

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**AS MODIFICAÇÕES DO CÓDIGO CIVIL E OS DIREITOS
SUCESSÓRIOS DOS CONVIVENTES**

Janaina Dominato Santeli

Presidente Prudente/SP

2004

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**AS MODIFICAÇÕES DO CÓDIGO CIVIL E OS DIREITOS
SUCESSÓRIOS DOS CONVIVENTES**

Janaina Dominato Santeli

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Pedro Anderson da Silva.

Presidente Prudente/SP

2004

AS MODIFICAÇÕES DO CÓDIGO CIVIL E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS CONVIVENTES

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Pedro Anderson da Silva
Orientador

Eduardo Gesse
Examinador

Hélio Perdomo
Examinador

Presidente Prudente, 22 de novembro de 2004.

Aquele que habita no abrigo do Altíssimo e descansa à sombra do todo-poderoso pode dizer ao Senhor: “Tu és o meu refúgio e a minha fortaleza. O meu Deus, em quem confio”.

Salmo 91

AGRADECIMENTOS

A Deus;

Aos meus pais, Ciro e Márcia;

Aos amigos Adalberto e Sônia que contribuíram para realização deste trabalho;

Ao Dr. Pedro Anderson da Silva, orientador e mestre;

Ao Dr. Eduardo Gesse, além de professor, um segundo pai;

Ao Dr. Hélio Perdomo, examinador e exemplo.

RESUMO

O tema da sucessão dos conviventes diante do Código Civil de 2002 é de grande importância devido a existência em nossa sociedade de um número significativo de pessoas que se uniram com a finalidade de construir família sem a intenção de regularizar essa união por meio do casamento.

Além da questão da sucessão, apontam-se outras modificações trazidas e disciplinadas pelo atual Código Civil, relacionadas aos direitos e deveres decorrentes da união estável, bem como seus respectivos efeitos.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu tal instituto como entidade familiar, garantindo-lhe a proteção do Estado, ou seja, foi estendida a proteção do Estado à família sem casamento.

Assim, em face deste mandamento constitucional, foram editadas a Lei nº 8.971/94 que previu o direito de sucessão entre os conviventes, e a Lei nº 9.278/96 que acrescentou àquela o direito real de habitação do convivente supérstite.

Por sua vez, o Código Civil de 2002, também dispondo sobre tal matéria, mudou substancialmente a posição do companheiro no direito sucessório, cujas modificações foram inadequadas e muito prejudiciais aos conviventes.

Em face da evidente iniquidade da lei, o presente trabalho empenha-se em discutir as falhas e omissões do legislador, sob o método dedutivo-indutivo.

Palavras – Chave: Família; Conviventes, União Estável, Sucessão.

ABSTRACT

The subject companions succeeding on the Civil Code of 2002 has plentiful importance due the existence in our order of a great amount of people that engage themselves with the indeed of establish a family, without however being married.

Besides the succeeding issue, the authoress points others modifications sanctioned by the current Civil Code linking the rights and duties resulted from steady union, as their respective effects.

The Federal Constitution of 1988 recognized this institute as a family entity, assuring to it the Estate protection, it means that the Estate protection was extended to the family without marriage.

So, as this constitutional commandment, two laws had been edited. The Law 8971/94 assures the succeeding between companions, and Law 9278/26 added to the earlier the real right of habitation of the overliver companion.

At its time, the Civil Code of 2002 regulated about this subject, however, changed the companion position in the succeeding law. This modification, however, had been improper and much prejudicial to the companions.

Due to the evident iniquity of the law, the herewith work is pledged in discuss the mistakes and neglects of the legislator, under the deductive-inductive method.

Keywords: Family; Companions; Steady Union; Succeeding.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 FAMÍLIA.....	11
1.1 Família no Direito Brasileiro.....	12
1.1.1 Evolução e Conceito.....	12
2 CONCUBINATO.....	15
2.1 Origem Histórica.....	15
2.2 Concubinato nos Países Latinos – Americanos.....	18
2.2.1 Venezuela.....	18
2.2.2 Bolívia.....	19
2.2.3 Guatemala.....	19
2.2.4 Panamá.....	20
2.2.5 Cuba.....	20
2.2.6 Honduras.....	21
2.2.7 Peru.....	21
2.2.8 México.....	22
2.2.9 Paraguai.....	23
2.2.10 Colômbia.....	23
2.2.11 Argentina.....	23
2.2.12 Uruguai.....	24
2.2.13 Brasil.....	24
2.3 Conceito de Concubinato.....	34
2.4 Espécie de Concubinato.....	36
3 UNIÃO ESTÁVEL.....	39
3.1 Requisitos Essenciais.....	40
3.1.1 Requisitos Objetivos.....	40
3.1.1.1 Diversidade de Sexos.....	40
3.1.1.2 Inexistência de Impedimentos Matrimoniais.....	41
3.1.1.3 Coabitação.....	42
3.1.1.4 Fidelidade.....	44
3.1.1.5 Período de Convivência.....	46

3.1.1.6 Notoriedade.....	47
3.1.2. Requisitos Subjetivos.....	48
3.1.2.1 Convivência <i>more uxório</i> e <i>affectio societates</i>	48
4 UNIÃO ESTÁVEL E O NOVO CÓDIGO CIVIL.....	49
5 SUCESSÃO.....	53
5.1 Conceito.....	53
5.2 Origem e Evolução.....	53
5.3 Sucessão a Título Universal e a Título Singular.....	56
5.4 Herança e Legado.....	57
5.5 Espécie de Sucessão.....	58
5.6 Abertura da sucessão.....	60
5.7 Lugar da Abertura.....	63
5.8 Direito de Deliberar.....	64
5.9 Ordem de Vocação Hereditária.....	65
6 SUCESSÃO DOS CONVIVENTES.....	67
7 CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78

INTRODUÇÃO

O Direito de Família é um dos ramos do direito civil, que compreende as regras que regulam as relações familiares, dentre elas, a união estável.

O tema proposto reveste-se de relevância e interesse uma vez que, antes da promulgação da atual Constituição Federal, o concubinato permaneceu à margem da lei, sem nenhuma regulamentação, a não ser para fins de penalização ou restrição de direitos, pois somente o casamento era considerado como forma legítima de união entre homem e mulher.

Com o advento da Carta Fundamental, o concubinato puro passou, também a ser reconhecido como uma das formas legítimas de constituir família, recebendo proteção expressa do Estado e ganhando a denominação de união estável.

Mas, mesmo assim, os conviventes não possuíam direitos assegurados por lei, tendo somente a seu favor a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal que possibilitou a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos companheiros, quando da dissolução desta sociedade de fato.

Em 29 de dezembro de 1994, surgiu a Lei n^o 8.971 que ofertou aos concubinos o direito a alimentos, sucessão (herança e usufruto) e meação em caso de morte. E, a partir de 13 de maio de 1996, entrou em vigor a Lei n^o 9.278 que estabeleceu os direitos e deveres dos conviventes; assistência material (alimentos) em caso de dissolução da união estável; garante o condomínio (meação) dos bens adquiridos na constância da união, acrescenta o direito de habitação no plano da sucessão hereditária, permite a conversão da união estável em casamento e remete toda a matéria à competência do Juízo da Vara da Família, assegurado o segredo de justiça.

O Novo Código Civil, Lei n^o 10.406 de 10 de janeiro de 2002, também regulou a matéria pertinente à união estável. Dispôs sobre a proibição de reconhecer a união estável se um dos parceiros for impedido, acrescentou o dever de lealdade entre os companheiros; no aspecto patrimonial sustentou o regime o regime parcial de bens, admitiu a conversão da união estável em

casamento; todavia foi no direito sucessório dos conviventes que ocorreram significativas modificações em relação ao antes já disposto nessas leis (Lei nº 8.971/94 e 9.278/96).

O convivente supérstite obteve maior direito quando concorresse com descendentes e ascendentes, porém foi reduzida sua participação na herança por sujeitar-se à concorrência com outros colaterais, e, ainda, desapareceram os direitos ao usufruto e à habitação.

Nota-se também que o convivente não foi intitulado como herdeiro necessário, como foi o cônjuge supérstite.

Enfim, o objetivo deste trabalho é o de discutir as novas regras sucessórias dos conviventes, analisando-se as vantagens, bem como as falhas e omissões do legislador.

1 FAMÍLIA

Desde os primórdios da civilização, o homem sempre mostrou tendência a viver em grupo, pois é um ser social por excelência; sua busca pela convivência com outros da mesma espécie possibilitava melhores condições de sobrevivência, por isso congregava-se a fim de satisfazer suas necessidades fossem elas afetivas, pessoais ou materiais.

Portanto, chega-se à conclusão de que, antes de caracterizar-se como instituto jurídico, a família é fenômeno natural.

Neste sentido retrata o ilustre Oliveira (2003, p. 23):

Primeira e principal forma de agrupamento humano, a família preexiste à própria organização jurídica da vida em sociedade, por isso que lhe dá origem, sendo considerada a *celula mater* de uma nação. Sua formação decorre, primordialmente, das regras do direito natural, até mesmo pelo fenômeno instintivo da preservação e perpetuação da espécie humana.

Em todos os círculos sociais, a família ocupou posição de destaque. Desde então, tem-se sustentado, à unanimidade da doutrina, que a família é a célula social por natureza. Onde a família prosperou, o Estado igualmente se fez próspero. Onde a família se desagregou, o Estado tornou-se fraco, não raro, ruiu.

No Direito Romano a família tinha caráter eminentemente político. Era constituída pelo chefe de família que mantinha supremos poderes sobre os demais membros do clã, em outras palavras, todas as pessoas que faziam parte de determinada família eram submetidas à autoridade do mesmo chefe, o chamado *pater familias*, cujo significado é o senhor ou soberano da família.

“O *pater familias* não era propriamente o progenitor, mas o chefe do grupo e detinha poderes de sacerdote, senhor e magistrado”. (VARJÃO, 1999, p. 5). O que vinculava as pessoas a este chefe da família era a sujeição ao poder e não necessariamente a consangüinidade.

Paulatinamente, a autoridade do *pater* foi sendo restringida, concedendo-se à mulher e aos filhos maiores direitos.

Na Idade Média, com a influência advinda do cristianismo que alicerçou a família no casamento, a mulher passou a ocupar um lugar próprio na instituição familiar (antes era submissa ao poder do marido e também do filho, que ocupava o lugar do chefe de família quando da morte do pai). Nessa época, os membros que formavam a família compreendiam apenas as pessoas ligadas entre si pelo vínculo do casamento e pelos laços de procriação.

No final do século XVIII, a revolução industrial, que propiciou o aumento da população em grandes centros urbanos, fez com que fosse reduzido o âmbito da sociedade familiar. Atualmente a família é composta basicamente pelo marido, pela mulher e pelos filhos.

1.1 Família no Direito Brasileiro

1.1.1 Evolução e Conceito

O direito brasileiro foi influenciado pelo direito romano, assim considera a família como “célula básica de organização social”, ou também denominada como *celula mater*.

A Constituição do Império nada disse sobre a família.

A primeira Constituição Republicana, de 1891, garantiu a proteção do Estado à família instituída mediante casamento civil, em seu artigo 72, § 4º.

Já na Constituição de 1934, no artigo 144, o constituinte caracterizou o casamento como indissolúvel. Repetiu igual preceito no artigo 124 da Constituição de 1937, no artigo 163, *caput*, da Constituição de 1946 e no artigo 167, § 1º, da Constituição de 1967. Portanto, a família de fato, aquela não constituída por meio de casamento formal, era ignorada pela Lei Maior.

Comentando o ocorrido Santos (1996, p. 67) afirma:

O Estado protege a família, como instituição, e, se a proteção, que se lhe recomenda no texto, só pudesse recair na família constituída pelo casamento indissolúvel, teríamos que a Constituição de 1946, como a de

1934 e a de 1937, não tinha por fito proteger a família como instituição, mas apenas as famílias que tivessem por laço o casamento indissolúvel.

A dissolução do casamento através do divórcio somente foi permitida com a Emenda Constitucional nº 9/77 e a regulamentação do divórcio ocorreu com a Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

Nossa atual Constituição ampliou o conceito de família, e, além disso, o casamento deixou de ser seu único fato gerador. Declara o artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, e, em seu § 3º, esclarece: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Assim, o Estado garantiu proteção à família constituída pelo casamento civil, e às entidades familiares advindas da união livre, como também, a família monoparental, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, § 4º da Constituição Federal).

Miranda apud Santos (1996, p. 59) diz:

A expressão ‘família’ tem significação sociológica, que é a de círculo social, duradouro, suscetível de revogação temporal dos seus membros sem perda da sua unidade. Na linguagem vulgar, ‘família’ ora designa o par andrógino, os descendentes e os ascendentes, ora o indivíduo e seus herdeiros legítimos presumíveis; ora os que se acham sob o poder marital, paterno (ou materno).

Leite apud Col (2002, p. 19), traz três significados que o termo família comporta:

No sentido amplo ou lato sensu, a família como conjunto de pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum. Em um sentido um pouco mais limitado, a família englobaria apenas os consangüíneos em linha reta (por exemplo, pais e filhos) e os colaterais sucessíveis, isto é, até o quarto grau, restando para o significado estrito da palavra família, na acepção stricto sensu, uma visão reduzida aos pais e sua prole, constituindo o que se chama ‘família nuclear’.

Enfim, a atual Constituição da República estendeu o conceito de família também aos membros de casal heterossexual não casados, atingindo de igual forma e sem qualquer distinção, aos filhos do casal de conviventes, garantindo-lhes proteção pelo Estado, acompanhando, par e passo, a realidade social, impedindo assim que a família de fato ficasse desamparada pela Lei.

2 CONCUBINATO

2.1 Origem Histórica

O concubinato consiste em realidade sócio-familiar das mais antigas da história da humanidade. Em todas as legislações e em todos os sistemas jurídicos ocidentais se fez referência, ainda que negativa, a essa espécie de união. Em certos momentos, ante a inexistência do casamento formal, foi forma exclusiva de união entre os sexos.

Este instituto já era forma peculiar de união entre homem e mulher na época do Rei Salomão (que reinou, em Israel, entre 931 a 971 aC) pois ele, além das suas 700 (setenta) mulheres, possuía 300 (trezentas) concubinas em seu formidável harém.

Também em tempos antigos se constatou que pais e maridos permitiam a prostituição de suas filhas e esposas, em favor de estrangeiros, sendo também comum o chefe de família desfrutar da companhia de várias concubinas.

Esta cultura leviana adotada pelo povo babilônico, chamado de culto de Milita, ou prostituição sacra, influenciou outros povos, inclusive de regiões diversas daquele em que se encontravam os babilônios (atual Iraque), alcançando até mesmo o Egito e a Pérsia.

Na história grega, há notícias de concubinatos entre pessoas célebres, entre elas Aspácia, a qual, considerada estrangeira, não podia se casar com Péricles, que mantiveram concubinato puro e notório; teria sido ainda concubina de Sócrates e Alcebiades.

“Entre os gregos a concubinagem não acarretava qualquer desconsideração era, em certa medida, reconhecida pelas leis da época”, afirma Bittencourt apud Pereira (1997, p. 30).

Em Roma não era diferente. No início do império o concubinato era comum e freqüente, inclusive entre homens de grande moralidade, mas não produzia quaisquer efeitos jurídicos.

Embora fosse constante esta espécie de união entre os romanos, somente o casamento era reconhecido como fundamento para a válida constituição da família; o casamento (*iustae nuptiae*), nessa época ausente de formalidades jurídicas, era visto como um mero fato social, como a posse por exemplo, e dependia de dois requisitos: (1) o aspecto subjetivo, que consistia na *affectio maritalis* (intenção de ser marido e mulher) e (2) o aspecto objetivo, que era o *honor matrimonii* (deveres de coabitação, constituição de dote e posição social).

Os cidadãos romanos, para constituírem famílias legítimas, se valiam do instituto a que denominavam *cum manus*, que se caracterizava da seguinte forma: a *confarreatio*, cerimônia religiosa com formalidades complexas realizada entre os patrícios, no qual era conferido a Júpiter um pão de farinha de trigo, perante dez testemunhas; a *coemptio*, era o casamento civil da plebe, onde a mulher era vendida ao marido e o *usus* que consistia, em razão da posse, na aquisição da mulher pelo marido após um ano de convivência ininterrupta. Entretanto, se no transcurso desse lapso de tempo a mulher ficasse afastada por 3 (três) noites do lar conjugal, a aquisição não ocorria. Era a *usurpatio tronoctii*.

