

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

Cláudia Miyuki Hosokawa

Presidente Prudente/SP

2004

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

Cláudia Miyuki Hosokawa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Francisco Tadeu Pelim.

Presidente Prudente/SP

2004

DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

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

Francisco Tadeu Pelim
orientador

Pedro Anderson da Silva
1º examinador

Daniele Cassandra de Oliveira Miyazaki
2º examinador

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2004.

Quando nada parece dar certo, vou ver o cortador de pedras martelando sua rocha talvez 100 vezes, sem que uma única rachadura apareça. Mas na centésima primeira martelada a pedra se abre em duas, e eu sei que não foi aquela que conseguiu isso, mas todas as que vieram antes.

Jacob Riis

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que proporcionou durante todos esses anos a sabedoria de nunca desistir.

Em especial aos meus pais, que me ajudaram com muito amor, carinho e compreensão, a concluir esta nova etapa de vida.

Aos meus amigos, que sempre compreenderam minhas angustias e compartilharam os momentos de maiores dificuldades.

Ao meu amor, que durante todo esse trajeto me proporcionou os mais belos momentos de alegria e felicidade.

E ao meu orientador, que sempre demonstrou uma enorme paciência na elaboração do presente trabalho.

RESUMO

Neste trabalho a autora analisa a evolução histórica da união estável e o seu subsequente direito sucessório, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que representa o marco inicial para o seu reconhecimento jurídico.

A Carta Magna conferiu o status de entidade familiar à união estável que, no entanto, só foi regulamentado infraconstitucionalmente através das Leis nº 8.971/94, 9.278/96 e por fim, pelo Código Civil hoje vigente.

Para que seja reconhecido o direito sucessório aos companheiros foi necessário que num primeiro momento fosse discutido os seus requisitos fundamentais, para só então adentrar na problemática hereditária.

O artigo 2º da Lei nº 8.971/94 e o Parágrafo Único do artigo 7º da Lei nº 9.278/96 disciplinaram o direito sucessório dos companheiros em condições quase que idênticas àquelas concedidas aos cônjuges.

O novo Código Civil, entretanto, inseriu grandes alterações no direito sucessório daqueles que optaram em viver em união estável, especialmente se for comparada com o direito sucessório conferido aos cônjuges, questão essa que é o foco principal do presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: União estável - direito sucessório - novo Código Civil

ABSTRACT

In this work the author analyzes the historical evolution of the steady union and its subsequent successory right, mainly after the promulgation of the Federal Constitution of 1988 that she represents the initial landmark for its legal recognition.

The Great Letter conferred the status of familiar entity to the steady union that, however, was only regulated infraconstitutionally through the Laws nº 8.971/94, 9.278/96 and finally, for today effective the Civil Code.

So that he is recognized the successory right to the friends was necessary that at a first moment it was argued its basic requirements, for then only adentrar in problematic the hereditary one.

The article 2º of the 8.971/94 Law nº and the Only Paragraph of the article 7º of the Law nº 9.278/96 had disciplined the successory right of the friends in that almost identical conditions to those granted to the spouses.

The new Civil Code, however, inserted great alterations in the successory right of that they had opted in living in steady union, especially will have been compared with the conferred right with the spouses, comparison this that is the main focus of the present work.

PALAVRAS-CHAVES: Steady union - right successory - new Civil Code

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA UNIÃO ESTÁVEL	10
1.1 Considerações Gerais	10
1.2 A União Estável no Brasil.....	11
2 DIREITO COMPARADO	15
2.1 União Soviética	15
2.2 Portugal.....	16
2.3 Itália	17
2.4 Espanha	18
2.5 França	18
2.6 Cuba	19
2.7 Bolívia	19
2.8 México.....	20
2.9 Peru	22
2.10 Paraguai.....	23
2.11 Guatemala.....	24
3 DA UNIÃO ESTÁVEL	26
3.1 União Estável nas legislações brasileiras	26
3.2 União Estável e Concubinato.....	28
3.3 União Estável Putativa.....	30
3.4 Conceito de União Estável	31
3.5 Da denominação companheira e concubina	31
4 REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL	34
4.1 Inexistência de impedimentos matrimoniais	34
4.2 Diversidade de sexos	37
4.3 Unicidade de vínculos	38
4.4 Estabilidade e Continuidade	39
4.5 Publicidade	42
4.6 Finalidade de Constituição de Família	42
5 DO DIREITO SUCESSÓRIO	44
5.1 Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988.....	44

5.2 Lei nº 8.971/94	45
5.2.1 <i>Usufruto</i>	46
5.2.2 <i>Direito à herança</i>	49
5.3 Lei nº 9.278/96	51
5.3.1 <i>Direito Real de Habitação</i>	51
5.4 Código Civil de 2002	54
5.4.1 <i>Falta de técnica legislativa</i>	55
5.4.2 <i>Restrição dos bens sucessíveis da companheira</i>	56
5.4.3 <i>Retrocesso na ordem da vocação hereditária</i>	57
5.4.4 <i>Sucessão quando houver descendentes híbridos</i>	58
5.4.5 <i>O direito da herança quando o falecido era casado</i>	60
5.4.6 <i>O direito de usufruto e o direito real de habitação</i>	61
5.4.7 <i>Disposições testamentárias ao companheiro</i>	62
5.4.8 <i>Projetos de lei</i>	62
6 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66
ANEXOS	69

INTRODUÇÃO

Os relacionamentos extramatrimoniais sempre existiram na sociedade brasileira, seja pela impossibilidade de convolar núpcias, ou pela vontade das partes que não desejavam solenizar essa união.

Censurada pela coletividade, a união estável não tinha qualquer regulamentação legal. Entretanto, como era veemente o crescimento desse tipo de união, o legislador brasileiro acabou reconhecendo na Constituição Federal de 1988, que a união estável era merecedora do status de entidade familiar.

No entanto, como o constituinte não disciplinou a matéria referente à união estável, o legislador ordinário veio suprir essa omissão através da edição das leis nº 8.971/94 e 9.278/96 que regulamentaram os direitos e obrigações inerentes à união estável.

Frise-se que as mencionadas leis disciplinaram a união estável de forma análoga aos direitos conferidos aos cônjuges.

Porém, como o advento do Código Civil de 2002 os companheiros tiveram diversos direitos suprimidos, de forma a retroagir as conquistas alcançadas ao longo dos tempos.

Assim, o presente trabalho buscou examinar através dos métodos dedutivo, comparativo e bibliográfico, a evolução histórica, os requisitos fundamentais e o direito sucessório decorrente da união estável no decorrer das leis infraconstitucionais, e diante do novo Código Civil.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA UNIÃO ESTÁVEL

1.1 Considerações Gerais

Os breves apontamentos históricos traçados a seguir não têm o objetivo de esgotar a matéria, mas apenas relatar de forma concisa o tratamento dado às uniões extramatrimoniais no decorrer do tempo.

Têm-se relatos do concubinato desde o início das civilizações, pois este instituto não é uma inovação fática.

Entre os povos hebreus, a família era centrada no *pater familie* e, apesar de vigorar a poligamia, os hebreus mantinham além das esposas legítimas várias concubinas. Para esses povos havia uma hierarquia entre a esposa, a concubina e a rameira.

Na Grécia, o concubinato era muito difundido, pois essa união não implicava em desonra, uma vez que a diferença da condição social muitas vezes impedia a convolação de núpcias. Um exemplo de concubinato foi à união entre Aspásia e Péricles, que por causa de sua condição de estrangeira, não era possível a celebração do matrimônio.

Em Roma havia a família legítima e outras três formas de união, a dos peregrinos, a dos escravos e a dos concubinos.

O concubinato era a união de fato entre duas pessoas de sexo opostos, livres e solteiros, que viviam como se fossem casados e, no entanto não desfrutavam do *affectio maritalis* e do *honor matrimonii*.

Nesse tipo de união a mulher não era considerada legítima e tampouco usufruía a condição social de seu companheiro.

Sem qualquer regulamentação legal, o concubinato não produzia qualquer efeito, apesar de praticado inclusive entre os nobres.

Uma das primeiras normas que tratou do concubinato, mesmo que indiretamente, foi a legislação do Imperador Augusto, que através da *Lex Iulia et Papia Poppaea* e *Lex Iulia de Adulteriis* criou impedimentos para a convolação do

casamento com mulher socialmente inferior além de impor sanção para os relacionamentos extraconjugais com mulheres consideradas ingênuas, honestas e honradas.

Em nenhuma dessas normas foi imposta punição para as uniões concubinárias, por essa razão houve um significativo aumento na prática do concubinato, pois foi ampliada a hipótese de impedimentos matrimoniais.

No entanto, o Imperador Constantino passou a condenar o concubinato, tratando-o como uma união ilegal, além de impor diversas sanções. Em contraposição, este Imperador incentivou os concubinos a convolarem núpcias ao possibilitar a legitimação de seus filhos para submetê-los a família paterna.

À época do Imperador Justiniano extinguiu-se os impedimentos impostos pelo imperador Augusto, admitindo o concubinato desde que estivessem presentes os mesmos requisitos para a celebração do casamento, com a ressalva de que também era necessária a inexistência dos impedimentos matrimoniais.

Justiniano apesar de reconhecer a união concubinária, considerou-a como um casamento de segunda categoria, e, por conseguinte, objetivou a diminuição desse tipo de união proibindo que o homem casado desfrutasse de uma concubina além de proibir também que um mesmo homem tivesse mais de uma concubina.

Na Idade Média o concubinato era regulamentado, gerando inúmeros efeitos. Porém ao final do século XV a Igreja Católica iniciou uma grande reforma que estabeleceu a obrigatoriedade do matrimônio e a proibição do concubinato que passou a ser severamente punido.

1.2 A União Estável No Brasil

O Brasil Colônia teve uma legislação voltada apenas aos interesses portugueses, sem se preocupar com a regulamentação da família brasileira.

Somente após a Proclamação da República o casamento civil, desvinculado da igreja, foi instituído no Brasil através do Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890.

Em decorrência deste Decreto a Constituição Republicana de 1891 reconhecia apenas a família decorrente do casamento.

Todas as outras formas de união amorosa que não resultasse do casamento civil ficaram à margem de qualquer regulamentação legal.

Como havia uma grande parte da sociedade que ainda se filiava ao casamento religioso, muitas famílias não eram protegidas pelo Estado.

Além disso, quando um matrimônio se dissolvia não era possível que um ex-cônjuge convolvesse um novo casamento, tornando esse tipo de relacionamento inexistente perante as leis.

Nesta época houve uma difusão da união estável e do concubinato no Brasil, que apesar de constituir uma grande parcela da sociedade, estava sem qualquer amparo jurídico.

Em 1912 adveio o Decreto nº 2.681 que, por via indireta, foi o marco no tratamento da união estável, uma vez que previu o direito indenizatório à concubina por morte do companheiro em estradas de ferro.

O Código Civil de 1916, no entanto, não trouxe amparo jurídico às uniões extramatrimoniais, pois o legislador ao referir-se ao concubinato, não lhe conferiu direitos, apenas protegia a família legítima, marginalizando ainda mais as relações de fato.

Apesar do Código Civil ignorar a união estável, várias leis esparsas começaram a tratar de forma oblíqua esta situação fática a exemplo da Lei nº 4.069/62 que traz a concubina como beneficiária da pensão deixada por servidor civil, militar ou autárquico; o Decreto nº 73.617/74 considera a companheira dependente do trabalhador rural; a Lei 6.015/73 possibilita a utilização do nome do companheiro, entre outras.

Ressalte-se que houve algumas tentativas em regulamentar a união estável através do Projeto nº 122/47 e Projeto de Lei 3.845/66, que, no entanto não tiveram qualquer chance de serem aprovadas, pois a maioria dos parlamentares defendia as uniões matrimoniais.

Com o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) vários relacionamentos foram legalizados pela possibilidade de realizar um segundo casamento após a dissolução do casamento anterior.

Porém, várias uniões continuaram sem regulamentação legal ou pela existência de impedimentos matrimoniais, ou pela vontade dos companheiros que não desejavam convolar núpcias.

Até a metade do século XX não se concediam muitos direitos em favor da concubina, pois ainda se defendia ferrenhamente o casamento, conforme podemos observar na jurisprudência dominante da época:

CONCUBINATO - NÃO GERA DIREITOS - CASAMENTO RELIGIOSO - Casamento religioso do ponto de vista legal, é mero concubinato; ora, o concubinato, como situação contrária à moral; não pode gerar direitos. (Ap. Civ. 10.405 - 4º Câ. Civ. do Tribunal de Apelação de São Paulo - rel. des. Macedo Vieira - j. 31.10.1940. RF 85/704).

No entanto, com o passar do tempo uma corrente começou a conceder o direito de indenização pelos serviços prestados pela concubina para evitar o enriquecimento ilícito, conforme podemos observar: "A concubina tem direito à remuneração pelos trabalhos domésticos prestados ao amásio, durante o concubinato". (Ap. Civ. 92.441 - 3º Câ. Civ. TJSP - rel. des. Ferraz de Sampaio - RT 289/262).

