

PATRÍCIA KREFT

**APONTAMENTOS SOBRE A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NA UNIÃO
ESTÁVEL**

**CURITIBA
2003**

PATRÍCIA KREFT

**APONTAMENTOS SOBRE A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NA UNIÃO
ESTÁVEL**

**Monografia apresentada ao curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Elimar Szaniawski

**CURITIBA
2003**

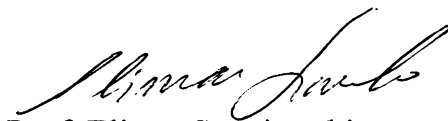
TERMO DE APROVAÇÃO

PATRICIA KREFT

***APONTAMENTOS SOBRE A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NA UNIÃO
ESTÁVEL***

MONOGRAFIA APROVADA COM REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, NA FACULDADE DE DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA BANCA EXAMINADORA FORMADA PELOS PROFESSORES:

Orientador:



Prof. Elimar Szaniawski

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



~~Prof. Antonio Alves do Prado Filho~~

~~Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR~~



Prof. Munir Karam

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 23 outubro de 2003

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
INTRODUÇÃO.....	1
1. A FAMÍLIA.....	2
1.1. <u>Evolução histórica da família: da família primitiva até a família moderna</u>	2
1.2. <u>A família do Código Civil de 1916 e sua superação: rumo a um novo paradigma</u>	6
2. O CONCUBINATO.....	12
2.1. <u>O concubinato no Código Civil de 1916</u>	12
2.2. <u>A evolução jurisprudencial e legislativa para a proteção da família extramatrimonial até seu reconhecimento na Constituição Federal de 1988</u>	16
2.2.1. <u>Concubinato como sociedade de fato</u>	16
2.2.2. <u>A indenização pelos serviços prestados no concubinato</u>	18
2.2.3. <u>A evolução legislativa</u>	20
3. A UNIÃO ESTÁVEL.....	26
3.1. <u>Elementos caracterizadores da união estável</u>	26
3.1.1. <u>Nas Leis nº 8971/94 e 9278/96</u>	26
3.1.2. <u>No novo Código Civil</u>	36
4. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO.....	40
4.1. <u>A sucessão do companheiro antes das Leis nº 8971/94 e 9278/96</u>	40
4.2. <u>Os direitos sucessórios nas Leis nº 8971/94 e 9278/96</u>	41
4.2.1. <u>Direito ao usufruto</u>	43
4.2.2. <u>Direito à herança</u>	47
4.2.3. <u>Direito real de habitação</u>	50
4.3. <u>A sucessão do companheiro no novo Código Civil</u>	52
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	64

RESUMO

Esta monografia procura, inicialmente, abordar a evolução histórica da família: desde a família primitiva até a família contemporânea. Em seguida, trabalha com o concubinato – desde o Código Civil de 1916 até a sua proteção pela jurisprudência no campo do Direito Obrigacional e, posteriormente, seu reconhecimento como entidade familiar na Constituição Federal de 1988 (chamado agora de união estável). Analisados família e concubinato, trata das características para que se configure a união estável, segundo as Leis nº 8971/94 e 9278/96 e o novo Código Civil. Por fim, cuida da sucessão do companheiro – antes e depois das Leis nº 8971/94 e 9278/96 e também após o advento do novo Código Civil.

INTRODUÇÃO

Antes da Constituição Federal de 1988 o chamado concubinato puro não surtia efeitos no âmbito do Direito de Família, e sim, no do Direito Obrigacional. Assim, por força da construção pretoriana, o concubinato surtia alguns efeitos jurídicos.

O art. 226 da Constituição Federal de 1988 trouxe o reconhecimento de entidades familiares não instituídas pelo matrimônio. Sendo assim, além da família oriunda do casamento, passou-se a admitir a união estável como entidade familiar.

Em 1994, promulgou-se a Lei nº 8971 e, em 1996, a Lei nº 9278 – Leis essas que procuraram normatizar a união estável.

No campo do Direito das Sucessões, a Lei nº 8971/94 trouxe o direito do companheiro ao usufruto ou à herança, conforme o caso. A Lei nº 9278/96 acrescentou o direito real de habitação.

Em 2003, entrou em vigor o novo Código Civil, alterando as normas a respeito da sucessão do companheiro.