No casamento *cum manus*, ao marido era conferido o poder marital (*manus*), assim, a mulher e seu patrimônio ficavam submetidos ao poder do seu esposo, tornando-se, pois, filha dele e irmã de seus filhos.

Com o desuso do casamento *cum manus*, surge, no final da época republicana e começo da imperial, o denominado casamento *sine manu*. Este, destituído de qualquer formalidade, era o matrimônio livre, exigindo tão-só a capacidade e consentimento dos nubentes e ausência de impedimentos. No *sine manu*, se a mulher fosse viúva (*sui juris*), ela possuía independência, mas ficava submetida ao domicílio do marido e devia ser-lhe fiel.

Além dessas formas de união conjugal, também eram conhecidas no Direito Romano, outras três: a) o casamento entre peregrinos, conhecido como casamento *jus gentium ou sine connubio*; b) a união de fato entre os escravos ou entre escravos e pessoas livres, que não produzia quaisquer efeitos jurídicos que era denominado de *contubernium* e c) *concupinatus* que era a união estável, entre homem e mulher, livres e solteiros, como se fossem casados, mas sem a existência dos requisitos subjetivos (*affectio maritalis*) e objetivos (*honor matrimonii*). O *concupinatus* não era proibido e nem considerado imoral.

Até o período clássico, embora fosse notório, o concubinato não existia como instituto jurídico.

Pessoa (1997, p. 14) comenta:

Em uma época em que a própria unidade do Estado parecia estar comprometida pelos desregramentos morais do povo romano, o Imperador Augusto, na tentativa de afastar o caos social, editou rígidos diplomas, para regulamentação destas uniões extraconjugais.

Esta legislação compreendia a *Lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus*, que criava impedimentos sociais a uniões conjugais com mulheres de situação social inferior, a *Lex Iulia de Adulteriis*, que cominava sanções às uniões extraconjugais com mulheres ingênuas e de categoria honrada.

Este conjunto de leis foi a origem da regulamentação do concubinato, que, embora regulamentado de forma indireta, contribuiu para sua difusão no período pós-clássico. O concubinato expandiu-se largamente, pois passou a ser comum entre as pessoas que eram impedidas de se casarem, mas, mesmo assim, não produzia nenhum efeito jurídico.

O concubinato sobreviveu mesmo após a era do Imperador Augusto, que tentou repudiar esta espécie de união mediante normas estabelecidas à sociedade da época, porém, com a influência cada vez maior da Igreja Católica (denominado de Direito Canônico) no âmbito das relações familiares e a sacramentalização do casamento, aliado à sua reconhecida posição contra quaisquer uniões extramatrimoniais, orientou toda a Idade Média, e mesmo períodos subseqüentes, num sentido de grave repressão a quaisquer uniões concubinárias.

Com o advento do Cristianismo, os imperadores cristãos buscaram abolí-lo, transformando-o em instituto jurídico, mais precisamente através da promulgação de édito feito pelo Imperador Constantino, que inferiorizou a condição das concubinas, proibindo que se fizessem doações a elas e aos filhos havidos durante o concubinato, a fim de que o matrimônio religioso fosse incentivado.

“Apesar de combatido pela Igreja, o concubinato nunca foi evitado, muito menos deixou de existir” (PEREIRA, 1997, p. 30).

Havia entre o casamento e o concubinato romano semelhanças e diferenças. As principais semelhanças eram, que o concubino deveria ser púbere e a concubina núbil, e bastava o consentimento de ambos para configurar a união, além disso, como no instituto do casamento, havia a proibição de ter duas concubinas ou uma esposa e uma concubina. Fazem parte das diferenças a ausência da *affectio maritalis* no concubinato (no casamento romano este requisito era indispensável), a proibição da concubina usar o nome *mater familias* que era reservado à esposa legítima e a formação ou dissolução do concubinato que ocorria pela simples vontade dos concubinos, ou seja, não havia necessidade de qualquer formalidade.

As uniões não matrimoniais despontam como elemento de negociação jurídica a partir da instituição do casamento civil, no século XVI, e nos séculos posteriores acentuou-se a tendência de legislar-se sobre essa matéria. Apesar de anteriormente, no Direito Justineu, já ser considerado como instituto jurídico.

Nesse período, o concubinato era considerado como uma relação estável de um homem e uma mulher de qualquer condição social, ingênua ou liberta, mas sem a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*. Era necessário, ainda, que os concubinos não fossem impedidos de viver juntos e que tivessem idade conjugal para tanto, além de formarem uma relação monogâmica.

2.2 Concubinato nos Países Latinos-Americanos

2.2.1 Venezuela

No direito colonial, todas as relações concubinárias eram repudiadas e normalmente reprimidas penalmente.

O concubinato só foi reconhecido legalmente no Código Civil de 1942, que, por sua vez, trouxe importante inovação quanto à comunhão patrimonial concedendo à concubina o direito de parte dos bens adquiridos durante a convivência com seu concubino, desde que ela tivesse contribuído com seu trabalho para formação do patrimônio.

O artigo 767 desse Código define os requisitos para a constituição dessa união não matrimonial: a) uniões entre pessoas de sexo diferente; b) relações sexuais; c) aparente fidelidade da mulher; d) comunhão de habitação e de vida; e) notoriedade ou publicidade da comunhão de vida e de sua permanência; f) ausência das formalidades do matrimônio; h) posse do estado de filhos (se existirem), mesmo que não tenham sido reconhecidos.

Nos dias atuais os conviventes podem pleitear a dissolução da sociedade, contudo não lhes são assegurados direitos sucessórios nem direitos pessoais.

2.2.2 Bolívia

A legislação boliviana ostentava o ideal de aproximar o concubinato do matrimônio.

A Constituição de 1947 reconhecia o matrimônio de fato, decorrente das uniões concubinárias, desde que a convivência dos concubinos durasse mais de dois anos.

Por sua vez, o Código da Família da Bolívia, de 1972, regula as uniões conjugais livres ou de fato, do artigo 158 ao 172. O artigo 158 firma o conceito dessas uniões e estabelece que elas existem quando o homem e a mulher constituem, voluntariamente, o seu lar, estabelecendo convívio comum, de modo estável e singular, desde que preencham os requisitos de idade mínima para contrair matrimônio regular, não estejam vinculados matrimonialmente e não haja impedimento de crime para contrair casamento. Dispõe, ainda, que produz efeitos semelhantes ao casamento, bem como sobre regime de bens, sucessão, dissolução, obrigação alimentar, guarda dos filhos, etc.

2.2.3 Guatemala

A Constituição de 1945 delegou ao Poder Legislativo a faculdade de determinar os casos em que seria admitida a equiparação da união de fato ao casamento civil.

Em 1947 surgiu o Estatuto das Uniões de Fato reconhecendo e equiparando ao casamento as conseqüências das uniões concubinárias.

O Código Civil de 1963 reconheceu o estatuído no aludido estatuto, incorporando essa matéria ao seu Título II, Capítulo II, do art. 173 ao 189, com poucas modificações.

2.2.4 Panamá

O Panamá reconheceu o concubinato em sua Constituição de 1946, e cita em seu artigo 56 os seguintes requisitos para equipará-lo ao casamento: a) união de fato deve perdurar no mínimo por dez anos; b) singularidade e estabilidade; c) inexistência de impedimentos matrimoniais entre os conviventes.

As partes interessadas (os conviventes) deveriam solicitar a inscrição da união de fato no Cartório de Registro Civil ou através do judiciário quando da ausência desse pedido.

2.2.5 Cuba

A Constituição Cubana de 1940 permite a integral equiparação do concubinato com o casamento civil desde que estas uniões preencham os requisitos do artigo 43, § 6º (a existência de uma razão de equidade, pessoas capazes, estabilidade e singularidade).

A união livre foi regulada pelo Código de Família Cubano de 1975 e recebeu a denominação de “matrimônio não formalizado”, o qual, para ser reconhecido, exige o registro.

Em seu artigo 18 ele confirma que o concubinato surtirá todos os efeitos inerentes ao casamento formalizado legalmente, depois de reconhecido pelo tribunal competente.

2.2.6 Honduras

A Constituição de Honduras reconheceu tanto o casamento realizado por funcionário que tenha competência para formalizá-lo, bem como o matrimônio de fato, desde que não haja impedimentos legais para os contraentes.

Entretanto, delegou à legislação ordinária a regulamentação da relação concubinária para que possa ter efeitos legais.

2.2.7 Peru

Antes de ser conquistado, já existiam, no Peru, relações concubinárias que eram denominadas, conforme cada região, de “tincunakuspa”, “pantanacu” ou “servinacu”. Era uma preparação para o futuro casamento que permitia o conhecimento recíproco das aptidões e habilidades dos nubentes. “Este costume de uniões antecipadas se estendeu até a época da colônia” (AZEVEDO, 2001, p. 189).

Porém, a legislação peruana, em geral, não reconhece o concubinato, com exceção de alguns casos onde se permite o direito a indenização e a alimentos em favor da concubina reconhecidos nos artigos 369 e 370 do Código Civil.

A Constituição de 1979, entretanto, reconheceu a união de fato, porque dispôs em seu artigo 90 que: “A união estável de um varão e de uma mulher, livres de impedimento matrimonial, que constituem um lar de fato, pelo tempo e nas condições assinaladas na lei, dá lugar a uma sociedade de bens, que se sujeita ao regime de comunhão patrimonial, no que for aplicável”.

O Código Civil peruano, por sua vez, atribuiu as conseqüências do casamento à união de fato e estabeleceu normas para sua extinção, assim como

reconheceu o direito à indenização e pensão alimentícia ao convivente abandonado.

2.2.8 México

O Código Civil Mexicano de 1928, para o Distrito e Território Federais, regulou, no artigo 1.635, o direito hereditário da concubina. Todavia, se ao morrer tinha o falecido várias concubinas, a nenhuma delas será atribuído direito sucessório.

Essa união era permitida desde que os companheiros vivessem como se fossem marido e mulher, no mínimo por cinco anos ou tivessem filhos, acrescentando-se ainda a exigência da inexistência de impedimentos matrimoniais.

No mesmo Código tratou-se da presunção de paternidade (artigos 382 e 383), quanto aos filhos nascidos durante a convivência concubinária, e também no artigo 1.368, inciso V, estabeleceu-se o direito a alimentos.

O Código Civil do Estado Mexicano de Morelos reconheceu o direito alimentar à concubina, desde que a união perdurasse por, no mínimo, cinco anos e que ambos os companheiros fossem solteiros.

Por sua vez, o Código Civil do Estado Mexicano de Tamaulipas permitiu o casamento registrado e o não registrado. Contudo, este Código não tratou propriamente do concubinato, mas sim do casamento de fato¹.

O Código Familiar do Estado Mexicano de Hidalgo, por sua vez, regulou o concubinato nos artigos 146 a 150. Firmou o concubinato puro, desde que este possuísse as características de notoriedade e continuidade, por mais de cinco anos, e atribuiu a obrigação alimentar. Admitiu que a concubina utilizasse o apelido do concubino quando seus filhos portassem o nome de ambos os

¹ O conceito de casamento de fato é um estágio paralelo ao do concubinato, pois, no primeiro, os conviventes sentem-se marido e mulher, porque são casados, embora não nos termos do casamento legislado (civil, ou religioso com efeitos civis); no segundo, vivem como se casados fossem. (AZEVEDO, 2001, p. 122).

conviventes. Permitiu a igualdade no direito sucessório em relação ao concubino (o Código de 1928 atribuía apenas à concubina este direito). Nomeou, também, os requisitos para que o concubinato fosse equiparado ao casamento civil, com todos os efeitos legais deste.

2.2.9 Paraguai

O Código Civil de 1986 regulou a união concubinária, não impondo prazo de duração, como sendo uma sociedade de fato, regulada pelas normas sobre comunhão de bens patrimoniais. Para a existência dessa união de fato (artigos 217 a 224) é necessário que ambos os concubinos tenham capacidade para contrair matrimônio, ou que o homem tenha dezesseis anos de idade e a mulher quatorze anos, e que não existam impedimentos para a celebração matrimonial.

2.2.10 Colômbia

Devido a grande influência sofrida pela Igreja Católica, o concubinato não era admitido na Colômbia, ou seja, estas relações eram tidas, pelo Código Penal colombiano, como um delito.

Apenas em 1990 o concubinato foi previsto pela Lei nº 54 de 28 de dezembro e recebeu a terminologia de “união marital de fato”, que é a união entre um homem e uma mulher, não casados, duradoura e singular. Esta união, porém, não foi equiparada ao casamento.

2.2.11 Argentina

Na Argentina o concubinato não foi previsto em lei. A doutrina e a jurisprudência, por sua vez, reconhecem tal união se presentes os seguintes requisitos: coabitação, publicidade, singularidade e estabilidade.

2.2.12 Uruguai

A Constituição do Uruguai não previu o concubinato. Contudo, o Código Civil o admitiu nas seguintes situações fáticas: a) ao punir com a perda do direito real de habitação e de uso vitalício e gratuito dos móveis que guarnecem o lar conjugal o cônjuge sobrevivente que passa a viver em concubinato; b) ao imputar os direitos reais de habitação e de uso à porção legitimária, independentemente do prazo de duração do matrimônio, se este foi precedido de concubinato estável, singular e público e c) ao imputar os referidos direitos à porção disponível ou à porção conjugal, o prazo de duração mínimo do casamento de trinta dias, salvo se for precedido de relação concubinária com duração de pelo menos 180 (cento e oitenta) dias.

2.2.13 Brasil

No Brasil, mais precisamente na época do Império, devido à influência da Igreja sobre o Estado, admitia-se somente o casamento religioso como forma de união familiar, sendo considerada imoral a ligação concubinária.

Foi a Era Republicana que trouxe a inovação do casamento civil, embora mantendo o reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso.

Adveio o Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890 que instituiu o casamento civil no ordenamento brasileiro, dispondo, em seu artigo 53, sobre a posse do estado de casado, como forma suficiente da existência do casamento. Em outras palavras, este decreto formalizou o casamento civil, desconsiderando o casamento de fato ou presumido, bem como o casamento religioso sem o registro civil.

A primeira Constituição Republicana de 1891 deixou patente esse mesmo posicionamento no artigo 72, § 4º.

O casamento civil, como sendo a única forma de constituição da família brasileira, deu impulso a progressiva marginalização do concubinato. As tentativas de regularização do concubinato eram singelas, prevalecendo a

reprovação das uniões livres, mesmo em relação àquelas em que não haviam impedimentos.

O Código Civil de 1916 não proibiu o concubinato; todavia não o regularizou; ao contrário, suas normas restringiram o direito das concubinas. É o que se nota nos seguintes artigos: 248, VI, que legitima a mulher casada a reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina, legitimidade que alcança os herdeiros necessários (art. 178, § 7º, VI, CC); 358 que não permitia o reconhecimento dos filhos havidos de relação incestuosa e adulterina, hoje revogado pela Lei nº 7.841/89; 1177 que proíbe a doação do cônjuge adúltero a seu cúmplice (essa proibição foi reeditada no artigo 550 do Novo Código Civil), 1474 que proíbe instituir beneficiário, pessoa que for legalmente inibida de receber doação do segurado e o artigo 1719, III, que proíbe a nomeação da concubina como herdeira ou legatária do testador casado, ou o concubino de testadora casada (essa regra foi repetida pelo artigo 1801, III, do Novo Código Civil).

Não obstante a insistente oposição ao concubinato, o Estado não tinha como ignorá-lo, uma vez que a união entre pessoas de sexo diferentes, não ligadas entre si pelo casamento, sempre existiu independentemente de serem ou não normatizadas.

Por isto, surgiram algumas legislações esporádicas, que, de alguma forma, tentavam regular essas uniões livres sem, contudo, igualá-las ao casamento.

Mesmo antes da promulgação do Código de 1916, o Decreto nº 2.681 de 7 de dezembro de 1912 regulou matéria sobre a responsabilidade civil das ferrovias, possibilitando o ressarcimento às concubinas em caso de morte de passageiro do qual dependiam.