A evolução deste pensamento deu origem ao direito da companheira em receber parte do patrimônio na razão de sua contribuição econômica para a formação do patrimônio comum. Esse posicionamento deu origem a Súmula 380 do STF que dispõe: "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".

Saliente-se que no início a maioria entendia que era necessária a contribuição direta da companheira para que esta tivesse algum direito patrimonial, conforme podemos observar predominantemente nos julgamentos da época:

Para o deferimento da meação à concubina impõe-se a produção de provas convincentes da eficaz colaboração dela na atividade geradora dos bens adquirido pelo companheiro. (Ac. 6º Câm. Civ. do TJSP, Ap. Civ. 008.941/407-00, RT 750/249).

A Constituição Federal de 1988 foi o marco mais importante para a união estável, pois reconheceu esse instituto como entidade familiar, porém, deixou que sua regulamentação legal ficasse a cargo de leis infraconstitucionais.

Foram então promulgadas as leis nº 8.971/94, 9.278/96 e por fim, a Lei 10.406/02 (atual Código Civil), que normatizaram a união estável, atendendo os anseios da sociedade.

Frise-se que a Lei nº 8.971/94 continuou com o entendimento que era necessário a contribuição direta para que a companheira tivesse direito a meação dos bens.

Mas, a Lei nº 9.248/96 abandona esse conceito, pois preceitua que são considerados bens comuns todo àquele que for adquirido a título oneroso na constância da união estável.

Assim, o entendimento majoritário atual é que a contribuição indireta é suficiente para o reconhecimento da meação:

CONCUBINATO - SOCIEDADE DE FATO - PARTILHA DE BENS - SERVIÇO DOMÉSTICO - CONTRIBUIÇÃO INDIRETA - A contribuição da concubina; para se ter por configurada a sociedade de fato, quando reconhecida à convivência "more uxório" e a existência de bens adquiridos nesse período, pode decorrer das próprias atividades exercidas no recesso do lar e, não apenas pela entrega de dinheiro ou bens ao companheiro. (Ac. 4º Turma do STJ, REsp. 102.259 - RJ, rel. Min. César Asfor Rocha, TRF - Lex 108/124).

Desta forma, podemos afirmar que a união estável inicialmente foi combatida no Brasil, não possuindo qualquer regulamentação jurídica sobre o tema. Seu reconhecimento somente ocorreu com a Constituição Federal de 1988, que veio socorrer os anseios da grande parcela da população que já formava inúmeras famílias que não poderiam ser ignoradas ou tratadas como práticas ilícitas.

2 DIREITO COMPARADO

Como a união estável é uma realidade em todas as civilizações, o objetivo do presente capítulo não consiste em exaurir o assunto, mas relatar de forma sucinta algumas legislações alienígenas.

Saliente-se que as legislações estrangeiras nem sempre reconhecem a união estável, e em muitos casos não trazem distinções com o concubinato, pois os tratam de forma única.

2.1 União Soviética

A extinta União Soviética disciplinou a união estável ao admitir duas espécies de casamento, o registrado e o não registrado. O primeiro equivale ao casamento formal, e o segundo à união estável, sendo que este último é denominado de “relações maritais de fato”.

O Código do Matrimônio, de Família e de Tutela de 1926 regulamentou que o casamento de fato levado a registro geraria os mesmos efeitos que o casamento formalmente celebrado.

De acordo com a mencionada legislação, o casamento de fato se convertia em casamento de direito pelo simples registro perante o notário civil. No ordenamento jurídico brasileiro também existe a possibilidade de conversão da união estável em casamento através do disciplinado no Artigo 8º da Lei 9.278/96 que disciplina que “os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio”.

Sobre a questão patrimonial, a legislação soviética concedia às relações maritais de fato os mesmos direitos que os cônjuges, ou seja, os bens adquiridos durante o matrimônio se consideram comuns, mesmo que a união não tenha sido registrada. Neste caso, deve haver união aparentemente formal, ou que o relacionamento marital tenha sido comprovado pelo Tribunal.

Ressalte-se que a prova da relação marital era admitida de forma ampla, como em nosso direito pátrio, que admite todas as espécies de provas não defesas em lei.

As relações maritais de fato também estavam amparadas pelo direito de obtenção de sustento após a sua dissolução. Dissolução esta que poderia ser registrada mesmo sem o prévio reconhecimento da relação marital de fato.

2.2 Portugal

O Código Civil português não regulamenta a união estável, pois sua legislação reflete a influência das tradições e costumes da igreja católica, que em seu passado disciplinou o rigorismo da solenidade do casamento através do Concílio de Trento de 1563.

Assim, sua legislação contemporânea limita-se a regular que o casamento é católico ou civil, não disciplinado outras formas de constituição da família portuguesa.

Pela inexistência do amparo jurídico da união estável como forma de entidade familiar, o Código português regulamenta apenas algumas situações onde a união de fato reflete algumas conseqüências.

Uma das previsões portuguesas é a presunção de paternidade conforme se disciplina:

Artigo 1871 A paternidade presume-se:

...

c) Quando durante o período legal da concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretense pai.

Por sua vez, o Artigo 2020 outorga direito a alimentos ao companheiro sobrevivente ao regulamentar que:

No momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente, de pessoa e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter nos termos das alíneas a) e d) do artigo 2009.(OLIVEIRA, 1997, p. 303).

O Código Civil português também prescreve que, em regra, é nula a disposição em favor de pessoa com quem o testador casado cometeu adultério, salvo quando o casamento já estava dissolvido e os cônjuges estavam separados de fato há mais de seis anos, à data da abertura da sucessão; ou se a disposição se limitar a assegurar alimentos ao beneficiário.

Além disso, é considerada válida a doação entre vivos por concubinos, conforme Artigo 953 que faz remissão ao Artigo 2196.

Apesar destas disposições, Portugal não reconhece a união estável como entidade familiar, embora reconheça em seus tribunais a existência da sociedade de fato, e conseqüentemente, o condomínio dos bens adquiridos pelo esforço comum, além da indenização por enriquecimento ilícito.

2.3 Itália

O direito italiano reconhece exclusivamente o casamento como entidade familiar, deixando à margem da lei as relações decorrentes da união estável.

Extremamente conservador, o legislador italiano disciplina que somente com a certidão de casamento é possível a utilização do título de cônjuge.

Além disso, os efeitos decorrentes do casamento só podem ser requeridos com a apresentação da certidão de casamento, requisito esse que não é dispensado mesmo com a concordância daqueles que se dizem cônjuges.

Portanto, observa-se que a legislação italiana não disciplina a união estável, e, por conseguinte não confere os direitos decorrentes do casamento para os conviventes.

Ressalte-se que a norma jurídica italiana se mostra incoerente com a realidade social de seu país que possui um número crescente de uniões não regulamentadas pelo matrimônio.

2.4 Espanha

A legislação espanhola também não regulamenta a união estável, de forma que a doutrina e jurisprudência não admitem a aplicação das regras do casamento para as uniões extramatrimoniais.

Os espanhóis alegam que as normas decorrentes do casamento se fundam na continuidade e estabilidade, características essas que não estão presentes nas relações não matrimoniais que podem se extinguir a qualquer momento.

Em decorrência dessa inércia jurídica os conviventes não possuem direitos a alimentos, salvo quando pactuarem contratualmente a obrigação alimentar, possibilidade essa disciplinada no Artigo 153 do Código Espanhol.

2.5 França

O antigo direito francês repelia as uniões extramatrimoniais, e, influenciado pelo direito canônico, chegou até a combatê-lo, muito embora esse tipo de relacionamento tenha sido adotado até pelos nobres da corte francesa.

Modernamente, a norma jurídica também não disciplina a união estável com normas próprias, fazendo com que sua proteção seja fundada na doutrina e jurisprudência.

Frise-se, que no direito francês a legislação que por ventura trata das uniões não matrimoniais, sempre se refere a concubinos, pois é de se observar que este país ainda não faz nenhuma diferenciação quanto aos institutos da união estável e do concubinato.

Nesse contexto, a jurisprudência francesa reconhece o direito alimentar entre os concubinos como uma obrigação natural.

Por sua vez, a jurisprudência também admite que a concubina sobrevivente tenha direito a indenização, por eventual morte de seu concubino, fundado na

regra geral que determina que toda pessoa que causar prejuízo a outrem é obrigado a repará-lo.

Além disso, a Lei de Locação francesa atribui o direito para que o contrato de locação continue no caso de abandono ou morte de um dos concubinos, com relação ao sobrevivente.

2.6 Cuba

Desde 1940 a Constituição cubana regulamenta a união estável, proclamando que os tribunais podem equiparar as uniões extramatrimoniais ao casamento, em razão da equidade, estabilidade e singularidade, desde que ambos possuam capacidade para contrair o matrimônio.

A união estável é tratada como um matrimônio não formalizado que necessita de uma declaração judicial para que produza os mesmos efeitos que o casamento.

O Código de Família Cubano de 1975 repete o estatuído na constituição de 1940, além de prever a união estável putativa, com reconhecimento de direitos ao convivente de boa-fé e aos filhos decorrentes dessa união.

Frise-se que o reconhecimento judicial da união estável retroagirá seus efeitos à data do início deste relacionamento, necessitando para sua eficácia que a sentença seja inscrita no Registro do Estado Civil do domicílio conjugal.

2.7 Bolívia

A Constituição boliviana de 1947 já disciplinava a união estável, pois reconhecia o matrimônio de fato desde que a convivência durasse mais de dois anos e que os conviventes tivessem capacidade para contrair matrimônio.

Em 1972 adveio o Código de Família que disciplina as uniões de fato, sendo que o Artigo 158 dispõe que a configuração dessas uniões se perfaz quando:

...o homem e a mulher constituem voluntariamente, seu lar, fazendo vida em comum, de modo estável e singular, desde que preenchidos os requisitos de idade mínima para contrair matrimônio regular, não estejam vinculados matrimonialmente e não haja impedimento de crime para contrair casamento. (AZEVEDO, 2002. p. 163).

De acordo com esse Código, se essa união preencher os requisitos acima declinados,

serão conferidos os mesmos efeitos do casamento no que tange as relações pessoais e patrimoniais, prevendo inclusive os deveres de mútua assistência.

Assim, se ocorrer o falecimento de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito à metade dos bens comuns, e quanto aos bens próprios do de cujus, o sobrevivente tem participação em igualdade de condições com os filhos.

Em relação à ruptura unilateral, é disciplinado que o outro convivente poderá requerer a divisão dos bens comuns, e na ausência de culpa deste, poderá solicitar pensão alimentícia para si e para os filhos que ficarem sob sua guarda.

Por fim, estatui que as uniões instáveis e plurais não são aptas a produzirem quaisquer efeitos.

2.8 México

O Código Civil Federal de 1928 reconhece em diversos dispositivos direitos inerentes a união extramatrimonial.

Em seu Artigo 383, é estabelecida a presunção de paternidade dos filhos concebidos na convivência concubinária.

Sobre o direito a alimentos, o Código estabelece que:

Artigo 1368 – O testador deve deixar alimentos para as pessoas que são mencionadas nas seguintes frações:

...

V – Para a pessoa com quem o testador viveu como se fosse seu cônjuge durante os cinco anos que precederam imediatamente à sua morte ou com quem teve filhos, desde que ambos tenham permanecido livres do casamento durante o concubinato e que o sobrevivente esteja impedido de trabalhar e não tenha bens suficientes. Este direito só subsistirá enquanto a pessoa de que se trata não contraia núpcias e observe boa conduta. Se forem várias as pessoas com quem o testador viveu como se fossem seus cônjuges, nenhuma delas terá direito a alimentos.

Observe que o direito a alimentos é concedido apenas aos companheiros, uma vez que as normas mexicanas não contemplam o concubinato propriamente dito. Ressalte-se que os Códigos Estaduais Mexicanos não diferem textualmente a união estável do concubinato, tratando-os indistintamente com a mesma expressão.

Com relação ao direito sucessório da concubina, esta é regulada no Artigo 1635 que disciplina que a mulher que conviveu com o de cujus como se fossem casados, durante cinco anos contados regressivamente da morte do autor da herança, ou que teve filho deste, desde que livres do matrimônio, tem direitos sucessórios.

Se a sobrevivente concorrer com filhos comuns, ela terá direito ao equivalente a um filho, se concorrer com filhos exclusivos do falecido terá direito a metade do que couber a um filho. E, se houver concorrência com filhos comuns e exclusivos do falecido, a companheira receberá duas terças partes do que couber a um filho.

Se a concorrência for com os ascendentes do falecido, ela terá direito a quarta parte dos bens. Se concorrer com parentes colaterais até quarto grau, fará jus a uma terça parte da herança.

Por fim, na falta de parentes sucessíveis, a sobrevivente herdará a metade dos bens, enquanto que a outra metade se destinará a Fazenda Pública.

Saliente-se que o Código mexicano estipula que se o falecido tinha várias concubinas, nenhuma delas terá direito sucessório.

O Código Civil brasileiro também possui dispositivos legais similares no que se refere ao direito sucessório do companheiro, conforme será analisado posteriormente.

