

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DIREITO SUCESSÓRIO DOS CONVIVENTES NA UNIÃO  
ESTÁVEL**

Raquel Cardoso da Silva

Presidente Prudente/ SP  
2004

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DIREITO SUCESSÓRIO DOS CONVIVENTES NA UNIÃO  
ESTÁVEL**

Raquel Cardoso da Silva

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

## O DIREITO SUCESSÓRIO DOS CONVIVENTES 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

---

Wagner da Cunha Garcia  
2º Examinador

Presidente Prudente, 02 de dezembro de 2004

*Mas eu confio em ti, ó Senhor;  
E digo: Tu és o meu Deus.  
Os meus dias estão nas Tuas mãos.  
Salmos 31.15-14*

*“Não tenho palavras  
Pra agradecer Tua bondade  
Dia após dia me cercas  
Com fidelidade  
Nunca me deixes esquecer  
Que tudo o que tenho  
tudo o que sou, e o que vier a ser  
Vem de Ti, Senhor  
Dependo de Ti, preciso de Ti  
Sozinho nada posso fazer  
Descanso em Ti, Espero em Ti  
Sozinho nada posso fazer  
Nunca me deixes esquecer  
Que tudo o que tenho,  
Tudo o que sou, e o que vier a ser  
Vem de Ti, Senhor  
Tudo o que tenho,  
Tudo o que sou, e o que vier a ser  
Entrego a Ti, Senhor”*

*Ana Paula Valadão Bessa*

## AGRADECIMENTOS

A **Deus**, em primeiro lugar, pois me proporcionou sustento espiritual, material e sabedoria e por sempre estar presente em minha vida, guiando os meus caminhos.

Aos meus pais **Daniel** e **Ida** e meu irmão **Rafael**, que sempre estiveram presentes em todas as etapas da minha vida e que nunca pouparam esforços para que eu chegasse à minha vitória.

A eles, o meu eterno amor.

Ao meu namorado **Erickson**, por todo carinho, incentivo e apoio. Estando sempre ao meu lado para que eu não desistisse nos momentos de dificuldade e desânimo.

Ao meu orientador e amigo **Dr. Francisco Tadeu Pelim** por sua atenção e disposição em sempre me ajudar. Agradeço pelos ensinamentos, auxílio e estímulo que contribuíram para formação deste trabalho.

Ao Dr. **Pedro Anderson da Silva** e ao meu amigo **Wagner da Cunha Garcia** por terem aceitado prontamente o convite para compor a minha banca examinadora.

**A todos vocês, a minha gratidão.**

**Raquel**

## RESUMO

No presente trabalho, a autora discute sobre a união estável no tocante ao direito sucessório, dando enfoque às mudanças trazidas pelo novo Código Civil Brasileiro.

Para tanto, foi utilizado como método de análise, a pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislação comparada.

O estudo visou estabelecer o conceito, os requisitos necessários, bem como, os direitos e deveres dos conviventes decorrentes da união estável.

Procurou também a autora, analisar a evolução histórica do concubinato, comparando-o com o direito aplicado em países latino-americanos, bem como a evolução da união estável nas leis brasileiras.

O Código Civil de 1.916, pouco tratava a respeito e sendo uma realidade social, que necessitava de proteção, pouco a pouco, foi havendo reconhecimento e amparo, até que a Constituição Federal de 1988, no § 3º, do art. 226, reconheceu a união estável como entidade familiar merecedora de proteção do Estado.

Os direitos sucessórios entre conviventes, surgiram com as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. A primeira garantiu direitos sucessórios como usufruto, herança e meação. A segunda lei, regulamentou a norma constitucional (§ 3º, art. 226), e trouxe o instituto do direito real de habitação (art 7º, parágrafo único).

O Novo Código Civil trouxe inovações substanciais no plano sucessório dos conviventes, constatou-se alguns avanços e retrocessos, sendo este alvo de muitas críticas, como por exemplo, a discrepância entre cônjuge e convivente e a exclusão de direitos anteriormente conquistados.

Desta forma, hoje, se encontra complexa a situação jurídica dos conviventes em relação aos direitos sucessórios na união estável.

## ABSTRACT

In the present work, the authoress discusses about the stable union concerning the sucessioner right, giving focus to the changes brought by the new Brazilian Civil Code.

For this, it was used as analysis method, the doutrinary and jurisprudencial research and compared legislation.

The study sought to establish the concept, the necessary requirements, as well as, the rights and duties of the accompainer passed away from the stable union.

The authoress also sought to analyze the historical evolution of the concubinate, comparing it with the right applied at Latin-American countries, as well as the evolution of the stable union in the Brazilian laws.

The Civil Code of 1.916, treated it not so much, and being a social reality, that needed protection, little by little, it was being recognized and helped, until the Federal Constitution of 1988, in § 3rd, of the art. 226, recognized the stable union as family entity worthy of protection of the State.

The sucessioner right among accompainer, appeared with the Laws no. 8.971/94 and 9.278/96. The first one guaranteed sucessioner rights as usufruct, inheritance and half. The second law, regulated the constitutional norm (§ 3rd, art. 226), and it brought the institute of the right real of habitation (art 7th only §).

The New Civil Code brought substantial innovations in the sucessioner plan of the accompainer, and it was verified some progresses and setbacks, being this purpose of a lot of critics, like for example, the discrepancy between spouse and accompainer and the exclusion of rights previously conquered.

So, nowadays, the juridical situation of the accompainers is complex in relation to the sucessioner rights in the stable union.

Words: Stable union – sucessioner right - New Civil Code

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1. EVOLUÇÃO HISTÓRIA DA UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	<b>12</b>
1.1 Direito Romano.....	12
1.2 Posição da Igreja Católica.....	13
<b>2. DIREITO COMPARADO LATINO-AMERICANO.....</b>	<b>14</b>
2.1 Venezuela.....	14
2.3 Bolívia.....	14
2.3 Guatemala.....	15
2.4 Panamá.....	15
2.5 Cuba.....	16
2.6 México.....	16
2.7 Paraguai.....	17
2.8 Colômbia.....	18
2.9 Considerações finais.....	18
<b>3. UNIÃO ESTÁVEL: CONCEITO E REQUISITOS.....</b>	<b>20</b>
3.1 Conceito.....	20
3.2 Distinção entre Concubinato e União Estável.....	21
3.3 Requisitos para configuração da União Estável .....	22
3.3.1 Convivência.....	22
3.3.2 Unicidade de vínculo e fidelidade Recíproca.....	23
3.3.3 Estabilidade.....	24
3.3.4 Continuidade.....	24
3.3.5 Publicidade.....	25
3.3.6 Objetivo de constituição de família.....	25
3.3.7 Ausência de formalismo.....	25
3.3.8 Diversidade de sexos.....	26
3.3.9 Inexistência de impedimentos matrimoniais.....	26

<b>4. UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>28</b>
4.1 Decreto nº 181 de 1.890.....	28
4.2 Previdência Social.....	28
4.3 Código Civil de 1.916.....	30
4.4 Constituição Federal de 1.988.....	30
4.5 Leis Especiais.....	32
<b>5. DIREITOS E DEVERES DOS CONVIVENTES NA UNIÃO ESTÁVEL....</b>	<b>33</b>
5.1 Respeito e consideração mútua.....	34
5.2 Assistência moral e material recíproca.....	34
5.3 Guarda, sustento e educação dos filhos comuns.....	35
5.4 Aquisição patrimonial e administração dos bens comuns.....	36
<b>6. DIREITO SUCESSÓRIO NAS LEIS DA UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	<b>37</b>
6.1 Considerações iniciais.....	37
6.2 Usufruto.....	39
6.3 Herança.....	41
6.4 Meação.....	44
6.5 Direito Real de Habitação.....	46
<b>7. DIREITO SUCESSÓRIO NO NOVO CÓDIGO CIVIL.....</b>	<b>48</b>
7.1 Considerações sobre o novo Código Civil, lei 10.406/2002.....	48
7.2 Regime de Bens.....	50
7.3 Meação.....	51
7.4 Herança.....	52
7.5 Companheiro casado e separado de fato.....	60
7.6 Sucessão por testamento.....	61
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>65</b>

## INTRODUÇÃO

A pesquisa enfocou o estudo da união estável, reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como entidade familiar e merecedora da proteção do Estado, e o estudo dos direitos sucessórios conferidos aos conviventes na união estável.

A importância do tema escolhido encontra-se nas mudanças que o direito sucessório dos conviventes sofreu nestes últimos anos, primeiramente não havia regulamentação a respeito, mas pouco a pouco a legislação e a jurisprudência trouxeram soluções jurídicas às situações fáticas. Com as leis da união estável, leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, houve regulamentação expressa do direito sucessório entre conviventes igualando-os aos direitos sucessórios do cônjuge.

Por fim o novo Código Civil (Lei nº. 10.406/02) inova profundamente a matéria relativa à sucessão do cônjuge e do companheiro.

O novo Código, melhorou muito a situação sucessória do cônjuge, mas para o convivente estabeleceu tratamento distinto. Não havia razão para diferenciar cônjuge e o convivente no trato da matéria sucessória, pois a igualdade já tinha sido alcançada anteriormente. Ademais, também é criticável o fato de o legislador ter regulado a sucessão do companheiro no capítulo das disposições gerais da sucessão em geral (Capítulo I do Título I do Livro V da Parte Especial), enquanto que a sucessão do cônjuge é corretamente tratada no capítulo da ordem de vocação hereditária, que se coloca no âmbito da sucessão legítima (Capítulo I do Título II).

O objetivo geral deste trabalho foi estudar a união estável em toda a sua evolução histórica e social, de acordo com as leis que iniciaram sua regulamentação. Objetivou-se também estudar o conceito e os requisitos para configuração da união estável e os direitos e deveres conferidos aos conviventes, bem como, tratar das leis que introduziram o direito sucessório entre companheiros.

O objetivo específico do trabalho foi demonstrar quais foram às mudanças que o novo Código Civil instituiu ao direito sucessório dos

conviventes, quais os benefícios trazidos para os conviventes e quais os conflitos que surgiram na interpretação da lei.

O estudo do tema em questão resultou de material doutrinário, citações e jurisprudências e periódicos especializados.

Utilizou-se os métodos histórico, teórico e comparativo, sendo de extrema importância a análise doutrinária nas suas adversidades.

# 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL

## 1.1 Direito Romano

A união de pessoas de sexo diferente, fora do matrimônio, é antiga, sempre caminhou paralelamente à família constituída pelo casamento. São as denominadas “uniões livres” ou “extra-matrimoniais”.

No Direito Romano, o matrimônio consistia em dois elementos distintos: o primeiro elemento, chamado objetivo, era convivência duradoura entre o homem e mulher; o segundo elemento, chamado subjetivo, era a afeição marital, isto é a intenção dos cônjuges de considerarem-se marido e mulher (*affectio maritalis et uxoris*), elemento de ordem espiritual, indispensável para própria existência do casamento, consistindo na comunhão assistencial, enquanto durasse a comunhão de vida.

Ao lado do casamento legítimo, existiam outras formas de união, constitutivas de família; a dos escravos, a dos peregrinos e a dos concubinos, que se uniam livremente, passando a conviver, mas sem o chamado *consensus nuptialis*.

Não era proibido, nem reprovado pela sociedade, mas representava uma forma de união inferior ao casamento, sem efeitos jurídicos, por serem tais relações desprovidas de formalidades.

O concubinato, neste período não produzia efeitos no âmbito do direito. A legislação matrimonial do Imperador Augusto, criou impedimentos de natureza social para o casamento, como proibição de casamento com pessoa de classe social inferior, com isso, o concubinato ficou comum entre pessoas de classes sociais diferentes, que estavam proibidas de se casarem. A história registra que até mesmo imperadores se utilizaram desta forma de convivência.

Após a era do Imperador Augusto, o concubinato continuou a existir, o Imperador Constantino promulgou um edito em 326 d.C que tornou a situação das concubinas e de seus filhos ainda piores, com sanções, tentando incentivar os concubinos a contraírem o matrimônio. Os imperadores cristãos que sucederam, consideravam o concubinato imoral e por volta de 886 d.C o imperador Leão o sábio, o aboliu.

Os filhos provindos da união extra-matrimonial eram considerados sem a figura paterna, porém, estavam ligados ao pai por um vínculo natural, e foram tidos como filhos naturais, reconhecendo direitos a alimentos e sucessão.

Somente na época do Imperador Justiniano, o concubinato foi considerado instituto jurídico, permitindo que ele existisse com os mesmos requisitos exigidos nas núpcias, a única distinção entre ambos era o *affectio maritalis*. Justiniano não considerava o concubinato contrário aos bons costumes, mas um casamento de categoria inferior.

## 1.2 Posição da Igreja Católica

Para a Igreja Católica, o concubinato foi considerado imoral. O Imperador Constantino procurando incentivar os concubinos a contraírem o matrimônio, aplicou sanções, e ainda para limitar o número de concubinatos, proibiu que um homem tivesse mais de uma concubina e se fosse casado, não poderia ter nenhuma.

O concubinato foi tolerado pela Igreja Católica nos primeiros séculos do Cristianismo, por ser considerado como um casamento nos moldes do direito natural, porém, o maior problema enfrentado pela igreja era o dos próprios reis cristãos, que davam-se a prática concubinária e impediam a represália contra estas uniões.

O concubinato foi combatido principalmente por Santo Agostinho e Santo Ambrósio e acentuou-se a reprovação nos Concílios de Toledo, em 400 d.C, da Basílica, em 431 d.C, de Latrão, em 1516 e de Trento, em 1563.