Após o advento do Código, destaca-se o Decreto nº 7.036 de 10 de novembro de 1944, conhecido por Lei de Acidentes do Trabalho que estabeleceu que a companheira mantida pela vítima teria os mesmos direitos do cônjuge legítimo, desde que mencionada expressamente como beneficiária em ato solene.

A Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976, dispôs sobre seguro de acidente de trabalho e que, através do seu decreto regulador nº 79.037 de 24 de dezembro de 1976, fortaleceu a situação da companheira.

Como conseqüência da apreciação de inúmeros casos de indenizações à concubina por acidente de trabalho ou em transporte o Supremo Tribunal Federal editou em 1963, a Súmula 35 nos seguintes termos: “Em casos 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”.

Nota-se, contudo, que se exigia para pleitear tais benefícios o concubinato puro.

A Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, admitiu que o contribuinte, separado judicialmente, sem a obrigação de sustentar sua ex-mulher, pudesse abater em sua declaração de imposto de renda os encargos da família de sua companheira, desde que com ela tivesse convivido por mais de cinco anos e que a tivesse incluído como sua beneficiária, sendo necessário a inexistência de impedimento legal para o casamento entre eles. A seu turno, o Decreto nº 85.450, de 4 de dezembro de 1980, que aprovou o regulamento para o imposto de renda, em seus artigos 70 e 522, § 1º, também repetem semelhante regra.

Atualmente, com o advento da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, mais precisamente em seu artigo 35, inciso II, o companheiro ou a companheira poderão ser considerados dependentes para a legislação do imposto sobre a renda, desde que tenham convivido por mais de cinco anos ou por período menor, se dessa união resultou prole.

Ressalta-se também a Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962, em seu artigo 5º, que possibilitou à concubina ser beneficiária da pensão deixada por servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, separado judicialmente, viúvo, desde que o beneficente não tivesse filhos para receber a benesse, e ainda tivesse convivido com ela há mais de cinco anos. No campo previdenciário, destacam-se os seguintes regulamentos: Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963 (artigo 3º, letra d); Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974 (art. 4º, Parágrafo Único); Decreto nº 76.022 de 24 de julho de 1975 (art. 4º, letra a); Decreto 77.077, de 24 de janeiro de 1976 (art. 13 a 16); Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979 (art. 12 a 18); o Decreto 89.312, de 23 de janeiro de 1984 (art. 10 a 13) que aprovou a Consolidação das leis da Previdência Social; Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.

Em relação a possibilidade da companheira poder averbar em seu registro de nascimento o patronímico do companheiro, destaca-se a Lei dos Registros Públicos nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, com alterações introduzidas pela Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975.

Quanto à possibilidade de a concubina continuar a locação do imóvel residencial, ante a morte de seu companheiro, locatário, garantia-lhe este direito as Leis nº 4.494, de 25 de novembro de 1964, e a Lei nº 6.649, de 16 de maio de 1979. Na Lei do Inquilinato vigente nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, repete este preceito de continuidade na locação pelos conviventes.

Antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal editou súmulas com o escopo de solucionar as questões referentes ao concubinato, para o fim de reparar, de certo modo, injustiças a estas famílias de fato.

De início, julgados desse período anterior a promulgação da Constituição de 1988, autorizavam que a concubina fosse indenizada pelos serviços domésticos prestados a seu companheiro durante a vida em comum, isto é, teria direito a salário. Entretanto, isto gerava um certo dissabor, pois estaria conferindo maiores direitos à concubina em relação ao cônjuge feminino. Todavia, Varjão (1999, p. 41) diz que este entendimento é equivocado, porque a concubina não possuía, ao tempo desta teoria, direitos a alimentos e a sucessão, como possuíam as esposas.

Cumprе salientar que, embora a atual Constituição Federal não mais admita a indenização por serviços prestados, eventualmente poder-se aplicar, de forma subsidiária, esta prerrogativa apenas em casos excepcionais. Isto ocorre, por exemplo, quando o companheiro investe nos estudos de sua companheira e esta, depois de concluí-los, consegue auferir maiores rendimentos. Durante a convivência o casal não adquiriu patrimônio. A convivente, agora profissional bem sucedida, abandona o companheiro para viver com outro. Neste caso, a parte abandonada que contribuiu eficazmente para o sucesso do outro, terá direito de pleitear-lhe indenização.

Contudo, há entendimento de que a indenização por serviços prestados não se afeiçoa à nova realidade constitucional que reconhece a união estável

entre o homem e a mulher como entidade familiar, uma vez que não há relação hierárquica e impositiva de patrão e empregado entre eles (GAMA, 2001, p. 356).

Com a evolução jurisprudencial sobreveio outro entendimento conferindo participação no patrimônio adquirido pelo esforço comum, dada a sociedade de fato existente entre os concubinos, o que redundou na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, do seguinte teor: “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”.

Nota-se que normalmente a companheira via-se prejudicada, pois era necessário que ambos contribuíssem para o aumento do patrimônio, isto é, que o esforço comum fosse de natureza econômica, o que afrontava o intuito de constituição de família e, por este motivo, havia entendimento que este esforço comum abrangia não apenas a colaboração econômica, mas também a de ordem pessoal.

Estas colaborações foram intituladas de contribuição direta e indireta, a primeira era a contribuição onerosa, já a segunda foi posteriormente reconhecida por entendimento jurisprudencial da Suprema Corte que assim admitiu:

Contribuição indireta de ex-companheira” – Pode, assim, essa contribuição consistir na realização de tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços doméstico, diminuição de despesas (economia) proporcionada pela execução das atividades de cunho doméstico pela ex-companheira. (AZEVEDO, 2001 p. 304)

É importante frisar que a Súmula 380 garantiu aos concubinos o direito de partilhar os bens adquiridos pelo esforço comum, seja pela separação dos concubinos ou pela morte de um deles; contudo, ainda não tinham direito à meação.

A partilha não significava divisão igualitária, levava-se em consideração aquele que mais contribuiu para o aumento do patrimônio, em outras palavras, era proibido o enriquecimento sem causa, o concubino quando da dissolução da sociedade, teria direito apenas a parte que contribuiu de forma onerosa (contribuição direta).

Atualmente esta súmula tem aplicabilidade apenas nas relações não protegidas pelo Estado, é o caso de concubinatos impuros (desde que ambos estejam de má-fé) e de relações entre pessoas do mesmo sexo. Estes poderão ter o direito de partilha fundados na Súmula 380, não com base no direito de família, mas no direito obrigacional (sociedade de fato), a fim de evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes.

Outra súmula que, em face do tema, se sobressai é a de nº 382 também do Supremo Tribunal Federal, a qual permite o reconhecimento do concubinato, mesmo que seus membros não vivam sob o mesmo teto.

Ao lado das súmulas supramencionadas, também se destaca a de nº 447 que prescreve: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina”.

O extinto Tribunal Federal de Recursos também dispôs a respeito do concubinato, em suas súmulas, a seguir:

122 – A companheira, atendidos os requisitos legais, faz juz à pensão do falecido, quer em concorrência com os filhos do casal, quer em sucessão a estes, não constituindo obstáculo à ocorrência do óbito antes da vigência do Decreto-Lei n. 66 de 1966.

159 – É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.

253 – A companheira tem direito a concorrer com outros dependentes à pensão militar, sem observância da ordem de preferência.

Foi a Constituição Federal de 1988 que, embora reconhecendo a família constituída pelo casamento como sendo a base da sociedade, estendeu a proteção do Estado também à entidade familiar formada pela união estável entre o homem e a mulher, bem como aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental).

No artigo 226, § 3º, da Constituição de 1988 o legislador reconheceu o concubinato puro, como forma de constituição de família, como instituto, portanto, do Direito de Família.

O legislador constitucional preferiu a expressão união estável para designar a célula familiar não originada do casamento, e companheiros e conviventes em lugar de concubinos, pela elevada carga negativa que o termo concubinato adquiriu, como sinônimo de união impura e ilegítima.

Este dispositivo constitucional trouxe grande discussão a respeito de poder a união estável ser ou não equiparada ao casamento.

Segundo Santos (1996, p. 67) o legislador não quis a equiparação da união estável ao casamento, mesmo que a esta entidade fosse garantida a proteção do Estado. Afirma, ainda, que o casamento continua sendo a base ideal para a sociedade.

Glanz apud Santos (1996, p. 67-68) também adota este posicionamento:

(...) não se equipara à união estável ao casamento. Realmente, do casamento decorrem várias relações jurídicas que são atribuíveis à união estável. Por outro lado, o texto da Constituição diz que a lei facilitar a sua conversão em casamento, donde concluir-se que, se pode converter-se em casamento, não tem a mesma natureza.

No sentido oposto, comenta Dias apud Santos (1996, p. 67), que a união estável se equipara ao casamento porque ambos recebem proteção estatal.

Oliveira apud Helder (2002, p. 23) também afirma que houve equiparação da união estável ao casamento e assim leciona:

A união extramatrimonial, como entidade familiar, se iguala constitucionalmente à instituição do matrimônio, como entidade familiar a que foi alcançada. E por ser duradoura e sólida, configura um fato social e jurídico, a família natural, merecedora, portanto, da tutela jurídica.

Ora, se alguns preceitos aplicados ao casamento estendem-se à união estável, o fato é que não ocorreu a equiparação ao casamento. De fato, alguns direitos dos cônjuges não se aplicam aos conviventes, v.g., o cônjuge é considerado herdeiro necessário enquanto que o convivente não o é, além disso, este tem uma concorrência desfavorável na herança com os colaterais do *de cujus*; se realmente ocorresse a equiparação da união estável com o casamento

não haveria razão para estas diferenças de tratamento entre os cônjuges e conviventes.

A Constituição Federal reconheceu este fato social como entidade familiar, dando margem para que a lei infraconstitucional disciplinasse sobre os direitos e deveres das relações decorrentes desta união, além dos seus respectivos efeitos.

Assim, em face deste mandamento constitucional de proteção à união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), foram editadas duas leis especiais sobre a matéria. A Lei nº 8.971/1994 dispõe sobre os direitos de companheiros a alimentos, sucessão (herança e usufruto) e meação em caso de morte, e a Lei nº 9.278/1996 que dá nova definição de união estável, estabelece os direitos e deveres dos conviventes, trata da assistência material (alimentos) em caso de rescisão da união estável, garante o condomínio (meação) dos bens adquiridos na constância da união e a título oneroso (salvo estipulação contratual em contrário), acrescenta o direito de habitação no plano da sucessão testamentária, permite a conversão da união estável em casamento por requerimento ao oficial do Registro Civil e remete toda a matéria à competência do Juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

Pelo fato de serem editadas, em curto espaço de tempo, duas leis acerca do mesmo assunto, surgiram divergências sobre o fato de a Lei nº 9.278/96 haver ou não ab-rogado ou derogado a Lei nº 8.971/94.

Embora a Lei nº 8.971/94 tenha sido um grande avanço para regularização do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, os três artigos que ela apresenta estão longe de definir e normatizar a união estável.

Já a Lei nº 9.278/96, cuja proposta inicial era regulamentar inteiramente a matéria, com integral revogação da lei anterior, não cumpriu seu objetivo.

A discussão surgiu porque não houve revogação expressa da lei antiga (Lei. nº 8.971/94) na lei nova (Lei nº 9.278/96) e, além disso, alguns de seus dispositivos são conflitantes, e outros subsistem sem modificação. Em outras palavras, a Lei nº 8.971/94 exige, para a caracterização da união estável, o período de convivência de cinco anos, contudo a Lei nº 9.278/96 reconhece estas uniões bastando que a convivência seja duradoura, pública e contínua. Houve discrepância também em relação aos alimentos e à meação, por isto foram

revogados. Entretanto, a matéria que tratava do usufruto e da herança estabelecida no artigo 2º da Lei nº 8.971/94 permaneceu em vigor mesmo com a promulgação da Lei nº 9.278/96.

Conclui-se, portanto, que ocorreu a mera derrogação da Lei nº 8.971/94 no que toca aos dispositivos que se tornaram incompatíveis com os termos da Lei nº 9.278/96.

Este também é o posicionamento do ilustre autor Azevedo (2001, p. 404):

Entendemos, entretanto, que não houve a aludida revogação total, mas parcial, dado que a lei nova, de 1996, só discrepa da lei antiga, de 1994, no tocante a alimentos. A lei nova sequer cuidou da matéria no âmbito sucessório. Relativamente aos alimentos, sim, admitimos que houve revogação do art. 1º da antiga lei, em face da nova, que cuidou da matéria alimentar, em sentido contrário, permitindo o pedido de alimentos, em caso de dissolução culposa do contrato de união estável (escrito ou verbal), por rescisão do mesmo, quando o alimentado necessitar do pensionamento.

Assiste-se, no caso, repita-se, o posicionamento de duas leis federais regulando matéria contida em texto constitucional, tendo sido a primeira (de 1994) modificada parcial e tacitamente pela segunda (de 1996), no tocante aos alimentos entre conviventes.

No sentido também prolata Parizatto apud Oliveira (1997, p. 124):

Com o advento da Lei nº 9278, de 10 de maio de 1996, ocorreu uma revogação parcial e alguns dispositivos da Lei nº 8971, de 29 de dezembro de 1994, que regulou o direito dos concubinos a alimentos e à sucessão.

Houve assim uma derrogação da lei anterior com a atual, pois que aquela somente fora revogada naquilo que se demonstrar incompatível com a outra, observando-se que a Lei nº 9278, de 10 de maio de 1996, não tratou inteiramente da matéria, cabendo a aplicação da Lei nº 8971, de 29 de dezembro de 1994, quando essa não tornar-se incompatível.

Por sua vez, leciona Oliveira (2003, p. 98):

A revogação das disposições em contrário significa, naturalmente, que os pontos enfocados na Lei 9.278/96, especialmente os relativos à conceituação da união estável, aos alimentos e à meação, sobrepõem-se aos dispositivos similares tratados na Lei 8971/94, nos seus arts. 1º e 3º.

Não mais subsistem pois, os requisitos pessoais e temporais (prazo de 5 anos para o reconhecimento da união estável, bastando que a convivência se revele duradoura, pública e contínua. A prestação decorre do dever de mútua assistência entre os companheiros (ou conviventes), desde que rescindida a união. E o direito de meação, reconhecidos em vida ou post mortem, resulta da presunção de colaboração dos companheiros na aquisição dos bens a título oneroso, durante o tempo de convivência, salvo disposição contratual em contrário.

Permanecem em vigor, no entanto, as disposições da lei anterior, art. 2º, sobre herança (na falta de descendentes ou de ascendentes do ex-companheiro) e usufruto (sobre ¼ dos bens, havendo descendentes, ou ½ havendo ascendentes), eis que não são revogados pela Lei 9.278/96, que se limitou, no plano sucessório, ao reconhecimento de mais um direito aos companheiros, o de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família. Quisesse, a nova lei, afastar aqueles outros direitos sucessórios, teria feito menção expressa à revogação do disposto na Lei 8.971/94, ou afirmando que o convivente supérstite teria apenas o direito a habitação. A concessão pura e simples de mais este direito não exclui os precedentes, quando presentes os requisitos para sua extensão post mortem na união estável, à semelhança do que ocorre na viuvez dos casados (artigo 1611 do CC).

Há quem entenda que ocorreu a revogação total (ab-rogação) da Lei nº 8.971/94.

Esta posição minoritária foi adotada no encontro dos Promotores de Justiça na cidade de Volta Redonda (RJ): “A Lei nº 8.971, de 10.5.96, com vigência a partir de 13.5.96, revogou totalmente a Lei 8.971, de 29.12.94 (LICC, art. 2º, § 1º)” (OLIVEIRA, 1997, p. 126), e pelos Juízes de Direito das Varas Cíveis, de Família e Orfanológicas do Estado do Rio de Janeiro, os quais, em reunião ocorrida em 19 de agosto de 1996, aprovaram, por maioria de votos, que: “A Lei 8.971/94 está ab-rogada pela Lei 9.278/96, tendo em vista que regulou inteiramente toda a matéria tratada na lei anterior (art. 2º da lei de Introdução ao Código Civil)” (CIOTOLA, 1999, p.69).