Entretanto, o México possui Estados autônomos, que possuem legislações próprias, diferentemente do que ocorre em normas brasileiras.

Um exemplo é o Código Civil mexicano do Estado de Tamaulipas que disciplina a

existência do casamento registrado e o não registrado. Esse estado dispõe que o casamento é a união, convivência e relação sexual continuada de um só homem com uma só mulher, sendo necessário que ambos não possuam impedimentos matrimoniais.

O Código Civil de Tlaxcala regulamenta que os concubinos possuem os mesmos direitos que os cônjuges, desde que a convivência tenha durado mais de um ano ou que haja um filho dessa união, caso esse em que não se exigirá lapso temporal para a configuração do direito sucessório. Mas se o relacionamento durou menos de um ano sem que haja a concepção de filhos, só haverá direito a alimentos.

Com relação ao direito sucessório, o Código Familiar do Estado de Fidalgo disciplina que o concubino terá direito à integralidade dos bens do falecido no caso de ausência de parentes sucessíveis, disposição essa diversa do Código Civil Federal que ordena que metade dos bens sejam destinados a Fazenda Pública.

2.9 Peru

O concubinato no Peru adveio de um costume denominado tincunakuspa, patanacu ou servinacu, que constituía numa união prévia antes do casamento, com o objetivo de se conhecer as aptidões e qualidades recíprocas, principalmente com relação às tarefas domésticas exercidas pela mulher.

Atualmente o Peru positiva o concubinato em sua Constituição de 1982 ao preceituar em seu Artigo 6º que:

A união estável de um varão e uma mulher livre de impedimento matrimonial formando um lar de fato por tempo e nas condições ditadas pela lei, dá lugar a uma sociedade de bens que se sujeita ao regime de bens aquestos, em quanto for aplicável.

Regulamentando a norma constitucional acima declinada, adveio o Código Civil de 1984 que dispõe:

Artigo 326 – A união de fato voluntariamente realizada e mantida por um varão a uma mulher, livres de impedimento matrimonial para alcançar finalidade e cumprir deveres semelhantes ao matrimônio, origina uma sociedade de bens aquestos, sempre que dita união haja durado pelo menos dois anos contínuos.

A legislação peruana prevê que se houver dissolução unilateral, o abandonado pode requerer uma quantia a título de indenização ou uma pensão alimentícia.

Quanto às uniões que não preencherem os ditames da lei, estes podem demandar uma ação de enriquecimento ilícito no caso de ocorrer lesão decorrente da dissolução unilateral do relacionamento.

Embora haja previsão legal do concubinato, salvo nos casos mencionados, essa união não gera qualquer outro efeito.

2.10 Paraguai

O Código Civil do Paraguai, reformado pela Lei nº 1 de 1992, disciplina o concubinato em seu Artigo 83 como:

A união de fato constituída entre um varão e uma mulher que voluntariamente estabelecem vida comum, em forma estável, pública e singular, tendo ambos a idade mínima para contrair matrimônio e não estando afetados por impedimentos dirimentes, produzirá efeito jurídico conforme a presente lei.

Esta união será equiparada ao casamento sempre que inscrita no Registro Civil. Porém essa inscrição só poderá ser manejada depois de dez anos de convivência e desde que

todos os requisitos do Artigo 83 sejam preenchidos, sendo que os efeitos legais retroagirão à data da formação deste relacionamento.

No caso de falecimento de um dos convivente, cabe ao outro o direito a indenização ou pensão alimentícia, desde que a união tenha perdurado mais de quatro anos.

Poderá ser pleiteado também o direito a alimentos no caso de dissolução da união, sempre que houver a necessidade e impossibilidade do ex-convivente sustentar-se sozinho, esses alimentos, porém, são devidos somente enquanto durar a necessidade.

2.11 Guatemala

A Constituição da Guatemala reconhece a existência das uniões extramatrimoniais, conforme o preceito trazido no Artigo 74, §2º que dispõe: “a lei determina os casos em que por razão da equidade, a união entre pessoas com capacidade legal para contrair matrimônio deve ser equiparada, por sua estabilidade e singularidade, ao matrimônio civil”.

Para atender a essa norma constitucional foi editado o Estatuto das Uniões de Fato em 1947 que regulamenta os requisitos desta união, para permitir sua equiparação ao casamento.

O Estatuto disciplina que:

Artigo 1º - É reconhecida, legalmente, a união de fato de um homem e uma mulher, com capacidade para contrair matrimônio e com o fim de viverem juntos, procriar, alimentar e educar seus filhos, bem como se auxiliarem mutuamente, mantida de forma pública e consecutiva por mais de três anos, desde que tenham tratado como tais perante seus familiares ou relações sociais.

Em 1963 adveio o Código Civil da Guatemala que acolhe a concepção trazida pelo Estatuto. No entanto, ele dispõe que os conviventes necessitam preencher além dos requisitos já elencados pelo Estatuto, que a união seja registrada, para que só assim ocorra a equiparação ao matrimônio.

Se houver o falecimento ou oposição de um deles, pode a outra parte requerer o reconhecimento judicial desta união.

Como há a equiparação concubinária ao casamento sempre que houver o seu registro, os concubinos tem direitos sucessórios, direitos e deveres recíprocos, presunção de que os bens adquiridos durante a união sejam comuns, além da presunção da paternidade e outros efeitos idênticos aos dos cônjuges.

O Código Civil ressalta que a união concomitante a outra já registrada é considerada ilícita, o que demonstra que a legislação da Guatemala equipara apenas a união estável ao casamento e não o concubinato.

3. DA UNIÃO ESTÁVEL

3.1 União Estável nas legislações brasileiras

No Brasil o reconhecimento da União Estável somente ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1998 que lhe conferiu o status de entidade familiar.

A Constituição Federal de 1988, no entanto não o conceituou, deixando a margem de leis infraconstitucionais disciplinarem acerca desse assunto.

Com o advento da Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994, assegurou-se direitos a alimentos e sucessão aos companheiros, conforme se observa:

Artigo 1º - A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 05 anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo Único – Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Entretanto essa conceituação gerou algumas repercussões, originando assim a Lei nº 9.278/96 que vem regulamentar o § 3º do Artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

Esta Lei reconhece em seu Artigo 1º como União Estável à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A nova conceituação desvincula a noção de prole comum como sendo fonte de reconhecimento da União Estável, o que vem atender a realidade social, uma vez que a sua configuração não pode ser vinculada a filhos comuns, pois estes podem ser gerados sem a existência desse instituto familiar.

Quanto à retirada do prazo mínimo de cinco anos, isto representa os anseios da sociedade, visto que a existência da União Estável com prazo menor de convivência é uma realidade que não poderia deixar de ser reconhecida pelo nosso legislador.

No entanto, existem autores que criticam essa inovação, sustentando que é necessário um prazo mínimo para a configuração da União Estável, sob pena de instabilidade jurídica. Com esse entendimento Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 203) evidencia a necessidade de no mínimo dois anos de convivência, em analogia ao tempo necessário para a concessão do divórcio

direto.

Vale ressaltar que a lei não possui o intuito de retirar a necessidade de convivência para a configuração da União Estável, ela apenas reconhece que caberá ao juiz examinar o caso concreto e averiguar se o tempo de convívio foi suficiente para o reconhecimento da entidade familiar, isto porque a Constituição Federal de 1988 não traz qualquer delimitação temporal em sua disposição. Ressalte-se que a Lei nº 8.971/94 trouxe requisitos de ordem pessoal, haja vista que os companheiros devem ser pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas para que se configure a União Estável, não tratando, porém dos outros casos de impedimentos matrimoniais, tornando lacunoso o seu reconhecimento em outros casos.

Igualmente, a Lei nº 9.278/96 não trouxe solução a esse impasse, pois não há referência a nenhuma hipótese de impedimento matrimonial, deixando a margem dos doutrinadores e magistrados a aplicabilidade ou não desses impedimentos na União Estável.

Por fim, surgiu o Código Civil de 10 de janeiro de 2002, que em seu Artigo 1723 dispõe que “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”.

Como se observa, esse artigo disciplina o conceito de União Estável sem mudanças substanciais, uma vez que possui os mesmos moldes trazidos pela Lei 9.278/96.

Frise-se que o Código Civil disciplinou no § 1º do mencionado artigo que os casos de impedimentos matrimoniais serão aplicados na União Estável, solucionando assim a discussão trazida pela Lei nº 9.278/96.

Além de esclarecer a incidência dos impedimentos matrimoniais, o instituto civil também inovou, disciplinando em seu § 2º que as causas suspensivas do casamento não se aplicam à União Estável.

Assim, O Código Civil vigente conceitua o instituto da União Estável elencando diversos requisitos que serão analisados oportunamente.

Ressalte-se que nossa doutrina há tempos analisa esta entidade familiar, como demonstra Maria Helena Diniz (2002, p. 321/322):

...A Constituição Federal, ao conservar a família fundada no casamento, reconhece como entidade familiar à união estável, notória e prolongada de um homem com uma mulher vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação...

Desta forma, pode-se afirmar que a União Estável é um instituto familiar constituído por uma união extramatrimonial que detém amparo jurídico em decorrência do Artigo 226, § 3º da Constituição Federal.

3.2 União Estável e Concubinato

A Constituição Federal foi a primeira a disciplinar sobre a União Estável no ordenamento jurídico, pois antes dela as uniões não matrimoniais eram tratadas indiscriminadamente como concubinato.

O concubinato foi então classificado em puro e impuro para distinguir situações fáticas diferentes.

O concubinato puro era aquele constituído por pessoas livres, separadas de fato ou judicialmente que se uniam com o propósito de constituírem uma família, não se

submetendo, no entanto, a solenidade do casamento.

Esse tipo de concubinato é trazido por Álvaro Villaça Azevedo (2003, p.282) como “... uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima...” Atualmente o concubinato puro é o disciplinado pelo instituto da União Estável regulamentada pelo Artigo 1723 do Código Civil.

Já o concubinato impuro era a união adúlterina ou incestuosa onde um ou ambos os concubinos eram casados ou possuíam parentesco próximo, não podendo celebrar o casamento pela existência de impedimentos matrimoniais.

Ao comentar sobre essa modalidade de concubinato Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 190) preceitua que “o concubinato será impuro se for adúlterino, incestuoso ou desleal”.

Assim, conforme o ilustre doutrinador, as uniões concomitantes constituem concubinato impuro, uma vez que desobedece aos requisitos para a configuração da União Estável quanto à unicidade de vínculos.

O Código Civil vigente denomina o concubinato impuro como simplesmente concubinato, conforme se verifica em seu Artigo 1727.

Desta forma, podemos observar que nosso legislador ao proteger a união estável como entidade familiar, impõe que este instituto deve obedecer aos princípios morais de modo a não causar repúdio à sociedade.

Destarte, conforme o declinado acima, em nosso atual Código Civil a união estável corresponde ao denominado concubinato puro, caracterizado pela união extramatrimonial constituída por membros que não possuam impedimentos matrimoniais. Ao seu lado, o concubinato impuro recebeu a tratativa de concubinato, e este se configura na união formada sem qualquer solenidade, composta por pessoas que tenham impedimentos matrimoniais.

Cabe salientar que não constitui concubinato e muito menos união estável, eventuais relacionamentos, como bem disciplina nossos doutrinadores:

Ao lado do concubinato e muito longe da união estável restam as situações de relacionamento amoroso eventual, ou sem caráter de continuidade, assim como ligações clandestinas, mesmo entre pessoas desimpedidas matrimonialmente. Qualificam-se à margem da lei e as pessoas envolvidas são consideradas como simplesmente “amantes”, sem especial proteção jurídica no plano familiar. (AMORIM; OLIVEIRA, 2003, p. 147).

Nesse contexto, observa-se que o legislador brasileiro não teve qualquer propósito em amparar legalmente esse tipo de relacionamento, pois com essa solução, instalar-se-ia uma instabilidade jurídica ao reconhecer direitos a qualquer envolvimento, sem a exigência de um mínimo de requisitos. Os envolvimento amorosos constituiriam um comércio econômico, sendo que as pessoas teriam receio de se relacionar uma com as outras, uma vez que se correria um risco cada vez maior dos envolvimento por interesse.

3.3 União Estável Putativa

A legislação pátria protege a família trazendo a monogamia como requisito indispensável para qualquer tipo de instituto familiar.

Assim, constitui crime de bigamia a convolação de um segundo matrimônio, e no caso de um relacionamento concomitante ao casamento, este figura apenas como concubinato. Na União Estável temos o mesmo entendimento, pois as uniões desleais, configuradas no caso de outra ligação amorosa além da união estável também constituem concubinato. Porém, pode ocorrer que no caso da bigamia, haja boa-fé por um dos cônjuges, e nesse

caso haverá o reconhecimento de direitos conforme Artigo 1561, § 1º do Código Civil, pois houve casamento putativo conforme observa Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2003, p. 144): “cumpre lembrar a possibilidade de casamento putativo, mesmo em casos de nulidade ou anulação da segunda união, quando haja boa-fé por parte de um ou ambos os cônjuges, com reconhecimento de direitos”.