O Concílio de Toledo, admitia o concubinato desde que fosse uma união monogâmica, de caráter perpétuo e que o homem não fosse casado, daí originou-se os elementos singularidade e permanência.

O Concílio de Trento, proibiu o casamento presumido, sem a celebração formal (cerimônia pública, presença do pároco e duas testemunhas), condenando assim o concubinato. Foram estabelecidas penalidades severas contra os concubinos, se após três advertências, não tivessem terminado o relacionamento, seriam excomungados e seriam considerados hereges.

## **2. DIREITO COMPARADO LATINO-AMERICANO**

### **2.1 Venezuela**

O Código Civil da Venezuela, de 1942, estabelece comunhão patrimonial entre os concubinos, quando a mulher demonstrar que contribuiu com seu trabalho, para formação ou aumento do patrimônio do casal, este patrimônio deve formar-se ou aumentar-se durante a convivência. A Doutrina e Jurisprudência Venezuelana têm entendido que a contribuição da mulher necessita ser efetiva, pois se o trabalho não resultou em nenhum aumento do patrimônio, a mulher não tem direito algum, se houve uma contribuição efetiva, tem direito à metade do patrimônio obtido.

### **2.2 Bolívia**

O direito Boliviano relutou em elevar o concubinato à categoria de instituição jurídica, porém, o fenômeno aumentava a cada dia, e foi necessário criar normas que o regulassem.

O Anteprojeto de Código Civil Boliviano trata a matéria nos artigos 256 ao 269. O primeiro dispositivo apontado, regula o concubinato como, vida marital entre homem e mulher, sem estarem casados, mas com caráter de instituição jurídica, dando origem a obrigações naturais, desde que de acordo, com as seguintes condições: que a vida em comum seja notória e pública, que tenha um tempo considerável, que os concubinos tenham capacidade legal para contrair matrimônio, que a mulher seja honesta, e se houver filhos, que se encontrem na posse de tal estado, ainda que não reconhecidos.

O art. 257 do anteprojeto obriga os concubinos a reconhecerem os filhos que nascerem seis meses após essa convivência e os nascidos nos dez meses seguintes à cessação da vida em comum. E o art. 258 traz que os concubinos e seus descendentes, terão os mesmos direitos de assistência e hereditários, que o cônjuge e filhos do casamento possuem. Também era vedado à concubina novo casamento, antes de dez meses da morte do concubino ou da separação.

Hoje por sua vez, o Código da Família da Bolívia, de 1972, regula as uniões livres e de fato, podendo ser aplicadas a essas uniões, normas que regulam os efeitos decorrentes do casamento, desde que compatíveis. Esse Código estabelece que são deveres recíprocos dos concubinos, a assistência, a fidelidade e a cooperação (art. 161); que são bens comuns do casal, dividindo-se por igual entre eles, os adquiridos pelo trabalho pessoal e esforço comum (art 162); e aqueles bens que se encontram afetados à satisfação e manutenção de necessidade dos filhos e concubinos. (art. 163).

Terminando a união por morte de um dos concubinos (art. 168), o sobrevivente tem direito à metade dos bens comuns e a outra metade é dívida entre os filhos, se houver, não havendo filhos, aplica-se às regras sucessórias do Código Civil da Bolívia.

### **2.3 Guatemala**

O Código Civil da Guatemala, de 1963, estabelece uma exigência formal para a constituição do concubinato. Para o concubinato produzir efeitos é necessário que os concubinos declarem oficialmente a existência da união de fato. Há equiparação total quanto aos efeitos da união de fato registrada com o casamento regularmente celebrado.

Se ambos os concubinos não declararem a existência da união de fato, por um ter falecido ou por existir oposição de um deles, o interessado pode requerer o reconhecimento judicial da união. O Juiz de Direito, em sentença, declara a existência do concubinato.

Os concubinos herdam, não havendo testamento, da mesma maneira que herdam os cônjuges.

É considerada ilícita a união de fato com quem já tenha registrado o concubinato com outra pessoa. E para um concubino casar-se com outra pessoa, é indispensável que tenha cessado a convivência, e já tenha sido feita a partilha dos bens comuns. Porém, os concubinos, podem a qualquer tempo casar-se entre si.

### **2.4 Panamá**

A Constituição Federal do Panamá, de 1946, regula o concubinato como união de fato entre duas pessoas capazes de contrair matrimônio, mantido por dez anos consecutivos, em condições de singularidade e estabilidade, tendo todos os efeitos do matrimônio civil. Para tanto, é necessário que as partes interessadas solicitem conjuntamente ao Registro Civil, a inscrição do matrimônio de fato.

## **2.5 Cuba**

A união concubinária, segundo a Constituição Cubana, de 1940, não produz efeitos matrimoniais, até que seja declarada por um Tribunal, depois de comprovados os requisitos legais: capacidade para se casarem, estabilidade e singularidade.

O Código de Família, de 1975, regula o concubinato como um “matrimônio não formalizado” e exigindo o registro. É necessário a união de fato entre homem e mulher, com os requisitos acima mencionados e o reconhecimento da união por um Tribunal, deste modo, surtirá todos os efeitos do casamento legal.

O Código da família prevê ainda, que se a união de fato não for singular, por ser um dos concubinos casado, esta terá efeitos legais em favor do que a contraiu de boa-fé e dos filhos da convivência.

## **2.6 México**

O Código Civil mexicano, de 1928, inclui a concubina na ordem da vocação hereditária, tendo direito a herdar, por sucessão legítima, os descendentes, o cônjuge, os ascendentes, os colaterais até o quarto grau e em certos casos a concubina.

Para que a concubina tenha direito à sucessão é necessário que tenha vivido como se fosse casada, imediatamente antes da morte do companheiro, e durante cinco anos, ou que com ele tenha tido filhos, durante o concubinato. Todavia se ao morrer, o falecido, tinha várias concubinas, nenhuma delas terá direito sucessório.

O Estado mexicano de Hidalgo, possui um Código Familiar avançado em relação ao Código Mexicano. Este Código familiar estabelece os requisitos para que o concubinato seja equiparado ao casamento civil e tenha os mesmos efeitos: união entre homem e mulher, livres de matrimônio, que durante cinco anos, levam vida em comum como se estivessem casados e de maneira pacífica, pública, contínua e permanente e com obrigação de prestar alimentos mutuamente. Além disso, é necessário que os concubinos requeiram o registro de sua união no livro dos matrimônios, escolhendo um regime de bens (comunhão, separação ou misto).

O concubinato no México é um grave problema social, pois a maioria das famílias mexicanas, nasce no concubinato, que possui precária proteção do Estado.

## **2.7 Paraguai**

O Ante-projeto de Código Civil do Paraguai de 1964, editado em 1986, confere efeitos jurídicos a união de fato entre homem e mulher que não tenham impedimentos para contrair matrimônio, e tenham por fim viverem juntos sobre o mesmo teto, procriando, alimentando e educando os filhos e prestando auxílio mutuamente, mantendo a convivência pública, como se fossem marido e mulher.

Para que os concubinos tenham os benefícios jurídicos, também é necessário inscrever a união perante juiz de Direito. A união concubinária cessará em seus efeitos por vontade de qualquer um dos concubinos, expedindo notificação comunicando ao outro e dando origem a direitos e deveres como: partilha dos bens adquiridos na constância da união e pensão alimentícia ao concubino ou concubina, que estiver incapacitado, física ou mentalmente.

A obrigação de pensão alimentícia cessa se o alimentando contrair casamento ou nova união de fato ou por má conduta da mulher. Os concubinos ficam proibidos de alienar bens comuns ou gravá-los antes da partilha, sob pena de nulidade.

A União concubinária, independe de prazo de duração para tornar-se sociedade de fato, mas é necessário que os concubinos tenham idade para contrair matrimônio e que não existam impedimentos para o matrimônio.

## **2.8 Colômbia**

A Colômbia não regulou o concubinato devido a forte influência da Igreja Católica. O concubinato foi capitulado como crime, o delito era definido como união de homem e mulher que viviam na mesma casa, sem estarem casados entre si e de forma pública e escandalosa.

Apenas em 1978, um projeto de lei, admite que o concubinato produza efeitos como sociedade patrimonial, se os concubinos convivem a pelo menos dois anos.

O patrimônio dos concubinos será constituído de bens, que qualquer deles houver adquirido na constância da união e cada um terá direito a 50% do patrimônio líquido comum. Essa sociedade patrimonial dissolve-se com o término do concubinato, por morte de um ou qualquer outro motivo.

Este projeto de lei, entretanto, não protegia os interesses da concubina que não possuía os requisitos para a sociedade de fato (afeição de sócios, fins patrimoniais, contribuição real e efetiva, participação em lucros e perdas) o que ocorria quando esta se dedicava ao trabalho do lar e não exercia atividade laborativa para contribuir com os gastos do lar. Esta falta de proteção é considerada injusta e injurídica, dado o imenso número de concubinatos existentes no País.

## **2.9 Considerações finais**

A convivência livre, nasce espontaneamente na sociedade, e merece proteção do Estado, por ser um modo de constituição familiar. E mesmo ante as censuras ao concubinato, foi-se descobrindo que era melhor regulamentá-lo do que combatê-lo.

Os problemas decorrentes da união livre eram resolvidos somente por meio da jurisprudência, que já reconhecia o concubinato. Os países começaram a sustentar a criação de normas legislativas para solucionar as

situações criadas no dia-a-dia da sociedade, e não apenas resolve-las por meio da jurisprudência.

Além, disso, a regulamentação do concubinato se fazia importante para a proteção da mulher, que viveu em concubinato, por vários anos e ante a ruptura da união, se encontrava desamparada.

Assim para se proteger a família, muitos países equiparam o concubinato ao casamento, embora vejam o casamento como certo e o concubinato como indevido. Porém como a união livre nasce na sociedade, não cabe ao direito condená-la. Destarte, a regulamentação concubinária deve existir, para que haja responsabilidade entres os concubinos, estipulando-se direitos e deveres entre ambos, bem como com relação aos eventuais frutos desta união.

### 3. UNIÃO ESTÁVEL: CONCEITO E REQUISITOS

#### 3.1 Conceito

A palavra *concubinato* descende do vocábulo latino *concubinatus, us* e significava mancebia, amasiamento, cujo sentido é dormir com outra pessoa, ter relação carnal.

Esse vocábulo *concubinatus* tem dois sentidos: o lato, que significa toda união sexual livre e o estrito que é a união duradoura, formando uma sociedade doméstica na qual encontra-se a lealdade concubinária e o ânimo societário, *affectio societatis*.

O sentido amplo do termo concubinato abrange relacionamentos reprováveis, onde existe a quebra do dever de fidelidade, quando por exemplo, um dos conviventes é casado e mantém vida concubinária simultânea.

O conceito de concubinato na significação estrita da palavra seria o casamento de fato, na qual possui a proteção, em vários aspectos, da Constituição Federal, da lei e da Jurisprudência.

O casamento de fato se dá quando os conviventes vivem como se fossem casados, não o sendo, nos termos do casamento legislado (civil ou religioso com efeitos civis).

Álvaro Vilassa (2002, p.111) conceitua o casamento de fato como:

União do homem e da mulher, que se mostra como um acontecimento social, espontâneo, criando uma família, que reclama uma proteção da ciência do Direito, por não ter surgido segundo as normas legais do casamento, mas com todas as condições de regularizar-se.

Esta convivência é chamada de posse do estado de casado, sendo representada pelo exercício de fato da coabitação entre duas pessoas de sexos diferentes, pois vivem publicamente como marido e mulher, em aparência de estarem casados, e geralmente são assim considerados pela sociedade.

Esta união possui alguns requisitos importantes como residência dos concubinos sob o mesmo teto, durante lapso de tempo prolongado, propósito de vida comum, fidelidade recíproca, inexistência de impedimentos

matrimoniais, a notoriedade da união, e a responsabilidade de provisão do lar pelos concubinos, cuidando de eventual prole.

A Lei nº 8.971 de 1994, conceitua no seu art. 1º, a união estável com a convivência entre homem e mulher, não impedidos de casarem-se ou separados judicialmente, por mais de cinco anos, ou tendo filhos; enquanto não constituírem nova união.

A lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996, reconhece em seu art. 1º a união estável ou concubinária pura, como a convivência duradoura e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

O conceito de união estável no novo código Civil, de acordo com o art. 1.723, é o mesmo constante no art. 1º, da Lei nº 9.278/96, isto é, convivência entre homem e mulher, não incluindo união homossexual. A união estável é também a convivência pública, contínua e duradoura, não fixando prazo como na Lei nº 8.971/94 para existir ou terminar, e por fim, com o intuito de constituição de família.

### **3.2 Distinção entre Concubinato e União Estável**

A expressão concubinato traz em si um preconceito. A palavra *concupina* na cultura ocidental, tem significado depreciativo e só é usada para mulheres, pois ninguém fala em concubino. Historicamente a concubina seria aquela mulher com quem o cônjuge adúltero tem encontros periódicos fora do lar, assim, hoje tem se evitado a palavra concubina, por motivos de ordem social.

Com a mudança dos costumes, a valorização da mulher, o declínio do patriarcalismo e como o concubinato tem sentido de relação com menos valor moral, este termo foi substituído pela União estável.

A Constituição da República de 1988, no artigo 226 utiliza a expressão “união estável” em substituição a “concubinato”. Com a evolução do pensamento doutrinário, podemos dizer que o concubinato não-adulterino é a união estável (também chamado concubinato puro) e o adulterino continua sendo o concubinato propriamente dito (concubinato impuro). O Novo Código Civil, no artigo 1727 traz essa distinção: “As relações não eventuais entre o

homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Tal dispositivo quis diferenciar a união estável do concubinato.