Entretanto, como antes já esclarecido, a Lei nº 9.278/96 não regulamentou totalmente a matéria disciplinada na Lei nº 8.971/94; logo ambas deveriam, como efetivamente devem, ser analisadas conjuntamente.

O Novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, se dedica à matéria da União Estável, no Título II do Livro IV, artigos 1.723 a 1.727, e disposições esparsas em outros capítulos, como nos casos de obrigação alimentar no artigo 1694 e do direito sucessório do companheiro no artigo 1.790.

O artigo 1.723 conceituou a união estável conforme segue: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O Novo Código dispõe sobre a proibição de se reconhecer a união estável se um dos parceiros for impedido, (artigo 1.521 do mesmo códex), acrescentou o dever de lealdade entre os companheiros (manteve os demais, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, já esquadrihados pela Lei nº 9.278/96). No aspecto patrimonial, sustentou o regime da comunhão parcial de bens, salvo disposição diversa em contrato escrito (art. 1.725). No plano sucessório, o convivente supérstite obteve maior direito (em relação ao disposto na Lei nº 8.971/94) quando concorresse com descendente e ascendente, porém, foi reduzida sua participação na herança por sujeitar-se à concorrência com os colaterais. E, ainda, desapareceram os direitos ao usufruto e à habitação. A possibilidade de conversão em casamento é tratada no artigo 1.726.

Contudo, também se discute se o atual Código revogou ou não as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

Há posicionamento no sentido de que o Novo Código Civil revogou tacitamente essas leis, pois regulou totalmente a matéria da união estável.

Outros entendem que, desde que não haja incompatibilidade ou tratamento integral do tema na lei nova (Código Civil de 2002), inexistente razão para que se considere revogados os sobreditos diplomas legais, porque constituem-se em leis especiais, e, como se sabe, norma geral não revoga a especial.

A exemplo disso, discute-se se o direito de habitação, não regulado pelo Novo Código e que antes se encontrava prescrito no artigo 7º da Lei nº 9.278/96, pode ou não ser atribuído ao convivente após a entrada em vigor do Código de 2002. Este tema e conseqüente enfoque será abordado mais adiante.

2.3 Conceito de Concubinato

O conceito etimológico da palavra concubinato deriva do vocábulo latino *concubinatus* que significava mancebia, amasiamento, abarregamento. Descende, também, do verbo grego *concumbo*, cujo sentido é o de dormir com outra pessoa, copular, deitar-se com, repousar, descansar, ter relação carnal, estar na cama.

Os franceses utilizavam a expressão *concubinage* para expressar as uniões simplesmente carnais, passageiras e *concubinat* para caracterizar a união mais duradoura. (PEREIRA, 1997, p. 42).

O Dicionário Aurélio define a palavra concubinato como sendo:

O estado de quem tem ou é concubina ou concubino; amasio, comborçaria; ou forma de união conjugal socialmente reconhecida, que implica uma série de direitos e deveres mais ou menos bem determinados, e considerada distinta do casamento, segundo critérios que podem variar conforme a sociedade.

Azevedo (2001, p. 207) defende que o concubinato tem dois sentidos, um amplo que corresponde a qualquer união sexual livre; e o sentido estrito que é a união duradoura, na qual é importante o ânimo societário (*affectio societatis*) e a lealdade concubinária.

Bittencourt apud Pereira (1997, p. 42) também entende que a expressão concubinato tem duplo sentido e aduz:

Um sentido genérico análogo à união livre que é toda ligação de homem e mulher fora do casamento, também chamado de mancebia, amigação, barregã, amásia etc. Em sentido mais específico é o que se refere ao semimatrimônio, à posse de estado de casado, ao entrosamento de vida e de interesses numa comunhão de fato.

Rodrigues apud Azevedo (2001, p. 209) ao conceituar o concubinato leciona que “a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem”.

Por sua vez, Oliveira (2003, p. 73) explica que “o concubinato é a união entre o homem e a mulher, com intuito de vida em comum, sem as formalidades do casamento, e corresponde à chamada união livre ou informal”.

Para Ferreira apud Azevedo (2001, p. 209) o concubinato é:

A união estável prolongada de homem com a mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo pelos laços do casamento, revestindo-se, porém, tal união, necessariamente, de algum requisito, como a notoriedade, fidelidade da mulher e continuidade de relacionamento sexual.

Moura (1985, p. 37 - 42) entende que o concubinato pode ser classificado em sentido simples ou em sentido amplo e em sentido qualificado ou próprio. Segundo ele, o primeiro seria simples união sexual, fora do casamento, onde não é necessária vida em comum de habitação, leito e mesa, inexistindo, também a *affectio societatis*. São características do concubinato em sentido estrito simples: a) frequência da mulher pelo homem ou deste pela mulher, pois é dispensada a convivência durante o dia sob o mesmo teto; b) relação sexuais reiteradas, sem a qual não caracterizará o concubinato em sentido amplo; c) duração razoável, ou seja, deve haver uma duração de tempo que mostre o envolvimento pessoal dos concubinos; d) certa aparência de fidelidade, o que implica em concubinato honesto. Já o concubinato em sentido próprio é a união entre um homem e uma mulher, vivendo sob o mesmo teto, como se casados fossem (convivência *more uxório*), não incestuoso e nem adúltero, com a conseqüente demonstração da *affectio societatis*.

Assim, pode-se conceituar o concubinato como uma união livre de pessoas de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si pelo casamento.

2.4 Espécies de Concubinato

Existem duas espécies de concubinato: o puro e o impuro.

O concubinato puro é constituído por pessoas livres, solteiras, separadas, divorciadas ou viúvas, são pessoas de sexo diferente que estão desimpedidas de

se casar. Em outras palavras, puro é o concubinato de pessoas livres que poderiam se casar e não se casam porque não querem se submeter às regras matrimoniais. Juntam-se com o intuito de constituir família.

A Constituição Federal de 1988 contemplou o concubinato puro como entidade familiar, denominado-o de união estável. De acordo com o Novo Código Civil (artigo 1.723 parágrafos 1º), esta espécie de concubinato se estendeu também para os separados de fato e judicialmente, ou seja, se o concubino que estiver separado de fato de seu cônjuge ou de outro concubino anterior, o adultério cessará e o concubinato tornar-se-á puro.

O concubinato impuro pode se subdividir em incestuoso, aquele em que as pessoas estão impedidas de se casar por existir parentesco próximo entre elas; e o adúlterino em que um dos companheiros ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar, ou seja, quando um dos companheiros é casado e mantém simultaneamente uma relação concubinária. Há doutrinadores que defendem que o termo concubinato corresponderá sempre à relação impura, enquanto que a união estável ocorrerá quando não houver impedimento para constituir tal união (Leite apud Col, 2002, p. 45).

Azevedo (2001, p. 211) destaca as duas espécies de concubinato e diz que “puro seria o concubinato que se apresenta como união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima”, e ainda exemplifica com os casos de união de solteiros, viúvos, separados judicialmente ou de fato, por mais de um ano, desde que respeitada outra união concubinária; e o concubinato impuro que seria aquele adúlterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de um homem casado ou concubinato que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato.

Conclui o ilustre autor que o concubinato puro deve merecer, por parte do Estado, completa proteção e regulamentação legal, já o impuro não deve receber apoio dos órgãos públicos e, nem mesmo, da sociedade.

França apud Santos (1996, p. 37) divide o concubinato em natural e espúrio. “Natural é o concubinato entre pessoas desimpedidas para o casamento e espúrio é o concubinato em que ambos os concubinos ou apenas um deles está

impossibilitado legalmente de contrair matrimônio podendo ser adúltero ou incestuoso”.

Pereira (1999, p. 42) denomina o concubinato puro e impuro de não adúltero e adúltero, respectivamente.

3 UNIÃO ESTÁVEL

Como já anotado, a Constituição Federal de 1988 introduziu relevantes mudanças no conceito de família e, conforme exposto no artigo 226, a proteção do Estado se estendeu, além da união civil ou religiosa pelo casamento, também à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, e a união estável entre homem e mulher.

Reconhecida como entidade familiar, a união estável não foi precisamente conceituada na Lei nº 8.971/94, que foi promulgada a fim de disciplinar estas relações. O artigo 1º desta lei contemplou a heterossexualidade dos companheiros, o estado civil ausente de impedimento matrimonial (solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos), e tempo mínimo (5 anos) de convivência, com exceção do período de tempo se houver prole comum.

Sobreveio a mudança conceitual com a Lei nº 9.278/96 (art. 1º) que definiu “que é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família”. Note-se que se excluiu do conceito anterior os requisitos de natureza pessoal, o tempo mínimo e a prole.

No Novo Código Civil, no artigo 1.723, a conceituação da união estável como entidade familiar é a mesma dada pela Lei nº 9.278/96, com ligeira nuance de redação: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Insta salientar mais uma vez que esta mudança de terminologia do vocábulo “concubinato” para “união estável” adotada pela Constituição de 1988 se deu por mero preconceito do legislador e da sociedade que tinham, como efetivamente ainda têm, o concubinato como uma relação desonesta. O mesmo aconteceu com a palavra “desquite” substituída por “separação judicial” na Lei nº 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio. (Pereira, 1999, p.15).

Observe-se ainda, que o Novo Código Civil no artigo 1.723 utiliza a expressão “união estável” às relações entre homem e mulher que tenham o intuito

de constituir família e reporta-se ao “concubinato”, em seu artigo 1.727, às relações não eventuais entre homem e mulher que estão impedidos de casar. Assim verifica-se que a união estável refere-se ao concubinato puro, aquele ausente de impedimentos (não adúltero e nem incestuoso) que merece total proteção do Estado.

Cahali (1996, p. 87) conceitua a união estável e leciona que ela “é 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”.

Varjão (1999, p. 73), por sua vez, define a união estável como “a convivência duradoura de um homem e uma mulher, desimpedidos de contrair matrimônio, que vivem como se casados fossem”.

3.1 Requisitos Essenciais

Os requisitos a seguir apresentados constituem-se nos elementos necessários ao reconhecimento da união estável como entidade familiar. Estes se subdividem em objetivos (diversidade de sexos, inexistência de impedimentos matrimoniais, coabitação, fidelidade, período de convivência, notoriedade) e subjetivos (convivência *more uxório* e *affectio maritali*).

Para que fique caracterizada a união estável, não basta a presença de apenas um desses requisitos. É preciso que a maioria deles se mostrem evidenciados para que a união seja considerada estável.

3.1.1 Requisitos Objetivos

3.1.1.1 Diversidade de sexos

A Constituição Federal deixou claro que a união estável é constituída da relação entre homem e mulher, as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 e o Novo Código

Civil também especificaram que o relacionamento entre pessoas de sexos opostos, como o único apto para produzir efeitos enquanto entidade familiar, excluindo-se assim as relações homossexuais.

A respeito escreve Parizatto apud Oliveira (1997, p. 86) :

A evidência, exige-se pela regra legal que a convivência seja entre homem e mulher, excluindo-se, assim, as relações existentes entre um homem e outro homem e uma mulher com outra mulher, lembrando-se até mesmo que o espírito da lei é a conversão da união estável em casamento, o que seria impossível na espécie. No âmbito constitucional, também se contempla tal entendimento (CF, art. 226, § 3º), o que já se vinha prestigiando antes mesmo da Carta Magna de 1988 e de qualquer disposição legal, fundando-se a repulsa na moral e nos bons costumes. Não se admite, pois para efeito de proteção do estado, mormente no que se refere ao Direito de Família, quer em âmbito constitucional, quer em âmbito legal, a união ainda que estável, duradoura e pública entre homossexuais.

Enfim, as relações homossexuais encontram-se à margem do direito, não sendo reconhecidas como família ou como união estável, são consideradas apenas sociedades de fato regulada pelo Direito Obrigacional.

3.1.1.2 Inexistência de impedimentos matrimoniais

Para caracterizar a união estável os conviventes devem estar desimpedidos, ou seja, não deve existir óbice jurídico para que a convertam em casamento.

Como a Constituição Federal permite a conversão da união estável em casamento, ficam excluídas as relações adúlteras e incestuosas. Aqui, o constituinte visualizou apenas as uniões ausentes de impedimentos, uma vez que não pode haver casamento se presente algum deles.

Entretanto, como já mencionado alhures, é admissível o reconhecimento da união estável se um dos conviventes ou ambos forem separados de fato ou judicialmente (artigo 1.723 § 1º NCC). É curioso observar que embora estas

exceções não impeçam o reconhecimento da união estável, impedem o casamento, que apenas se finda com a morte ou o divórcio.

Quanto aos impedimentos Amorim et al. apud Gama (2001, p. 81) comentam:

A união protegida seria aquela da vivência de homem e mulher desimpedidos, como 'companheiros', em situação de aparente matrimônio, ou casamento de fato (...). Seria o chamado concubinato puro, a distinguir da modalidade impura, caracterizada por ligações casuais ou adúlteras.

Gama apud Oliveira (2001, p. 140) também leciona sobre o assunto:

As uniões adúlteras ou incestuosas, não apenas sob o ponto de vista matrimonial, mas agora também sob a ótica da presença do companheirismo no Direito de Família, não merecem ser tratadas como espécie de família, justamente por contrariarem valores morais, adotados pela sociedade, reconhecidos juridicamente, neste caso específico sob a forma de impedimentos matrimoniais que também merecem pronta aplicação ao companheirismo.

A proibição é coerente, pois, como a união estável deve ser apta a conversão em casamento, não se pode possibilitar uma relação marcada por uma circunstância impeditiva do casamento.

3.1.1.3 Coabitação (Vida em Comum sob o mesmo teto).

A convivência dos companheiros sob o mesmo teto, embora considerada por muitos autores um elemento essencial para configuração do companheirismo, é, para tantos outros, um requisito dispensável para a caracterização de uma união entre homem e mulher como companheirismo.

Esta orientação está relacionada à Súmula 382², antes já mencionada, que confirma o reconhecimento do concubinato mesmo que os conviventes vivam em

² A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

tetos separados, mas desde que ambos tenham a intenção de manter uma relação sólida.

Neste sentido Cahali (1996, p. 62):

Na verdade, a exemplo do matrimônio, coabitação é uma das características da união, podendo-se até qualificá-la como dever recíproco dos partícipes; mas não é requisito indispensável, sendo permitida a constatação do instituto mesmo sem a sua verificação desde que mais importante, existente o *animus*, a convivência *more uxório*, e não apenas um relacionamento informal entre duas pessoas.

Comenta Diniz apud Cahali (1996, p. 62):

Ante a circunstância de que o próprio casamento pode haver separação material dos consortes por razão de doença, de viagem ou profissão, o concubinato pode existir mesmo que os amantes não residam no mesmo teto, desde que seja notório que sua vida se equipare à dos casados civilmente.

Esta diversidade de residência na união estável a exemplo do casamento é uma exceção à regra (Súmula 382). (CAHALI, 1996, p. 63)

Entretanto há autores que defendem a exigência da coabitação entre os conviventes para a caracterização da união estável, senão estariam admitindo relações informais de não companheirismo, o que não é admitido em nosso direito.

Oliveria apud Gama (2001, p. 193) escreve:

Com essa característica, exige-se que os conviventes morem sob o mesmo teto, mantendo vida como se casados fossem. É necessário que os conviventes tenham o mesmo domicílio. Essa característica do concubinato é que exterioriza em sua plenitude, apresentando os concubinos como se marido e mulher.

Também comenta Coltro apud Gama (2001, p. 194):

É certo que a união de fato define-se pela existência, é de se acentuar, que, particularmente importantes são também as circunstâncias de

habitação comum e de comunhão econômica entre os concubinos, que pode revestir a forma de contribuição para o sustento de um e de outro, bem como dos filhos; a partilha de despesas comuns; da compra em conjunto de um apartamento para residência da família; de abertura em conjunto de conta bancária, (...) especialmente quando se leva em consideração que os concubinos não tem vida em comum. De modo que esta se assenta na vontade do casal cotidianamente renovada. Faltando o registro civil, comprovando a existência da união extramatrimonial entre os companheiros, faz-se necessária a presença da comunhão de vida, não sob aspecto formal, mas sim material, no sentido do convívio no mesmo lar, dividindo as angústias, os anseios, as alegrias, as esperanças, enfim, vivendo em família. O concubinato é uma comunhão de vida, em que dominam essencialmente relações de sentimento e de interesses da vida em conjunto.