Dessa forma, este trabalho busca abordar algumas questões sobre a sucessão do companheiro, não deixando de tratar da evolução por que passou a família e o concubinato – para que então se possa compreender qual o caminho percorrido – que culminou na proteção da união estável como entidade familiar.

1. A FAMÍLIA

1.1. Evolução histórica da família: da família primitiva até a família moderna

A família é, sem dúvida alguma, um fato natural, sendo certo que o isolacionismo é repellido pela natureza humana. É da essência do ser humano viver em grupo. Daí a conclusão lógica de que na família há a predominância do caráter social sobre o jurídico. Assim, tem razão Adahyl Lourenço Dias, ao analisar a família, afirmar que “é certo que a família precedeu ao casamento. Enquanto a família é um fato natural, o casamento é uma invenção humana.”¹

Nesse sentido, a família como realidade sociológica, está interligada com os rumos e desvios da História. Sendo assim, ela é mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria História através dos tempos.

Concordando então com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “a família é, por assim dizer, a História, e que a História da família se confunde com a História da própria humanidade.”²

Nessa mesma linha de raciocínio encontra-se a opinião de Luiz Edson Fachin: “parece inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.”³

É por isso que, segundo João Baptista Villela “a evolução da família, as expectativas que suscita, as tensões que provoca, as inseguranças que desperta, os malogros que determina, as esperanças que acende, tudo isto leva à convicção de que não se lhe pode traçar um perfil ideal.”⁴

Em consonância com esta idéia de que a família está intimamente ligada com o processo histórico, é possível classificá-la, sob a ótica do Direito, em: família primitiva; família romana; família medieval; família moderna e família atual (contemporânea).

¹ DIAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1975, p. 10.

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, IBDFAM: Síntese, v.1, nº 1, abr./jun., 1999, p. 7.

³ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

⁴ VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Editora da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 39-40.

Adahyl Lourenço Dias⁵ sustenta que todos os autores entendem ter havido uma família primitiva (anterior à romana), sendo que sua constituição estaria ligada aos seguintes fatores: instinto sexual e conservação da prole. No entanto, tais autores divergem na medida em que uns defendem a presença do matriarcado e outros do patriarcado em tais famílias.

Diante destas divergências, Adahyl Lourenço Dias defende que “é problema realmente difícil, se não audaciosa aventura, fixar-se em linhas rígidas, a traços de régua, como ou qual teria sido a sistemática formadora do primitivo grupo familiar. As deduções variam conforme a predisposição intelectual de quem se dedique ao estudo.”⁶

Sobre este mesmo tema, Luiz Edson Fachin⁷ coloca que há duas interpretações – que não se excluem – acerca da família dita primitiva (adjetivo este que não deve carregar nenhum juízo de valor excludente só porque é anterior à família romana).

Uma delas sustenta que tal família não teve a presença do Direito para ordená-la e, além disso, tal época seria fugidia e indecifrável, tendo em vista a falta de documentos que retratassem a mesma.

A outra corrente vê esta família como uma comunidade na qual não há a autoridade do pai, mas sim a presença do matriarcado, sendo o parentesco decorrente da linhagem feminina.

É importante observar que Luiz Edson Fachin não menciona a corrente que defende a presença do patriarcado na família primitiva.

Partindo então da idéia de que havia o matriarcado, o mencionado autor ensina que quando ocorreu e se consolidou a organização do Estado, o matriarcado e o parentesco da linhagem feminina desmoronaram-se. A autoridade masculina apropriou-se da ordem e das idéias, tanto no Estado como na família.

A partir de então, a família passa a ter suas funções bem distribuídas para cada membro, assim como aconteceu na organização do Estado. O homem, que é pai e marido, passa a ser chefe de família e daí origina-se o poder familiar.

Como bem exprime Luiz Edson Fachin: “na organização do Estado, sobre a comunidade arma-se um ente de abstração que, feito sujeito cogente, ingressa atribuindo funções. Distribui papéis, assenta autoridade. Na edificação do regime da apropriação privada, à história corresponde também a projeção desse estatuto para dentro da família.”⁸

⁵ DIAS, Adahyl Lourenço, ob. cit., p.2-5.

⁶ *Idem*, p. 11.