Assim, existem duas espécies de concubinato: o puro e o impuro.

Considera-se concubinato puro quando ele se apresenta como união duradoura entre homem e mulher, constituindo-se família de fato, mas sem casamento. A Constituição Federal de 1988 chamou o concubinato puro de união estável, como já foi dito.

Considera-se concubinato impuro, se for adúlterino, incestuoso ou desleal, como por exemplo o de um homem casado ou que mantenha paralelamente duas famílias de fato.

Hoje utiliza-se a palavra *companheiros* ou *conviventes* quando se trata de união estável e *concubinos* quando se refere à união impura.

A distinção entre concubinato e união estável faz-se necessária para aplicação das medidas jurídicas e para manter a coerência com o princípio ordenador da monogamia. A união estável tem regulamentação legal e proteção do estado, já o concubinato impuro não merece apoio dos órgãos públicos e nem da sociedade.

No Concubinato puro, os conviventes têm o direito-dever de colaboração e lealdade. A colaboração refere-se a todo esforço material e pessoal para o sustento do lar e a lealdade refere-se à fidelidade recíproca, os conviventes não mantêm vida liberal e contatos íntimos com outras pessoas.

### **3.3 Requisitos para configuração da União Estável**

#### **3.3.1 Convivência**

Conviver significa manter vida em comum. A união estabelecida por pessoas interessadas em realizar um projeto de vida a dois, também se amolda ao conceito de companhia, viverem os companheiros sob o mesmo teto.

Em maior extensão a convivência seria uso da mesma cama e mesa, em vista da coabitação. Da convivência vem o adjetivo *conviventes* ou *companheiros*, adotado pela legislação (Leis nºs 8.971/94 e 8.278/96 e art.

1.724 do NCC), para designar tanto o homem como a mulher nessa espécie de família de fato.

O texto legal faz menção à convivência como requisito primeiro da união estável, mas não acrescenta o dever de coabitação dos conviventes, ou vida em comum no mesmo domicílio, que é um dos deveres do casamento (Art. 1.566 do NCC).

De acordo com o entendimento do ilustre Ricardo Fiúza (2004), o elemento *more uxorio*, revela convivência denotadora da aparência de casamento, sem implicar, contudo, necessidade de união sob o mesmo teto. A fórmula *more uxório*, exprime a vida em comum de um homem e de uma mulher em estado de casados, sem que o sejam legalmente, o dever de coabitação, trata-se unicamente de dever conjugal.

No entanto, há entendimento que a comunhão de vida fundada em sentimentos nobres como afeto, amor, ternura, respeito, dentre outros, com o fim de manutenção da família, exige a vida em comum, no mesmo domicílio, abrangendo a manutenção de relações sexuais entre ambos.

A Lei 9.278/96 não inclui no art. 2º, o dever de coabitação, porém, tal dever encontra-se implícito como direitos e deveres dos conviventes, pois, se não houvesse o dever de coabitação, não seria necessário à proteção da residência da família, através do direito real de habitação e também não seria possível à concessão da medida cautelar de separação de corpos entre os companheiros. A jurisprudência, antes da Lei acima citada, já vinha concedendo a separação de corpos aos companheiros, quando por exemplo, a companheira ou os filhos sofriam maus tratos. Além disso, o abandono do lar e a recusa injustificada da manutenção do relacionamento sexual normal, acarretam conseqüências, como a dissolução da união estável.

### **3.3.2 Unicidade de vínculo e fidelidade Recíproca**

Exige-se na união estável que o vínculo entre os companheiros seja único, tendo caráter monogâmico, pois o reconhecimento de uma segunda união paralela como entidade familiar constituiria poligamia.

Deste modo não é possível união com pessoa casada, salvo estando separada de fato ou judicialmente, nem uniões desleais, onde a pessoa já viva

em união estável e mantenha outra simultaneamente. Não se trata de união meramente transitória e ofensiva à moral e aos bons costumes.

Desta maneira deve haver fidelidade recíproca, o homem e mulher devem ser leais, pois a quebra do dever de fidelidade revelaria a inexistência de comunhão de vida.

Desse modo os conviventes não possuem vida liberal, com relações íntimas com outras pessoas. A união deve ser respeitada reciprocamente sendo indispensável para solidificação dos laços familiares.

### **3.3.3 Estabilidade**

O adjetivo *estável* traduz uma idéia de que a união seja duradoura, sólida e com certa permanência no tempo. Este requisito é o que a distingue do casamento, pois a união conjugal gera efeitos de imediato, não sendo necessário à permanência no tempo. O mesmo não ocorre na união informal, pois é necessário um lapso de tempo para que produza efeitos.

Um exemplo a se considerar é a hipótese do falecimento do cônjuge no dia seguinte ao casamento. Para o cônjuge sobrevivente, está garantido o direito sucessório, conforme a ordem da vocação hereditária. Para o convivente, a união não chega nem à se consolidar pela prematura morte de uma das partes.

Não se exige mais um tempo mínimo de convivência, mas o tempo necessário para a verificação da estabilidade da união, cabendo ao magistrado resolver caso a caso, pelo exame conjunto dos elementos caracterizadores da união estável.

### **3.3.4 Continuidade**

Além da estabilidade, é necessário que a união seja contínua, sem afastamentos temporários. É o caráter contínuo que atesta a solidez. Os lapsos temporais podem tornar a relação instável e desnaturar sua configuração jurídica.

Não é qualquer separação que desnatura a união, pois desavenças podem ocorrer em qualquer espécie de união, mas o rompimento sério,

perdurando por algum tempo, poderá desconstituir a união. Cabendo igualmente ao juiz, em casos de conflitos, decidir de acordo com as circunstâncias de cada caso.

### **3.3.5 Publicidade**

Ainda que a união estável seja iniciada sem solenidades, é necessário o conhecimento no meio familiar e social dessa união, ou seja, os companheiros devem viver socialmente como se fossem marido e mulher, e o comportamento dos conviventes deve ser apreciado nesse enfoque, como se fossem casados, mesmo que se saiba que a união é informal.

### **3.3.6 Objetivo de constituição de família**

A união estável exige o elemento intencional, consistente no propósito de formação familiar. Os indícios deste propósito são: existência de filhos, apresentação dos companheiros em público como se fossem casados, afeição recíproca, freqüência conjunta a eventos sociais e familiares, mútua dependência econômica, comunhão de vida e interesses.

Dessa forma deve estar presente o requisito subjetivo, consistente no comportamento dos conviventes, demonstrando a união *more uxorio*, que é a intenção dos partícipes em manter convivência com aparência de casados.

### **3.3.7 Ausência de formalismo**

A união estável é livre na sua formação, independe de qualquer formalidade, bastando o fato de homem e mulher optarem por estabelecer vida em comum e iniciarem a convivência, como se fossem casados.

Por ser informal, a constituição e dissolução da união estável se mostra mais fácil do que o casamento, pois sua constituição e dissolução efetuam-se por mero consenso dos interessados, diferentemente do que ocorre no casamento, que exige intervenção judicial para dissolução. Porém essa vantagem aparente encontra limitação quanto à prova da constituição da união, como bem o diz Euclides de Oliveira (2003, p. 125)

Essa aparente vantagem, no entanto, cede passo à dificuldade de prova que lhe é inerente, por falta de documento constitutivo da união estável. Assim, havendo litígio entre as partes no momento da dissolução, será exigido que se demonstre a efetiva convivência entre as partes, com delimitação temporal que lhe dê as características de ente familiar, a fim de que sejam reconhecidos os direitos patrimoniais e outros efeitos jurídicos dela decorrentes.

Assim, torna-se recomendável, embora não exigível, que a união seja formalizada por meio de um contrato de convivência entre as partes. Poderá também as partes solenizar o ato de união, com reunião de familiares para comemorar o evento, troca de alianças, em festa semelhante às bodas oficiais, sendo o fato assim documentado e mesmo fotografado, o que facilitará a prova do início da união e o intuito de constituir família.

### **3.3.8 Diversidade de sexos**

A união estável somente tem reconhecimento constitucional e legal quando decorrente de relacionamento entre homem e mulher, como disposto na Constituição Federal de 1988, artigo 226, § 3º.

Por força do dispositivo legal, não se enquadra no modelo de união estável a união entre pessoas do mesmo sexo, chamada união homossexual.

### **3.3.9 Inexistência de impedimentos matrimoniais**

A união estável não será possível se houver impedimentos matrimoniais entre os parceiros.

De acordo com o Novo Código Civil, art. 1723, § 1º, a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos previstos no art. 1521. Assim não podem constituir união estável os parentes em linha reta, linha colateral até o terceiro grau, parentes por afinidade em linha reta, parentes por adoção, e união com condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Não se aplicam à união estável como diz o § 2º, do art. 1723, as causas suspensivas do art. 1.523, que são os impedimentos meramente proibitórios (como o casamento na situação de viuvez antes de realizado o inventário, etc.)

O parágrafo 1º do art. 1.723, porém, exclui a incidência do impedimento do inc. VI do art. 1521, que trata do caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente

Segundo entendimento do prof. Euclides de Oliveira (2003, p.137):

A ausência de impedimentos matrimoniais constitui requisito essencial para conversão da união estável em casamento, ou seja, para a facultativa mudança de situação jurídica das partes com relação ao seu modelo de convivência. Não se pode por raciocínio extensivo, pretender que, sendo vedada essa conversão pela existência de impedimentos, não haveria união estável. Basta considerar a situação dos separados judicialmente que, não obstante impedidos de contrair casamento, estão aptos a manter união estável por expressa permissão da Lei nº 8.971/94.

Assim, são ressalvadas as situações de separação judicial das partes e de separação de fato dos companheiros, cuja união estável se configura mesmo que subsistentes os impedimentos típicos do casamento, mas, esta união não poderá ser convertida em casamento

Em suma o que não se admite, é a chamada união adúltera ou incestuosa, nem a união desleal que se some a outra união de fato, pois o relacionamento dessa espécie atenta para o próprio direito natural, isto é, para os princípios da moral pública.

## **4. UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO**

### **4.1 Decreto nº 181 de 1.890**

De acordo com as Ordenações do Reino, existia o casamento religioso, o clandestino, e o casamento por escritura pública, com duas testemunhas. O casamento clandestino, era formado pela convivência, que corresponde ao concubinato puro, hoje união estável. Também existia, a par destas constituições, o concubinato impuro, sempre condenado.

Com a edição do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, houve a constituição do casamento civil, criando rigores de forma na constituição do casamento.

Este decreto nº 181, aniquilou todas as formas naturais de constituição de família como o casamento religioso e o casamento de fato.

A par deste formalismo que tomou conta da legislação brasileira, ocorreu o fenômeno do progresso nos centros urbanos. Com toda agitação das cidades, paulatinamente, foi diminuindo a tolerância dos casais, aos problemas afetivos do casamento, levando-os conseqüentemente, ao desquite (chamados hoje de separação judicial.)

Houve elevado crescimento de desquitados, e estes estavam impossibilitados de casarem-se, pois não havia possibilidade de divórcio

Assim cumprindo o desígnio natural de agregar-se em família, constituíam suas novas famílias, as concubinárias, pois os desquitados não poderiam ficar aguardando a Lei do divórcio, até final do ano de 1977, para constituírem suas novas famílias.

### **4.2 Previdência Social**

O direito previdenciário foi um dos que mais contribuiu, e evoluiu, para o estabelecimento de normas acerca do concubinato, sendo um dos primeiros a reconhecer realidades fáticas e atribuir efeitos jurídicos as uniões livres.

A lei Orgânica da Previdência Social, Decreto nº 20.465, de 1931, pela primeira vez em nosso país reconheceu a possibilidade de inclusão da concubina como beneficiária.

O Supremo Tribunal Federal chegou a editar a Súmula 35, que influenciou a legislação previdenciária: “Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

É importante destacar a ausência de impedimento para o casamento dos concubinos, pois se um deles é casado, a relação é de adultério e o falecido vivia com sua família e também com amante em vida dúplice.

Todavia, podem ocorrer situações fáticas, que a concubina não sabe que seu companheiro é casado, pois este, a engana durante anos, com a morte deste, esta se encontra em desamparo. Contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou conceder benefício previdenciário a relação concubinária impura, por considerar o concubinato nestes termos, não honesto.

A Constituição Federal de 1988, criou um capítulo especial à Seguridade Social, procurando assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e à assistência social

A Lei nº 8.213/91, regulamentada pelo revogado Decreto nº 611/92 (art 13. inciso I) no art. 16, inciso I, estabelece como “beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: o cônjuge, a companheira, o companheiro (...)” E no parágrafo 3º: “Considera-se *companheira* ou *companheiro* a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com segurada, de acordo com o § 3º do Art. 226 da Constituição Federal.”

Os Tribunais concediam benefícios previdenciários para a companheira, se a vida em comum se prolongava por mais de cinco anos, ou se da relação adveio filho. Após a lei nº 9.278/96, não havia mais necessidade de exigir o prazo de cinco anos de convivência concubinária, bastando que exista a união duradoura, com intuito de constituição de família. Hoje os tribunais têm reconhecido esses direitos, havendo ou não a designação como beneficiário, quando comprovada a união estável.

### 4.3 Código Civil de 1.916

No Código Civil de 1916, poucas são as referências ao concubinato, e sempre em caráter restritivo, porque o intuito do legislador em 1.916, era proteger a família formada pelo casamento, que era considerada *legítima*.