O Novo Código Civil, em seu artigo 1.723, *caput*, trata da necessidade de convivência para a caracterização da união estável.

Enfim, mesmo que os conviventes vivam em casas separadas, deve-se analisar em cada caso concreto se é da vontade de ambos constituir família ou não, ou seja, se na relação está presente a afeição e a unidade de vida, própria das pessoas casadas.

3.1.1.4 Fidelidade

Embora não exista norma que preveja o requisito da fidelidade, em razão dos princípios morais da sociedade, a maioria da doutrina entende que deve haver o dever de lealdade entre os conviventes, até porque no Brasil só se admite a família monogâmica.

Como bem salienta Bittencourt (1985, p. 26) “Com a fidelidade recíproca aproxima-se a união livre do matrimônio legal (...). As pretensões jurídicas da mulher pressupõem concubinato estável e honesto e está claro que a concubina infiel destrói aquele pressuposto”.

Vê-se que, ao relatar o dever de fidelidade, alguns autores reportam esse dever apenas à mulher, ou seja, para o reconhecimento da relação concubinária bastaria a fidelidade da concubina (ao homem, então, não seria imposto o dever de fidelidade).

Referido entendimento esbarra no princípio da isonomia adotado na Constituição Federal de 1988, logo se deve cogitar do dever recíproco de fidelidade.

Azevedo (2001, p. 295) diz o seguinte:

Ao invés de falarmos fidelidade da mulher, devemos mencionar o dever de lealdade é figura de caráter moral e jurídico independente de cogitar-se da fidelidade, cuja inobservância leva ao adultério, que é figura estranha ao concubinato. Desse modo, a quebra do dever de lealdade, entre concubinos, implica injúria apta a motivar a separação de fato dos conviventes, dada a rescisão do contrato de concubinato.

A fidelidade, sendo característica da união estável, não admite, como já se salientou, que os conviventes tenham, ao mesmo tempo, outras relações concubinárias. Entretanto, é possível que um dos conviventes desconheça que o seu companheiro mantém outra relação concubinária. Para o convivente inocente, em razão da boa-fé, a união estável será considerada putativa, produzindo todos os seus efeitos em relação a ela, por analogia ao artigo 1.561 do Código Civil que prescreve:

Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civil só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civil só aos filhos aproveitarão.

Assim, se ambos os conviventes estiverem de boa-fé (concubinato incestuoso), a eles também se admite a produção de efeitos próprios da união estável.

Azevedo apud Cahali (1996, p. 72-73) referindo-se ao concubinato impuro (adulterino e incestuoso) confirma: “Entendemos, ainda, que deste não deve surtir qualquer efeito, a não ser ao concubinato de boa-fé como acontece, analogicamente, com o casamento putativo”.

Por sua vez Cahali (1996, p. 72) diz que:

Não pode comprometer os direitos do outro companheiro, leal e honesto, consubstanciando-se, na verdade, como causa apta a fundamentar o pedido de dissolução da união, imputando ao infiel a culpa no rompimento da relação, com as conseqüências daí decorrentes.

3.1.1.5 Período de convivência.

Com já visto, a Lei nº 8.971/94 estabeleceu um prazo de 5 (cinco) anos para caracterizar a união estável e o prazo poderia ser menor se os conviventes tivessem filhos em comum. Esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 9.278/96 que exigiu apenas que a convivência fosse duradoura, sem delimitação de prazo. Da mesma maneira fez o Novo Código Civil.

Portanto, hoje não há prazo certo e determinado para a configuração da união estável; deve, assim, prevalecer a pretensão dos companheiros em constituir família. Contudo, isto não quer dizer que seja irrelevante o tempo de convivência. Embora a lei silencie quanto ao tempo, deverá ser exigido um período mínimo para que se verifique a estabilidade da união, a fim de não se confundir união estável com relacionamentos passageiros, efêmeros ou eventuais.

Pode-se adotar não como regra, mas como parâmetro, o período permitido para a separação falência, (a partir de 1 ano de separação de fato é autorizada a separação falência). Outros autores, como Gama (2001, p. 200), afirmam que seria razoável exigir-se 2 (dois) anos de vida em comum, por analogia ao tempo para concessão do divórcio direto.

Scapini apud Cahali (1996, p. 64) se mostra totalmente contrário à inclusão do tempo como requisito da união estável:

Embora o tempo de convivência possa ser o principal elemento de exteriorização da vontade dos concubinos de viverem como se casados fossem, estabelecer prazo para que a união seja considerada estável parece-me erro palmar; (...) na convivência do casal, o *animus* é que definirá a estabilidade da união. E o *animus* é relevado pelos fatos, que serão analisados nas peculiaridades de cada caso concreto.

Logo, caberá ao juiz analisar caso a caso, além dos demais requisitos que qualificam a união estável, o interesse dos companheiros na manutenção de uma efetiva e duradoura vida em comum (formação de patrimônio, prole em comum, atividades em conjunto etc.) a fim de confirmar a existência da união que, pela lei, merece proteção do Estado.

Esta opção do codificador em não definir previamente o lapso temporal, é o que parece mais adequado, ante a abundante variedade de relacionamentos que são postos à apreciação do judiciário.

3.1.1.6 Notoriedade

Há de ser notória a convivência na união estável, isto é, de conhecimento e reconhecimento no meio familiar e social onde vivam os companheiros.

Embora alguns autores se utilizem da expressão publicidade como sinônimo de notoriedade, uma se distingue da outra. A primeira é mais ampla, pois requer formalização para caracterizar a união estável (por exemplo, declaração em juízo, contrato escrito levado ao Registro de Títulos e Documentos), contudo, isto se mostra indispensável, uma vez que basta que a ligação concubinária seja divulgada, como já anunciado, no meio social em que vivem, v.g, no círculo familiar ou de amigos.

Assim, não se considera união estável relações em que os conviventes não ajam, perante a sociedade, como marido e mulher; em outras palavras, deve haver notoriedade das afeições recíprocas do casal, pois as relações secretas descaracterizam a união estável.

Bittencourt apud Cahali (1996, p. 68) explica:

A notoriedade é o traço exterior frisante da união livre, notoriedade que pode estender-se especificamente ao concubino e que pode, por outro lado, dar aos circunstantes, a persuasão de um matrimônio legal, com a lúcida observação de que 'Não se confunde notoriedade com publicidade, mas basta que o concubinato seja conhecido por um número mais ou menos largo de pessoas; exige-se, em suma, que a relação não seja clandestina e revestida de mistério'.

3.1.2 Requisitos Subjetivos

3.1.2.1 Convivência *more uxório* e *affectio societatis*

Convivência *more uxório* significa a pretensão dos conviventes em ter uma vida em comum, isto é, viver como marido e mulher com o *animus* de constituir uma família.

No conceito de Gama (2001, p. 204) convivência *more uxório* é:

A intenção de vida comum dos companheiros sob o mesmo teto, mantendo vida como se casados fossem, ou seja, o tratamento respeitoso, afetuoso, carinhoso, compreensivo, de maneira recíproca, e a exteriorização desse tratamento, possibilitando o conhecimento da relação a todos aqueles que mantiverem contato com os partícipes.

Ao lado deste requisito tem-se também o *affectio societatis*, que se exterioriza na vontade dos conviventes em manter uma união sem formalidades, distinta do casamento, mas que não dispensa a intenção de construir uma família digna de proteção do Estado.

Como para a realização do casamento é necessária a declaração de uma vontade livre, para a união estável basta a simples manifestação dela pelos conviventes. (Moura apud Cahali, 1996, p. 75).

Gama (2001, p. 206) também define a *affectio societatis* e diz que:

Ela representa o elemento volitivo, a intenção dos companheiros de se unirem cercados de sentimentos nobres, desinteressados, com pureza d'alma, congregando amor, afeição, solidariedade, carinho, respeito, compreensão enfim, o germe e o alimento indispensável, respectivamente, à constituição e manutenção da família.

Enfim, analisando estes requisitos (subjetivos e objetivos) compreende-se, sem qualquer hesitação que os relacionamentos transitórios nos quais inexistente interesse dos companheiros em comunhão de vida, denominados por alguns de “relações abertas”, não são abrangidas pela proteção do Estado.

4 UNIÃO ESTÁVEL E O NOVO CÓDIGO CIVIL.

Como já visto, a união estável era disciplinada por legislações esparsas, o Novo Código Civil, porém, regulamentou a matéria no Livro IV (Do Direito de Família), Título III (Da União Estável), entre os artigos 1.723 a 1.727.³

O *caput* do artigo 1723 reconheceu a união estável como entidade familiar e mencionou alguns elementos para a sua caracterização: a) união entre o homem e a mulher; b) convivência pública contínua e duradoura; c) objetivo de constituir família.

Já o seu § 1º excluiu expressamente a possibilidade de reconhecer-se a união estável se presente algum dos impedimentos matrimoniais expostos no artigo 1.521 (antes denominado de dirimentes públicos), exceto a proibição contida no inciso VI (pessoas casadas separadas de fato ou judicialmente).

Por sua vez, o § 2º determinou que as causas suspensivas do casamento (artigo 1.523) não prejudicarão a caracterização da união estável, desde que seja comprovada a inexistência de prejuízos para terceiros.

Isto ocorre pela simples razão de que a presença destas causas não invalidam o casamento, logo não existe óbice para admitir-se a conversão da união estável em casamento (artigo 1.726).

Entretanto, quando verificada a ocorrência de uma das causas suspensivas no casamento o legislador impõe, com finalidade protetiva devida à condição de um dos nubentes, algumas sanções patrimoniais, como a imposição de que o

³ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

casamento será realizado sob o regime de separação total. Visto que a união estável é reconhecida mesmo presentes estas causas suspensivas, pode-se compreender que, nesta situação, o regime de bens também será o de separação total. Esta analogia é permitida, pois, se assim não fosse, estar-se-ia abrindo a possibilidade de se causar dano àquelas pessoas a quem a lei visa proteger; além disso, bastava manter-se em união estável para que o regime de bens aplicado fosse o da comunhão parcial, desestimulando, assim, a conversão da união estável em casamento.

Por isto que o regime de separação de bens deve incidir na união estável quando ocorrer uma das causas suspensivas, mesmo que não haja conversão em casamento.

O artigo 1.724 reproduz os deveres da união estável contidos no artigo 2º da Lei nº 9.278/76: respeito, assistência, guarda, sustento, educação dos filhos acrescentando o dever de lealdade.

A respeito do dever de alimentar o artigo 1.694 garante a possibilidade do companheiro exigir alimentos ao outro.

No que tange ao casamento o dever de prestar alimentos entre os cônjuges, está relacionado aos seguintes requisitos: necessidade, possibilidade e culpa. A união estável, por sua vez, não prevê a culpa.

Observa-se, a propósito, que o Novo Código Civil trouxe duas espécies de alimentos: os civis, que podem ser oferecidos apenas pelo cônjuge culpado a fim de manter o estado social que o seu ex-consorte tinha antes da separação; e os necessários, que independente de culpa, poderiam ser pleiteados por qualquer dos cônjuges na pretensão de atender suas necessidades básicas (alimento, vestuário, moradia). Como a união estável renuncia à culpa, em tese, tanto os alimentos civis, como os necessários poderiam ser pleiteados por qualquer dos companheiros mesmo que algum deles fosse o culpado pela ruptura da convivência. Entretanto, os conviventes não podem ter mais direitos que os cônjuges; logo, na união estável o convivente que dar causa a ruptura da união pode pleitear apenas os alimentos necessários (desde que presente a possibilidade de pagar os alimentos e a necessidade de recebê-los).

O artigo 1.725 estabelece o regime de bens que vigorará entre os companheiros, o qual, na ausência de estipulação contrária, deverá ser o da comunhão parcial; em outras palavras, salvo convenção escrita dispendo de outro modo, as relações patrimoniais entre os companheiros seguirão o regime da comunhão parcial de bens, com a conseqüente comunicação dos bens adquiridos a título oneroso durante o período da união estável, conservando, cada qual, os bens que tinha anteriormente.

O Novo Código nada disse sobre a forma e os efeitos do contrato de convivência, por isto, entende-se que este não depende de ato solene e pode ser feito por instrumento particular, mesmo sem a presença de testemunhas, ao contrário do pacto antenupcial para o qual se exige a escritura pública e o ato solene. E mais: não havendo previsão legal de seu registro, seus efeitos deverão limitar-se aos contratantes.

Quanto ao momento da celebração do contrato de convivência existem dois posicionamentos a respeito, e ambos merecem destaque.

Os defensores da primeira corrente, afirmam que, como no casamento não é permitido o pacto antenupcial depois do matrimônio, por semelhança, o contrato de convivência só poderá ser realizado antes da união estável e não no curso dela; entretanto, para os seguidores da segunda corrente, o casamento e a união estável são institutos distintos, e como a lei não estabelece que o contrato de convivência preceda à união estável, ele pode ser realizado antes ou durante a convivência.

Logo, quando o contrato for realizado no curso da união admite-se duas interpretações, a que diz que o contrato de convivência não tem efeito retroativo, isto é, sua eficácia se estenderá somente para o futuro; ou o contrato de convivência, que terá por objeto tão-só direitos patrimoniais, poderá gerar efeitos retroativos, desde que, para tanto, traga em seu bojo disposição expressa.

O artigo 1.726 previu a possibilidade de conversão da união estável em casamento, entretanto foi omissivo quanto aos efeitos da conversão (*ex nunc* ou *ex tunc*), e, além disso, deixou de explicitar a documentação necessária à instrução do pedido e as provas da existência da alegada união a ser convertida.

Este mesmo artigo ainda determina que a conversão se dê mediante pedido dos companheiros ao juiz. Esta exigência não condiz com o disposto no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, que anuncia que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Dessa forma seria mais sensato que os companheiros optassem por celebrar o casamento de modo direto, sem que antes constituíssem entre si um convívio *more uxório*; não dariam preferência ao procedimento judicial para pleitear a conversão, que, por certo, seria mais demorado e custoso.

O artigo 1.727 diferenciou o concubinato da união estável, definindo o primeiro com relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de convolarem matrimônio e o segundo como comunhão de vida entre homem e mulher não impedidos de se casar. Todavia, deve-se ressaltar o disposto no § 1º do artigo 1.723, que não impede o reconhecimento da união estável se os conviventes forem separados de fato ou judicialmente.

O artigo 1.790 garante ao companheiro supérstite a participação na sucessão do *de cuius* quanto aos bens adquiridos na vigência do estado convencional, nas seguintes condições: se o companheiro concorrer com os filhos comuns, fará jus a uma quota equivalente a que, legalmente, couber a eles; se concorrer com descendentes só do *de cuius*, terá direito à metade do que couber a cada um deles; se concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes ou colaterais até 4º grau), tocar-lhe-á 1/3 da herança e, não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Adiante, será analisada, em pormenor, a sucessão dos companheiros, alertando, desde logo, que o Novo Código Civil regulou restritivamente o direito sucessório entre os conviventes.

5 SUCESSÃO

5.1 Conceito

A palavra suceder (*sub cedere*) significa ocupar o lugar de outrem por vaga ou sucessão, substituir. Num conceito amplo, sucessão implica na transmissão de bens a outrem, ou seja, ocorre uma substituição do titular de um direito, assim como um comprador sucede ao vendedor, como também um donatário sucede ao doador.

A sucessão pode derivar-se de um ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Todavia, quando se fala em “Direito das Sucessões” (ou Direito Hereditário) entende-se como a transmissão em decorrência da morte (*causa mortis*), isto é, a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir, assim a transmissão de bens por atos entre vivos não se enquadra nesta expressão (Direito das Sucessões).

O ilustre Monteiro (1989, p. 1) aduz:

No Direito das sucessões, entretanto, emprega-se o vocábulo num sentido mais estrito, para designar tão-somente a transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento.

O patrimônio que será transferido após a morte de determinada pessoa está compreendido no acervo hereditário (PEREIRA, 1996, p. 3) que abrange os valores deixados pelo *de cuius*, bem como as dívidas pelas quais era responsável. Enfim, definimos o patrimônio do *de cuius* como o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, anotando-se, porém, que os direitos e deveres pessoais, v.g, como a tutela ou curatela, se exaurem com a morte, assim como os direitos personalíssimos.