⁷ FACHIN, Luiz Edson, ob.cit., p. 21.

⁸ *Idem*, p.22.

A partir dessa constatação, pode-se afirmar que a família romana assentou-se na autoridade do *pater familias*, passando ela a ser unidade política, jurídica e religiosa. Tal família unia-se tanto pelos laços de agnação, quanto pelos de cogação⁹.

Segundo Fustel de Coulanges:

o pai é o primeiro junto ao lar; é ele que o acende e o conserva; é o seu pontífice. Em todos os atos religiosos desempenha a função mais elevada; degola a vítima; a sua boca pronuncia a fórmula da oração que deve chamar sobre si e os seus a proteção dos deuses. A família e o culto perpetuam-se por seu intermédio; só o pai representa a cadeia dos descendentes. (...) Quando a morte chegar, o pai será um ser divino que os seus descendentes invocarão.¹⁰

A partir dessa posição tão elevada que a religião coloca o *pater familias* na família romana, não é de se surpreender que ele tinha direito de vida e morte sobre seus filhos.

Dentro desse mesmo contexto, a mulher, que não se encontrava nessa posição elevada:

estava sujeita a seu pai; morto o pai, a seus irmãos e aos seus agnados; casada estava sob tutela do marido; morto o marido, não voltava para sua própria família porque renunciou a esta para sempre pelo casamento sagrado; a viúva ficava submetida à tutela dos agnados de seu marido, isto é, à tutela de seus próprios filhos, se os tivesse, ou, na falta destes, à dos parentes mais próximos do marido. Seu marido tinha tanta autoridade sobre ela que podia, antes de morrer, designar-lhe tutor, e até mesmo escolher-lhe um segundo marido.¹¹

Da mesma forma, os escravos, que eram considerados objetos e não sujeitos, estavam submetidos à autoridade do *pater familias*.

Em linhas gerais, essas eram as principais características da família romana, na qual então cada membro tinha seu lugar e papel bem delimitados.

Na Idade Média, permanece a família com essas mesmas características, mas também sofrendo imensa influência da Igreja e, portanto, do Direito Canônico. Isso significa que, de

⁹ AGNAÇÃO: linha de parentesco civil por oposição ao parentesco natural (ou cogação). A agnação provinha da sujeição, efetiva ou teórica, à *patria potestas* ou à *manus* do mesmo *pater familias*, sem atender a meras relações de consangüinidade. Já a cogação estava ligada a consanguinidade. Conceito extraído do glossário da obra: COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.537.

¹⁰ COULANGES, Fustel de, ob.cit., p. 86

¹¹ *Idem*, p.87.

acordo com a opinião de Luiz Edson Fachin, “edificam-se as regras do Direito Canônico, centrando a família no casamento, portanto, em uma unidade. Não apenas unidade, mas sim união matrimonializada. Casamento e matrimônio, aí sinônimos frutificados na hegemonia da Igreja persistente até a Reforma, cerca de doze séculos após a queda do Império Romano.”¹²

Tal modelo de família – patriarcal, matrimonializada e hierarquizada – chega ao século XIX e então é retratado nas primeiras codificações que ocorreram na Europa ocidental, como é o caso do Código Civil francês de 1804. Desse modo, instaura-se a desigualdade de direitos e deveres, uma vez que se confere ao pai a direção unitária da família.

É importante observar que, conforme explica Ana Carla Harmatiuk Matos, “a idéia do homem como chefe da sociedade conjugal liga-se à necessidade de uma autoridade para se manterem ordem e unidade, tão importantes para o sistema de produção da Grande Família.”¹³ Assim, no ápice da hierarquia estava a instituição família e, logo após, o pai.

Esta família é caracterizada pela transpessoalidade, na medida em que os interesses e missões desta instituição prevalecem sobre os de seus integrantes. Tais missões seriam a de procriação, formação de mão-de-obra, transmissão de patrimônio, fonte de aprendizado individual, dentre outras.

