837, haverá mais clareza quanto à porção patrimonial da herança que caberá quando ocorrer a concorrência.

A redação proposta ao art. 1.831 deixa expresso direito de habitação atribuído ao companheiro, em relação ao bem destinado à residência da família, que já tinha sido contemplado pela Lei nº 9.278/1996. Pela nova redação sugerida no *caput*, a restrição à titularidade exclusiva ou em condomínio com o sobrevivente sobre o imóvel objeto do direito real de habitação, justifica-se para não gravar ou onerar bem de terceiro, inclusive eventuais herdeiros, mas alheios ao contexto sucessório ao menos no que se refere a este imóvel. Ademais, considerando não mais ser vidual o direito, evita-se, assim, a constituição de um vínculo eterno e definitivo sobre o imóvel de terceiro (ainda que em condomínio), na medida em que a cada falecimento de um morador-condômino casado, ou que viva em união estável, por menor que seja o seu quinhão sobre o imóvel, restaria instituído novo direito real de habitação, e assim sucessivamente diante de novas núpcias do sobrevivente, e potencialmente por diversas vezes, comprometendo, inclusive, o direito de propriedade daqueles condôminos até eventualmente majoritários. Por sua vez, a previsão sugerida no parágrafo primeiro, tem por fundamento preservar o direito à legítima de herdeiros menores ou incapazes, com preferência ao benefício instituído em favor do sobrevivente, na medida em que aqueles, no confronto de posições, certamente merecem maior proteção.

Quanto à redação proposta ao art. 1.845, pretende-se determinar que os herdeiros necessários são apenas os descendentes e os ascendentes. A inclusão do cônjuge, promovida pela Lei do Divórcio, de 1977, revelou-se contraproducente e fator de disputas entre pais e filhos. Por outro lado, a quase total adoção do regime de comunhão parcial, já contempla o cônjuge com a meação dos bens adquiridos na constância do casamento, além da garantia do direito real de habitação sobre o imóvel destinado à moradia da família. De outro lado, a realidade brasileira tem demonstrado o expressivo número de núpcias além da primeira, deixados descendentes de leitos anteriores. E neste novo quadro de família plural, por vezes inexistente vínculo afetivo entre o atual cônjuge e os seus enteados. Assim, também para se evitar uma ligação patrimonial entre pessoas que não se relacionam, capaz de gerar nocivos conflitos e discórdias, o ideal é reservar ao titular do patrimônio a maior liberdade para dispor de seus bens, facultando-lhe, se assim desejar, promover seu planejamento sucessório da forma que melhor acomode os interesses de todos os envolvidos. Ainda, retirar o cônjuge da qualidade de herdeiro necessário confere ao matrimônio a certeza do envolvimento das partes apenas pelas relações afetivas, afastando qualquer risco de interesse patrimonial recíproco, independente da idade ou condição dos nubentes. É a comunhão de vida pelo amor, não pela perspectiva de herança, rompendo a ameaça de confusão entre sentimento e patrimônio.

Sala das Sessões, de março de 2005.

Deputado ANTONIO CARLOS BISCAIA
PT/RJ

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. **Direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense coleções, 1991, v. 1, 353p.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001, 700p.

_____. União estável: antiga forma de casamento de fato. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., ano 20, jul./set. 1996, v. 77, p. 11-17.

BARROS, Flávio Augusto de. **Manual de Direito Civil: família e sucessões**. São Paulo: Método, 2004, v. 4, 318p.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**. Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1958, v. VI, 286p.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, 331p.

_____. Direito intertemporal no livro de família (regime de bens e alimentos) e sucessões. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil: Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 199-216.

_____. Efeitos não patrimoniais da união estável. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, v. 2, p. 102-124.

_____. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas**. Coletânea orientações pioneiras. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, 367p.

_____. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres, normas administrativas e projetos legislativos**. Coletânea orientações pioneiras. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 2, 357p.

_____. Sujeitos da sucessão: capacidade e legitimidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.) **Direito das Sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 15-24.