5.2 Origem e Evolução

A possibilidade de alguém transmitir bens, em razão de sua morte, é verificada há dezenas de séculos antes da Era Cristã, nos direitos egípcios, hindu e babilônico.

Perdurou também na antiguidade o direito sucessório que beneficiava somente os homens e, entre eles, muitas vezes apenas o primogênito, os demais filhos ficavam subordinados à autoridade do irmão mais velho que herdava todo o patrimônio do pai falecido.

Monteiro (2003, p. 2) diz:

Mesmo entre os homens havia injustos privilégios hereditários, como o decorrente do direito de primogenitura. Esse princípio, de origem mui remota, como se depreende do episódio de Esaú e Jacó, encontrou no direito feudal a mais forte expressão, impregnado do desejo de conservar a propriedade em mãos de um só ramo familiar. De acordo com o mesmo, recolhia o primogênito a totalidade da herança, permanecendo na opulência, enquanto os demais filhos jaziam na pobreza, subordinados assim, social e economicamente, à autoridade do irmão mais velho, que herdava toda a fortuna.

No direito germânico primitivo a sucessão baseava-se em compropriedade familiar (GOMES, 2000, p. 4), a ordem de herança era a seguinte: primeiro os filhos varões, depois os irmãos do defunto, tios paternos e maternos. Apenas as pessoas ligadas pelo vínculo de sangue eram consideradas, as verdadeiras e únicas herdeiras. Nesta época desconhecia-se a sucessão testamentária, acreditava-se que os herdeiros eram feitos por Deus. (MONTEIRO, 2003, p. 4).

O antigo direito francês estabelecia regimes diversos para a transmissão hereditária diferenciando nobres e plebeus; cada região tinha um direito hereditário próprio, só obtendo a uniformização com o Código Napoleônico.

A Inglaterra também possuía diversas normas de sucessão (a real e a pessoal), e contemplavam inúmeros casos de deserção com o propósito de fortalecer a autoridade paterna.

Com a passar do tempo foi desaparecendo a desigualdade de tratamento sucessório, isto é, o direito sucessório tornou-se único e as causas de deserção tornaram-se taxativas.

Esta evolução também alcançou a ordem de vocação hereditária. Afirma Monteiro (2003, p. 10) que no direito antigo não havia limite para suceder, entretanto o Código Napoleônico começou a restringir os parentes sucessíveis, fixando o 12º grau (artigo 755). O Código Italiano de 1865, por sua vez, limitou para o 10º grau (artigo 742). Os Códigos posteriormente promulgados foram delimitando cada vez mais o grau de parentesco para a sucessão, países como a România, Bélgica e Países Escandinavos admitiram a sucessão de parentes até o 4º grau.

No antigo direito romano o herdeiro recebia todo o patrimônio do falecido, assumindo a posição de proprietário e este direito persistiu devido a necessidade de manter o culto familiar, visto que em Roma vigorava o poder do *pater familias*, que tinha autoridade econômica e religiosa sobre aqueles que se encontravam sob seu poder; após a sua morte seu sucessor deveria continuar o culto doméstico, pois era costume da época cada família manter uma religião própria. Daí surgiu também a necessidade de se estabelecer um herdeiro que impedisse a extinção da religião familiar e desse continuidade à administração do patrimônio do *de cuius*. Portanto, nota-se que neste período havia estreita conexão entre o direito hereditário e a religião.

Os romanos assim como os gregos admitiam duas formas de sucessão: com ou sem testamento. Entretanto o direito grego só permitia a sucessão por testamento na falta de filhos; já em Roma a sucessão testamentária era a regra, não sendo dado ao herdeiro renunciar à herança, pois, como visto, lhe era incumbido dar continuidade à religião familiar, com a celebração dos cultos prestados aos deuses, antes realizados pelo *de cuius*.

Adverte Maine apud Monteiro (2003, p. 4):

Os romanos tinham um verdadeiro horror pela morte sem testamento. Para eles, nenhuma desgraça superava a de falecer *ab intestato*; maldição alguma era mais forte do que a de augurar a um inimigo o morrer sem testamento. Finar-se *ab intestato* redundava numa espécie de vergonha.

Em Roma, houve época, em que a pessoa que fizesse o testamento poderia, imotivadamente, afastar da sucessão as pessoas que lhe eram mais

próximas. Apenas sob o Império de Justiniano (Novela CXV, cap. 3, 4, 5) foi que o cidadão romano passou a entender que o falecido tinha o dever de afeição em relação aos que lhe eram mais próximos, assim os descendentes e os ascendentes seriam considerados herdeiros necessários e, como tal, deveriam figurar obrigatoriamente na sucessão, além de recolher sua cota legítima.

No antigo direito oriental não se verificou a existência de testamento, o pai tinha a faculdade de distribuir seu patrimônio, em vida, entre os herdeiros.

A transmissão hereditária nem sempre foi aprovada. Entre seus opositores destacam-se os jusnaturalistas e escritores da escola de Montesquieu e Rousseau, bem como os socialistas, na atualidade.

Estes últimos entendem ser ineficaz o direito hereditário, pois acreditam que este aumentaria a desigualdade e a injustiça entre os homens, visto que, acumular-se-iam riquezas nas mãos de poucos, e estes poderiam não estar aptos a administrar a fortuna que lhes adviesse. Aduziam ainda, que as pessoas favorecidas com uma herança não precisariam trabalhar para sobreviver, o que poderia representar uma ameaça para toda a coletividade. Enfim, para os adeptos a desse posicionamento, o direito sucessório deveria ser abolido e os bens da pessoa que falecesse deveriam ser transferidos ao Estado.

A extinta União Soviética aderiu a esse entendimento; contudo, não conseguiu manter a proibição da sucessão *causa mortis*.

De fato, se a transmissão de bens *causa mortis* fosse abolida, faltaria ao indivíduo interesse e incentivo para conservar ou manter a riqueza conquistada durante sua vida, uma vez que nada aproveitaria a seus entes queridos. Assim, deve mesmo o Estado assegurar ao homem a possibilidade de transmitir seus bens a seus sucessores, pois isso o estimularia, como de fato estimula a produzir cada vez mais, o que, por certo, coincide com os interesses da sociedade.

5.3 Sucessão a Título Universal e a Título Singular

A sucessão a título universal caracteriza-se pela transmissão do patrimônio do *de cuius*, ou seja, o herdeiro recebe toda a herança ou uma quota-parte indeterminada dela.

Esta totalidade de bens transferidos não é divisível, daí compreende-se a universalidade; assim, mesmo quando existir vários herdeiros, cada um deles é considerado proprietário do todo, embora seu direito seja limitado pela fração ideal.

Sobre este assunto comenta Venosa (2002, p. 21) “Durante o período em que a herança tem existência, o patrimônio hereditário possui o caráter de indiviso, como consequência da universalidade que é. Cada herdeiro caracteriza-se como condômino da herança”.

Na sucessão a título universal, o herdeiro substitui o morto em todas as relações jurídicas, de modo que, recebendo todo o patrimônio do falecido, será responsável também pelos seus débitos e obrigações.

Sucede a título singular quem recebe bens determinados, especificados em testamento. Aqui não se fala mais em herdeiro, porém, em legatário, a quem o testador deixa uma coisa certa e individuada.

Portanto, quem sucede a título universal é o herdeiro, quem sucede a título singular é o legatário.

5.4 Herança e Legado

Herança compreende um conjunto de direitos e obrigações que se transmitem em razão da morte (*causa mortis*), aos herdeiros que sobreviveram ao falecido.

Legado é um bem determinado, ou vários bens determinados, que descritos em testamento, poderão ser transferidos ao legatário ou ao herdeiro, ou a ambos; em outras palavras: através do testamento, o falecido pode especificar algum ou alguns de seus bens que compunham seu patrimônio e repassá-los a determinadas pessoas, porém, deverá respeitar o monte hereditário que seus

herdeiros terão direito devido a sua morte (metade da herança), independentemente de terem também recebido algum bem por testamento.

É importante frisar que só existe legado, e conseqüentemente a pessoa do legatário, no testamento; caso o morto não faça um testamento válido e eficaz não existirá o legado.

Distingue-se a instituição de herdeiro e legatário, pois ambas esboçam distintas conseqüências de ordem prática, comenta Rodrigues (2002, p. 18). Anota-se que o legatário não tem a posse que detém o herdeiro com a abertura da sucessão, ou melhor, logo após a morte do sucedendo, o herdeiro independentemente de sua vontade já está na posse de todo o patrimônio do defunto, ainda que indiretamente; o legatário, por sua vez, necessita pedir ao herdeiro a entrega da coisa legada, por não deter a posse. Outra diferença que ora se aponta diz respeito a responsabilidade do herdeiro pelo pagamento das dívidas do *de cuius*, ao contrário do legatário que, salvo disposição expressa do testador, não responde pelos encargos.

5.5 Espécies de Sucessão

A sucessão *causa mortis* é deferida por lei ou por disposição de última vontade (artigo 1.786 do Código Civil). Quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento, denomina-se de sucessão testamentária, quando se dá em virtude de lei a sucessão é legítima.

Pois bem, na sucessão testamentária, o testador é impedido por lei de dispor de seu patrimônio conforme seu livre arbítrio, ou seja, ante o sistema da liberdade limitada de testar, adotado pela lei pátria (DINIZ, 2002 p. 17), o testador poderá dispor de apenas metade de seu patrimônio. Isto ocorre porque a lei garantiu aos herdeiros necessários, isto é, ao cônjuge supérstite, aos descendentes e ascendentes (artigo 1.845 do Código Civil) o direito de receber metade do patrimônio do *de cuius* independentemente de testamento.

Assim sendo, o patrimônio do *de cuius* será dividido em duas partes iguais: a legítima que cabe aos herdeiros necessários (artigo 1.846 do Código Civil), e a porção disponível, da qual ele pode livremente dispor.

É oportuno salientar que o testador poderá dispor de todos os seus bens quando não tiver herdeiros necessários, caso em que poderá afastar de sua sucessão, se desejar, os colaterais (artigo 1.850 do Código Civil). Nisto, observa-se que o convivente também poderá ser excluído da sucessão de seu companheiro falecido, uma vez que não foi admitido como herdeiro necessário.

Regulada por lei, a sucessão legítima ocorre quando a pessoa morre sem deixar testamento, ou quando o testamento caducar ou for julgado nulo (artigo 1.786 e 1788 ambos do Código Civil). Deveras, se o *de cuius* não fizer testamento, a sucessão será legítima, passando o patrimônio do falecido às pessoas indicadas pela lei, obedecendo a ordem de vocação hereditária (artigo 1.829 do Código Civil).

Alguns autores definem a sucessão legítima como testamento presumido, pois há pessoas a que a lei atribui o direito à sucessão, por serem parentes e mais próximas ao falecidos, presumivelmente seriam por ele beneficiadas, se houvesse manifestado sua última vontade. (RODRIGUES, 2002, p. 16).

Merece destaque, uma vez mais, o fato de que no direito brasileiro, ao contrário do que ocorria no direito romano, em que a sucessão ou era legítima ou testamentária, uma excluindo a outra, admite-se a possibilidade de existência simultânea dessas duas espécies de sucessão.

Conforme disposto no artigo 1.788, 2ª parte, do Código Civil, se o testamento não abranger a totalidade dos bens do falecido (do monte disponível), a parte não mencionada naquele é transmitida aos herdeiros necessários observando-se a ordem de vocação hereditária. Anota-se que os bens mencionados no ato de última vontade (testamento) podem ser transmitidos aos herdeiros testamentários e aos legatários.

O artigo 1966 do Código Civil também prescreve que, se o testador só dispuser de parte de sua metade disponível, “entende-se que institui os herdeiros legítimos no remanescente”, conclui Diniz (2002, p. 9) .

Enfim, a sucessão só pode advir de lei ou testamento, logo outra espécie de sucessão não é admitida pelo nosso direito.

Assim explica o ilustre Gomes (2000, p. 8):

Nosso Direito não admite outros títulos de vocação sucessória. São proibidos os pactos sucessórios. Nulo de pleno direito é o contrato sobre herança de pessoa viva. Permitida não é, entre nós, a renúncia à sucessão que ainda não se abriu. Nem qualquer ato de disposição de herança esperada. Em suma, ilícita a sucessão contratual.

5.6 Abertura da Sucessão

A existência da pessoa natural termina com a morte (artigo 6º do Código Civil), e com a morte também termina a personalidade jurídica do ser humano, por isso admite-se, em nosso direito, que outra pessoa sobrevivente ao *de cujus*, o substitua a fim de tornar-se o titular de todo patrimônio por aquele deixado.

Portanto, a sucessão *causa mortis* se abre com a morte do autor da herança (*de cujus*).

Diniz (2002, p. 23) afirma que a morte é o cerne de todo o direito sucessório, pois só ela determina a abertura da sucessão, uma vez que não se compreende sucessão hereditária sem o óbito do *de cujus*, dado que não há herança de pessoa viva.

É no momento exato do falecimento que a propriedade e a posse dos bens do defunto são repassadas aos herdeiros sucessíveis (legítimos ou testamentários) que estejam vivos naquele momento.

Essa é a regra do artigo 1.784 do Código Civil que diz: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Esse artigo adota o princípio da *saisine* de origem germânica que foi consagrado no direito francês, introduzido no direito português pelo alvará de 9 de novembro de 1754, e consolidado no direito brasileiro por Teixeira de Freitas no artigo 978 de sua Consolidação das leis civis. Significa que os herdeiros de uma pessoa falecida têm o direito de tomar posse dos bens do *de cujus*, sem qualquer

formalidade, ou seja, a abertura da sucessão dá-se com a morte e, no mesmo instante, os herdeiros a adquirem. Em nenhum momento, o patrimônio permanece sem dono.

Monteiro (2003, p. 14) aduz:

Antes da morte, o titular da relação jurídica é o *de cuius*; depois dela, passa a ser o herdeiro, legítimo ou testamentário. E é o próprio defunto que investe o sucessor no domínio e posse dos bens hereditários. Esse princípio vem expresso na regra tradicional do direito gaulês *le mort saisit le vif*. Quer dizer, instantaneamente, independente de qualquer formalidade, logo que se abre a sucessão, investe-se o herdeiro no domínio e posse dos bens constantes do acervo hereditário. Dessa máxima *le mort saisit le vif* surgiu o termo *saisine*, e pois, *saesina juris*, pelo qual os velhos práticos assinalavam a transmissão da herança (pág 14).

Como possuidores imediatos, os herdeiros têm legitimidade para ajuizar ação contra qualquer pessoa que tentar prejudicar a posse dos bens deixados pelo *de cuius*.

Rodrigues (2002, p. 40) diz:

O que a lei visa, com o dispositivo, é atribuir ao herdeiro a condição de possuidor, sem cogitar de subordinar a aquisição de tal estado a apreensão material da coisa. A despeito da herança se encontrar na detenção de terceiro, o herdeiro adquire a qualidade de possuidor. Terá ele obtido a posse indireta, remanescendo a posse direta com quem legitimamente detenha a coisa.

A atribuição da qualidade de possuidor ao herdeiro gera importantes feitos, dos quais o principal é deferir-lhe a prerrogativa de recorrer aos interditos possessórios para defesa dos bens herdados.

Assim, o herdeiro, quando aberta a sucessão, adquire, automaticamente (*ipso iure*), o domínio e a posse dos bens do *de cuius*, independentemente de qualquer ato seu. Aqui é preciso lembrar mais uma vez que o legatário só alcançará a posse dos bens após a partilha.

Pois bem, somente a morte pode dar margem à sucessão, no entanto o nosso código além de reconhecer a morte física (desaparecimento da vida do titular) também admite a morte presumida (artigos 6º e 7º do Código Civil).

A morte civil não foi recepcionada pelo nosso código, porém Venosa (2002, p. 192) afirma a existência de algum resquício dela e expõe, como exemplo, o artigo 1.599 do Código Civil de 1916 (artigo 1.816 do Código Civil de 2002). Por este dispositivo, os excluídos da herança por indignidade⁴ são considerados como se mortos fossem, e seus descendentes herdaram normalmente.