No Direito brasileiro não foi diferente, como bem ensina Paulo Luiz Netto Lôbo:

o Código Civil de 1916 regulava a família patriarcal, que se caracterizava pela hegemonia de poder do pai, pela hierarquização das funções de seus membros, pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres, pela desigualdade de direitos entre filhos de origens diversas (biológicas ou por adoção), pela desconsideração de entidades familiares distintas do casamento, pela ausência de liberdade para dissolução, pelo prevalecimento da linha masculina, pelo predomínio dos interesses de caráter patrimonializante sobre os de caráter afetivo.¹⁴

Assim, é possível identificar quais eram os papéis de cada membro: o homem como provedor, responsável pelo sustento da família; e a mulher como mera reprodutora, restrita ao ambiente doméstico, à administração da casa e à criação dos filhos. Esta família

¹² FACHIN, Luiz Edson, ob. cit., p. 28.

¹³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 24.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O ensino do Direito de Família no Brasil. In: **Repertório de doutrina sobre Direito de Família; aspectos constitucionais, civis e processuais**. vl. 4, São Paulo: RT, 1999, p.307.

hierarquizada, patriarcal e matrimonializada, na qual cada um tem sua função delimitada e onde prevalecem os interesses da instituição e não de cada integrante, segue, no ordenamento jurídico brasileiro, até a segunda metade do século XX.

1.2. A família do Código Civil de 1916 e sua superação: rumo a um novo paradigma

Pode-se seguramente afirmar que as grandes codificações de Direito Privado do século XIX perderam sua função. Fruto da racionalidade que provinha do homem comum burguês, tais códigos “cristalizaram a igualdade formal de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no ‘jus privilegium’, nos locais reservados às pessoas em razão de suas origens.”¹⁵

Ressalte-se que as liberdades e igualdades formais sequer alcançaram a mulher, permanecendo a codificação, no Direito de Família, em fase pré-iluminista. Como bem afirma Paulo Luiz Netto Lôbo, “a mulher foi a grande ausente na codificação.”¹⁶

Em relação aos filhos, os Códigos (inclusive o brasileiro de 1916 cuja concepção é também baseada no liberalismo burguês) os protegiam sobretudo no que diz respeito a seus interesses patrimoniais.

Posteriormente, as mudanças sociais do pós-guerra, a massificação social, a revolução tecnológica, a mundialização da economia, a intensificação da industrialização, todos esses fatores foram determinantes na saída da mulher do lar conjugal, para integrar a força de trabalho e participar do sustento da família.

No Brasil, conforme ensina Ana Carla Harmatiuk Matos:

desde a época da elaboração de nosso Código Civil, muitos acontecimentos vieram a incidir sobre a formação da família brasileira. Basta imaginar-se, para tanto, que de lá para cá tivemos duas guerras mundiais, a Revolução de 1930, o período Vargas, a ditadura militar, o movimento estudantil, o movimento sindical, o movimento *hippie*, a revolução sexual, a inserção da mulher no mercado de trabalho.¹⁷

No que tange à revolução sexual, não se pode esquecer da pílula anticoncepcional, que contribuiu sobremaneira para que as estruturas familiares se modificassem, uma vez que

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto, ob. cit., p.310.

¹⁶ *Idem*, p.310.

¹⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 91.

colaborou para a libertação sexual da mulher. Segundo Michelle Perrot, “ ‘ter um filho quando quero, como quero’ foi o mais popular dos *slogans* do feminismo contemporâneo. A livre disposição de seu corpo, de seu ventre, de seu sexo tornou-se no século XX uma reivindicação prioritária.”¹⁸

Ainda segundo a mesma autora¹⁹, pode-se dizer que surge, nesta época, uma idéia nova de felicidade: ser a gente mesmo, escolher sua profissão, seus amores, sua vida. Esta idéia influenciou fortemente as mulheres.

Diante deste contexto, Ana Carla Harmatiuk Matos²⁰ afirma que essa possibilidade de poder se sustentar, que a mulher passou a ter, tornou-a livre para, em caso de insatisfação na vida conjugal, poder escolher se deseja ou não permanecer com o seu companheiro, sem comprometer suas necessidades materiais. É evidente que tal fato contribuiu diretamente para a modificação do lugar da mulher dentro da estrutura familiar.