A restrições que constam no ordenamento civil de 1916, tratavam do concubinato impuro, oriundo do cônjuge adúltero e seu cúmplice e são as seguintes: impedimento matrimonial do cônjuge adúltero com o cúmplice (art. 183, inc. VII); Anulação das doações feitas pelo cônjuge adúltero a seu cúmplice (art. 248, inc. IV); discriminação à filiação fora do casamento, tidos como ilegítimos (Art. 337; 358 – revogados pela de CF/88 no art 227, § 6º); incapacidade da concubina do testador casado em adquirir por testamento (art. 1719, inc. III). A única referência favorável encontra-se no art. 363, inc. I, que prevê ação de reconhecimento da filiação, promovida pelos filhos ilegítimos, quando os pais vivam em concubinato, e não tenham impedimentos absolutos ao casamento (art 183, inc. I a VI), porém o dispositivo é discriminatório pois não abrange os filhos adulterinos e incestuosos (dispositivo tacitamente revogado pelo art. 227, § 6º da CF/88, que prevê a igualdade dos filhos).

### 4.4 Constituição Federal de 1.988

As Constituições anteriores a de 1988, pautavam seus textos somente na proteção da família constituída pelo casamento, silenciando sobre a proteção da família de fato.

A Constituição Federal vigente, de 5 de outubro de 1988, trouxe várias inovações ao Direito de Família brasileiro, como a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (art.226, § 5º); igualdade de tratamento aos filhos, proibindo qualquer discriminação quanto a adotivos, consangüíneos e ilegítimos (art. 227, § 6º) e o reconhecimento do concubinato puro, não adulterino, nem incestuoso, como forma de constituição de família, instituto chamado pelo legislador, de união estável (art. 226 § 3º).

A união estável precisava ser regulamentada, para que não existissem abusos entre os conviventes, que devem ser livres, porém responsáveis. Deste modo a união estável foi regulamentada primeiro pela Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e depois pela Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996

Na união estável, os conviventes possuem uma liberdade maior, porém, vivem como se fossem marido e mulher, sem o serem em verdade. Não existe estado conjugal, mas meramente convivencial.

Destaque-se que as pessoas casadas só religiosamente, sem que tenham o registro civil de seu casamento, embora se sintam casadas, vivem sob o regime da união estável.

A Constituição Federal de 1988 abriu caminho a livre escolha de seu modo de convivência familiar, resgatando a figura do casamento de fato pelo reconhecimento da união estável.

A evolução da jurisprudência, antes da Constituição de 1988, aconteceu de maneira lenta, esta negava quaisquer direitos patrimoniais decorrentes da relação concubinária. Após, passou a jurisprudência a conceder indenização à concubina por serviços domésticos prestados ao companheiro.

O Supremo Tribunal Federal chegou a editar a Súmula 380

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Era necessária a comprovação da vida concubinária, como também da sociedade de fato e do esforço comum dos conviventes, para a aquisição de bens comuns, pois só era admitido à partilha dos bens obtidos com o esforço comum.

Assim, quando não havia participação econômica de ambos os conviventes, não poderia haver partilha, pois, não eram levados em conta a simples união do casal.

Em uma união estável, em que um dos conviventes não tinha habilidade profissional, como por exemplo, acontecia com a mulher, que era encarregada dos serviços no lar, ficava impossível comprovar o esforço aquisitivo. Às vezes recebia a companheira, indenização por serviços prestados, como se fosse empregada doméstica.

Nessas condições, muitas companheiras, de longos anos, com a morte de seu companheiro, não tinham direito no Espólio deste.

Com a Constituição Federal de 1.988, alterou-se profundamente o entendimento jurisprudencial, e assim, o enunciado da Súmula 380 do

Supremo Tribunal Federal perdeu sua eficácia para a união estável, sendo aplicável somente no concubinato impuro para evitar o locupletamento indevido

## 4.5 Leis Especiais

Para regulamentar a união estável, estabelecida no § 3º do art. 226, da Constituição Federal de 1988, foram editadas duas leis, com o intuito de conceituar e estabelecer direitos e deveres entre os conviventes.

A primeira, Lei nº 8.971/94, conceitua a união estável como: a convivência, por mais de cinco anos, ou até a existência de filho comum, entre homem e mulher, não impedidos de casarem-se ou separados judicialmente, mantendo uma única família.

A lei também concede direitos recíprocos à alimentos (condicionado a necessidade), e direitos sucessórios.

A lei nº 8.971/94 foi apontada como inconstitucional por conferir ao companheiro sobrevivente mais direitos do que ao cônjuge sobrevivente e também por estimular a continuidade da união estável, ao invés de facilitar sua conversão em casamento. Porém como nos apresenta o Professor Álvaro Vilassa de Azevedo (2002, p. 323):

O legislador de 1994 não desrespeitou o ordenamento constitucional, nem prestigiou o casamento civil, mas regulamentou a união estável, paralelamente a ele. A regulamentação para converter a união estável em casamento civil é impossível sem a iniciativa dos companheiros. Nem há necessidade de lei, se eles quiserem casar-se. Os não impedidos podem requerer habilitação para seu casamento, diretamente, no Registro Civil.

A segunda Lei nº 9.278/96, estabelece como união estável, a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Enumera os direitos e deveres dos conviventes, que são efeitos pessoais da manutenção de uma vida comum, trata da assistência material (alimentos), garante o condomínio (meação) dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união e o direito da habitação no plano da sucessão hereditária.

## 5. DIREITOS E DEVERES DOS CONVIVENTES NA UNIÃO ESTÁVEL

O artigo 226, caput da Constituição Federal determina especial proteção do Estado à família. E o § 3.º estende igual preceito à entidade familiar constituída pela união estável entre homem e mulher. Essa proteção jurídica abrange os direitos de cunho pessoal e os de natureza patrimonial.

O casamento na cultura ocidental, continua sendo o mais forte paradigma para a regulamentação da união estável. Os deveres pessoais entre os companheiros, como assistência, respeito e lealdade, são os mesmos estabelecidos para os cônjuges no casamento.

À medida que a união estável vai sendo regulamentada, vai ganhando os contornos do casamento, e deixando de ser uma união livre para estar sujeita as regras impostas pelo Estado. Este paradoxo é necessário, pois se não houver intervenção do Estado, não há como proteger a parte economicamente mais fraca, e não se deve permitir uniões com abusos e irresponsabilidades como acontecia no passado. A família, por mais livre que seja, necessita de regras com relação a direitos e deveres, indispensável a segurança dos conviventes e da prole.

Desse modo, a união estável estabelece relações pessoais e patrimoniais com conseqüentes efeitos jurídicos. As relações pessoais são decorrentes do âmbito interno familiar; as relações patrimoniais decorrem da busca bens materiais para trazer maior conforto a união, o que inevitavelmente, reflete no patrimônio de cada um.

Assim aqueles que não querem adequar-se às formalidades e regras do casamento civil, ficam sem alternativa, pois a regulamentação da união estável está bem próxima do casamento formal.

Ao unirem-se em união estável, duas pessoas pretendem iniciar uma vida em comum, de forma a viver como se casados fossem, assumindo todas as obrigações e responsabilidades. Assim, exige-se dos conviventes, a mesma lealdade, companheirismo e colaboração com a administração e despesas domésticas que se espera dos cônjuges, tudo dirigido ao fim comum, que é a harmonia do casal.

A lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamenta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, enumera os direitos e deveres dos conviventes tais como respeito e consideração mútua (inciso I), a assistência moral e material recíproca (inciso II), a guarda, sustento e educação dos filhos comuns (inciso III).

### **5.1 Respeito e consideração mútua**

Pela característica da unicidade de vínculo na união estável, é inequívoca a presença do dever de fidelidade entre os companheiros. A fidelidade envolve o dever de lealdade sob o aspecto físico e moral, como se abster de manter relações sexuais com terceira pessoa e mesmo praticar condutas que indiquem esse propósito.

É certo que até a Lei 9.278/96, não havia sanção para o descumprimento de tal dever, por faltar previsão legal, mas na prática, a violação ao dever de fidelidade ensejava a dissolução da sociedade, pela perda do respeito e consideração mútua, para o prosseguimento da união.

Há, no entanto, entendimento doutrinário, no sentido de que na união estável, não é necessária a lealdade carnal, como é atribuída no casamento. Porém, a fidelidade tem sido indicada como dever essencial a caracterização da união estável, em virtude aos princípios morais preservados pela sociedade. Além disso, a fidelidade está intimamente relacionada ao respeito, à consideração, à lealdade que necessariamente existem na união estável.

### **5.2 Assistência moral e material recíproca**

A assistência moral é considerada o elemento ético que mantém a relação do casal. “Consiste em ajuda e cuidados; ajudam-se os cônjuges mutuamente em todas as circunstâncias da vida, compartilhando dores e alegrias, um confortando o outro na adversidade, um cuidando outro na enfermidade”. (GOMES Orlando, 1984 p. 126).

A assistência moral é de suma importância na atualidade, pois as pessoas devido às tarefas dos dia-a-dia, pouco se comunicam no lar. Compreende todo o apoio, atenção e ajuda nos bons momentos e nas fazes

críticas, ocasionadas por enfermidade, ou questões de caráter familiar, profissional ou financeiro. Assim, os conviventes devem, mutuamente proteger e respeitar a vida do outro.

É importante notar que até o advento da Lei 9.278/96, não havia sanção para o descumprimento do dever de assistência moral, por não haver previsão legal em relação a união estável. Contudo, o descumprimento deste, mesmo sem previsão legal, tornava a vida em comum inviável, levando ao rompimento da relação familiar.

Com a Lei 9.278/96, o art. 2º, inc. II, a assistência moral ficou sendo um dos deveres dos conviventes, recebendo o mesmo tratamento que a lei dispensa ao casamento.

Quanto à assistência material ou auxílio econômico recíproco, mostra-se no âmbito do patrimônio, dos alimentos entre os conviventes. Seria a cooperação material, a contribuição com encargos e a responsabilidade pelo auxílio econômico destinado ao sustento de forma geral. Esse dever visa a divisão de encargos financeiros, levando em consideração o necessário não só para a subsistência, mas também para o bem-estar familiar.

### **5.3 Guarda, sustento e educação dos filhos comuns**

A Constituição Federal de 1988, no art. 229, expressamente cuidou dos deveres dos pais em criar, assistir e educar os filhos menores, sem fazer qualquer distinção quanto à natureza da filiação. A Lei 9.278/96 expressamente repetiu tais deveres aos conviventes quanto aos seus filhos comuns.

A guarda, se refere à posse que os pais exercem em decorrência do poder familiar. O sustento envolve os alimentos materiais indispensáveis à subsistência e manutenção do menor, como alimentação, saúde, vestuário, habitação. A educação envolve os cuidados de natureza espiritual ou imaterial, que inclui o ensino escolar, a instrução dos filhos, os cuidados na formação do caráter e da moral dos filhos, bem como outros.

Não se trata de um dever pessoal entre os partícipes da união estável, mas nem por isso perde a sua importância, pois o descumprimento deste dever causa a desagregação na estrutura familiar. O descumprimento dos deveres paternos em relação aos filhos implica na perda do poder familiar, e

indiretamente pode provocar a ruptura da relação, com o desaparecimento do *affectio maritalis*.

#### **5.4 Aquisição patrimonial e administração dos bens comuns**

O legislador no art. 5º, da lei 9.278/96, estabeleceu que os bens móveis e imóveis adquiridos onerosamente, por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, pertencendo a ambos, em condomínio e em partes iguais, não havendo estipulação contrária em contrato escrito.

Assim, se o conviventes comprarem um imóvel e quiserem ressaltar direito de um maior do que o do outro, poderão mencionar percentual diferente na escritura pública ou no compromisso particular da aquisição. Por exemplo, 70% ideal do imóvel para um e 30% para o outro, como nos ensina o professor Álvaro Vilassa (2002).

O legislador presume a situação de condomínio como regra, todavia, esta presunção admite prova em contrário. Um dos conviventes pode comprovar completa ausência de colaboração do outro, como, má conduta, prodigalidade, vida irresponsável, etc. Todas estas exceções deverão ser provadas judicialmente.

O § 1º do referido artigo 5º, estabelece outra causa de cessação da presunção de condomínio do *caput*. Trata-se de sub-rogação real, um bem novo substituindo o antigo. O bem adquirido na constância da união, com o produto de bem exclusivo de um dos conviventes, não será comum. Se o bem antigo foi vendido por 100 e o novo adquirido por 200, a sub-rogação será no valor corresponde ao bem particular, a 100 nesse caso.

No § 2º ocorre outra presunção *iuris tantum*, pois a administração do patrimônio comum é atribuída a ambos como regra geral, mas poderão eles dispor conforme seus interesses, em contrato escrito.

## 6. DIREITO SUCESSÓRIO NAS LEIS DA UNIÃO ESTÁVEL

### 6.1 Considerações iniciais

O Direito das Sucessões tem por objeto regulamentar a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morre a seus herdeiros e legatários.

A palavra sucessão, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. É a transferência de direitos de uma pessoa para outra.

A sucessão, quanto à sua causa, pode ser *inter vivos* ou *causa mortis*. No Direito das Sucessões o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*.

Como já foi visto anteriormente a união estável é capaz de gerar efeitos patrimoniais, como ocorre no matrimônio. Antes da regulamentação legal da união estável, não havia direito sucessório entre companheiros.