A morte do *de cuius* deve ser rigorosamente provada a fim de se evitar qualquer dúvida quanto a sua ocorrência, por isto recorre-se a todo gênero de prova: no plano biológico, pelos recursos da Medicina Legal; no plano jurídico, pela certidão passada pelo oficial do Registro Civil, extraída do Livro do Registro de Óbitos, e na sua falta, por outros meios admissíveis em direito. Observa-se que, em caso de presunção de falecimento por ausente, são outras as providências legais que se aplicam; não se confunde com a do morto, que se trata de óbito confirmado e provado.

O exato momento da morte também é importante, e sempre que for possível deve ser fixado no assento de óbito.

Basta a ocorrência da morte para que os bens do falecidos sejam transferidos aos herdeiros, entretanto é necessário que estes sobrevivam ao *de cuius*, ou seja, mesmo que o herdeiro faleça logo em seguida ao seu sucedido, os bens deste serão repassados aos herdeiros daquele.

Dinis (2002, p. 27) explica:

Requer-se, para a devolução ao herdeiro legítimo ou testamentário, sua sobrevivência ao *de cuius*, ainda que por um instante. Basta que sobreviva um segundo ao *de cuius* para que os bens deste se incorporem ao patrimônio do seu sucessor. Se o herdeiro falecer logo em seguida, transmite-se aos seus sucessores os bens adquiridos, embora tivesse morrido na ignorância de que herdava tal patrimônio. Assim, é imprescindível que o herdeiro sobreviva ao defunto em suas relações jurídicas.

⁴ A vocação hereditária nascida do parentesco ou da vontade (legítima ou testamentária) supõe uma relação de afeto, consideração e solidariedade entre o autor da herança e o sucessor. No entanto, o sucessor, chamado pela ordem de vocação hereditária, pode praticar atos indignos dessa condição de afeto e solidariedade humana. É moral e lógico que quem pratica atos de desdouro contra quem lhe vai transmitir a herança torne-se indigno de recebê-la. Daí porque a lei traz descritos os casos de indignidade, isto é, fatos típicos que, se praticados, excluem o herdeiro da herança. (DINIZ, 2002, p. 76)

Pode ocorrer de parentes sucessíveis falecerem na mesma ocasião, por exemplo, num incêndio, desastre de automóvel, naufrágio, acidente aeronáutico etc., nestes casos se as provas admissíveis pelo direito não conseguirem esclarecer quem faleceu primeiro, o direito brasileiro admite a presunção legal de simultaneidade do óbito.

Trata-se de comoriência, regulada no artigo 8º do Código Civil, que assim estatui: “se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”.

Assim, não haverá transmissão de diretos hereditários entre os comorientes.

Venosa (2003, p. 27 - 28) explica:

Se faleceu primeiro o marido, transmitiu a herança à mulher; se ambos não tivessem descendentes ou ascendentes, e a mulher falecesse depois, a herança iria para os herdeiros dela, ou seja seus colaterais. O oposto se provasse que a mulher falecera antes. Tal situação pode ocorrer em casos de catástrofe, acidentes ou mesmo comoriência. Para evitar os entraves das presunções de pré-morte, portanto o Código presume a comoriência, isto é o falecimento conjunto.

Então, se os parentes sucessíveis foram considerados comorientes, a sucessão de cada um será promovida como se o outro não existisse.

Santos (1984, p. 318 - 319) entende que, por analogia ao artigo 8º do Código Civil, também se considera comoriência o falecimento de pessoas, com vínculo sucessório recíproco, na mesma data, mas em lugares diferentes, inexistindo meios seguros de identificar qual sucumbiu primeiro.

5.7 Lugar da Abertura

Abre-se a sucessão no lugar do último domicílio do falecido, ainda que o óbito se dê em localidade diversa, ou que os bens a serem herdados estejam em outro local.

Se não coincidirem a residência e o domicílio, prevalece o último. Se o *de cujus* tiver mais de um domicílio, e não se puder determinar qual deles é o último, considera-se aberta a sucessão no lugar do óbito; agora, se o *de cujus* faleceu em local diverso, a abertura da sucessão poderá ser em qualquer dos domicílios.

Interessa a determinação do lugar da abertura da sucessão, porque ele determina a competência para processar o inventário⁵, e o foro das ações relativas aos bens de herança (investigação de paternidade, petição de herança etc.).

5.8 Direito de Deliberar

Embora a transmissão dos bens deixados pelo *de cujus* ocorra no exato momento de sua morte, isto não significa que o herdeiro tem a obrigação de aceitar a herança que por direito lhe cabe.

A lei concede ao herdeiro a faculdade de aceitar ou não a herança transmitida *ipso jure* (pelo próprio direito). Sua deliberação tem que ser declarada expressa ou tacitamente.

Neste sentido ensina Cahali (2003, p. 87):

Com a sucessão, o herdeiro sub-roga-se na integralidade das relações jurídicas do falecido, assumindo, assim, a titularidade dos bens e direitos inventariados. Certo é que, atualmente, o herdeiro não responde pelas dívidas do *de cujus* além das forças da herança (CC, art. 1.792); entretanto, a ele é facultado aceitar ou não a sua vontade, não se podendo impor a adição do acervo hereditário, assumindo as obrigações, encargos, administração de patrimônio ect., se não existir interesse para tanto.

O herdeiro pode declarar se aceita ou não a herança, expressa ou tacitamente. Se falecer antes de declarar, o direito de deliberar transmite-se aos seus sucessores.

⁵ Inventário - processo formado em juízo competente, com o fim de legalizar a transferência do patrimônio do defunto a seus herdeiros e sucessores na proporção exata de seus direitos mediante a partilha.

5.9 Ordem de Vocação Hereditária

A ordem de vocação hereditária é a regra imposta pela lei que distribui os herdeiros em classes preferenciais, seguindo a ordem legal e hierárquica, a fim de estabelecer qual será o primeiro parente a herdar os bens do *de cujus*.

Como antes salientado, com a morte de uma pessoa, seus herdeiros são chamados a suceder. Este chamamento ou vocação pode obedecer ao impulso da vontade (sucessão testamentária) ou da lei (sucessão legítima).

Aqui, entretanto, tratamos de sucessão legítima, em função do chamado legal dos herdeiros, independentemente de testamento válido, assim, os filhos terão direitos sucessórios sobre os bens dos pais ainda que inexistir disposição de última vontade. Os filhos são herdeiros legítimos dos bens dos pais e, de igual forma, os pais são herdeiros legítimos dos bens dos filhos.

A ordem da vocação hereditária, no Novo Código Civil é aquela de seu artigo 1.829: a) a primeira classe compõe os descendentes que em determinadas situações concorre com os cônjuges; b) a segunda, dos ascendentes que sempre concorrem com o cônjuge; c) se faltarem descendentes e ascendentes, o cônjuge será chamado a receber a herança por inteiro; d) não havendo cônjuge, serão chamados os colaterais até 4º grau; e) por fim, será chamado o Município, Distrito Federal ou a União a receber herança vacante (art. 1.822 do Código Civil).

Caso o *de cujus* tenha vivido em união estável com outrem, a ordem de vocação hereditária será aquela do artigo 1.790 do Código Civil:

A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

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

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança.

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Assim, existindo um herdeiro com vínculo de parentesco de uma classe, os outros parentes pertencentes a classe posterior não serão chamados a suceder, por exemplo, vivo um neto ou bisneto, exclui-se da herança a classe dos ascendentes. Entretanto se não houver descendentes a próxima classe herdará, observadas as regras impostas nos artigos supramencionados.

Enfim, na ordem de vocação hereditária só se passa para o grau seguinte quando não há parentes no grau anterior.

6 SUCESSÃO DOS CONVIVENTES

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, para efeitos de proteção do Estado. Foram promulgadas as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 que regularam os direitos e deveres dos companheiros, sobre as quais nos reportamos ao item 2.2.13 supra.

Antes da promulgação da Lei nº 8.971/94 o companheiro não tinha direito de participar da sucessão do seu companheiro que viesse a falecer, entretanto o artigo 2º regulou tal matéria, e estabeleceu que o convivente supérstite figuraria com exclusividade no 3º grau de vocação hereditária.

Todavia, em nosso atual Código Civil, o companheiro ficou bastante inferiorizado em comparação com a lei anterior, bem como em relação ao cônjuge (artigo 1.829, inciso III do Código Civil), uma vez que este se viu obrigado a concorrer com quaisquer parentes sucessíveis (artigo 1.790, inciso III do Código Civil).

Além disso, nota-se que o convivente não foi intitulado como herdeiro necessário, como foi o cônjuge no artigo 1.845 do Código Civil, assim o autor da herança poderá testar a integridade de seu patrimônio, deixando o companheiro desamparado, isto é, não terá ele direito à metade dos bens do *de cuius* (artigo 1.846 do Código Civil) ressalvado, é claro, a possível meação, quando e se for o caso.

Pois bem, o direito sucessório do companheiro foi tratado no artigo 1.790 do Código Civil, no Capítulo I (Disposições Gerais) do Título I (da Sucessão em geral) fora, portanto, do capítulo referente à ordem de vocação hereditária (Capítulo I Título II), e, sobretudo distanciado da sucessão do cônjuge, o que parece impróprio à sistematização do Código.

O direito sucessório do convivente limita-se aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, ou seja, o convivente herdará apenas o patrimônio formado durante a convivência, e se o *de cuius* tiver bens

que foram adquiridos antes da união estável, aquele não terá direito a estes, é o que foi estatuído no *caput* do artigo 1.790.

Também aqui, ressalta-se o trato discriminatório sofrido pelos companheiros, uma vez que a sucessão envolve todo o patrimônio de uma pessoa, mesmo que ela o possua desde o seu nascimento. Parece que o legislador confundiu dois institutos, o da meação (direito próprio do convivente supérstite, que independe da morte do outro) e o da herança (patrimônio do falecido que se transmite aos herdeiros).

Carvalho Neto (2002, p.16) comenta:

(...) limita o artigo 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 cuius* 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. Não obstante a confusão, prevalece ainda a distinção, já que o art. 1.725 é claro em falar do regime de bens na união estável. Não vemos incompatibilidade entre as duas disposições. Nada impede que o companheiro tenha direito à meação e à herança. Mas esta será sempre sobre os bens adquiridos na constância da união a título oneroso.

A propósito, a Lei nº 8.971/94 garantia ao convivente a possibilidade de herdar a integralidade do acervo, inexistindo descendentes ou ascendentes.

Em face disso, entendemos que ocorreu um retrocesso quando o Novo Código Civil restringiu um direito que, no sistema anterior (Lei nº 8.971/94), o convivente já experimentava, ou seja, o Novo Código estabeleceu que o companheiro só participa da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, enquanto antes o convivente que não tinha esta limitação, podia herdar todos os bens deixados pelo *de cuius* se não houvesse herdeiro necessário.

Esta limitação, na participação da sucessão dos companheiros, poderá conduzir a situações de injustiça, v.g., um casal que vive em união estável há mais de vinte anos, reside em um imóvel de propriedade do varão que foi adquirido antes do início da relação entre eles. O proprietário do bem vem a falecer e não deixa descendentes e ascendentes. Pelas novas regras do Código

Civil de 2002, neste caso, a convivente não terá direito a meação, bem como nada herdará, verificando-se, ainda, que também não lhe é mais reconhecido o direito real de habitação. Resultado: vê-se que o convivente sobrevivente ficará completamente desamparado.

Exatamente para evitar semelhante resultado é que se deve interpretar o inciso III e VI do artigo 1.790 de modo diverso da regra do *caput*.

Ocorre que estes incisos dispõem, na hipótese do convivente concorrer com outros parentes sucessíveis ou no caso de não haver parentes sucessíveis, que a participação do companheiro na herança do *de cuius* deverá ser na totalidade dos bens, e não apenas sobre os bens havidos na constância da relação dos conviventes. Esta interpretação, porém, não é unânime.

Pereira (2003, p. 156) aduz:

A aparente incongruência entre o *caput* e os dois últimos incisos do artigo 1.790 (na redação atual do novo Código civil) se resolveria, assim, pelo entendimento de que, nas hipóteses de concorrência com descendentes, comuns ou não, a participação do companheiro na herança do *de cuius* está efetivamente restrita aos bens mencionados no *caput*, ao passo que, quando deva concorrer com 'outros parentes sucessíveis', a fração seria calculada sobre a totalidade da herança.

Já Rodrigues (2003, p. 118 - 119) afirma:

A lei não distinguiu, de forma que na concorrência com esses outros parentes sucessíveis, seja um ascendente do *de cuius*, seja um primo ou um tio-avô do falecido, o companheiro receberá a mesma quota: um terço da herança. Não de toda herança, pois, insisto, a matéria está presa, vinculada, e tem de ser compreendida diante do comando do *caput* do art.1.790: a sucessão dos companheiros *limita-se* aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Observando-se que o artigo 1.790 do Novo Código Civil afirma que o companheiro ou a companheira participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, é de rigor se concluir que ele(a) terá direito nas seguintes condições:

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

De início, é importante observar que se fala em concorrência com “filhos comuns”, todavia devemos entender que a referência correta é a de “descendentes comuns”. Se assim não fosse, os descendentes comuns mais remotos (netos, bisnetos) acabariam por enquadrar-se entre aqueles “parentes sucessíveis” de que dispõe o inciso III do artigo 1.790, situação que causaria conflito com os direitos sucessórios conferidos ao cônjuge sobrevivente (artigo 1.829, inciso I do Código Civil). Logo, embora não exista dispositivo legal que preveja a concorrência da convivente supérstite com descendentes comuns, a tendência é que se aplique, por analogia, a regra aplicada aos filhos, aos demais descendentes.

Como afirma o *caput*, o convivente terá direito tão-só em relação aos bens adquiridos de maneira onerosa na constância da união estável. Assim, não sucede nos bens próprios do autor da herança, nem naqueles adquiridos por herança, doações ou fato eventual (prêmio de loteria).

Então, se o convivente concorrer com descendentes comuns, deverá receber a mesma cota que os descendentes receberem, ou seja, dividem-se os bens que foram adquiridos na vigência da união estável, em partes iguais, entre os descendentes e o convivente supérstite.

Exemplo: João passou a viver com Maria em 1990. Antes deste período ele já tinha o patrimônio de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais). Durante a união estável o casal adquiriu vários bens que perfizeram o total de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais). Acontece que João faleceu em 2003, deixando 5 (cinco) filhos que teve com Maria. Os bens que o autor da herança tinha antes do início da convivência com a Maria, serão partilhados exclusivamente entre os seus filhos. Assim cada um receberá a quantia de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais). Maria nada herdará destes bens. Ela herdará uma cota dos bens adquiridos onerosamente pelo falecido, na constância da união estável. O total destes bens perfaz a quantia de R\$ 180.000,00, separando-se a meação de Maria que corresponde à R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), o restante será dividido em partes iguais entre ela e os filhos, ou seja, a divisão se faz por cabeça, 5 (filhos) + 1 (Maria) = 6 cabeças. Continuando, $R\$ 90.000,00 : 6 = R\$ 15.000,00$ (trinta mil reais), caberá, pois, dessa parte da herança e para cada um dos filhos, bem como para companheira sobrevivente, o quinhão no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil

reais). Como os filhos participaram da sucessão de todos os bens deixados pelo *de cuius*, herdarão, cada um, o quinhão no valor de R\$ 51.000,00 (cinquenta e um mil reais) e a companheira sobrevivente herdará apenas o quinhão no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles.

Supondo que João (falecido) viveu em união estável com Maria, mas antes foi casado, e desse casamento nasceu um filho. Nessa hipótese, a companheira receberá apenas a metade do que aquele filho receber. Atribui-se, portanto, peso 1 à porção do convivente e peso 2 à do filho do falecido ou falecida para ser efetuada a divisão na partilha. Aqui também se deve limitar a participação do convivente na sucessão do *de cuius*, ou seja, repete-se a regra do *caput* (companheiro herdará apenas os bens adquiridos onerosamente durante a união estável).

Vê-se que o legislador deu tratamento preferencial ao convivente quando este concorre apenas com seus próprios descendentes, o contrário acontece quando concorre com os descendentes só do falecido (convivente herdará a metade do que couber a cada um dos descendentes do autor da herança).