Acrescenta ainda os nobres doutrinadores que: “pode haver uma união estável putativa, quando o partícipe de segunda união não saiba da existência de impedimento decorrente da anterior e simultânea união de seu companheiro” (AMORIM; OLIVEIRA, 2003, p. 144). Desta forma, pode ocorrer à existência de União Estável putativa quando um dos companheiros desconhecer anterior e concomitante casamento ou união estável, sendo certo que estando de boa-fé, será reconhecido direitos decorrentes deste relacionamento que parecia constituir-lhe união estável, em analogia ao Artigo 1561, § 1º do Código Civil.

Frise-se que o reconhecimento da união estável putativa necessita de prova robusta de boa fé, além do preenchimento de todos os requisitos fundamentais para a configuração desse instituto familiar.

3.4 Do Conceito da União Estável

O texto constitucional de 1988 inovou o campo jurídico ao estabelecer que a família não está mais vinculada ao matrimônio, pois ao seu lado duas outras espécies de família foram regulamentadas, a união estável e a família monoparental.

Considerada uma entidade familiar, a união estável nada mais é que a união entre duas pessoas de sexo opostos, desimpedidas de convolarem núpcias, mas que possuem o objetivo de constituírem uma família.

No plano fático, a união estável é idêntica ao casamento só a diferindo quanto a um requisito essencial, que possui a informalidade como característica essencial, não necessitando, portanto de qualquer ato solene para a sua configuração.

Frise-se que a conceituação da união estável sofreu diversas modificações ao longo dos tempos, pois os requisitos elementares para a sua tipificação não foram uniformes nas legislações, no entanto, o preceito jurídico que vigora atualmente é o trazido pelo Código Civil em seu Artigo 1.723 que disciplina que: “É reconhecida entidade familiar à união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

3.5 Da denominação companheira e concubina

A expressão concubina e companheira durante um grande lapso temporal foram utilizadas como expressões sinônimas, designando indistintamente qualquer relacionamento extramatrimonial.

Entretanto, a maioria dos juristas tem diferenciado as referidas expressões, destinando a palavra companheira para as pessoas que viviam um relacionamento constituído de indivíduos de sexo opostos, que sem os impedimentos matrimoniais optam em se unirem com o objetivo de constituírem uma família.

Ao seu lado, o termo concubina tem sido utilizado para designar os relacionamentos adúlteros ou incestuosos, ao qual o Estado tenta reprimir.

Sobre esse aspecto Euclides de Oliveira (2003, p. 146-147) observa:

[...] reserva-se a expressão companheiros (ou conviventes) para as pessoas unidas estavelmente, sob a aparência de casados e sem impedimentos decorrentes de outra união. Já o concubinato envolve ligação amorosa com terceiro, de pessoa casada, em situação de adúlterinidade, formando o chamado triângulo

amoroso, ou outras situações de convivência com impedimentos absolutos para o casamento.

Com o mesmo entendimento nossa jurisprudência tem distinguido:

[...]a concubina como a mulher de encontros velados, que se entrega aos amores de homem casado na constância do convívio com sua esposa legítima, situação imoral, que a sociedade não admite e a lei nenhum amparo poderia dar. A companheira, ao invés, é a que vive com homem solteiro, descasado ou viúvo, como se casados fossem legitimamente, por isso gozando da proteção que o Estado garante à entidade familiar. (RT 651/170)

Assim, os termos companheira e concubina possuem significados diversos, e, por conseguinte detém efeitos jurídicos distintos, uma vez a que a legislação pátria protege a união estável atribuindo-lhe direitos e deveres, ao contrário do concubinato, que não possui direitos, mas apenas efeitos patrimoniais para evitar o enriquecimento ilícito. Saliente-se que a Constituição Federal emprega o termo companheiro para designar as pessoas que vivam em união estável, conforme se depreende do Artigo 201, inciso V. O mesmo vocábulo foi utilizado na Lei 8.971/94, porém, a lei 9.278/96 adota a expressão convivente, que apesar de possuir o mesmo significado, diverge da técnica constitucional adotada.

O Código Civil de 2002 retorna ao termo companheira, expressão essa mais acertada, uma vez que segue os ditames de nossa Lei Maior.

4 REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL.

Para que a União estável seja reconhecida como um instituto familiar gerador de direitos e obrigações, são necessários que estejam presentes todos os seus requisitos, pois na falta de um deles a união será considerada meramente concubinária ou de outra ordem,

não amparado pelo direito da família.

Frise-se que a doutrina tem apresentado de forma distinta as características e requisitos, o que, no entanto não é pacífico, conforme se observa:

Embora se afigure útil a enumeração das características da união estável, ao lado dos requisitos de sua constituição, essa distinção apresenta divergências doutrinárias tornando complicada a sua inclusão em classificações estanques. (OLIVEIRA, E. 2003, pág. 121).

Assim, serão abordados os elementos indispensáveis para o reconhecimento da união estável, através da denominação requisitos, a saber: inexistência de impedimentos matrimoniais, diversidade de sexos, unicidade de vínculos, publicidade, continuidade e estabilidade, e por fim a finalidade de constituição de família.

Desta forma, o relacionamento amoroso que contenha todos esses requisitos será considerado união estável e, conseqüentemente, desfrutará de forma integral os direitos e garantias conferidos a esse instituto familiar.

4.1 Inexistência de impedimentos matrimoniais

Apenas com a Constituição Federal de 1988 que a união estável foi reconhecida como entidade familiar, porém, ela não estabeleceu qualquer preceito sobre a natureza pessoal dos companheiros, o que não significa que esse tipo de relacionamento possa contrariar as regras da moral e dos bons costumes.

Adveio então a Lei nº 8.971/94 que em seu Artigo 1º estabeleceu a exigência que os companheiros sejam solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, deixando evidente que o legislador deseja amparar somente os relacionamentos aceitos moralmente pela sociedade.

No entanto, essa regulamentação legal não aclarou totalmente as dúvidas que pairavam sobre a união estável, uma vez que a referida lei não disse se os outros casos de impedimentos matrimoniais são aplicáveis a essa forma de constituição de uma família.

A Lei nº 9.278/96 não trouxe solução a esse impasse pois não mencionou qualquer requisito de ordem pessoal para o reconhecimento da união estável.

Como a Constituição Federal prevê que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento, discutiu-se a possibilidade de sua configuração entre pessoas casadas, mas que estejam separadas de fato.

Se fosse utilizada uma interpretação restritiva admitindo somente a união estável para as pessoas desimpedidas de se casar, a lei nº 8.971/94 seria inconstitucional, pois permite que as pessoas separadas judicialmente estabeleçam união estável apesar de não poderem contrair novas núpcias.

No entanto, essa não foi a solução encontrada pela doutrina e pela jurisprudência, uma vez que se admite que as pessoas separadas judicialmente estabeleçam uma nova entidade familiar através do instituto da união estável.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 188) ao tratar deste tema acaba lecionando que: "O estímulo à conversão da união estável em casamento nunca pode ser interpretado como regra restritiva, ao contrário, deve-se pensar justamente em buscar localizar as verdadeiras famílias, para protegê-las imediatamente...".

Assim, apesar de não haver expressa permissão legal, a união de pessoas

separadas de fato foi aceita como forma apta de se instituir a união estável.

O ilustre Francisco Cahali (1996, p. 80/81), com esse mesmo entendimento preceitua que:

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

Com relação à jurisprudência, os Tribunais pátrios decidiram:

SOCIEDADE DE FATO - CONCUBINATO ENTRE PESSOAS SEPARADAS DE FATO - RECONHECIMENTO - Concubinato entre pessoas casadas, mas separadas de fato - Não concomitância com o casamento - Reconhecimento cabível da união estável. A separação de fato de pessoas casadas civilmente não impede o reconhecimento da união estável *more uxório* para fins legais contemplados no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal... (1º Câ. Civ. d TJMG, Ap. Civ. 133.065-3, j.15-12-98, DJMG 30-03-99).

Por fim, foi promulgado a Lei nº 10.406 em 10 de janeiro de 2002 que, ao tratar do tema, preceitua no parágrafo 1º do Artigo 1723 que se aplicarão os mesmos casos de impedimentos matrimoniais a união estável, porém não incidindo o inciso VI do Artigo 1521.

O Código Civil contempla textualmente no citado artigo que a união estável pode ser reconhecida nos casos em que os indivíduos sejam separados de fato ou judicialmente, vindo a normatizar o que a doutrina e a jurisprudência incontrovertidamente já decidiam.

Com relação aos impedimentos matrimoniais, é necessário tecer alguns comentários sobre os incisos II e IV do Artigo 1521.

Sobre o inciso II frise-se que foi disciplinado que o parentesco por afinidade na linha reta não se extingue com a dissolução da união estável conforme se depreende o Artigo 1595, parágrafo 2º do Código Civil. Em sendo assim, existe impedimento para o reconhecimento da união estável nos casos em que o indivíduo venha a se unir com a sogra ou a filha de sua ex-convivente.

Quanto ao inciso IV, este traz o impedimento matrimonial aos parentes colaterais de até 3º grau, o que vem a ser um grande retrocesso jurídico, uma vez que o Decreto Lei nº 3200/41 permitia o casamento de colaterais de 3º grau desde que comprovada a compatibilidade sob o ponto de vista da saúde de qualquer um deles ou da eventual prole.

É oportuno salientar que o Código Civil disciplina em seu parágrafo 2º do Artigo 1723 que as causas suspensivas não impedirão o reconhecimento da união estável. Entretanto, a lei civil não contempla sobre a aplicabilidade ou não das causas de anulação de casamento, sendo assim, a doutrina se posiciona da seguinte forma:

Quanto a outras situações que o Código de 1916 chamava de impedimento relativos, e o Novo Código deixa para o campo da anulação do casamento, nada se refere no capítulo da união estável, mas certamente também se poderá invocar anulação da união se presentes aquelas causas de invalidação do ato jurídico. (OLIVEIRA, E. 2003, p.103).

4.2 Diversidade de sexos

A diversidade de sexos é requisito essencial, além de ser constitucional, uma vez que a Carta Magna faz expressa menção que é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, exigência essa que foi reiterada nas Leis nº 8971/94, 9278/96 e no atual Código Civil.

Além disso, o status de entidade familiar conferida a união estável só foi concedida porque ela pode, em regra, ser convertida em casamento. E matrimônio requer diversidade de sexos, mesmo que não declarado expressamente na legislação.

Não se tem então admitido que os relacionamentos homoafetivos sejam considerados como união estável, conforme podemos observar na jurisprudência nacional:

SOCIEDADE DE FATO - RELAÇÃO HOMOSSEXUAL - MEAÇÃO DE BENS - IMPOSSIBILIDADE - Relação homossexual. Pretensão de meação de companheiro baseado no direito de família. Impossibilidade jurídica...I - No título Da Ordem Social, tratando a Carta Magna, no seu Capítulo VII, sobre a família, consigna que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, sendo reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, pelo que conclui que essa proteção alcança a união entre pessoas de sexo oposto e não, elementos do mesmo sexo, tanto assim que determina esforços estatais no sentido de facilitar a conversão dessa união em casamento. II - A questão atinente a bens que porventura se tenha adquirido ao longo da união homossexual deve ser decidida no campo do direito das obrigações. (14º Câm. Civ. TJRJ, Ap. Civ. 7355/98, j. 29.09.98).

Entretanto, as uniões homossexuais são cada vez mais freqüentes, e no entanto não possuem qualquer regulamentação legal. Com certeza sua legalização vai, como aconteceu na união estável, ter que superar diversos impasses legais e principalmente morais para que sejam admitidos.

Frise-se que a Deputada Marta Suplicy apresentou o Projeto de Lei nº 1151/95 que disciplina sobre as uniões homossexuais. No entanto, para que esse tipo de união seja reconhecida e protegida pelo Estado, é necessário uma emenda constitucional.

É oportuno aludir que em alguns países a união homoafetiva é regulamentada, como é o caso da Holanda, Inglaterra, Dinamarca, Noruega, Canadá, Portugal, França, sendo que neste último, a união homossexual é considerada concubinato, ao contrário do Brasil que não reconhece esse tipo de relacionamento como união estável.

4.3 Unicidade de Vínculos

O sistema legal pátrio adota o sistema monogâmico para apreciar os relacionamentos matrimoniais e extramatrimoniais, tanto que disciplina o dever de fidelidade e lealdade entre os cônjuges e os companheiros conforme os Artigos 1566, inciso I e 1724 do Código Civil.

Ao cuidar do deveres dos companheiros, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 232) observa que:

Ao lado do casamento, o companheirismo, também impõe o dever de fidelidade a ambos

os partícipes, e não apenas a um deles, ante a regra constitucional já analisada. Tal conclusão se afigura coerente com os contornos traçados pela doutrina e pela jurisprudência na caracterização do companheirismo que, repita-se, deve ser o único vínculo que une o casal em perfeito clima de harmonia e estabilidade.