O Código Civil de 1916, no art. 1603, previa na ordem de vocação hereditária, apenas o cônjuge sobrevivente, depois dos descendentes e dos ascendentes. Na falta do cônjuge, sucediam os parentes colaterais para haver a herança, sem lugar para o convivente.

Antes da lei nº 8.971/94, não havia reconhecimento de eventuais direitos à partilha de bens *causa mortis* entre companheiros. A morte de um dos conviventes não produzia efeitos sucessórios automáticos em relação ao outro.

Somente era possível o favorecimento do convivente, por disposição testamentária, mas com vedação à outorga por homem casado à sua concubina, como estabelecia o art. 1.719, inc. III, do Código Civil de 1916.

A jurisprudência procurava, nos casos concretos, reconhecer eventuais meios de proteção do concubino sobrevivente, mas na verdade, o que ocorria, era a aplicação analógica de efeitos do direito obrigacional, que geralmente eram admitidos para a proteção da união concubinária, como a partilha de bens adquiridos por esforço comum dos conviventes.

Não se tratava de reconhecimento do direito sucessório, mas de meação patrimonial, o que nem sempre ocorria, pois a distribuição se fazia em percentual variável, conforme a contribuição prestada e dependendo de prova do esforço comum.

A proteção de início, era dedicada somente à concubina, considerando a sua situação, como parte mais fraca da relação.

Convém ressaltar, que com a Constituição Federal de 1988, devido à proteção conferida pelo legislador no art. 226 § 3º, surgiu uma pequena orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de admitir a participação da concubina no inventário do *de cuius*. Destarte, o ingresso da concubina no inventário, era restringido pela concordância de todos os herdeiros e se não existissem menores ou incapazes.

Os direitos sucessórios legais entre conviventes, surgiram com as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. A primeira veio especificamente disciplinar os alimentos e garantir o direito sucessório dos conviventes, como o usufruto, a herança e a meação.

A segunda Lei, veio regulamentar a norma constitucional (§ 3º do art. 226). Nada referiu sobre direitos sucessórios regulados pela lei anterior, mas, trouxe o instituto do direito real de habitação, em seu art 7º § único.

Pelas disposições das leis da união estável verifica-se um grande avanço em favor dos direitos dos conviventes, no plano sucessório. Há quem entenda que seria suficiente a meação dos bens adquiridos em conjunto, como a jurisprudência já reconhecia, através da Súmula 380 do STF. Há quem defenda a concessão apenas do direito real de habitação sobre o imóvel que lhe sirva de residência, entendendo que a previsão contida na lei 9.278/96 afasta os direitos sucessórios tratados na Lei 8.971/94.

O direito de família de acordo com sua estrutura constitucional, tem como entidade familiar o casamento, regulado nos parágrafos 1º e 2º, a união estável, prevista no § 3º e a comunidade de um dos pais com seus filhos, estabelecido no § 4º, todos do art. 226 da Constituição Federal.

Assim, as leis da união estável vieram regulamentar o § 3º do art. 226 da CF, estabelecendo dentre os direitos elencados o direito à sucessão entre os conviventes.

Para o reconhecimento do direito sucessório exigia-se que a união houvesse perdurado até a morte do companheiro. Se a dissolução da união estável ocorresse antes, não haveria que se falar em direito hereditário, pois a extinção da união em vida dos conviventes, faz cessar o direito sucessório quando ocorrer o óbito de um deles.

As pessoas qualificadas como herdeiras para o fim de perceber os direitos sucessórios, são homens e mulheres desimpedidos para o casamento, ou seja, solteiros, divorciados ou viúvos e que vivam uma união estável, duradoura, pública e contínua ou que dela tenha prole.

As leis nº 8.971/94 e 9.278/96 atribuíram o direito sucessório ao companheiro sobrevivente. A primeira tratou da sucessão entre companheiros, disciplinando separadamente em direitos ao usufruto (art. 2º, incisos I e II); à herança (art. 2º, inciso III) e à meação (art. 3º), já a segunda lei, previu o direito real de habitação (art. 7º parágrafo único).

## 6.2 Usufruto

O artigo 2º da lei nº 8.971/94, cuida do direito sucessório dos conviventes, nos parâmetros mencionados em seus três incisos.

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 deste ou comuns;

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

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

É preciso observar, que o legislador definiu o direito sucessório entre conviventes à semelhança do direito sucessório ente os cônjuges.

Os dois primeiros incisos são iguais ao estabelecido no § 1º do art. 1.611 do Código Civil de 1916, que trata deste direito relacionado ao cônjuge viúvo, casado sob regime de bens diverso do da comunhão universal.

Desta maneira, a(o) companheira(o) sobrevivente, enquanto não constituir nova união estável, terá direito ao usufruto da quarta parte dos bens

do falecido, se houver filhos deste ou do casal e não havendo filhos, o usufruto corresponderá à metade desses bens, ainda que sobrevivam ascendentes.

É importante ressaltar, que não só a constituição de nova união concubinária, cessará o direito de usufruto, mas também nova união matrimonial, pois no casamento, esse direito de usufruto do cônjuge, dura enquanto durar a viuvez.

O legislador procurou esclarecer que os filhos podem ser do *de cujus*, isto é, havidos de outra união, ou podem ser comuns, da união com o companheiro supérstite.

Por cuidar-se de direito *ex lege*, o usufruto não depende da situação econômica do companheiro sobrevivente, não precisa este comprovar necessidade econômica para ter direito.

O propósito do legislador ao estabelecer o usufruto viudal, foi proteger e amparar o cônjuge sobrevivente, quando casado em regime diverso do da comunhão universal, evitando que o viúvo ficasse em situação de desamparo ou em dificuldades.

Para a(o) companheira(o) se habilitar na sucessão do convivente morto, deverá estar munida(o) de prova pré-constituída da existência de união estável, que pode ser uma sentença declaratória da existência de união estável.

Esse reconhecimento da companheira, havendo prova documental da união estável, pode ser dada nos próprios autos de inventário, e ser admitida como inventariante, observando a instrumentalidade do processo, pois não teria razão, o ajuizamento de ação própria para comprovação da união estável. Assim, o juiz nesta hipótese, não precisa remeter as partes para as vias ordinárias, como previsto do art. 984 do Código de Processo Civil, para provar a existência de união estável.

Há críticas quanto ao excesso de benefícios aos companheiros sobreviventes, entendendo que o usufruto só deveria pesar sobre o patrimônio exclusivo dos conviventes, ou seja, aquele adquirido por eles na constância da união estável, e até que deveria ser somente em relação aos bens que estejam na posse do companheiro(a), como por exemplo a moradia do casal.

Além disso, o companheiro sobrevivente sucede em usufruto e habitação igualmente ao cônjuge, porém há uma importante diferença: o

convivente pode cumular os direitos de usufruto e de habitação, já o cônjuge viúvo terá um benefício ou o outro, não podendo somá-los, de acordo com o §§ 1º e 2º do art. 1611, do Código Civil de 1916.

Desta forma, os direitos a usufruto viual e o direito real de habitação foram concedidos com maior amplitude aos conviventes, sem as restrições conferidas aos cônjuges, o que é inadmissível.

O Novo Código Civil, como veremos a frente, melhorou substancialmente a posição do cônjuge na sucessão legítima, considerando-o como herdeiro necessário com os descendentes e ascendentes.

A respeito do usufruto viual, eis o entendimento do ilustre Álvaro Vilassa Azevedo (2002, p. 337):

Julgamos, não conveniente essa reafirmação, para os conviventes, do aludido direito a usufruto, pois, na prática, ele estorva o direito dos herdeiros. Melhor seria, tornar o convivente sobrevivente herdeiro, adquirido sua parte na herança, concorrendo com os aludidos filhos *loco filiae* ou *loco filii*, conforme o caso (como filha ou filho), tal como acontece com as esposas no Direito Romano da Lei das XII Tábuas (em 450 a.C). Assim, por exemplo, o companheiro sobrevivente, concorrendo com dois filhos, receberia cota da herança correspondente a um terço, ficando cada qual com o seu, sem o obstáculo do usufruto, gravando direito dos filhos herdeiros.

Em consonância com o entendimento acima, melhor seria a manutenção do instituto da herança, pois o usufruto viual é temporário e condicional à não constituição de nova união, já a herança é perpétua.

### 6.3 Herança

Com relação ao inciso III, do art. 2º da lei nº 8.971/95, que dispõe o direito do companheiro sobrevivente sobre a totalidade da herança do falecido, quando este não deixar descendentes ou ascendentes, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua 5ª Câmara, em 25 de fevereiro de 1999, unanimemente, decidiu que:

Provada a existência da sociedade de fato, só dissolvida com a morte do concubino, que não deixou descendentes ou ascendentes, cabe à companheira supérstite o direito a perceber a totalidade dos bens deixados pelo *de cuius*, conforme se depreende da leitura do art. 2º, III, da Lei nº 8.971/94. (RT 770/345)

Porém se o companheiro houvesse falecido antes da edição da lei de 1994, sem deixar descendentes e ascendentes, não existiria esse direito à totalidade dos bens em favor da companheira, pois não retroage em benefício de companheiros sobreviventes, e a herança seria deferida aos colaterais, aos irmãos do falecido.

Vale ressaltar que a situação do companheiro, na falta de descendentes ou ascendentes, implicava alteração da ordem de vocação hereditária (art. 1.603, inc III, do CC de 1916). Onde constava “ao cônjuge sobrevivente”, lia-se também, “ao cônjuge ou companheiro sobrevivente”. Os colaterais só recebiam a herança se o *de cujus* não foi casado, nem deixou companheira em situação de união estável.

O art.1º da Lei nº 8.971/94 conceitua a união estável como: união comprovada de homem e mulher solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, salvo se com filhos. A lei nº 9.278/96, trouxe nova conceituação, estabelecendo convivência duradoura, pública e contínua, com o propósito de constituir família. A dúvida se dá, se a conceituação anterior, continua a valer para o direito a herança e usufruto e a conceituação decorrente da Lei nº 9.278/96 valerá para alimentos, meação e direito de habitação. O mais cabível, portanto, é sustentar a configuração atual de união estável, nos termos da lei nº 9.278.96, para exercício do direito sucessório de ambas as leis.

Não é cabível também a pretensão de herança de ex-companheiro, quando já tenha sido desconstituída a união estável, pois a extinção da união em vida, faz desaparecer o direito à sucessão.

Com relação ao direito intertemporal, somente se aplica a Lei nº 8.971/94 em caso de união estável que subsista após sua vigência. Portanto, é incabível a pretensão sucessória quando o falecimento se deu antes das leis da união estável, pois é o óbito que marca a abertura da sucessão. Além do princípio da irretroatividade do direito material novo, existe a regra da transmissão imediata do domínio e da posse da herança aos herdeiros (art. 1.572 do CC/16 e 1.784 do NCC). Assim, a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor. O mesmo se aplica a Lei nº 9.278/96 com relação ao direito real de habitação.

Cumpra observar, que o direito sucessório previsto nesta lei, refere-se ao concubinato puro, onde não há mera separação de fato concomitante com a união concubinária, porém convém não esquecer as situações fáticas de separação de fato de longos anos, mas ainda não oficializadas, não podendo ser considerada concubinato adulterino.

Nessas condições pode ocorrer a hipótese de concorrência entre o cônjuge e companheiro, em razão de não ter sido efetivada a dissolução da sociedade conjugal através da separação judicial, até o momento da abertura da sucessão.

De acordo com o ensinamento da professora Claudia Grieco Tabosa Pessoa, nessa hipótese estaria previsto o direito sucessório ao cônjuge, de acordo com o art. 1611 do Código Civil de 1916, já que ainda não dissolvida a sociedade conjugal, entretanto, para o companheiro, o direito a totalidade da herança também estaria em tese previsto por lei. Pareceria injusto não considerar a existência de união concubinária para conferir o direito à herança ao companheiro, pois o cônjuge, separado de fato há muitos anos, nada mais teria em comum com o falecido.

Além disso, é interessante questionar a intenção do legislador ao incluir o cônjuge na 3ª posição na ordem de vocação hereditária (art. 1603 CC/16). O legislador quis proteger aquelas pessoas ligadas ao *de cuius*, por laços de consangüinidade, ocupando a 1ª e 2ª posição (descendentes e ascendentes), e levou em consideração ao estabelece-lo na 3ª posição, os laços afetivos que envolvem as pessoas casadas, e assim o inclui nesta ordem. Destarte, seria possível a exclusão do cônjuge da ordem de vocação, pois inexistem os laços de afeto das pessoas casadas.

O companheiro poderia valer-se da partilha do patrimônio, alegando formação de sociedade de fato, por esforço comum, ou também pedir indenização por serviços prestados, mas em ambas as hipóteses, não estaria participando da sucessão no inventário.

No entanto, a doutrina tem se orientado no sentido de que havendo concorrência entre convivente e cônjuge, poderá o juiz deferir a participação do convivente no inventário, desde que o cônjuge não obste ou a renuncie. Nesse caso a participação do convivente será válida e eficaz.

Se houve objeção do cônjuge sobrevivente, a questão não poderá ser discutida no inventário. O convivente deverá provar sua condição nas vias ordinárias, dependendo da decisão desta, para a concessão de eventual direito à participação no inventário.

A possibilidade de discussão dessas questões em vias ordinárias, permite de um lado que se considere a união concubinária, dando proteção legal e de outro que propicie a justa partilha entre o cônjuge e o companheiro.