_____. **União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996, 223p.

_____; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, v. 6, 525p.

CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, v. 1, p. 9-19.

CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, v. 4, p. 125-187.

CARVALHO FILHO, Paulo Martins de. Lei 9.278 (de 10 de maio de 1996): a união estável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dez. 1996, v. 734, p. 13-39.

CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, ano IV, out./nov./dez. 2002, v. 15, p. 28-36.

CASSETTARI, Christiano. Aspectos controvertidos na sucessão decorrente da união estável. Uma evolução histórica. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução Crítica ao Código Civil**. Biblioteca Forense Digital, acesso em 13/12/2006.

CIMBALI, Enrico. **A nova phase do Direito Civil em suas relações economicas e sociaes**. Tradução do italiano, auctorizada pelo autor por Adherbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Livraria Clássica, 1900, p. 271-292.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, 334p.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A Constituição Federal e a união estável entre homem e mulher. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, v. 1, p. 42-56.

_____. A realidade da união estável no novo Código Civil. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Orgs.). **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 65-85.

_____. A união estável: um conceito? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coords.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, v. 3, p. 19-44.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12^a. ed. São Paulo: HEMUS, 1975, 310p.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**. 1. ed., 3. tir. Curitiba: Juruá, 1997, 206p.

DAL COL, Helder Martinez. A união estável no Código Civil de 2002. Separata da **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Editora Forense, maio/jun. 2005, v. 379, p. 97-118.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2004, 376p.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, ano VII, abr./maio 2005, v. 29, p. 128-143.

_____. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 535-613.

DELGADO, Mário Luiz. Problemas de direito intertemporal: breves considerações sobre as disposições finais e transitórias do novo Código Civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.) **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 483-509.

DIAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro**. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1975, 346p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 19. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 5, 612p.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6, 432p.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável no novo Código Civil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETO, Domingos (Coords.). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 1.269-1.285.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**: (Dec.-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei n. 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores): comentada na ordem de seus artigos por Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho; e atualizada por Sílvia Pacheco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 1-73.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 346p.

_____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Padma, ano 1, out./dez. 2000, v. 4, p. 243-263.

FARDIN, Noemia Alves. **Aspectos sociojurídicos da união estável: concubinato**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1993, 132p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, ano VII, abr./maio 2005, v. 29, p. 11-25.

_____. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, 630p.

GOMES, Alexandre Gir. A desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo Código Civil: constitucionalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2002, v. 11, p. 09-17.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, 321p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. VII, 543p.

_____. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. VI, 649p.

GONTIJO, Segismundo. **Das uniões: a formal e as informais, seus regimes de bens e a sucessão**. [online] Disponível na Internet via WWW.URL:<<http://www.gontijo-familia.adv.br/sg003.html>>. Acesso em 13 de março de 2006.

_____. Do instituto da união estável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev. 1995, v. 712, p. 78-93.

GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável. Análise do art. 5º da Lei 9.278/96. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, v. 4, p. 86-124.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, v. 2, p. 197-205.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das sucessões: arts. 1.784 a 1.856. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20, 283p.

_____. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.) **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 417-443.

_____. Direito das sucessões brasileiro – disposições gerais e sucessão legítima. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev. 2003, v. 808, p. 20-38.

_____. Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, ano III, jan./fev./mar. 2002, v. 12, p. 61-82.

_____. O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, ano VII, abr./maio 2005, v.29, p. 45-87.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, 452p.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das sucessões: arts. 1.784 a 2.027. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3ª ed., v. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 854p.

_____. O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e certezas. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, v. 1, p. 94-107.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. **O novo direito sucessório**. [online] Disponível na Internet via WWW.URL:<<http://www.gontijo-familia.adv.br/>>. Acesso em 02 de março de 2005.

LUZ, Valdemar P. da. Das uniões de fato e suas conseqüências jurídicas. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Editora Forense, jul./ago. 2003, v. 368, p. 191-199.