Da mesma maneira que todas essas circunstâncias foram decisivas para a libertação feminina e conseqüente choque para a família tradicional, elas também deram ensejo – conforme a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo – “a exigências de liberdade e igualdades materiais e de emersão de novo direitos, para o que a codificação se apresentou inadequada, nomeadamente nas últimas décadas de tantas e rápidas transformações. O direito de família, como parte da codificação civil, sofreu essas vicissitudes em grau mais agudo.”²¹

Diante dessas transformações que ocorriam, várias leis extravagantes foram promulgadas com o objetivo de atender a essas novas condições dominantes.²²

No âmbito do Direito de família, com a Lei n° 883/49, o filho tido fora do casamento pôde ser reconhecido por qualquer dos pais, quando dissolvida a sociedade conjugal.²³ Em 1962, o Estatuto da Mulher Casada, Lei n° 4121, consolidou o início da emancipação da mulher dentro do casamento, passando do *status* de relativamente incapaz para absolutamente capaz para os atos da vida matrimonial, sendo considerada colaboradora do marido na sociedade conjugal. Em 1977 foi promulgada a chamada Lei do Divórcio, Lei n° 6515, possibilitando a dissolução do casamento.²⁴ Observe-se que esta Lei possibilitou o divórcio

¹⁸ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. VEJA 25: Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993, p. 79.

¹⁹ *Idem*, p. 78.

²⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 94.

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto, ob. cit., p. 310.

²² LIRA, Ricardo Pereira, no prefácio do livro: FACHIN, Luiz Edson, ob. cit.

²³ Observe-se que esta Lei n° 883/49 teve alguns artigos e parágrafos acrescidos pelas Leis n° 6515/77 e 7250/84.

²⁴ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. A união estável e o novo Código Civil. Disponível na página da web: [http://www.dereito.org.br/revista/revista.asp?num=111](#). Acesso em 20 de outubro de 2002, p.2.

unitário, isto é, a dissolução por uma só vez, sendo que, posteriormente, a Constituição Federal de 1988 consagrou o divórcio pleno.

Tais Leis supra mencionadas demonstram o surgimento dos denominados microssistemas legais. Ressalte-se que esse fenômeno ocorreu não só no âmbito do Direito de Família, mas sim de todo o Direito Civil, como consequência da superação dos valores consagrados pelo Código e da necessidade de acolhimento, pelo Direito, da nova realidade que se impunha. Assim, diz Francisco Amaral que

como consequência (...) do grande número de leis especiais em relação ao Código Civil, disciplinando, com princípios próprios, matéria então integrada nesse diploma, surgem sistemas específicos, menores, verdadeiros microssistemas legais, como o das sociedades por ações, o estatuto da terra, o do mercado de capitais, o da legislação bancária, o do inquilinato, o da responsabilidade civil, o dos direitos autorais, o dos seguros, o da propriedade industrial, o da proteção ao consumidor, etc.²⁵

Nas relações familiares, após a criação, portanto, de algumas Leis que procuraram atender a realidade social, é a Constituição Federal de 1988 que vai consolidar uma visão de família mais adequada ao seu tempo. Isto porque, segundo Luiz Edson Fachin:

do Código Civil para a Constituição, a perspectiva, no âmbito do Direito de Família, denuncia que um dado conceito geral e abstrato é, quando muito, historicamente válido. Da família patriarcal, matrimonializada e hierarquizada, os moldes contemporâneos abrem a noção para além do casamento civil ou do religioso com efeitos civis, apreendendo a união livre, a união estável e a monoparentalidade. Elasteceu o conceito impulsionado pelas mudanças históricas.²⁶

Ana Carla Harmatiuk Matos assinala que “foi o legislador constitucional quem assentou o ‘divisor de águas’ na concepção jurídica de família, especialmente por intermédio do reconhecimento jurídico da chamada união estável e da reafirmação do princípio da isonomia entre homens e mulheres.”²⁷

²⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, [s.d.], p.148.

²⁶ FACHIN, Luiz Edson, *ob. cit.*, p. 40.

²⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, *ob. cit.*, p. 97.

Dessa forma, na Constituição outra família se apresenta: uma família que não decorre apenas do casamento; família consagrada pela igualdade entre homem e mulher, pela direção diárquica e pelo tipo eudemonista.

Diz o §5º do art. 226 da CF que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Também consequência dessa igualdade, pode-se hoje afirmar que o pátrio poder transformou-se em poder ou autoridade familiar (do pai e da mãe).

Esta é a família contemporânea, na qual não existem mais diferenças entre os papéis do homem e da mulher, havendo, portanto, uma direção diárquica da mesma.