#### **6.4 Meação**

O direito de meação nos bens do companheiro, assegurado pelas leis da união estável, veio substituir a antiga construção jurisprudencial da partilha decorrente de sociedade de fato, estabelecida na Súmula 380 do STF. De acordo com esta Súmula exige-se a comprovação da sociedade de fato, e a prova de aquisição de patrimônio, pelo esforço comum.

A partilha segundo a Súmula 380 do STF se fazia na proporção da colaboração prestada, e nem sempre ocorria meação, mas atribuição de percentual diferenciado de acordo com a prova do esforço comum.

O substantivo meação (derivado do verbo mear) consiste na simples atribuição dos bens a cada um dos cônjuges que unidos trabalharam para construir o patrimônio, e que por ocasião da dissolução da sociedade conjugal (divórcio, separação judicial, morte e anulação) deverá ser partido ao meio, meado. Algumas vezes a dissolução da sociedade conjugal coincide com a premissa básica das sucessões: o falecimento.

A meação não faz parte, portanto, dos bens que serão objeto da sucessão, pois, são de propriedade do cônjuge sobrevivente, de forma que, somente serão objeto da sucessão, os bens que faziam parte da meação que pertencia ao *de cuius*.

A lei 9.871/94, no art. 3º, dispõe que quando os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do companheiro sobrevivente, terá este direito à metade dos bens.

Assim o art. 3º cogita da sucessão por morte do concubino quando existem herdeiros necessários (descendentes ou ascendentes). O concubino sobrevivente terá direito à metade dos bens que ajudou a adquirir.

O legislador somente se refere à *meação post mortem*, e omite-se a respeito da dissolução da sociedade de fato em vida, com a partilha dos bens.

Com a edição da Lei 9.278/96, foi sanada a falha da lei anterior, estabelecendo no seu artigo 5º, que os bens adquiridos por ou por ambos os conviventes, durante a união e a título oneroso, são considerados fruto da colaboração e trabalho comum, pertencendo a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo a estipulação contrária em contrato escrito.

Houve uma efetiva comunicação dos bens entre os conviventes, sejam adquiridos individualmente ou em conjunto, formando condomínio em partes iguais, ao contrário do que dispunha a Súmula 380 do STF.

Para a formação do condomínio, ressalvam-se três exceções: se a aquisição ocorreu por título gratuito, através de doação ou herança; se os bens foram adquiridos com o produto de bens anteriores à vida em comum, subrogando-se como particular; e se havia disposição contratual em contrário.

O art. 3º da Lei nº 8.971/94 estabelece uma limitação ao direito de meação, exigindo prova de atividade em que haja colaboração do companheiro para aquisição do patrimônio.

Por sua vez, a Lei 9.278/96 modificou este entendimento, fazendo presumir a colaboração dos companheiros, durante a vida em comum. Não se trata de presunção absoluta, pois admite disposição contratual em contrário. Mas na falta de contrato, prevalece o entendimento da presumida participação do companheiro, havendo condômino, sem que seja necessário fazer prova da contribuição efetiva de ambos.

Têm-se admitido ainda, a contribuição indireta, independente de qualquer outra colaboração de caráter econômico. A 4º Turma do Superior Tribunal de Justiça, já em 22 de março de 1994, sendo relator o Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira proferiu a seguinte ementa:

I – Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência *more uxório*, contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da

existência de sociedade de fato e do conseqüente direito à partilha proporcional. II – verificando que haja sido significativa para a formação de tal patrimônio a diminuição de despesas (economia) proporcionada pela execução das atividades de cunho doméstico pela ex-companheira, há que se reconhecer patenteado o “esforço comum” a que alude o enunciado nº 380 da Sumula/STF (RT 708/201)

É importante indagar se o usufruto pode ser exercido cumulativamente com o direito de meação. A lei aponta causas distintas para a percepção destes, o usufruto incide sobre a herança e o direito à meação não é herança.

Segundo Euclides de Oliveira (2003), só se justifica o usufruto vidual para o companheiro sem direito algum a outra forma de participação na herança. Tome-se por exemplo, a situação dos conviventes adquirirem um imóvel durante a união estável, falecendo um deles, sem deixar outros bens, o sobrevivente será condômino de metade do bem, de tal forma que não será plausível, este receber também o usufruto sobre a parte da herança cabível aos descendentes, além do direito a habitação que lhe é assegurado sobre o imóvel residencial.

## **6.5 Direito Real de Habitação**

O direito de habitação, espécie de direito real sobre coisa alheia (art. 1.414 do NCC), foi estendido ao companheiro sobrevivente no art. 7º, § único, da Lei 9.278/96.

O sobrevivente terá direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família. Esse direito persistirá enquanto o beneficiário viver ou não constituir nova união ou casamento.

O direito real de habitação consiste na utilização gratuita de imóvel alheio. Habitação distingue-se de usufruto pois tem caráter mais restrito. Não abrange a percepção dos frutos, assim o companheiro deverá residir com sua família, nesse imóvel, não podendo alugá-lo ou emprestá-lo.

Claudia Grieco Tabosa Pessoa (1997, p. 240) ressalta que

O direito de habitação nasce independentemente do direito de participação do convivente na sucessão e só tem cabimento quando ao convivente não cabe a totalidade da herança, porquanto inadmissível a sua constituição quanto a bens que lhe pertençam por força da herança.

De acordo com o artigo 7º, § único da Lei 9.278/96, o companheiro terá direito real de habitação mediante dois requisitos, a destinação do imóvel objeto do direito de habitação e a ausência de nova união ou casamento.

Em relação ao primeiro requisito, exige a lei que o imóvel objeto do direito de habitação, seja destinado à residência da família, no sentido do imóvel ser o único bem daquela natureza a inventariar. Se a família reside em casa própria, mas o falecido era proprietário de outros bens imóveis, não se constitui o direito, pois a finalidade do direito real de habitação é a proteção do convivente sobrevivente, evitando o deslocamento da família enquanto não vier a contrair nova união.

O segundo requisito é a inexistência de nova união, ou casamento, pois com a nova união ocorre a extinção do direito real de habitação. Convém ressaltar que não se extinguirá com o simples namoro ou concubinato impuro, a extinção se dá com o casamento ou nova união estável.

Nota-se também, que o art. 7º, parágrafo único, trata-se de instituto paralelo ao dispensado ao cônjuge (art. 1611, § 2º do CC/16). Porém para os cônjuges há restrição, cabendo somente na hipótese do regime da comunhão universal de bens e quando não houver outro bem residencial a inventariar.

Havia uma sensível vantagem do ex-companheiro em relação ao ex-cônjuge, pois para este ter direito real a habitação, deve estar casado sob o regime da comunhão universal de bens. A doutrina vinha propondo modificação legislativa, no sentido de, estende-lo a pessoas casadas sob regime diverso da comunhão de bens, pois a norma existia, para assegurar moradia ao cônjuge ou companheiro supérstite, não sendo razoável que, somente o cônjuge casado sob o regime da comunhão universal de bens, gozasse desse direito.

O Novo Código Civil, diferentemente da Lei 9.278/96, não trata do direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família para o convivente sobrevivente, dispõe somente para o cônjuge sobrevivente, o que agrava mais ainda a situação do convivente.

## **7. DIREITO SUCESSÓRIO NO NOVO CÓDIGO CIVIL**

### **7.1 Considerações sobre o Novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002**

No direito brasileiro, a evolução da família constituída fora do casamento, teve aspectos marcantes na segunda metade do século XX. O Código Civil de 1916, pouco tratava a respeito, entretanto, pouco a pouco, houve reconhecimento e amparo, até que a Constituição Federal de 1988, no § 3º, do art. 226, reconheceu a união estável.

Em matéria de sucessão, a Lei nº 8.971/94, com os complementos da Lei nº 9.278/96 equiparou, praticamente o casamento e a união estável. Foram conferidos aos companheiros direitos hereditários similares aos dos cônjuges supérstite. Em alguns aspectos, a união estável foi até mais favorecida.

O Novo Código Civil Brasileiro trouxe algumas inovações substanciais na parte do direito das sucessões, e algumas ainda não foram assimiladas em seu todo pela comunidade jurídica e sociedade em geral, trazendo dúvidas e polêmicas a respeito da interpretação da lei, seu alcance e objetivo.

Ao estabelecer as normas inerentes ao direito sucessório na união estável, o novo Código, começa com uma impropriedade técnica legislativa, ao inserir a matéria no Capítulo I, reservado para as disposições gerais, deixando de fazê-lo no lugar adequado, que seria no Capítulo III, onde se encontram os dispositivos relacionados à ordem de vocação hereditária, pois o convivente tem direito à herança, mesmo que de forma distinta da prevista para o cônjuge.

Outras mudanças substanciais, foram trazidas pelo Código Civil de 2002, sendo complexa a situação jurídica acerca dos direitos emergentes da morte de um dos conviventes.

O eminente Prof. Euclides de Oliveira (2003, p.106), sintetiza as principais alterações:

Constitui acréscimo em relação ao disposto na Lei 8.971/94, o direito assegurado pelo NOVO CÓDIGO ao companheiro para concorrer com os descendentes e os ascendentes. De outro lado, porém, reduz-se a sua participação na herança por sujeitar-se à concorrência com os colaterais, quando, pelo sistema da lei anterior, o

companheiro seria o terceiro na ordem da vocação hereditária (equiparável ao cônjuge), recebendo a totalidade dos bens na falta de descendentes e ascendentes.

Desaparecem os direitos sucessórios do companheiro ao usufruto sobre parte dos bens atribuídos aos descendentes e ascendentes (Lei, 8.97/94, art. 2º), assim como o direito de habitação (lei. 9278/96, art. 7º, p. ún.).

Por fim, nota-se que examinando a proteção jurídica dispensada à união estável, no campo dos alimentos (art. 1.694) e meação (art. 1.725), o companheiro é tratado em posição de igualdade com o cônjuge, o que não acontece na esfera do direito sucessório.

Primeiramente, em relação ao cônjuge, convém ressaltar, que este passa a concorrer com os descendentes, ou na falta deles com os ascendentes do falecido, de acordo com o artigo 1829. A concorrência entre cônjuges e descendentes dependerá do regime de casamento havido entre os cônjuges. A concorrência entre cônjuge e ascendentes do *de cujus* ocorre independentemente do regime de bens adotado no casamento.

Com relação à união estável, houve uma discriminação quanto ao direito sucessório, entre cônjuge sobrevivente e companheiro sobrevivente. Antes do novo Código Civil havia uma certa equiparação dos direitos sucessórios dos conviventes aos do cônjuge, direitos estes, conquistados pela sociedade e disciplinados pelas leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96. Com o advento do novo Código Civil, houve uma mudança significativa em relação à questão sucessória.

Considerando que a família é base da sociedade, gozando de especial proteção do Estado, e que para união estável foi atribuída a mesma magnitude do casamento, não há porque tratar diferentemente, a sucessão do cônjuge e do companheiro, pois isto fere os fundamentos constitucionais do art. 226 da Carta Magna.

Convém ressaltar também que o convivente sobrevivente, paralelamente a eventual direito sucessório, poderá exercer também no processo de inventário a qualidade de condômino ou meeiro, buscando a sua participação sobre os bens, de acordo com o regime patrimonial adotado.

A lei aplicável na sucessão é a vigente no momento do óbito, de acordo com o art. 1.787 do CC, assim, quando aberta a sucessão, por exemplo, no

período da Lei 9.278/96, o companheiro sobrevivente terá os direitos descritos nesta Lei.

## 7.2 Regime de bens

Inicialmente, convém dispor sobre o regime de bens adotado pelo Código de 2002 para união estável.

O novo Código Civil, no art. 1.725, dispõe que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

O texto do Código Civil tenta substituir o art. 5º da lei 9.278/96, pelo sistema da comunhão parcial de bens, mas este se encontra presente na elaboração do art. 1.725.

Pondera Álvaro Vilassa de Azevedo (2002, p. 447), neste ponto, que

No meu ponto de vista, mesmo com o atual art. 1.725 no novo Código Civil, está presente nele o art. 5º da Lei nº 9.278/96.

Aliás, o art. 5º, citado, mostra que o legislador se fez sensível ao aspecto patrimonial na união estável, estabelecendo norma dispositiva no sentido de que, não havendo estipulação em contrato escrito, os bens móveis e imóveis adquiridos, onerosamente, por um ou por ambos os companheiros, no período em que durar a união estável, são considerados, fruto do trabalho e da colaboração comum, pertencendo a ambos, em condomínio e em partes iguais.

Os bens presumem-se comuns na constância da convivência, salvo convenção em contrário e independentemente de colaboração pecuniária, valorizando assim, a participação imaterial do convivente que não exerce trabalho lucrativo, e afastando a Súmula 380 do STF.

O sistema da comunhão parcial de bens, não se amolda com a situação fática da união estável, pois este regime de bens implica na adoção do condomínio de mãos juntas do direito germânico, aplicado ao casamento, pois se faz necessário provar o esforço comum.

Pode se entender que o legislador quis aproveitar o modelo da comunhão parcial, no que couber, como menciona o art. 1.725 do novo Código, mas acaba o texto voltando ao regime previsto no art. 5º da Lei 9.278/96, relativo a condomínio.

A regra do art. 1.725 é dispositiva, podendo ser alterada, como por exemplo, ao comprarem um imóvel, poderão ressaltar direito de um maior do que do outro, bastando mencionar na escritura pública ou no escrito particular, ou poderão a qualquer tempo alterar o negócio, modificando os percentuais entre eles.

Na ausência de contrato entre os conviventes, aplicar-se-á, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, sendo que os bens adquiridos durante a união estável, a título oneroso, independem de prova do esforço comum.