MADALENO, Rolf. O novo direito sucessório brasileiro. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, jan. 2002, v. 291, p. 35-44.

MALHEIROS FILHO, Fernando. **A união estável, sua configuração e efeitos**. Porto Alegre: Editora Síntese, 1996, 108p.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **União estável: concubinato**: repercussões jurídico-patrimoniais: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, 183p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 291-300.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito intertemporal em matéria sucessória *mortis causa*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.) **Direito das Sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 427-438.

_____. Direito sucessório no novo código civil: problemática dos cônjuges, conviventes e concubinos. In: PASCHOAL, Frederico A.; SIMÃO, José Fernando (Orgs.). **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. Campinas: Millennium Editora, 2003, p. 325-340.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, 410p.

_____. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6, 340p.

NERY JÚNIOR, Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**: atualizado até 2 de maio de 2003. 2. ed. rev. e ampl., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 1.790p.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Aspectos da sucessão legítima. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETO, Domingos (Coords.). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 1.368-1.383.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 178p.

OLIVEIRA, Basílio de. **O concubinato e a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 1992, 184p.

OLIVEIRA, Benedito Euclides. A Constituição Federal e as inovações no Direito de Família. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). **O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 23-48.

_____. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, ano VII, abr./maio 2005, v. 29, p. 26-44.

_____. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão.** São Paulo: Saraiva, 2005, 229p.

_____. **União Estável: do Concubinato ao Casamento:** antes e depois do novo Código Civil. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2003, 318p.

_____; AMORIM, Sebastião Luiz. Concubinato, companheiros: novos rumos: anotações à Lei 8.971/94. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família:** aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, v. 2, p. 71-100.

_____; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do casamento. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 9-33.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família.** 3. ed. atual. Curitiba: Juruá, 1999, 480p.

PASCHOAL, Frederico A. O direito real de habitação e o excesso inconstitucional em relação à união estável. In: PASCHOAL, Frederico A.; SIMÃO, José Fernando (Orgs.). **Contribuições ao estudo do novo direito civil.** Campinas: Millennium Editora, 2003, p. 301-324.

PEDROTTI, Irineu Antonio. **Concubinato: união estável.** 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Leud, 1999, 535p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** direito das sucessões. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. VI, 236p.

_____. **Instituições de Direito Civil:** direito das sucessões. 15. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. VI, 454p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável.** 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 220p.

_____. Concubinato: união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo.** Doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 513-546.

_____. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 207-223.

PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família:** aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, v. 1, p. 262-387.

_____. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. In: _____ **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família:** aspectos

constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, v. 1, p. 80-93.

PIRES, Maria da Graça Moura de Sousa Soromenho. **O concubinato no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 92p.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, ano VII, abr./maio 2005, v. 29, p. 191-222.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 807p.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 25. ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, 342p.

_____. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, 433p.

SAIANI, José Samurá. **Sucessão legítima do companheiro no novo Código Civil**. 2003. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão dos companheiros no novo Código Civil**. [online] Disponível na Internet via WWW.URL:<<http://www.gontijo-familia.adv.br/>>. Acesso em 14 de maio de 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 277p.

SIMÃO, José Fernando. **A sucessão dos companheiros: o artigo 1790 do Código de 2002: parte II**. [online] Disponível na Internet via WWW.URL:<http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_sucessao_02.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2006.

SOARES, Orlando. **União estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 292p.

SOUZA, Aida Maria Loredó Moreira de. **Aspectos polêmicos da união estável**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997, 109p.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 367p.

VELOSO, Zeno. Direito real de habitação na união estável. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.) **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 405-416.

_____. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 225-237.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. VII, 416p.

VIANA, Marco Aurélio S. Viana. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999, 95p.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, 452p.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: o novo direito de família**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, 712p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. União estável, seguida de casamento com separação de bens e patrimônio adquirido durante a convivência. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). **O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 111-125.

_____; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coords.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, v. 3, p. 635-719.

YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional dos “conviventes” em matéria de alimentos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coords.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, v. 3, p. 46-65.