Desta forma, o vínculo entre os companheiros tem que ser único e recíproco, não se admitindo relacionamentos concomitantes.

As pessoas casadas não poderão viver em união estável com outrem pois a quebra do dever de fidelidade constitui adultério, de forma que o relacionamento fora do vínculo matrimonial será considerado mero concubinato, salvo no caso de estarem separados de fato ou judicialmente.

Também não é possível a constituição de uniões estáveis concomitantes pois, ou o segundo relacionamento será considerado concubinato, ou ambos constituirão concubinato, salvo no caso de união estável putativa, onde o companheiro inocente desfrutará de todos os seus efeitos.

O que pode ocorrer, são uniões estáveis sucessivas, onde a pessoa em épocas distintas viveu em união estável com pessoas diferentes desde que preenchidos os seus requisitos essenciais.

4.4 Estabilidade e Continuidade

Para que um relacionamento seja considerado uma união estável, é necessário que ela seja duradoura e contínua nas palavras do Artigo 1723 do Código Civil. Quanto a o aspecto da durabilidade, ou estabilidade como é chamado pela doutrina, esta se perfaz quando o relacionamento perdura no tempo, quando a união não for fugaz, passageira, eventual.

Euclides de Oliveira (2003, p. 129) faz uma comparação com o casamento quanto a esse aspecto disciplinando:

Esse requisito para configuração da união estável é um dos aspectos que o distingue do casamento. Neste, basta o ato de celebração para que se perfeccione a união conjugal, gerando efeitos de imediato sem que seja necessária a permanência no tempo. Num fácil exemplo, considere-se a hipótese de falecimento do cônjuge no dia seguinte às núpcias, em que estará garantido ao sobrevivente do direito sucessório, conforme a ordem da vocação hereditária. O mesmo não ocorre na união informal que não chegue a consolidar-se pela prematura morte de um dos partícipes, sem comprovação de que a união subsiste a mais tempo com declarado ânimo de constituir família.

Frise-se que não há um prazo delimitado de duração para que a união estável seja configurada, uma vez que a Lei nº 9.278/96 e o Código Civil, ao contrário da Lei nº 8.971/94, não prevê uma condicionante temporal.

Porém, isso não quer dizer que o tempo de convivência seja irrelevante, a lei apenas não delimita um prazo certo para que um magistrado analise o caso concreto e decida se houve ou não o preenchimento de todos os requisitos da união estável.

Essa abertura concedida pelo legislador nada mais é que o cumprimento de uma realidade fática nacional que ansiava em ter seus relacionamentos protegidos pelo Estado.

No entanto, alguns autores contemplam que é necessário estipular um prazo mínimo para a configuração da união estável, sob pena de trazer uma

instabilidade jurídica.

Guilherme Calmom Nogueira da Gama (2001. p. 203) estabelece o prazo mínimo de dois anos para que a união estável seja reconhecida judicialmente. Mas o próprio doutrinador traz uma ressalva quando houver o falecimento de um dos conviventes, conforme se observa:

[...] no que se refere às uniões com prazo inferior a dois anos que, drasticamente forem dissolvidas em decorrência do falecimento de um deles ou de ambos, somente nesta hipótese pode ser dispensado o prazo de dois anos, e desde que aferidos, com o devido rigor, o preenchimento dos demais requisitos.

Denote que além dessa união ser prolongada, é necessário que ela seja contínua, ou seja, sem interrupções ou afastamentos delongados para que se verifique a solidez do relacionamento.

Assim, as uniões que possuem muitas rusgas, com repetidas separações e reencontros, não podem ser reconhecidas como uma entidade familiar pela falta da continuidade no relacionamento.

Não se pode dizer, no entanto, que qualquer desavença desnature a união estável, pois a separação de curta duração que precede a uma reconciliação breve não prejudicará a constância desta união.

Porém se o desentendimento se delongar muito no tempo a união deve ser considerada dissolvida, com o reinício na contagem temporal.

É oportuno ainda observar que na união estável é necessária a convivência entre os partícipes, ou seja, é indispensável que o casal tenha interesses comuns, encontros frequentes e finalidade de constituir uma família.

Em regra, a convivência também implica a coabitação, onde ambos possuem uma residência comum, vivendo como se fossem casados.

No entanto, deve se considerar que dependendo da situação fática do relacionamento é possível o reconhecimento da união estável de um casal que possua residências distintas. Por esta razão foi editada a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal que preceitua: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”, retirando qualquer objeção a respeito.

Com esse mesmo entendimento Zeno Veloso (2003a, p. 114) expõe:

Se o casal, mesmo morando em locais diferentes, assumiu uma relação afetiva, se o homem e a mulher estão imbuídos do ânimo firme de constituir família, se estão na posse de estado de casados, e se o círculo social daquele par, pelo comportamento e atitudes que os dois denotam, reconhece aí uma situação com aparência de casamento, tem-se de admitir a existência de união estável.

Isso porque muitas vezes o trabalho os força a morar separadamente, e também, porque em muitos casos é mais conveniente a morada em residências distintas em face de eventuais descendentes de um ou de ambos os companheiros que preexistam ao relacionamento.

4.5 Publicidade

Um requisito essencial para que seja configurada a união estável é que um relacionamento apresente-se como notório, ou seja, a união deve ser conhecida em seu meio social e familiar.

Assim, os companheiros devem viver como se casados fossem, e assim serem

reconhecidos pelo círculo social em que vivem.

Portanto, as relações escondidas, secretas, clandestinas, se mostram incompatíveis com o objetivo final da união estável que é formar uma verdadeira família.

Muitas vezes os doutrinadores utilizam a expressão notoriedade ao invés que publicidade, pois alegam uma sensível diferença:

Apesar de ter usado o vocábulo *pública* como um dos requisitos para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-lo nos extremos de sua significação semântica. O que a lei exige com certeza, é a notoriedade. Há uma diferença de graus: embora tudo que seja público é notório, nem tudo que é notório é público. Interpretando-se a norma com inteligência e razoabilidade, tem-se de concluir que basta que a relação seja conhecida no meio social em que vivem os parceiros. (VELOSO, 2003a, p. 110).

Como se observa, reconhecimento da união estável perante seu círculo social é indispensável para a sua proteção jurídica como entidade familiar. Porém é necessário ressaltar que, em algumas hipóteses pode acontecer que, por viverem em locais isolados e de difícil acesso à civilização os companheiros não desfrutam da publicidade costumeira, porém ela não pode ser desnaturada pois ausência desse requisito não advém da vontade do casal, mas da impossibilidade destes em relacionar-se com terceiros.

4.6 Finalidade de Constituição de Família

Além de todos os requisitos expostos, é necessário o elemento volitivo do casal em querer viver em união estável, pois eventual coação desvirtua sua caracterização.

Desta forma, é indispensável a existência da convivência *more uxório* e o *affectio maritalis*, ou seja, os companheiros devem conviver como se fossem casados, e devem ter a intenção de constituir uma família através desta união.

Somente com o tratamento mútuo de respeito, carinho e compreensão, que terceiros poderão reconhecer a convivência *more uxório* entre eles.

Quanto ao *affectio maritalis*, este se verifica quando os companheiros se unem desinteressadamente com o intuito de formar e manter uma nova entidade familiar.

Sobre esses aspectos Guilherme Calmom Nogueira da Gama (2001, p. 204) esclarece que a convivência *more uxória* é:

[...] a intenção de vida em comum dos companheiros sob o mesmo teto, mantendo vida como se fossem casados, 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.

Com relação ao *affectio maritalis* o autor proclama que:

[...] a *affectio maritalis* representa o elemento volitivo, a intenção dos companheiros de se unirem cercados de sentimento nobres, desinteressados, com pureza d'alma, congregando amor, afeição, solidariedade, carinho, respeito e compreensão enfim o germe e o alimento indispensáveis, respectivamente, à constituição e manutenção da família. (GAMA, 2001, p. 206).

Por fim, é necessário advertir que para que a união estável seja reconhecida é indispensável o preenchimento de todos os requisitos expostos, sob pena de depara-se de frente de mero concubinato ou outro tipo de relacionamento.

5 DIREITO SUCESSÓRIO

Apenas com a ocorrência da morte de um indivíduo que se tem a abertura da sucessão com a conseqüente transmissão do domínio e posse da herança aos herdeiros, que poderão se legítimos ou testamentários.

Serão herdeiros testamentários aqueles que forem contemplados pelo falecido em um testamento válido, devendo este sempre respeitar a quota limite quando houver herdeiros necessários.

Quando não houver disposição de última vontade do *de cuius*, a sucessão se voltará para os herdeiros legítimos contemplados pela lei civil.

Ressalte-se que a sucessão seguirá as normas vigentes ao tempo da abertura da sucessão, estatuinto assim o princípio da irretroatividade do direito material em questão.

O direito sucessório não pode ser confundido com o direito de meação, pois este último decorre do regime de bens escolhido pelo casal, sendo que ele pode ser exercido a qualquer momento, ao contrário do direito sucessório que surge apenas com a morte de um indivíduo que deixa bens a serem partilhados entre seus herdeiros, sempre ressalvada a meação do cônjuge ou companheiro sobrevivente.

5.1 Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988

O Código Civil de Beviláqua não reconhecia a união estável como geradora de direitos e obrigações, pois disciplinava apenas restrições aos concubinos. Naquela época ainda não havia a diferenciação dos companheiros dos concubinos, de forma que ambos eram tratados indistintamente como um relacionamento atentatório ao matrimônio, não possuindo assim qualquer regulamentação jurídica.

Diante das normas legais apenas o casamento era reconhecido como forma de constituição de uma família, sendo certo que ao proteger o matrimônio, o estatuto civil marginalizava o concubino conforme se observa a leitura dos Artigos 1177 e 1719 do Código Civil de 1916, que proibia a doação e as disposições testamentárias aos concubinos quando o falecido era casado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foi ampliada a forma de se instituir a família brasileira, pois ao lado do casamento, a união estável e as famílias monoparentais também foram reconhecidas como entidade familiar.

Porém, mesmo com a promulgação da Carta Magna a doutrina e a jurisprudência entendiam que ainda não existia o direito sucessório dos conviventes pela falta de amparo jurídico, de forma que apenas o direito a partilha dos bens era reconhecida, nos moldes da Súmula 380 o Supremo Tribunal Federal que dizia: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Esta Súmula também era utilizada para os conviventes de união estável, se assemelhando ao direito de meação conferido aos cônjuges, entretanto, esse direito era proporcional a contribuição prestada pelo companheiro.

Cumpram ressaltar que após o advento da Constituição Federal de 1988, as disposições dos Artigos 1.177 e 1719 do Código Civil de 1916 não subsistiram inteiramente, pois com o reconhecimento da união estável como entidade familiar, ao companheiro não deve incidir as proibições dos citados artigos, mas apenas aos concubinos, no sentido estrito da palavra.

5.2 Lei nº 8.971/94

Apenas com o advento da Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994 que o direito sucessório dos companheiros foi reconhecida nas condições estatuídas em seu segundo artigo:

Artigo 2º - As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I – o(a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comum;

II – o companheiro sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, a usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e ascendentes o(a) companheiro (a) sobrevivente terá direito a totalidade da herança.

Como se pode observar, a referida lei traz o direito ao usufruto e o direito de herança para os conviventes, de forma assemelhada ao direito dos cônjuges disciplinado no Código Civil de 1916:

Artigo 1.611 – Á falta de descendentes ou ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

Parágrafo Primeiro – O cônjuge viúvo, se o regime de bens não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto perdurar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*.

Assim, a lei nº 8.971/94 inovou ao disciplinar o direito ao usufruto e o direito a herança ao convivente sobrevivente.

5.2.1 Usufruto

O usufruto estabelecido na Lei nº 8.971/94, em linhas gerais, consiste no direito de fruir as utilidades e frutos de determinados bens deixados pelo autor da herança.

Quanto a sua natureza jurídica, há uma discussão na doutrina pois alguns autores como Rodrigo da Cunha Pereira (PEREIRA, 1995 apud GAMA, 2001, p. 446) entende que este tipo de usufruto deve ser tratado como resultante do direito de família, e neste caso, o registro do usufruto não será necessário, porém, há posição divergente como a de Guilherme Calmom Nogueira da Gama (2001, p. 446) que diz que o usufruto advém do direito sucessório pois ele se instala somente com a morte de um dos partícipes do relacionamento, devendo conseqüentemente ser levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis para ter validade.

Insta observar que o legislador no intuito de outorgar iguais direitos dos cônjuges aos companheiros, cometeu o mesmo equívoco ao redigir que o usufruto seria da quarta parte dos bens quando houver “filhos”, comuns ou exclusivos do *de cujus*.

No entanto, esse erro advém de certa forma do Artigo 1.611 do Código Civil de 1916 que também traz a menção de “filhos” ao invés de descendentes.

Na verdade ao se referir a “filhos” o legislador quis se referir aos descendentes, tanto que no inciso III foi disposto que “na falta de descendentes e ascendentes...”, então, a interpretação do Artigo 2º da referida lei deve ser de que a convivente sobrevivente não terá direito a herança do falecido sempre que houver descendentes ou ascendentes, ficando contemplado nestes casos com o usufruto de parte dos bens deixados pelo autor da

herança.