Além disso, nas palavras de Andrée Michel, trazidas por Luiz Edson Fachin: “não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”²⁸

Fica evidente que a família passa a ter uma nova *ratio*: o afeto. Assim, segundo Michelle Perrot, “o lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano.”²⁹ A família então seria um ninho, um local de trocas afetivas, na qual se tenta conciliar as vantagens da solidariedade familiar com as da liberdade individual.

Enfim, pode-se sintetizar a família contemporânea nos dizeres de Silvana Maria Carbonera:

a família contemporânea é tomada como a comunidade de afeto e entre-ajuda, espaço onde as aptidões naturais podem ser potencializadas e sua continuidade só encontra respaldo na existência do afeto. É a família eudemonista, pois traduz o meio onde acentuam-se as relações de sentimento entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais.³⁰

É dentro deste novo paradigma, em que a afeição se torna a *ratio* da família e em torno dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade (não só formal), do pluralismo das entidades familiares, dentre outros, que se pode afirmar que o Direito Civil e,

²⁸ FACHIN, Luiz Edson, ob. cit., p. 291.

²⁹ PERROT, Michelle, ob. cit., p. 81.

³⁰ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.291-92.

em especial, o Direito de Família passaram a ser estudados e interpretados sob a ótica e o prisma da Constituição Federal, a qual então consagrou estas diretrizes.

Nesta perspectiva, o casamento deixou de ser a única forma de constituição familiar. O que se quer é proteger a família, não importando o modo como ela se constituiu. Ao lado do matrimônio, a Constituição Federal reconheceu a união estável e a família monoparental também como entidades familiares. É o que preceitua o art. 226 e seus parágrafos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§1º. O casamento é civil e gratuita a celebração.

§2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Assim, em relação à união estável, a Constituição Federal veio **abraçá-la como** entidade familiar. Isso porque, como será visto no próximo capítulo, o **concubinato, antes da** Constituição de 1988, não surtia efeitos no âmbito do Direito de Família, **mas sim no do** Direito Obrigacional. O atual texto constitucional retirou então a união estável do **limbo da** sociedade de fato para dar-lhe o *status* de entidade familiar.

Evidencia-se que a Constituição Federal de 1988 veio a adequar o ordenamento jurídico à realidade fática que não mais poderia ficar despida de reconhecimento e proteção por parte do Direito.

Esta evolução que sofreu o concubinato será abordada mais detalhadamente no capítulo a seguir.

Cabe, por ora, concluir que:

o casamento não é mais a base única dessa família, questionando-se a idéia da família restritamente matrimonial. Isto se constata por não dever ser mais a formalidade o foco predominante, mas sim o afeto recíproco entre os membros que a compõem, redimensionando-se a valorização jurídica das famílias extramatrimoniais. As atenções devem

voltar-se ao importante papel da família para o bem-estar e o desenvolvimento da sociabilidade de seus membros.³¹

É neste sentido que hoje se afirma que houve uma repersonalização das relações familiares e conseqüente reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988.

³¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 98.

2. O CONCUBINATO

2.1. O concubinato no Código Civil de 1916

Como já afirmado no capítulo anterior, o Código Civil de 1916 traçou um modelo de família: matrimonializada, hierarquizada e patriarcal. Assim, as outras formas de organização familiar que existiam na realidade brasileira não foram representadas na codificação civil.

Este estereótipo de família foi análogo ao que existia nas demais codificações ocidentais que tiveram por inspiração o Código Napoleônico de 1804 e estava coerente com os valores de seu tempo. Além do mais, este modelo de família estava à disposição de determinados interesses predominantes naquele contexto histórico. O Código, naquela época, não quis proteger o concubinato.

Este é o problema da codificação, uma vez que nela está implícita a idéia de estática, de representação de uma determinada época da História. Daí a crítica que hoje se faz diante da promulgação do novo Código Civil.

Assim fica claro que o Código Civil de 1916 não levou em consideração as mudanças de costumes e a pluralidade de formas de família presentes nas diversas relações sociais, excluindo-se as relações não fundadas no casamento.