Exemplo: João e Maria viviam em união estável. Antes dessa união João tinha sido casado com Joana e teve com ela 4 (quatro) filhos (A, B, C, D). João e Maria não tinham filhos em comum. Durante a convivência, o casal adquiriu onerosamente o patrimônio de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Deste patrimônio R\$ 180.000,00 (cento e oitenta reais) correspondem por direito a meação da Maria. João faleceu em 2003. Para dividir a herança deixada pelo *de cuius*, no caso em epígrafe, é necessário delinear o rateio na seguinte proporção: A = 2, B = 2, C = 2, D = 2 e Maria = 1. Cada filho é representado por 2 (duas) partes, por ser o dobro do que receberá Maria, a qual é representada por 1 (uma) parte, deduzindo-se o seguinte: 4 (quatro) filhos x 2 (duas) partes cada um = 8 + 1 (parte da Maria), que totalizam 9 (nove) partes a ser dividido o montante. Assim, R\$ 180.000,00 : 9 = R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Logo, cada um dos filhos receberá R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), porque R\$ 20.000,00 x 2 = R\$ 40.000,00, cabendo a Maria uma parte no valor de R\$ 20.000,00.

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança.

Aqui, parece que o legislador quis privilegiar o parentesco por consangüinidade, pois, verifica-se que na legislação anterior o convivente preferia aos colaterais. Nestes parentes sucessíveis de que trata o inciso incluem-se os ascendentes até o infinito e os colaterais até o 4º grau. Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição inferiorizada na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento.

Veloso apud Hironaka (2003, p. 57) :

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre os parentes colaterais de até 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-neto). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai começar a vigorar no 3º milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cuius*. Temos de convir. Isto é demais!

Como antes já analisado, na hipótese do inciso III, o convivente terá direito à 1/3 da herança calculado sobre a totalidade do patrimônio do *de cuius* e não somente dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O convivente sobrevivente terá direito à integralidade da herança, ou seja, este inciso nos leva a entender que a regra disposta no caput do artigo 1.790 não deverá ser aplicada. Assim, o convivente que não tiver descendentes, ascendentes ou parentes até o 4º grau, terá direito a todo o patrimônio do *de cuius*, e não somente aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência.

Há, porém, posicionamento em sentido contrário, por meio do qual se afirma que o convivente, na ausência de parentes sucessíveis, terá apenas direito a totalidade dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, logo

se o *de cuius* tiver bens próprios, estes não se incorporarão à herança que o convivente supérstite porventura receber.

Pode acontecer de um casal de conviventes ter filhos em comum, e um deles que, antes já foi casado, também ter outros filhos com outrem. Esta situação não foi prevista pelo nosso legislador. Assim, não havendo regras específicas, nem previsão legal, três são as proposições possíveis:

1) Aplica-se o estatuído no artigo 1.790, inciso I, do Código Civil. Neste caso, faz-se a divisão por cabeça, como se todos fossem descendentes comuns, ou seja, o patrimônio do *de cuius* será dividido em partes iguais entre os descendentes comuns, descendentes exclusivos do autor da herança e o convivente supérstite. Preservar-se-ia o quinhão de 1/4 (um quarto) do convivente que sobreviveu. Porém, de outro lado, restringir-se-ia o quinhão dos descendentes exclusivos.

2) Aplica-se o disposto no artigo 1.790, inciso II, do Código Civil. Neste caso, o convivente supérstite receberá apenas 1/2 do que couber a todos os descendentes comuns ou não, ou seja, todos os descendentes seriam tratados como se fossem exclusivos do falecido. Todavia, o companheiro não teria direito à quota mínima equivalente a 1/4 (um quarto) do montante da herança. Essa posição fundamenta-se na Constituição Federal, que determina o tratamento igualitário dos filhos (se estes forem os descendentes). Entretanto, este posicionamento desatende os interesses do convivente.

3) Formam-se duas sub-heranças:

I. A dos filhos comuns: após dividir todo o patrimônio do *de cuius* conforme o número de descendentes comuns e exclusivos, e encontrar a sub-herança dos descendentes comuns, faz-se a divisão por cabeça.

II. A dos filhos exclusivos do autor da herança: dividir todo o patrimônio do *de cuius* conforme o número de descendentes comuns e exclusivos, encontrado o valor desta sub-herança, inclui-se o companheiro sobrevivente a quem deverá ser atribuído metade do que couber a cada um dos filhos exclusivos do falecido.

Exemplo: João vivia em união estável com Maria e tiveram 6 (seis) filhos. Antes desta convivência, João tinha sido casado com Raimunda com quem teve 4 (quatro) filhos. João faleceu em 2003 e deixou um patrimônio de R\$ 200.000,00

(duzentos mil reais). Para divisão do patrimônio entre seus herdeiros é preciso que a herança seja dividida pelo número total de descendentes: $R\$ 200.000,00 : 10 = R\$ 20.000,00$ (vinte mil reais). Faz-se agora uma sub-herança dos descendentes exclusivos: $R\$ 20.000,00 \times 4 = R\$ 80.000,00$ (oitenta mil reais) e dos descendentes comuns: $R\$ 20.000,00 \times 6 = R\$ 120.000,00$ (cento e vinte mil reais). Deve-se agora atribuir a parte cabente ao convivente em cada uma dessas sub-heranças.

Sub-herança dos descendentes exclusivos: o valor da sub-herança dos descendentes exclusivos deverá ser dividido pelo número desses descendentes mais 1, que corresponde ao convivente sobrevivente. Assim: $R\$ 80.000,00 : 4 + 1 = R\$ 16.000,00$ (dezesesseis mil reais).

Sub herança dos descendentes comuns: do valor da sub-herança dos descendentes comuns deverá ser retirada a quarta parte (1/4) para pagamento da parte mínima do companheiro sobrevivente. Assim: $R\$ 120.000,00 : 4 = R\$ 30.000,00$. Subtrai-se, então, essa quarta parte destinada ao companheiro do todo. Dessa forma: $R\$ 120.000,00 - R\$ 30.000,00 (1/4) = R\$ 90.000,00$ (sub-herança dos descendentes comuns). Este saldo remanescente deverá ser dividido pelo número de descendentes comuns, a saber: $R\$ 90.000,00 : 6 = R\$ 15.000,00$.

Enfim, o companheiro sobrevivente herdará o total de: $R\$ 16.000,00 + R\$ 30.000,00 = R\$ 46.000,00$ (quarenta e seis mil reais), cada descendente comum receberá a quantia de $R\$ 15.000,00$ (quinze mil reais) e os descendentes exclusivos do autor da herança receberão, cada um a quantia de $R\$ 16.000,00$ (dezesesseis mil reais).

Atente-se que o Novo Código Civil também não contemplou o direito real de habitação ao convivente, antes disposto no artigo 7º, Parágrafo Único da Lei nº 9.278/96, enquanto ao cônjuge, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família está assegurado no artigo 1.831, inclusive de modo mais amplo do que no antigo Código Civil de 1916, uma vez que agora não se extingue com o novo casamento do beneficiário, como antes ocorria (art. 1.611, § 2º do Código Civil de 1916).

Diante desta situação, surgiu na doutrina dois posicionamentos: o primeiro entende que o Novo Código Civil revogou tacitamente as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, pois regulou totalmente a matéria da união estável e não disciplinou o direito real de habitação para os conviventes, assim conclui-se que o legislador não quis contemplar o convivente supérstite com este direito; o segundo entende que embora o Novo Código Civil não tenha tratado do direito real de habitação, esta matéria continua regulamentada pela Lei nº 9.278/96 que não foi revogada pelo Novo Código Civil, porque é lei especial.

Venosa (2003, p.120) diz:

(...) a Lei nº 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. Esse direito mostra-se paralelo ao mesmo direito atribuído ao cônjuge pelo novo Código no art. 1.831.

Se admitirmos que o artigo 7º da Lei 9.278/96 continua em vigor, ocorre outro conflito. O Código Civil confere ao cônjuge supérstite o direito real de habitação, desde que o imóvel destinado à residência da família seja o único deixado pelo *de cujus*. Entretanto, ao convivente não se aplicou esta limitação.

Por conta disso existem duas teorias: a restritiva entende que ao convivente não se pode atribuir mais direitos do que ao cônjuge, assim só terá direito real de habitação se for o único imóvel a ser inventariado; a ampliativa entende que a lei não estabeleceu nenhuma restrição e não cabe ao intérprete fazê-la, assim a solução é não restringir o direito do convivente, mas ampliar o do cônjuge sobrevivente.

7 CONCLUSÃO

O presente estudo destinou-se à apresentação ordenada dos efeitos jurídicos de natureza patrimonial da união estável, com vistas à delimitação de seus contornos, abrangência e repercussão, no âmbito do Direito Privado Brasileiro, a partir da entrada em vigor do Novo Código Civil.

Entretanto, não se teve a pretensão de discutir todos os deveres e direitos que a nova Lei (Código Civil de 2002) garantiu aos conviventes, nem de discorrer sobre as infindáveis controvérsias sobre a união estável; os esforços se concentraram na elucidação da matéria pertinente aos direitos sucessórios dos conviventes, à luz da legislação em vigor.

Pois bem, faz-se necessário registrar que a família constituída fora do casamento era muito hostilizada pela sociedade, sobretudo em decorrência da influência exercida pela Igreja Católica, que permitia apenas o casamento religioso.

Entretanto, pouco a pouco, estas famílias extramatrimoniais vieram ganhando amparo e reconhecimento tanto sociais como jurídicos. Mas, no Brasil, somente com a Carta Fundamental vigente, mais precisamente em seu artigo 226, § 3º, o concubinato puro passou a ser reconhecido como entidade familiar, recebendo proteção estatal e ganhando a denominação de união estável.

Foram promulgadas as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, e a primeira regulou, entre outros assuntos, o direito sucessório dos conviventes, e, por sua vez, a segunda acrescentou a este o direito real de habitação.

No entanto, o Código Civil de 2002, ao regular o direito sucessório entre os conviventes, colocou-os em situação de extrema inferioridade e prejuízo em relação às antigas leis, bem como ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

Nota-se que o cônjuge foi guindado a condição de herdeiro necessário, ou seja, com a vigência do Novo Código Civil passou a ter direito à legítima; contudo o codificador não garantiu este direito ao convivente supérstite. Diante desta

limitação, o convivente não terá direito a nenhum bem do *de cuius*, se este assim não quiser.

Além disso, no Novo Código, o convivente, na falta de descendentes, concorrerá com parentes sucessíveis e terá direito apenas a 1/3 da herança. Aqui houve uma supressão em relação ao direito de herdar dos conviventes, pois na lei anterior (artigo 2º da Lei 8.971/94), eles herdavam todos os bens do *de cuius* na ausência de descendentes e ascendentes. Parece que o legislador quis dar maior importância ao parentesco consangüíneo em vez de garantir amparo econômico ao convivente quando da morte de seu companheiro; cuja convivência, em termos de afetividade e respeito mútuo, não pode ser ignorado pelo legislador.

Outro prejuízo que se destaca foi a subtração do direito real de habitação para o (a) convivente, antes também já garantido por lei anterior (Lei nº 9.278/96). Este assunto gerou discussão: o Código Civil de 2002 teria revogado ou não a Lei nº 9.278/96. É de se concluir, para evitar maior desamparo ao convivente supérstite, que o Código Civil de 2002 não revogou a Lei nº 9.278/96, pois, de acordo com as regras do direito, norma geral não revoga norma especial.

Vê-se que o novo texto contém inúmeras lacunas e deficiências e que necessitam de correção legislativa, especialmente em relação à matéria destinada a sucessão dos conviventes que, além das imperfeições acima descritas, também é omissa quanto ao direito de herança quando o convivente concorrer com descendentes comuns e exclusivos do *de cuius*, fato que é muito comum hoje em dia, acontecer.

De qualquer forma, cabe aos juízes, à doutrina e à jurisprudência, o encargo de redirecionar e edificar estas atuais normas, a fim de solucionar da melhor maneira, as controvérsias e conflitos que sempre acontecem e que impregnam toda convivência social, estimulando uma sociedade livre, justa e solidária, procurando, enfim, atingir os objetivos fundamentais de toda nação civilizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **As Relações entre Cônjuge e Companheiros no Novo Código Civil. Efeitos nas Entidades familiares: seu âmbito e conseqüências jurídicas.** Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato. Casamento de Fato, Concubinato, União estável, Casamento Religioso e União Homossexual.** São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

BAROVIS, Júlio César. **União Estável: Conversão em Casamento e Alimentos entre os conviventes.** Curitiba: Juruá, 2003.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federal, Código Civil, Código e Processo Civil.** Organização de Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Concubinato. Família Natural, Direitos da Concubina, Investigação da Paternidade, Guarda dos Filhos, Acidentes do trabalho e Previdência e outros efeitos da União Livre.** 3. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1985.

CAHALI, Francisco José. **União Estável e Alimentos entre os Companheiros.** São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Contrato de Convivência na União estável.** São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessão.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Da União Estável teoria e jurisprudência.** São Paulo: Iglu, 2000.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **O Novo Código Civil: Sucessão Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. A nova ordem de vocação hereditária.** Revista Trimestral de Direito Civil, v. 15, (Jul/Set), 2003.

CARVALHO NETO, Inácio. **A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro no Novo Código Civil.** Revista dos Tribunais, ano 91, v. 803, p. 11-17, set. 2002.

CAVALCANTI, Lourival Silva. **União Estável.** São Paulo: Saraiva, 2003.

CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. **O Concubinato e as inovações introduzidas pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

COL, Helder Martinez Dal. **Família à Luz do Concubinato e da União Estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre: À luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96**. Curitiba: Juruá, 1996.

DIAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das Sucessões**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Almachio. **O Casamento dos Divorciados e Desquitados no Brasil**. São Paulo: Nacional, 1935.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2001.

FARDIN, Noemia Alves. **Concubinato: Aspectos sociojurídicos da união estável**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

FERREIRA, Aurélio de Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Fronteira, 1986.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. _____. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentário ao Código Civil: Parte especial do direito das sucessões, da sucessão em geral e da sucessão legítima (arts. 1.784 a 1.856)**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

ISHIDA, Valter Kenji. **Direito de Família e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Eduardo de Oliveira. 3. ed. **Comentário ao Novo Código Civil: Direito das Sucessões artigos 1.784 a 2027**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil: Direito de Família e das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família: aspectos polêmicos**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALHEIROS FILHO, Fernando. **União Estável**. 2. ed. Porto alegre: Síntese, 1998.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito de Família**. Campinas: Bookseller, 2001. v. 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 6.

_____._____. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOURA, Mário Aguiar. **Concubinato**. 6. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

OLIVEIRA, Basílio. **Concubinato: Novos Rumos: Direitos e Deveres dos Conviventes na União Estável**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável comentários às Leis n. 8.971/94 e 9.278/96: Direitos e Ações dos Companheiros**. 4. ed. Editora Paloma, 1999.

_____. **União Estável do Concubinato ao Casamento Antes e Depois do novo Código Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

PAINI, Reynaldo José Castilho. **Reconhecimento de Paternidade e União Estável**, São Paulo; Saraiva, 1996.

PARIZATTO, João Roberto. **Os direito e os deveres dos concubinos: União Estável**. 4 ed. Leme/SP: Parizatto, 2002.

_____. **Os Direitos e os Deveres dos Concubinos: Doutrina Jurisprudência Prática Forense**. 3 ed. Ouro Fino/MG: Edipa, 1999.

_____. **Os Direitos dos Concubinos a Alimentos e à Sucessão**. Rio de Janeiro: Aide , 1995.

PEDROTTI, Irineu Antonio. **Concubinato: União estável**. 3 ed. São Paulo: Leud, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VI.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

- PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. **Efeitos Patrimoniais do Concubinato**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.
- SANTOS, Giselda Maria Scalon Seixas. **União estável e Alimentos**. Leme/SP: Editora de Direito, 1996.
- SANTOS, João Manuel Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado: Arts. (1- 42)**. 13. ed. São Paulo: Freitas de Bastos S.A., 1984. v. 1.
- SANTOS, Ulderico Pires. **Sucessão Hereditária**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União Estável: requisitos e efeitos**. São Paulo: Juare de Oliveira, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. VII.
- _____. **Direito Civil: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. I.
- VIANA, Marco Aurélio S. **Da União Estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- WALD, Arnoldo. **Curso de Direito de Brasileiro: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. **Curso e Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