Assim, de acordo com a norma legal, o usufruto cabível ao companheiro sobrevivente consistirá na quarta parte dos bens quando o *de cujus* deixar descendentes, ou na metade dos bens quando houver ascendentes do falecido.

Quando a Lei nº 8.971/94 foi introduzida no mundo jurídico, se cogitou a hipótese dela ser declarada inconstitucional no que tange a esse direito de usufruto pois se alegava que o Artigo 2º da mencionada lei conferira mais direitos ao convivente do que ao cônjuge, pois o Código Civil de 1916 estabeleceu a restrição de que o direito de usufruto só seria deferido se o regime de bens fosse diverso do regime de comunhão universal de bens, limitação essa que não foi estabelecida para os conviventes.

Entretanto essa tese foi superada, tanto que a Lei nº 8.971/94 continuou vigorando até a edição do Código Civil de 2002. Então para que os companheiros não tenham mais direitos que os cônjuges, muitos diziam que o usufruto deveria se estender aos cônjuges, independentemente do regime de bens escolhido, conforme a manifestação de parte da doutrina:

É preciso dar a disposição nova o sentido que a faça compatível com os horizontes constitucionais. O único meio de chegar a uma interpretação constitucionalmente conforme é ter como alterada a posição relativa aos casados por modo a que tenham os mesmos direitos dos companheiros entre si. (...) Trata-se de uma típica aplicação em direito interno, da chamada *meistbegünstigungsklausel* ou “chamada de maior favorecimento”, usual no comércio internacional. (VILLELA, 1995 *apud* GAMA, 2001, p. 442)

Não obstante a essa posição, é necessário elucidar a posição de Guilherme Calmom Nogueira da Gama (2001, p. 443) que diz que:

[...] não houve tratamento privilegiado ou mais benéfico aos companheiros, mesmo porque estes nunca terão direito, abstratamente falando, à meação de todo o patrimônio do *de cujus* [...] não sendo o caso de se estender o direito sucessório do usufruto viual ao casamento sob o regime de comunhão universal de bens.

Essa tese, que parece ser a mais correta, defende que o regime de comunhão universal de bens não se atribui aos conviventes, pois estes só possuem direito à meação dos bens que contribuirão para a sua aquisição, não abrangendo portanto os bens anteriores à união estável e por este motivo, não há a necessidade de se ampliar o direito dos cônjuges no tocante ao direito de usufruto.

Frise-se que após ser pacificamente declarada constitucional pela doutrina e jurisprudência, surgiu a problemática de se conferir ou não o direito a meação somada ao direito de usufruto.

A maioria entendia que a companheira só terá direito ao usufruto se ela não tiver direito a meação ou quando ela não for contemplada em testamento com bens em igual ou superior quantia àqueles sobre os quais recairia o usufruto, isso para que haja consonância ao entendimento conferido aos cônjuges, pois o usufruto foi disciplinado como medida protetiva para que o sobrevivente não ficasse ao desamparo quando não herdasse nenhum bem.

Porém, alguns doutrinadores como Zeno Veloso (2003b, p. 407) entende que a meação e o usufruto devem ser sempre somados pois:

Nenhuma dessas restrições a Lei 8971/94 apresentou, para que incidisse o usufruto em favor do

companheiro sobrevivente. Ela teria direito a metade dos bens deixados pelo autor da herança, desde que tivesse colaborado para a aquisição dos mesmos (lei 8971/94, art. 3º), sem que isso implicasse a perda do aludido usufruto. Seria, portanto, meeiro do patrimônio adquirido pelo esforço comum, sem prejuízo do usufruto sobre a quarta parte ou sobre a metade da herança deixada pelo falecido, conforme os herdeiros deste forem descendentes ou ascendentes.

O direito ao usufruto e o direito a herança estabelecida pela lei 8.971/94 só existirá quando o companheiro sobrevivente convivia com o falecido no momento de sua morte, pois eventual ruptura da união estável antes de sua morte retira esses direitos ao ex-companheiro.

Por fim, deve-se ressaltar que o direito ao usufruto se extingue com a morte ou a constituição de nova união estável ou casamento do companheiro sobrevivente, conforme dispõe a Lei 8.971/94.

5.2.2 *Direito à herança*

O inciso II do Artigo 2º da Lei nº 8.971/94 disciplinou que o companheiro sobrevivente herdará a totalidade da herança sempre que inexistirem descendentes ou ascendentes do falecido, ou seja, estabeleceu que o companheiro ocupa a 3ª posição na ordem de vocação hereditária, ao lado do cônjuge supérstite, que possui regulamentação legal no Artigo 1603, inciso III do Código Civil de 1916.

No tocante a expressão “totalidade da herança” houve uma divergência doutrinária, pois alguns juristas, como Basílio de Oliveira (apud Gama, 2001, p. 429), interpretavam gramaticalmente o dispositivo, dizendo que o companheiro se tornou herdeiro necessário.

Não obstante a esse respeitável entendimento, a maioria entende que o companheiro sobrevivente é herdeiro legítimo facultativo, tal como a cônjuge, e assim, pode a companheira sobrevivente nada herdar se o falecido a excluiu de seu testamento. Aplica-se ao caso, o Artigo 1725 do Código Civil de 1916 por analogia, em face da omissão legislativa.

Em consonância com esse entendimento os Tribunais julgavam:

Agravo Regimental – Agravo de Instrumento – Sucessão Testamentária – Lei 8971/94 – I – Pretende a agravante, em verdade, que se desconsidere o testamento deixado por seu companheiro, ao argumento de que, com a lei 8971/94, a sucessão seria legítima e não testamentária. Contudo, tal não sucede, posto que o referido diploma legal não institui a companheira como herdeira necessária, mas apenas inclui na ordem de sucessão legítima ao lado do cônjuge sobrevivente. (STJ, 3ª Cam. Civ. Resp 169.771-SP, rel. min. Waldemar Zveiter, DJ de 09.11.1998, p.85).

Além desse questionamento, outro também se mostra importante, qual seja, a quem compete o direito de herança na concorrência da companheira sobrevivente ao lado do cônjuge supérstite, uma vez que a união estável pode ser configurada entre pessoas casadas mas separadas de fato.

Surgiu a tese que soluciona o problema com a divisão da herança em partes iguais, metade para cada um, posição essa que proclama:

A solução será a de considerar, nesta hipótese excepcional, que companheiro e cônjuge sobrevivente herdem conjuntamente a herança deixada pelo falecido, devendo-se considerar a conjunção aditiva “e” no inciso III, do artigo 1603 do Código Civil, (...) deixando evidenciada a possibilidade dos supérstites herdarem em partes iguais, como aliás ocorre entre os parentes de mesmo grau, quando concorrer na sucessão do falecido. (GAMA, 2001, p. 432).

Contudo, a posição majoritária consiste em amparar o direito hereditário ao convivente sobrevivente, uma vez que havendo delongada separação de fato, o matrimônio apenas subsiste formalmente no papel.

Assim, o companheiro tem direito a sucessão legítima quando o *de cujus* não deixar descendentes ou ascendentes, sendo necessário ainda, para o deferimento desse direito, que o companheiro tenha vivido até o momento da morte com o autor da herança, sob pena de não ser cabível o direito sucessório, mas apenas meação quando for o caso.

Frise-se que esse direito só se perfaz quando a abertura da sucessão, ou seja, a morte do companheiro, tenha ocorrido depois da edição da lei 8.971/94 e antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, uma vez que a norma que regulamenta a sucessão não tem o condão de retroagir ou se estender para beneficiar o sobrevivente.

5.3 Lei nº 9.278/96

Com a promulgação da lei 9.278, em 10 de maio de 1996, houve uma grande discussão sobre a ab rogação ou a derrogação da lei 8.971/94, pois o Artigo 11 da lei 9.278/96 traz a expressão genérica “revogam-se as disposições em contrário”, trazendo então a revogação tácita em seu texto.

É importante ressaltar que a revogação será tácita quando houver incompatibilidade da lei nova com a já existente, sendo certo que a revogação se subdivide em ab revogação (revogação total) e derrogação (revogação parcial). No caso em tela, como a lei 9.278/96 não abrangeu todos os temas trazidos pela lei 8.971/94, aquela apenas derogou a lei que já estava vigente nos pontos em que se tornaram incompatíveis entre si.

No tocante ao direito sucessório, como a lei 9.278/96 apenas trouxe o direito real de habitação, não houve a revogação quanto aos direitos de usufruto e herança, contemplados pela lei 8.971/94, pois a coexistência desses direitos é perfeitamente compatível, tanto que o cônjuge também possui regulamentação legal acerca desses três direitos no Artigo 1611 do Código Civil de 1916.

5.3.1 Direito Real de Habitação

O Artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96 estabelece o direito real de habitação aos companheiros nos seguintes moldes: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

O direito de habitação é mais restrito que o usufruto, pois ele consiste no uso para moradia, ou seja, através do direito real de habitação o sobrevivente tem direito a habitar no imóvel que lhe tinha servido de residência na constância da união estável. Ademais, não é dada a possibilidade do companheiro perceber frutos desse imóvel, pois o sobrevivente só poderá morar no imóvel, não podendo emprestar ou alugar.

A disposição acerca do direito real de habitação em benefício dos conviventes, trazida pela lei 9.278/96, teve o intuito de trazer um direito que já era conferido aos cônjuges no Artigo 1611, § 2º do Código Civil de 1916, ou seja, foi uma tentativa do legislador para igualar os direitos dos conviventes com os direitos dos

cônjuges.

Também houve discussões acerca da constitucionalidade da lei 9278/96 pois se alegava que a referida lei estipulava mais direitos aos companheiros do que aqueles deferidos aos cônjuges.

Entretanto, esse posicionamento não prosperou pois a lei 9278/96 vigorou até a edição do Código Civil vigente.

Foi argumentado que o convivente teria mais direitos que o cônjuge, uma vez que o Código Civil de 1916 disciplinava que:

Artigo 1611, § 2º - Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado a residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (grifo nosso)

Observa-se que, ao ser disciplinado o direito real de habitação aos conviventes, não foi estipulada qualquer restrição quanto ao regime de bens, ao contrário do direito conferido aos cônjuges que é subordinado ao regime de comunhão universal de bens.

Entretanto, o regime de bens dos conviventes, em regra, nunca será o da comunhão de bens pois o Artigo 5º da lei 9.278/96 determina que o condomínio só se perfaz sobre os bens adquiridos na constância da união estável. Então, a doutrina oferece a seguinte solução:

... para evitar a inconstitucionalidade do disposto legal, pois estaria criando mais direitos aos companheiros se comparados aos casados sob regime diverso da comunhão universal de bens, deve se considerada a *cláusula de maior favorecimento*, no sentido de alargar o direito real de habitação entre os casados para todo e qualquer regime, aliás como já ocorre com o direito real de propriedade. (GAMA, 2001, p. 452-453).

Assim, o direito real de habitação dos cônjuges deve ser ampliado para que estes não fiquem numa situação inferiorizada aos ser comparado com o direito dos companheiros.

Porém, solução diversa se apresenta quanto a problemática da restrição contida para o

9

đ ĩ

--÷

bjbjýí

7, ŸŸ ŸŸ 'ó
ŸŸ

ŸŸ

ŸŸ

|

ð ÿ

Þ

÷

üy

üy

üy

8

4z

| ÿÁ 9

habitação.(OLIVEIRA, J.M.L.L. 1997, p. 253).

Desta forma, o direito real de habitação conferido aos companheiros deve ser restringido para que haja condições equitativas entre os cônjuges e os companheiros, uma vez que, se houverem vários bens imóveis a serem inventariados, a convivente já estaria contemplada com o direito de usufruto e porventura com o direito de meação e herança conforme o caso.

Também foi indagado que a interpretação literal dos direitos conferidos aos companheiros seria muito mais vantajoso, pois estes poderiam cumular o direito de usufruto, o direito real de habitação e o direito de meação, o que não é possível ser feito em favor dos cônjuges.

Porém, já foi mencionado que a maioria entende que o usufruto só é conferido aos companheiros que não tiverem direito a meação. Quanto ao direito real de habitação, este pode ser cumulado com a meação, em analogia ao estatuído aos cônjuges e também porque existe compatibilidade entre esses direitos.

Quanto a cumulação do direito real de habitação com o usufruto, alguns juristas como Zeno Veloso (2003, p. 409) entendem que esses direitos podem ser cumuláveis, porém, outros defendem que esses direitos não podem ser somados, conforme se observa:

A solução, atendendo-se à regra da igualdade na proteção legal à entidade familiar, seja constituída pelo casamento ou pela união estável, é a da equiparação no tratamento dos respectivos direitos hereditários, contemplando o companheiro supérstite da mesma forma que o viúvo. Nesse contexto, consideram-se excludentes entre si os benefícios de usufruto e habitação, a significar concessão do primeiro aos casos em que não haja direito a meação (...), enquanto o direito real de habitação contemplará os que tenham meação, sem o direito acrescido de usufruto sobre outros bens da herança.(OLIVEIRA; AMORIM, 2003, p. 170-171).