Quanto às denominações utilizadas para esta forma de união não matrimonializada, Ana Carla Harmatiuk Matos cita algumas: “concubinato, família de fato, casamento de fato, família não formal, união livre, união estável, companheirismo, família extramatrimonial, família não fundada no casamento, entre outras.”³² Ressalte-se que os termos união livre, união estável, companheirismo, família extramatrimonial, família não fundada no casamento, estão sendo utilizados mais recentemente, enquanto que o termo concubinato é próprio da época da família moderna.

As expressões que utilizam o adjetivo “de fato” ou “não formal”, dão a impressão de que estas relações familiares somente têm relevância para o mundo fático e não para o Direito.

A designação união livre abre a possibilidade para se entender que não é necessário estabelecer laços afetivos para constituir família, ou então que não há responsabilidades recíprocas de seus membros.

³² MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 33.

A expressão união estável foi consagrada pela Constituição Federal de 1988 e tem como ponto negativo o fato de a estabilidade – no sentido de inalterabilidade – não ser sua marca mais forte se comparada à dissolução do casamento. Por outro lado, a estabilidade designa uma vontade dirigida a constituir família de forma permanente, duradoura.

As denominações companheirismo, família extramatrimonial, família não fundada no casamento, parecem mais adequadas à realidade abordada.

Todavia, cabe aqui ressaltar que esta monografia utilizará a expressão união estável, uma vez que é ela consagrada na Constituição Federal de 1988 e agora reiterada pelo novo Código Civil.

Não se pode esquecer, por fim, do termo concubinato, tão utilizado nas épocas em que a família estereotipada pelo Código Civil de 1916 estava diretamente ligada à realidade daquele período histórico.

Havia uma construção doutrinária e acatada pela jurisprudência que dividia o concubinato em duas espécies: o impuro e o puro.

No concubinato impuro, os concubinos não poderiam se casar porque havia algum impedimento matrimonial. Daí que este tipo de concubinato poderia ser adúltero ou incestuoso.

No adúltero, ambos ou um dos concubinos possuíam vínculo de casamento com outra pessoa. Seria bilateral na primeira situação e, na segunda, adúltero *a matre* se fosse a mulher impedida de casar e, *a patre* se tal impedimento fosse do homem.

Em seu livro de 1975, Adahyl Lourenço Dias afirmava que o concubinato em sentido estrito seria “a união duradoura, com todo o aspecto de casamento legítimo, notoriedade de afeições recíprocas, vivendo como marido e mulher, respeitando-se mutuamente e coabitando-se sob o mesmo teto.”³³ Este concubinato propriamente dito equivalia ao concubinato puro, no qual então inexistia qualquer impedimento matrimonial, seja para o homem, seja para a mulher.

Diante deste fato, surge a indagação sobre o porquê de tais pessoas não se casarem. A doutrina tenta, dessa forma, elencar algumas causas para o concubinato: “a opção por uma situação de convivência sem os rigores impostos pela lei; antes da possibilidade do rompimento do vínculo de casamento, pelo divórcio, a família não fundada no casamento era

³³ DIAS, Adahyl Lourenço, ob. cit., p. 41.

comum entre aqueles que desejavam reconstituir suas vidas com outros companheiros; um estágio de ‘experiência’ antes da formalização da união; entre outros motivos.”³⁴

José Lamartine e Francisco Muniz ainda afirmam que há razões de ordem prática e econômica para que as pessoas não se casem, “por exemplo, porque, em se casando, a companheira perderia o benefício de uma pensão de viúva da previdência social ou de uma pensão alimentar do primeiro marido (...).”³⁵

Ademais, segundo os mesmos autores, o concubinato também “se apresenta como uma forma usual de vida em comum que decorre da estrutura sócio-econômica de determinadas populações.”³⁶

O concubinato não era então tutelado pelo sistema jurídico civil clássico e, além disso, havia ainda um sentido negativo, pejorativo e imoral que estava intimamente ligado a estas uniões extramatrimoniais. Neste sentido, pode-se mencionar o seguinte julgado: “é admissível a pretensão da apelada de haver uma parte daquele patrimônio adquirido com o concurso do seu trabalho e mesmo das suas economias. Não se cuida de reconhecer direitos decorrentes de concubinato, situação que repugna a moral e que não dá origem a direitos. Trata-se apenas de admitir a cobrança de serviços prestados.”³⁷

Percebe-se que o termo concubinato sempre esteve ligado à mancebia, amasiamento, abarregamento. Isto porque provém do latim *concupere*³⁸ que significa dormir com outra pessoa, ter relação carnal, deitar-se com, entre outros significados.