### **7.3 Meação**

A meação não se confunde com o direito hereditário. A meação decorre de uma relação patrimonial existente em vida, dos interessados, é estabelecida por lei ou pela vontade das partes. A sucessão hereditária tem origem na morte, e a herança é transmitida aos sucessores conforme a previsão da lei (sucessão legítima), ou pela vontade do hereditando (sucessão testamentária).

Uma pessoa pode ser meeira e herdeira, como pode ser meeiro sem ser herdeiro, e estas situações jurídicas possuem causa diversa, e se baseiam em regras distintas.

Quando os bens são comuns, o convivente sobrevivente tem direito à meação, pois já é dono de parte ideal antes da abertura da sucessão.

O art 1.790 dispõe que, o convivente participará da sucessão apenas, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Significando que o convivente, não terá participação na herança quanto aos bens chamados de particulares, que são os adquiridos anteriormente ao início da união, os havidos depois, com o produto da venda de bens próprios e os adquiridos durante a união a título gratuito, por herança ou doação.

Essa restrição pode gerar injustiças, como por exemplo, a companheira que conviveu por longos anos com um homem rico não herdar nada se seu companheiro possuía inúmeros bens antes da união estável e não adquiriu outros onerosamente durante a convivência.

Quanto a bens comuns, adquiridos na vigência união estável e a título oneroso, o convivente tem direito à meação, pelo regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito. (art. 1.725 do NCC)

A norma do novo Código e o art. 5º, da lei nº 9.278/96 possuem disposições semelhantes, porém o novo Código não usa mais a expressão “presunção”, utilizada pela lei, que dava possibilidade para se provar o contrário, quanto ao esforço comum.

O Código de 2002, designa expressamente para a união estável, o regime da comunhão parcial de bens, na falta de contrato escrito, não deixando brecha para demonstrar o esforço comum. Agora, sendo o regime da comunhão parcial o adotado, todos os bens, independentemente de ter havido auxílio em sua aquisição, comunicar-se-ão.

Os artigos 1.659 e 1.660 do Código Civil, com as necessárias adaptações à união estável, enumeram os bens que se comunicam ou não, no regime da comunhão parcial.

## 7.4 Herança

Analisaremos neste momento a posição do companheiro em relação à titularidade sobre a herança, como destinatário dos bens do falecido, preservada a meação ou condomínio

No plano sucessório, o novo Código Civil trata do direito dos conviventes no art. 1.790, dispondo:

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 1/3 da herança;

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

A primeira crítica que se faz ao artigo é que ele se encontra no capítulo das “Disposições Gerais” sobre o direito das sucessões, fora do rol dos

sucessores legítimos. Não poderia estar neste capítulo, pois não se trata de disposições gerais. Deveria constar no título da sucessão legítima, capítulo que regula a ordem da vocação hereditária, que abrange os descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais (art. 1.829).

Talvez ainda por preconceito contra a inclusão da companheira (o) entre os herdeiros, o novo Código, preferiu regular a matéria no capítulo das disposições gerais sobre a sucessão. Mas a falta de sistematização pode levar a dificuldade quando àquele que não estiver habituado ao código, procurando tais disposições na parte que trata da sucessão legítima, e não vendo referência à companheira, pode por equívoco entender não haver sido a união estável amparada por lei.

O novo Código Civil estabeleceu o direito sucessório do convivente na contra-mão da evolução doutrinária e jurisprudencial elaborada de acordo com a Constituição Federal de 1.988. Neste sentido o Prof. Francisco José Cahali (2003 p.228) diz:

A inferioridade a que foi reduzido o direito sucessório decorrente da união estável mais reluz ao ser comparada a previsão com o novo *status* do cônjuge na condição de herdeiro. Houve um reprovável retrocesso, privando os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço pela sociedade.

O professor Silvio Rodrigues (2002, p. 117) comenta ainda que:

Ao regular o direito sucessório entre companheiros, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, o Código Civil coloca os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo *status* sucessório dos cônjuges.

Em primeiro lugar, o Código Civil de 2002 não se preocupou em ter o companheiro sobrevivente na condição de herdeiro necessário, como fez em favor do cônjuge, conforme se pode depurar do art. 1.845 do CC.

Quanto ao regime patrimonial, para a sucessão, independe qual regime adotado na união, se da comunhão parcial ou de outra previsão contratual, pode ocorrer também, de o sobrevivente ser meeiro de um bem adquirido na união estável, mas nele não participar por sucessão.

Pelo caput do art. 1.790, a convocação é feita para participar apenas de uma parcela da herança e não de sua integralidade e esta participação na herança se restringe ao patrimônio adquirido na vigência da união e a título oneroso.

O convivente, não terá participação na herança quanto aos bens chamados de particulares, que são os adquiridos antes da união, os havidos depois, com o produto da venda de bens próprios e os adquiridos durante a união a título gratuito, por herança ou doação. Estes bens deverão ser destacados da herança para os demais sucessores.

Após identificar a parte da herança na qual o convivente participa, o art. 1.790 dispõe as hipóteses de convocação. Os direitos hereditários dos conviventes, foram estabelecidos, em princípio, em concorrência e não com exclusividade. Será chamado o sobrevivente, na primeira classe de preferência em concorrência com os descendentes. Na falta de descendentes, o convivente concorre com os ascendentes. Até este momento a sua convocação, aproxima-se daquela outorgada pelo cônjuge.

Porém, na falta de descendentes e ascendentes, o convivente não poderá recolher a integralidade da herança, mas haverá concorrência do sobrevivente com os colaterais, até 4º grau, isto é, dividirá a sua herança com irmãos, tios e primos do “de cujus”.

Não havendo parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente recebe a integralidade da herança (art. 1.790 inc. IV, CC). Mesmo assim, poderá ocorrer concorrência na sucessão do falecido, pois a totalidade da herança que se refere o inciso IV, é a prevista no *caput*, ou seja, limita aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Os bens não contemplados no *caput*, isto é, não adquiridos onerosamente, serão tidos como herança jacente. Mesmo inexistindo qualquer parente sucessível, em relação a bens adquiridos antes da convivência ou a título gratuito, sobre esses, diz a lei, não haverá sucessão hereditária entre companheiros.

É sem dúvida, favorável ao companheiro, o concurso na herança com descendentes e ascendentes do falecido, tal como ocorre com o cônjuge sobrevivente. Mas é incompreensível que o companheiro se sujeite à

concorrência dos demais parentes colaterais até o quarto grau. Trata-se de evidente retrocesso no sistema protetivo da união estável. Estas modificações legislativas, colocaram os partícipes da união em posição inferior àquela conquistada com as leis da união estável.

Considere-se ainda a hipótese do falecido ter deixado apenas bens adquiridos antes da união estável, ou havidos por doação ou herança, neste caso o companheiro nada herdará, mesmo que não haja parentes sucessíveis, ficando a herança vacante para o Poder Público (Art. 1.844 CC)

Quanto ao inciso IV do art. 1.790, há entendimento quanto à sucessão dos bens adquiridos a título gratuito pelo falecido, na hipótese de ele não deixar parentes sucessíveis, serem atribuídos na sua totalidade ao companheiro sobrevivente e não ao ente público. Nelson Nery Júnior (2002 p. 600, nota ao art. 1.790) comentando este dispositivo assinala:

O CC 1.790 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 1.790 caput, o legislador ordinário quis excluir o companheiro da sucessão desses bens, fazendo com que a sucessão deles fosse deferida à Fazenda. Parece-nos que não, por três motivos: a) o CC 1.844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o *de cujus* não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à *totalidade da herança* (CC 1.790 inc. IV), fugindo do comando do *caput*, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura de herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1.819) e, apesar de não contar do rol do CC 1.829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário.

Da mesma forma, o ilustre José Luiz Gavião de Almeida (2003), entende que, embora seja essa a interpretação literal do dispositivo, ele dever ser entendido em consonância com o art. 1.844 do novo Código, que estabelece que a herança será devolvida ao Estado, apenas no caso de não sobreviver cônjuge, companheiro ou parente sucessível.

Vejamos ainda o critério de distribuição da herança.

Havendo filhos comuns dos conviventes, o sobrevivente terá direito a uma quota idêntica à que, por cabeça, aqueles receberem (1.790, inc. I).

Sendo descendentes só do autor da herança, tocará ao companheiro a metade do que couber a cada um daqueles (1.790, inc. II). A redação deste inciso é defeituosa, pois nem todos os descendentes chamados, terão direito a frações idênticas, pode ocorrer que concorram, por exemplo filhos e netos do autor da herança, estes últimos serão convocados por direito de representação e dividirão a quota do filho pré-morto (CC art. 1.835 e 1855).

A metade referida na lei, é calculada sobre a fração que couber aos descendentes chamados *por direito próprio*, havendo a simultânea convocação de filhos e netos do falecido, a parte do sobrevivente deverá corresponder à metade do que tocar singularmente a cada filho e à(s) estirpe(s) do(s) filho(s) pré-morto(s).

Somam-se os convocados por cabeça. Cada filho recebe dois, e a(o) companheira(o) recebe um. Multiplica-se o número de filhos por dois e soma-se a parcela do sobrevivente. Aos filhos destina-se duas partes do total e ao sobrevivente uma parte do total. Por exemplo: 4 filhos x 2 = 8, mais 1 do sobrevivente = 9, cada filho recebe 2/9 e o sobrevivente 1/9.

O legislador não prevê a hipótese do companheiro concorrer ao mesmo tempo, com descendentes comuns (filhos do casal) e exclusivos do falecido. Como todos os filhos tem os mesmos direitos sucessórios (CF art. 227, § 6º), seria inadmissível adotar os critérios do incisos I e II do art. 1.790, as frações devem ser iguais.

Assim de acordo com o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 159) :

Inclinamos-nos por adotar a solução *mais favorável ao companheiro*, que é a do nº I do art. 1790: partilha *por cabeça, em igualdade de condições para todos os co-herdeiros* (ou mais precisamente, *para todos aqueles chamados por direito próprio*), levando em conta a circunstância de o novo Código não ter reservado, em benefício daquele, a quota mínima deferida ao cônjuge, na hipótese de descendência comum (art. 1.832, parte final)

Na falta de descendentes, de acordo com o inciso III, a parte destinada ao convivente é sempre fixa, estabelecida em 1/3 da herança. Assim por exemplo, concorrendo com o sogro, o sogro terá 2/3 da herança. Concorrendo

com sogro e sogra cada um deles terá 1/3. Inexistindo ascendentes, os colaterais são chamados, destinando-se a eles sempre 2/3 da herança.

Apenas na falta de colaterais até o 4º grau, é que o convivente recebe a integralidade da herança. Lembrando que, a herança referida em favor do convivente, é aquela descrita no *caput* do art. 1.790.

Resumindo, os colaterais passam a concorrer com o convivente supérstite na 3º classe da ordem de vocação hereditária. Assim, com a morte de alguém que vivia em união estável, os primeiros a herdar serão os descendentes em concorrência com o convivente. Na falta de descendentes, serão chamados os ascendentes em concorrência com o convivente. Na falta destes, serão chamados os colaterais até o 4º grau, concorrendo com o convivente. É enorme a discrepância estabelecida pelo legislador, pois, como nos ensinou o ilustre Dr. Francisco José Cahali (II Fórum Jurídico da Toledo, 30/08/2004):

“...Na falta de descendentes ou ascendentes o companheiro concorre com os colaterais. No passado a companheira não concorria com ascendentes e descendentes, mas na terceira classe, ela recebia sozinha, agora ela vai concorrer com um primo distante do falecido, e receberá somente 1/3 da herança neste caso, e 2/3 serão destinados aos colaterais. Estabeleceu o Código uma situação absurda, porque se a companheira concorre com um filho, ela recebe metade da herança, metade vai para o filho, metade vai para a companheira. Se ela concorre com um primo da pessoa falecida, ela recebe 1/3 da herança, e este colateral, recebe 2/3 da herança. Significa dizer que, é melhor ser um colateral de uma pessoa falecida que vive em união estável do que ser um filho de uma pessoa que vive em união estável.”

Nada mais se contempla em favor do convivente, além deste discutível e limitado direito de herança. Decai o direito de usufruto, não mais previsto no novo ordenamento, seja para o cônjuge, seja para o convivente.

Também desaparece o direito real de habitação, em favor do companheiro, relativo ao imóvel que servia de residência para a família, muito embora esteja previsto para o cônjuge sobrevivente, no art. 1.831 do CC, porém para o convivente, não é estendido o mesmo direito de elevado cunho social, que assim é deixado inteiramente a míngua, não podendo continuar a residir no imóvel que lhe servia de residência na união estável.

Sobre este direito real de habitação, alguns doutrinadores têm defendido a aplicação da Lei. 9.278/96, em analogia com a situação garantida ao cônjuge

e autorizada pela Constituição Federal. Tendo o art. 7º, parágrafo único da Lei nº 9.278/96 como não revogado.

A professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003, p. 56) comenta que:

Não estabelece o Código Civil atual o direito real de habitação previsto pela Lei nº 9.278/96, devendo-se, por isso, e em analogia com a situação garantida ao cônjuge e autorizada pela Constituição Federal, ter o dispositivo do art. 7º, parágrafo único, desta lei como não revogado.

Para outros, como o Prof. Cahali, houve revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei, pois o art. 1.790 estabelece que o companheiro ou companheira, *participará na sucessão do outro (...) nas condições seguintes*. Fora das condições previstas na norma, o sobrevivente não participa da sucessão de seu falecido. O novo Código disciplinou inteiramente a matéria, revogando, assim os direitos sucessórios entre os conviventes previstos em normas anteriores.