No caso da união estável ser configurada sendo um dos partícipes casado, mas separado de fato, se o companheiro e o cônjuge moraram em imóveis distintos de propriedade do *de cujus*, não haverá direito real de habitação para nenhum dos dois, pois existirá mais de um imóvel residencial a ser inventariado. Porém, no caso de um ter residido no imóvel do falecido e o outro em imóvel locado, terá direito real de habitação aquele que residiu no imóvel pertencente ao autor da herança.

Por fim, deve-se frisar que o direito real de habitação é concedido ao companheiro sobrevivente, sendo que este benefício existirá enquanto não advir a sua morte ou a convolação de nova união estável ou casamento, conforme disciplina o parágrafo único do Artigo 7º da lei 9.278/96.

5.4 Código Civil de 2002

As leis infraconstitucionais até então vigentes, estabeleceram diversos direitos aos companheiros que, no entanto, sofreram grandes críticas pela falta de técnica legislativa na elaboração de seus textos.

Ademais, apesar da atecnia legislativa os companheiros tiveram um tratamento

quase que igualitário ao se defrontar com os direitos dos cônjuges no que tange ao direito sucessório.

Com o advento do Código Civil de 2002, houve um enorme retrocesso jurídico com relação aos direitos hereditários dos companheiros, pois, foi deferido aos cônjuges um tratamento infinitamente mais benéfico, colocando-o até como herdeiro necessário, enquanto que aos companheiros o legislador retirou o tratamento quase isonômico que existia, para lhe proporcionar um grande recuo em seus direitos.

5.4.1 Falta de técnica legislativa

O direito sucessório dos conviventes foi disciplinado no Código Civil da seguinte forma:

Artigo 1790 – 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 a 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 $\frac{1}{3}$ (um terço) da herança;

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

Numa primeira análise observa-se que o legislador disciplinou o direito sucessório dos companheiros no Capítulo das Disposições Gerais do Direito das Sucessões, o que no entanto, se mostra topograficamente mal posicionada, pois se trata de uma regra de vocação hereditária, devendo assim, ter sido disposto no Capítulo referente a Ordem de Vocação Hereditária.

Outra falha se mostra no inciso I do Artigo 1790, pois ao utilizar a expressão “filhos comuns” a verdadeira intenção do legislador foi disciplinar sobre os descendentes comuns, tanto que no inciso II foi introduzida a expressão “descendentes só do autor da herança”.

Sendo assim, deve-se interpretar a norma legal de forma que se o convivente concorrer com netos comuns, se não existirem filhos do falecido, a partilha se baseará no inciso I do Artigo 1790, de forma que os bens serão divididos pelo número de netos somado com a convivente, pois ela herdará o mesmo montante que os seus netos.

5.4.2 Restrição dos bens sucessíveis da companheira

Dentre os diversos retrocessos introduzidos pelo Código Civil vigente, um deles está disciplinado no *caput* do Artigo 1790, que proclama que a convivente só terá direito a herança sobre os bens do *de cuius* que foram adquiridos onerosamente na constância da união estável.

A lei 8.971/94 que tratava do direito da herança dos conviventes não trazia qualquer limitação, de forma que a convivente herdaria todos os bens, adquiridos a título oneroso ou gratuito, e mesmo os adquiridos antes da formação da entidade familiar, quando inexistirem descendentes e ascendentes.

Ao analisar a lei supra mencionada, conclui-se que o novo estatuto civil trouxe um enorme prejuízo aos companheiros sobreviventes, ao restringir os bens que os conviventes podem herdar.

Esta norma vem a conferir direito sucessório sobre o mesmo bem que a

convivente terá direito a meação, o que conflita com o direito contemplado aos cônjuges que, de acordo com o Artigo 1829, inciso I, o viúvo só terá direito a herança sobre os bens em que não recaia seu direito de meação.

Ainda sobre o *caput* do Artigo 1790 paira a questão dela ser ou não aplicável sobre o inciso IV, ou seja, a totalidade da herança que a convivente herdará está restrita aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável?

Alguns doutrinadores como Euclides de Oliveira (OLIVEIRA; AMORIM, 2003, p. 176-177) entendem que os incisos devem sempre respeitar a norma contida no *caput*, sendo assim, na falta de descendentes, ascendentes e parentes sucessíveis, a companheira herdará somente os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, de forma que os bens adquiridos a título gratuito ou que antecedem a união estável serão considerados herança vacante para o ente público.

Entretanto, surgiu o ilustre entendimento de que a convivente herdará todos os bens, sem utilizar a norma contida no *caput*, conforme se observa:

O CC 1790 *caput*, sob cujos limites os incisos que se lhe seguem devem ser interpretados, somente confere direito de sucessão ao companheiro com relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nada dispondo sobre os bens adquiridos gratuitamente durante esse mesmo período. É de se indagar se, em face da limitação do CC 1790 *caput*, o legislador ordinário quis excluir o companheiro da sucessão deles fosse deferida à Fazenda. Parece-no que não, por três motivos: a) o CC 1844 manda que a herança seja devolvida ao ente público apenas na hipótese de o *de cuius* não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito a totalidade da herança (CC 1790, IV), fugindo do comando do *caput*, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura da herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1819) e, apesar de não constar no rol do CC 1829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário. (NERY JUNIOR; NERY, 2002, p. 600)

Esse entendimento não considera isoladamente o Artigo 1790, pois em face da carência em seu texto legal, se faz necessária a interpretação da norma cogente de acordo com todo o conjunto disciplinado pelo Código Civil.

5.4.3 Retrocessos na Ordem da Vocação Hereditária

A lei 8.971/94 disciplinava que a convivente supérstite ocupava o terceiro grau na ordem da vocação hereditária, recebendo a totalidade da herança sempre que inexistirem descendentes e ascendentes do autor da herança.

No entanto, o Código Civil de 2002 disciplinou nos incisos do Artigo 1790 que o companheiro se deslocou para o quarto grau na ordem de vocação hereditária, fazendo com que a companheira sobrevivente concorra com parentes colaterais de até quarto grau do falecido.

Sobre esse tema, é oportuno o comentário doutrinário:

Na Sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tio-avô, sobrinho 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 no terceiro 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 4º grau do *de cuius*. Temos de convir. Isso é demais! (VELOSO apud HIRONAKA, 2003b, p. 428).

Como se observa, o retrocesso do direito sucessório do convivente foi grande,

pois há a concorrência com colaterais de até 4º grau, sendo que nestes casos, a sobrevivente herdará apenas o equivalente a um terço da herança, de forma que esse parente distante do falecido vai receber um montante superior ao da companheira, o que demonstra uma enorme injustiça.

5.4.4 Sucessão quando houver descendentes híbridos

O Artigo 1790, em seus incisos I e II traz disposições diferentes no tocante a sucessão da companheira quando esta concorrer com descendentes híbridos, ou seja, quando ela concorre com descendentes exclusivos e comuns do autor da herança, as regras não são eqüitativas.

A companheira receberá uma quota igual a que cada descendente tem direito, quando estes forem comuns, isto é, sejam descendentes do falecido e do sobrevivente. Quando concorrer com descendentes só do autor da herança a companheira herdará a metade do que couber a cada um.

O questionamento surge quando houver descendentes comuns e exclusivos do *de cujus*, onde a norma legal não prevê a solução desse impasse.

Então, para solucionar o problema, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (HIRONAKA *apud* OLIVEIRA; AMORIM, 2003, p. 175-176) expõe quatro alternativas:

a) Divisão da herança como se todos os descendentes fossem comuns. Exemplo: O falecido deixa herança de 120 unidades que foram adquiridas onerosamente durante a união estável, além de três herdeiros: a companheira, um filho comum e um filho exclusivo. De acordo com essa divisão, 60 unidades corresponderão a meação da companheira, e cada filho receberá 20 unidades de herança, sendo que a companheira também herdará 20 unidades.

Porém, essa solução prejudica o filho exclusivo que, segundo o Código Civil, tem direito a receber o dobro da companheira sobrevivente.

b) Divisão da herança como se todos os descendentes fossem exclusivos do autor da herança. Exemplo: O falecido deixou 100 unidades de herança que foi adquirida onerosamente durante a vigência da união estável, e três herdeiros, a companheira, o filho comum e o filho exclusivo. Então a divisão se estabelecerá na proporção de 50 unidades de meação, 20 unidades para cada filho e 10 unidades para a companheira a título de herança.

Essa alternativa prejudica a companheira sobrevivente que tem direito de receber o mesmo quinhão que os filhos comuns.

c) Atribuição de uma quota e meia para a companheira. A quota inteira advém da partilha com o filho comum, e a meia quota da divisão que se faz com o filho exclusivo do autor da herança. Exemplo: O falecido deixou 140 unidades de herança adquiridas durante a união estável de forma onerosa, a companheira, o filho comum e o filho exclusivo como herdeiros. A partilha se faz da seguinte forma: 70 unidades corresponderão a meação, cada filho receberá 20 unidades, e a companheira receberá 30 unidades da herança.

Essa solução prejudica os descendentes que tem direito a receber o dobro ou o mesmo quinhão hereditário, e no caso, a companheira receberá mais que os descendentes.

d) Divisão da herança em duas sub-heranças proporcionais a quantidade de descendentes de cada grupo, sendo então aplicado os incisos I e II do Artigo 1790. Exemplo: Falecido deixa 400 unidades de herança adquirida onerosamente durante a união estável, além de seis filhos comuns, quatro filhos exclusivos além

da companheira sobrevivente. Na divisão, 200 unidades é meação, quanto a partilha criam-se duas sub-heranças. 1º) 120 será dividido entre os filhos comuns e a convivente, onde cada filho e a companheira receberá aproximadamente 17,1 unidades; 2º) 80 serão divididos entre os filhos exclusivos e a convivente, onde os filhos exclusivos herdarão aproximadamente 17,6 unidades e a companheira herdará 8,8 unidades aproximadamente.

Esta última solução trata os filhos de forma desigual, pois os filhos comuns e os filhos exclusivos recebem a herança em montantes distintos.

Assim, não há uma solução matemática que não prejudique a nenhuma das partes. Apenas eventual modificação legislativa poderá sanar esse equívoco.

5.4.5 O direito da herança quando o falecido era casado

Antes da edição do Código Civil de 2002, a maioria da doutrina e jurisprudência entendia que no caso do falecido ser casado, mas separado de fato, que acabou constituindo uma nova família através da união estável, a sucessão era deferida para a companheira sobrevivente, pois era ela que convivia com o autor da herança no momento de sua morte, de forma que o matrimônio só subsistia formalmente em um papel.

Porém, o Código Civil vigente trouxe expressamente uma solução para esse caso nos seguintes moldes:

Artigo 1830 - Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente nem separados de fato há mais de 02 anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Este Artigo apresenta uma discussão de culpa que envolve um falecido, tornando tormentosa a prova desse elemento subjetivo. No entanto, como a norma está vigendo, extrai-se que se o falecido que contraiu união estável estava separado de fato há menos de dois anos, o direito de herança será conferido a cônjuge supérstite e não a companheira. Se a separação de fato ocorreu há mais de dois anos e o viúvo foi o culpado pela separação, quem herda os bens deixados pelo *de cujus* será a companheira, mas, se a culpa foi do falecido, a cônjuge herdará os bens do *de cujus* mesmo que a separação de fato tenha ocorrido há mais de dois anos.

A questão de prova de culpa em âmbito sucessório trará grandes problemas, pois não é possível discutir um relacionamento que envolve duas pessoas, quando uma delas já feneceu.

5.4.6 O direito de usufruto e o direito real de habitação

No tocante ao direito de usufruto decorrente da morte de um dos cônjuges ou companheiro, este, não mais subsiste de acordo com o Código Civil de 2002, uma vez que este instituto desapareceu da norma legal.

Com relação ao direito real de habitação, o cônjuge sobrevivente tem garantido esse direito no Artigo 1831 do Código Civil, que desta vez não subordina a nenhum regime de bens para que seja concedido.

Além de não estabelecer restrições quanto ao regime de bens, o direito real de habitação vigente é considerado vitalício, pois esse benefício só se extingue com

a morte do companheiro sobrevivente.

Entretanto os conviventes não foram contemplados com o mesmo direito, de forma que surgiu uma divergência doutrinária acerca da existência ou não do direito real de habitação após a edição do Código Civil brasileiro.

Ilustres doutrinadores como Sílvio Rodrigues (RODRIGUES *apud* VELOSO, 2003b, p. 411) alegam que o direito real de habitação continua existindo para os companheiros, isto porque o parágrafo único do Artigo 7º da lei 9.278/96 não é incompatível com o Código Civil de 2002. Porém, outros juristas como Francisco José Cahali (CAHALI *apud* VELOSO, 2003b, p. 413) alegam que o direito sucessório dos companheiros regulamentado pelas leis 8.971/94 e 9.278/96 foi revogado pelo Código Civil, porque ele disciplinou inteiramente a matéria sucessória.

Somente com o passar do tempo é que se poderá averiguar qual o posicionamento que será adotado pelos Tribunais, no entanto, para que se aplique uma igualdade pelo menos razoável entre os institutos familiares é necessário que os companheiros não tenham mais um direito banido de sua escassa regulamentação jurídica no plano sucessório.

5.4.7 Disposições testamentárias em benefício do companheiro

O Código Civil de 1916 proibia as disposições testamentárias conferidas a concubina. No entanto, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência diferenciou o concubinato da união estável, reconhecendo então os testamentos que beneficiam os companheiros.

Entretanto, o Código Civil vigente novamente traz a questão da culpa em suas disposições:

Artigo 1801 – Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

(...)

III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos.

Este Artigo é incongruente com o Artigo 1723, § 1º do próprio Código Civil que permite a configuração da união estável de pessoa casada, mas separada de fato.

Porém, como essa norma possui eficácia, ela é interpretada

o ç

--÷

bjbjýí

7, ŸŸ ŸŸ 'ó
ŸŸ ŸŸ

ŸŸ

ŸŸ

|

z | ìŸÁ 9

ð ÿ

þ

üy

-÷

üy

üy

8

4

bjbjýĩ

7, ŸŸ ŸŸ 'ó

ŸŸ

ŸŸ

ŸŸ

|

Þ

üy

üy

üy

8

4

z | to civil vigente.

Com a entrada em vigor do Código Civil surgiram grandes problemáticas que até já foram abordadas em alguns aspectos. Visando solucionar esses impasses surgiu o Projeto de Lei nº 6.960 de 2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza que, com relação aos direitos sucessórios dos companheiros traz diversas soluções como a retirada das restrições sobre a herança de forma que ela não fique limitada somente aos bens adquiridos onerosamente durante a constância da união estável, estipula que o companheiro só terá direito a herança quando não for meeira desse mesmo bem, retorna a companheira sobrevivente na 3^o posição na ordem de vocação hereditária, retira o tratamento desigual entre os filhos do *de cuius*, e contempla a convivente supérstite com o direito real de habitação nos mesmos moldes que o Código Civil de 1916 estipulava para os cônjuges.

Este projeto de lei, se aprovado e sancionado constituirá num progresso legal pois novamente assemelhará os direitos dos conviventes com os direitos dos cônjuges, no entanto sem equipara-los, tanto que o cônjuge figura como herdeiro necessário, situação essa que não se estende ao companheiro mesmo neste projeto de lei.

6 CONCLUSÃO

Atendendo os anseios da sociedade, a Constituição Federal de 1988 conferiu à união estável o status de entidade familiar, tornando-se o marco inicial para sua proteção jurídica.

Em busca da efetividade do preceito constitucional, foram elaboradas as leis nº 8.971/94 e 9.278/96 que disciplinaram os direitos inerentes a união estável.

Ressalte-se que com a promulgação da lei 9.278/96 houve a derrogação dos preceitos jurídicos constantes na lei 8.271/94, que eram com ele incompatíveis. Desta forma, os requisitos indispensáveis para a configuração da união estável

foram regulamentados pelo Artigo 1º da lei nº 9.278/96, que, por sua vez, foi reeditada no Código Civil vigente.

O exame desses requisitos, quais sejam, a inexistência de impedimentos matrimoniais, a diversidade de sexos, a unicidade de vínculos, a estabilidade e continuidade, a publicidade e a finalidade de constituição de família, é de extrema importância, pois a ausência de um desses elementos retira do relacionamento amoroso a proteção jurídica destinada à união estável.

Reconhecida a união estável, é conferido o direito sucessório ao companheiro sobrevivente na forma estabelecida na lei cogente.

O Artigo 2º da lei nº 8.971/94 estabelecia o direito de usufruto e o direito hereditário conferido ao companheiro supérstite, direitos esses que eram somados ao direito real de habitação regulamentado pelo Parágrafo Único do Artigo 7º da lei 9278/96.

Apesar desses artigos terem disciplinado o direito sucessório dos conviventes de forma análoga aos direitos conferidos aos cônjuges, a doutrina e a jurisprudência criticaram essas disposições alegando que eles conferiam, em tese, mais direitos do que aqueles conferidos aos cônjuges.

Adveio então o Código Civil de 2002 que, em único artigo regulamenta todo o direito sucessório dos companheiros representando um retrocesso aos direitos que haviam sido conquistados.

O direito de usufruto decorrente da morte de um dos cônjuges ou convivente desaparece do ordenamento jurídico, e o direito real de habitação infelizmente foi conferido apenas aos cônjuges.

No que tange ao direito hereditário, enquanto o cônjuge passa a figurar como herdeiro necessário, o companheiro, ao contrário, retroage na ordem de vocação hereditária, concorrendo com parentes de até quarto grau do *de cuius*.

Além desse grande absurdo jurídico, a participação do convivente na herança do falecido foi limitada aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Como se pode observar, o estatuto civil vigente retrocede no tocante ao direito sucessório dos companheiros, de forma que apenas uma alteração legal, como a aprovação do Projeto de lei nº 6960/02, possibilitará que o convivente volte a ter direitos assemelhados aos direitos conferidos aos cônjuges.

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Inventários e partilhas**: direito das sucessões: teoria e prática. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Leud, 2003. 682 p.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao código civil**: parte especial: do direito de família. Coordenação de Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19. 503 p.

_____. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 661 p.

BORGHI, Hélio. **Casamento e união estável**: Formação, eficácia e dissolução. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001a. 331 p.

_____. **União estável e casamento**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001b. 271 p.

BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. DF, 30 dez. 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 fev. 2004.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. DF, 13 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2004.

CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996. 223 p.

_____; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**: direito das sucessões. Coordenação de Everaldo Cambler. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.6. 525 p.

DAL COL, Helder Martinez. **A família à luz do concubinato e da união estável**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 168 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 18. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. 572 p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 630 p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil**: parte especial: do direito das sucessões. Coordenação de Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003 a. v. 20. 283 p.

_____. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2003 b. p. 415-443.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo código civil e**

legislação extravagante anotados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1759 p.

OLIVEIRA, Basílio de. **Concubinato:** novos rumos: direitos e deveres dos conviventes. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. 396 p.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável:** do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003. 318 p.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. 432 p.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 384 p.

PARIZATTO, João Roberto. **Os direitos e deveres dos concubinos.** 3. ed. rev. e atual. Ouro Fino: Edipa, 1999. 222 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIS, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 257-275.

VELOSO, Zeno. **Código civil comentado:** direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003a. v. 17. 237 p.

VELOSO, Zeno. Direito real de habitação na união estável. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no novo código civil.** São Paulo: Método, 2003b. p. 405-416.

_____. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 243-255.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro:** direito das sucessões. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 452 p.

ANEXOS

Lei nº 8971, de 29 de dezembro de 1994.

Regula os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 29 de dezembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO

LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996.

Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do caput deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art. 9º Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.
Brasília, 10 de maio de 1996; 175º da Independência e 108º da República.
FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

PROJETO DE LEI Nº 2686 DE 1996

Regulamenta o § 3º do art. 226 da Constituição, dispõe sobre o Estatuto da União Estável, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Capítulo I

DO CONCEITO

Art. 1º É reconhecida como união estável a convivência, por período superior a cinco anos, sob o mesmo teto, como se casados fossem, entre um homem e uma mulher, não impedidos de realizar matrimônio ou separados de direito ou de fato dos respectivos cônjuges.

Parágrafo único. O prazo previsto no caput deste artigo poderá ser reduzido a dois anos quando houver filho comum.

Capítulo II

DOS DIREITOS E DEVERES

Art. 2º Decorrem da união estável os seguintes direitos e deveres para ambos os companheiros, um em relação ao outro:

- I - lealdade;
- II - respeito e consideração;
- III - assistência moral e material.

Capítulo III

DO REGIME DE BENS

Seção I

Do Regime Legal

Art. 3º Salvo estipulação contrária, os bens móveis e imóveis adquiridos onerosamente por qualquer dos companheiros, na constância da união estável, regem-se pelas disposições sobre o regime da comunhão parcial de bens estabelecidas no Código Civil e leis posteriores, abrangendo direitos, deveres e responsabilidades.

Parágrafo único. As doações feitas por um dos companheiros serão computadas como adiantamentos da respectiva meação.

Seção II

Do Regime Convencional

Art. 4º As partes poderão, a qualquer tempo, reger as suas relações patrimoniais, de modo genérico ou específico, por escritura pública de atribuição de titularidade de bens e obrigações, devendo o respectivo instrumento ser registrado no registro de imóveis do seu domicílio e, se for o caso, averbado no respectivo ofício da circunscrição onde os imóveis forem localizados.

Parágrafo único. As disposições contidas na escritura só se aplicarão para o futuro, regendo-se os negócios jurídicos anteriormente realizados pelos companheiros segundo o disposto nesta Lei, sem prejuízo da liberdade das partes de dividirem os bens, de comum acordo, no momento da dissolução da entidade familiar.

Capítulo IV

DAS RELAÇÕES COM TERCEIROS

Art. 5º Nos instrumentos que vierem a firmar com terceiros, os companheiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade do bem objeto de negociação. Não o fazendo, ou sendo falsas as declarações, serão preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos, entre os companheiros, e aplicadas as sanções penais cabíveis.

Capítulo V

DOS ALIMENTOS

Art. 6º Dissolvida a união estável, o Juiz poderá, considerando o disposto no art. 2º e demais circunstâncias, determinar sejam prestados alimentos por um dos companheiros ao outro, que deles necessitar, nos termos da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto o credor não constituir nova entidade familiar de direito ou de fato.

Capítulo VI

DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Seção I

Do Usufruto e outros Direitos

Art. 7º Desde que vigente a união estável, no momento do falecimento, e ressalvados os eventuais direitos do cônjuge do de cujus, no caso de separação, o companheiro sobrevivente terá direito inafastável pela vontade das partes, enquanto não constituir nova união:

I - ao usufruto da quarta parte do patrimônio líquido do falecido, adquirido durante a vigência da união estável, se concorrer com os seus descendentes;

II - ao usufruto da metade do patrimônio líquido do falecido, adquirido durante a vigência da união estável, se concorrer com os seus ascendentes;

III - ao usufruto da totalidade dos bens adquiridos a qualquer título, durante a união estável, se o de cujus não tiver parentes em linha reta vivos;

IV - ao direito real de habitação ou ao direito de sucessão na locação do imóvel destinado à família no qual ambos os companheiros moravam, desde que respeitada a herança necessária dos parentes em linha reta.

Parágrafo único. No caso de existirem herdeiros legítimos do de cujus, se o companheiro sobrevivente tiver sido contemplado, em testamento, com bens de valor igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto, em virtude desta Lei, não lhe serão atribuídos os direitos assegurados pelo presente artigo, salvo se o testador determinar que sejam cumulados com a verba testamentária.

Seção II

Da Vocação Sucessória

Art. 8º Não havendo testamento, nem ascendentes nem descendentes vivos do de cujus defere-se a sucessão ao companheiro.

Capítulo VII

DA CONVERSÃO EM CASAMENTO

Art. 9º Os companheiros poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, desde que cabível, mediante petição ao Oficial do Registro Civil da circunscrição de seu domicílio, juntando os

bjbjýí

7, ŸŸ ŸŸ 'ó
ŸŸ ŸŸ

ŸŸ

ŸŸ

|

z | ìŸÁ 9

ð ÿ

þ

üy

-÷

üy

üy

8

4

(...)

“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, civilmente capazes, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e constitutiva de família.

§1º.....

§ 2º Aplica-se à união estável o regime da separação de bens nas hipóteses previstas no art. 1.641, incisos I e II;

§ 3º A produção de efeitos na união estável, inclusive quanto a direitos sucessórios, havendo litígio entre os interessados, dependerá da demonstração de sua existência em ação própria;

§ 4º Poderá ser homologada judicialmente a extinção consensual da união estável”.(NR)

“Art.1.725.....

§ 1º Não se comunicam os bens adquiridos com recursos obtidos anteriormente à constituição da união estável ”.

§ 2º Nos instrumentos que vierem a firmar com terceiros , os companheiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade do bem objeto de negociação. Não o fazendo, ou sendo falsas as declarações, serão preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos entre os companheiros e aplicando-se as sanções penais cabíveis. “ (NR)

“Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento de ambos os companheiros ao oficial do Registro Civil de seu domicílio, processo de habilitação com manifestação favorável do Ministério Público e respectivo assento ”.(NR)

“Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar e que não estejam separados de fato, constituem concubinato, aplicando-se a este, mediante comprovação da existência de sociedade de fato, as regras do contrato de sociedade.

Parágrafo único. As relações meramente afetivas e sexuais, entre o homem e a mulher, não geram efeitos patrimoniais, nem assistenciais”.(NR)

VI - militares em serviço ”.(NR)

(...)

“Art.1.768.....

.....

II - pelo cônjuge, companheiro ou por qualquer parente;

.....”.(NR)

(...)

“Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do

que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.(NR)

(...)

Brasília...