De acordo com o princípio da especialidade, estão revogados os art. 2º da Lei nº 8.971/94 e o parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº 9.278/96, pois tratam de questões pertinentes à sucessão *causa mortis*, que agora são expressamente disciplinadas no art. 1790 do novo Código Civil.

A doutrina recente vem criticando essa disparidade de tratamento entre cônjuge e convivente, pois a Constituição Federal (Art. 226 §§ 3º e 4º) considera entidade familiar tanto a família que se funda no casamento, como a que resulta da união estável, assim como é entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

As famílias constituídas por estas formas têm a mesma dignidade, a mesma consideração. Se o princípio da igualdade estabelece que tanto a família constituída pelo casamento, como a que decorre da convivência pública, contínua e duradoura esteja no mesmo plano, e se o cônjuge é herdeiro e herdeiro necessário, concorrendo inclusive com os descendentes e ascendentes do *de cujos*, não deveria haver tamanha discriminação para os conviventes.

Aprofundando o raciocínio, Zeno Veloso (2002, p 253 e 254) diz:

No direito brasileiro estava assentada, pacificamente, a posição do companheiro sobrevivente similar à do cônjuge supérstite. Salvo a necessidade de alguns ajustes, não se via na doutrina pátria nenhuma objeção mais profunda sobre a forma como a matéria foi disciplinada. Não há portanto, razão jurídica, motivo histórico, causa sociológica que justifique mudança tão intensa e radical

(...) Ainda que se queira prestigiar os cônjuges, enaltecer o casamento, privilegiar as famílias matrimonializadas, tem algum sentido, alguma razão, alguma base econômica, social, cultural ou moral estatuir que o companheiro sobrevivente vai concorrer com colaterais até o 4º grau do *de cujus*, e só tendo direito a um terço da herança?

O legislador não pode deixar de atentar, que hoje, a família é muito diferente da família patriarcal, é menor, menos hierarquizada, onde predomina os laços da afetividade. Em muitos casos os laços de afetividade entre parentes colaterais de 4º, estão quase extintos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram

E o novo Código Civil, que começou a vigorar no terceiro Milênio, dispõe que o convivente sobrevivo, que formou uma família com o falecido, só poderá herdar, sozinho, se não existirem ascendentes, descendentes, nem colaterais até o 4º grau do falecido.

Sem dúvida a lei, não está em consonância com a realidade social, quando estabelece que a pessoa que manteve uma convivência séria, sólida e com a intenção de constituir família, tenha o tratamento disposto no art. 1.790. Assim, nos parece que as normas que integram o art. 1.790, das Disposições Gerais, do Livro IV, merecem urgente revisão.

Num primeiro momento, urge modificar a redação do 1.790 de modo a permitir que seja o(a) companheiro(a) sobrevivente chamado(a) a receber integralmente a herança na falta de descendentes ou ascendentes do *de cujus*, inserindo, expressamente, a figura do companheiro no inciso III do art. 1.829.

E bem conclui Zeno Venoso (2002, p. 255) sobre o injustificável tratamento desigual do companheiro em relação ao cônjuge:

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.

## 7.5 Companheiro casado e separado de fato

O direito sucessório dos conviventes pressupõe a inexistência de cônjuge sobrevivente. Se o *de cujos* era casado, de acordo com o Código Civil de 1916, art. 1.611, prevalecia o direito hereditário do cônjuge viúvo, em relação a união extraconjugal, chamada hoje de concubinária, e portanto, ilícita, por ser adúltera.

Existia a dúvida de pessoa casada, mas separada de fato, que mantenha nova união, pois de acordo com o fator temporal, a alongada e exclusiva convivência com terceiro pode levar ao reconhecimento de uma união estável. Vindo falecer, deixará cônjuge e também companheira sobrevivente. De quem seria a precedência legal para o recebimento da herança? O Código Civil, no art. 1.611, dispunha a precedência para o cônjuge, a lei 8.771/94 favorecia o companheiro.

Diante deste conflito, surgiu uma tese, que não possuía suporte jurídico, mas afigurava senso de justiça, de dividir a herança metade para cada um.

No novo Código, existe no art. 1.723, § 1º, a possibilidade de reconhecimento de união estável envolvendo pessoa casada e separada de fato. A permissão é exceção a regra, pois não se aplica o impedimento previsto no art. 1.521, inc. VI, que trata de a pessoa casada se achar separada de fato.

Além disso, o novo Código dispôs no art. 1.830, que a herança somente será atribuída ao viúvo se não estava separado judicialmente, nem separado de fato há mais de dois anos, salvo prova de que a convivência se tornara impossível, sem culpa do sobrevivente.

Assim, se o casado e separado de fato mantiver outra união caracterizada como estável, o direito sucessório resolve-se à luz do novo Código, pelo fator temporal e pela inexistência ou não, de culpa na separação de fato. Quando inferior a dois anos e independentemente de análise da culpa, ou se superior ao prazo de dois anos, sem culpa do cônjuge sobrevivente, ao cônjuge se atribuirá a herança. Se a separação de fato se deu a mais de dois anos e/ou por reconhecida culpa do cônjuge sobrevivo, a herança será atribuída ao convivente da união estável.

A união estável necessita ser reconhecida, para que surta efeitos no campo de direito sucessório, caso não seja, a herança volta aos sucessores da ordem de vocação hereditária. O convivente somente receberá a herança, se mantida a convivência até a morte do companheiro, porém se ocorrida a dissolução desaparece o direito sucessório.

## **7.6 Sucessão por testamento**

A lei no âmbito da união estável, não impede que o convivente seja contemplado com direitos sucessórios por meio de testamento, como herdeiro instituído ou legatário. Porém deve-se resguardar o direito dos herdeiros necessários à legítima, de acordo com os arts. 1.845 e 1.846 do novo Código.

O testamento não pode ultrapassar a porção disponível, isto é, metade dos bens da herança.

Algumas pessoas, são legalmente impedidas de haver por testamento. O art. 1.719, inc. III do Código Civil de 1.916, proibia a concubina de ser nomeada herdeira ou legatária do testador casado.

O Tribunal Judiciário de São Paulo, diante de situações fáticas e para fazer justiça a companheira de anos de luta, concedia direito a participação nos bens do falecido, se o testador era casado, mas separado de fato por muitos anos.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça (RT 651/170, 08 de agosto de 1.989, 4º turma, rel. Ministro Salvo de Figueiredo) concedeu validade de legado a companheira, diferenciando da concubina, com a seguinte ementa:

Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se construção jurisprudencial a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com suporte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira, afastando a sua incapacidade para receber legado em disposição de última vontade, em exegese restritiva do art. 1.719, III, do CC. Impende dar a lei, especialmente em alguns campos do Direito, interpretação construtiva, teleológica e atualizada.

O novo Código Civil dispõe no art. 1.801, inc. III, que não podem ser nomeados herdeiros nem legatários o concubino do testador casado, salvo se

este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos.

Há contradição deste dispositivo com o disposto no art. 1.723, § 1º, segunda parte, do mesmo Código, que possibilita o reconhecimento de união estável de pessoa casada e separada judicialmente ou de fato. A mesma contradição, encontra-se no conceito de concubinato trazido no art. 1.727 por referir as relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar, sem ressaltar a pessoa casada e separada judicialmente ou de fato (art. 1.723, § 1º CC)

A vedação de outorga testamentária não deve subsistir sendo união estável de pessoa casada e separada judicialmente, bem como, na hipótese de pessoa casada, separada de fato, mas com a ressalva do art. 1.801, III, da separação de fato não decorrer de culpa do testador e perdurar por mais de cinco anos.

De acordo com entendimento de Euclides de Oliveira (2003, p 222):

Compreende-se a vedação de disposição testamentária de pessoa casada ao verdadeiro concubino, pela adulerinidade da segunda união em face de um casamento que se mantenha de direito e de fato. Mas com a ruptura da vida conjugal, abrindo-se caminho para formação de nova família sob o manto da união estável, nada justifica se prolongue a vedação por cinco anos desde a separação de fato e, ainda depois a disso, sob o crivo de discussão da culpa do testador.

José Luiz Gavião de Almeida, entende que houve erro do legislador na categoria utilizada (2003, p. 59)

(...) O novo Código, no art. 1.723, § 1º, segunda parte, estabelece que os separados de fato podem constituir nova união estável. Por isso, separados de fato há mais de cinco anos que constituam família sem casamento não são tratados como concubinos, mas como conviventes. A capacidade testamentária passiva prevista no art. 1.801, III, é do convivente, não do concubino. Errou o legislador na categoria utilizada.

Quanto a sucessão por testamento em favor de filho de concubino com pessoa casada. A Súmula 447 do STF consagra: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adúltero do testador com sua concubina” e o entendimento foi acolhido no novo Código Civil, no art. 1.803: “é lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador.”

## CONCLUSÃO

As uniões informais entre homem e mulher sempre existiram e nasceram espontaneamente na sociedade, caminhando paralelamente ao casamento, sendo num primeiro momento discriminadas pela sociedade e tidas como imorais.

Porém, a convivência livre merecia proteção do Estado, por ser um modo de constituição familiar de inegáveis conseqüências jurídicas, como a responsabilidade dos conviventes para com os filhos em comum, a questão patrimonial, que causava injustiças principalmente para a mulher.

Desta forma mesmo ante as censuras ao concubinato, foi-se descobrindo que era melhor regulamentá-lo do que combatê-lo.

Os problemas decorrentes da união livre eram resolvidos primeiramente por meio da jurisprudência, que já reconhecia o concubinato.

Somente a Constituição Federal de 1.988, no artigo 226, § 3º, reconhece a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar e determina especial proteção do Estado. Essa proteção jurídica abrange os direitos de cunho pessoal e os de natureza patrimonial.

A partir daí, o Estado, veio cada vez mais disciplinando as uniões fáticas, como o fez, através das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, bem como com o novo Código Civil produzindo reflexos no nosso ordenamento jurídico.

A Lei nº 8.971/94, regulou de forma sintética, em três de seus artigos, o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. A Lei nº 9.278/96, regulamentou a norma constitucional (§ 3º, art. 226), e trouxe o instituto do direito real de habitação (art 7º § único). Essas leis marcaram um grande avanço para a união estável.

O novo Código Civil trouxe modificações profundas na sucessão do cônjuge implicando na mudança da ordem de vocação hereditária. Bem andou o legislador ao fazer do cônjuge supérstite concorrente relativamente a descendentes e ascendentes.

Com relação à união estável, o legislador não logrou o mesmo êxito, pois se por um lado trouxe avanços em relação ao Código anterior, assimilando

as conquistas alcançadas pela jurisprudência e doutrina, por outro lado, trás ainda imperfeições e lacunas, problemas estes que somente serão resolvidos ou minimizados com o tempo.

Em síntese, andou mal o legislador do novo Código no trato da matéria da sucessão do convivente, seja pela desigualdade de tratamento em relação ao cônjuge, ou pela limitação da sucessão aos bens adquiridos na constância da união, confundindo assim sucessão com meação, seja por não mais contemplar direitos anteriormente conquistados com o usufruto e o direito real de habitação.

Embora o legislador pátrio tenha reconhecido a existência da união estável atribuindo-lhe status de entidade familiar, surtindo efeitos no mundo jurídico, não considerou a questão sucessória como instituto equivalente e possuidor das mesmas características existentes no casamento. Não havia razão para diferenciar cônjuge e convivente no trato da matéria sucessória, pois a igualdade já tinha sido alcançada anteriormente com as leis da união estável.

Se a união estável é reconhecida como entidade familiar na Constituição Federal, a discrepância estabelecida no novo Código entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar os direitos já conquistados na história, pela sociedade, contraria os fundamentos da Carta Magna.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856*, volume XVIII. José Luiz Gavião de Almeida; Álvaro Vilassa Azevedo (coordenador). São Paulo: Atlas, 2003

AZEVEDO, Álvaro Vilassa. *Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10-01-2002*. 2º Ed. – São Paulo: Atlas, 2002

BACOVIS, Júlio César. *União estável: conversão em casamento & alimentos entre os conviventes*. Curitiba: Juruá, 2003

CAHALI, Francisco José. *Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões*, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; (coordenação Everaldo Augusto Cambler). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

DAL COL, Helder Martinez. *A família à luz do concubinato e da união estável*. 1º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002

DIAS, Maria Berenice e Rodrigo da Cunha Pereira. *Direito de Família e o Novo Código Civil* 3º ed., rev. Atual. e ampl., Belo horizonte: Del Rey, 2003

FIÚZA, Ricardo. *O Novo Código Civil e a união estável*. Texto extraído do **Jus Navegandi**. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2721>. Acesse em 09 set 2004

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo: Uma espécie da família*. 2º edição. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões*, vol 20 (art. 1.784 a 1.856). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. – São Paulo: Saraiva, 2003

OLIVEIRA, Basílio de, 1937. *Concubinato: novos rumos: direitos e deveres dos conviventes na união estável*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997

OLIVEIRA, Euclides Benedito de, *União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil* 6º Ed. Atual e ampl. – São Paulo: Editora Método, 2003

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de, *Alimentos e Sucessão no casamento e na União estável* 3º Edição – Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1997

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004

PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. *Efeitos Patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, São Paulo: RT, 2002

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil, v. 7. direito das sucessões*. 25 ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002) com a colaboração de Zeno Veloso, São Paulo: Saraiva, 2002