Consoante Rodrigo da Cunha Pereira:

principalmente entre leigos, a palavra ‘concubina’ não é simplesmente o significado de uma forma de vida, a indicação de estar vivendo com outra pessoa. Quando não é motivo de deboche, é indicativa de uma relação ‘desonesta’. A palavra ‘concubinato’, embora amplamente utilizada entre nós, profissionais do Direito, é sempre evitada pelos leigos e, principalmente, entre aqueles que têm essa forma de vida, preferindo usar ‘viver juntos’, ‘morar juntos’, ‘amigados’, etc.³⁹

³⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 17.

³⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de & MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família (Direito Matrimonial)**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 86.

³⁶ *Idem*, p. 84.

³⁷ Apelação Civil nº 57.609, Tribunal de Justiça de São Paulo, 21-03-52, relator Justino Pinheiro. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 38)

³⁸ DIAS, Adahyl Lourenço, ob. cit., p. 39.

³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997, 15-6.

É por isso que a Constituição de 1988 fala em união estável, de forma a tentar abandonar a expressão concubinato, cujo significado estava mais ligado ao seu tipo impuro e, portanto, carregado de uma carga valorativa negativa.

De acordo com Ana Carla Harmatiuk Matos⁴⁰, o concubinato estava envolto de considerações negativas porque acreditava-se que ele era uma ameaça, um perigo à família dita legítima (matrimonializada), isto é, que poderia contribuir para sua degradação. Além deste fator, “as hostilidades presentes contra aqueles que não contraíram o matrimônio podem também ser vistas como hostilidades às mulheres não casadas, um desvalor conferido à imoralidade de sua conduta sexual fora das justas núpcias.”⁴¹

Em consonância com estes valores negativos agregados ao concubinato, o Código Civil de 1916 estabeleceu nos artigos 248, IV e parágrafo único e 1177 que a mulher casada poderia anular doações feitas pelo marido à concubina; no artigo 1719, III, disse que a concubina do testador casado não poderia ser nomeada herdeira, nem legatária; da mesma maneira o artigo 1474 impediu a concubina de receber seguro de vida de seu companheiro.

Posteriormente, a jurisprudência abrandou tais artigos e o fez distinguindo a concubina da companheira e assim afastando a incidência deles sobre esta última. Com o evoluir do tempo, a jurisprudência então começou a falar em concubinato apenas para relações adúlteras e em companheirismo para as famílias não fundadas no casamento (seria equivalente ao concubinato puro). É a partir daí que se inicia a proteção dessas famílias sem casamento.

Veja-se, como exemplo, o seguinte julgado: “refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se construção jurisprudencial a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com porte 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. 1719, III do Código Civil.”⁴²

Assim, distinguindo a concubina da companheira, a jurisprudência inicia sua construção a fim de proteger as famílias extramatrimoniais.

⁴⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 39.

⁴¹ *Idem*, p. 41.

⁴² Recurso Especial nº 196, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, 08-08-89, relator Min. Sálvio de Figueiredo. (OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 211)

2.2. A evolução jurisprudencial e legislativa para a proteção da família extramatrimonial até seu reconhecimento na Constituição Federal de 1988

2.2.1. Concubinato como sociedade de fato

Diante da reiteração de questões emergentes das famílias extramatrimoniais, a jurisprudência não poderia mais “fechar os olhos” para essa realidade fática, que até então convivia às margens de um sistema legal. Conforme Ana Carla Harmatiuk Matos, “operou-se, então, um paradoxo em nosso sistema jurídico. Tínhamos duas proposições antagônicas: de um lado, nosso Código Civil conferindo, em grande parte, efeitos negativos à família não formada pelo casamento; de outro, o reconhecimento jurisprudencial de que os fatos estavam a impor-se perante o Direito.”⁴³

Aqui fica evidente a importância do papel da hermenêutica jurídica, uma vez que exige um trabalho criativo dos juízes, “(...) desafiando sua argúcia e testando sua formação, na busca de soluções capazes de ensejar a harmonia social e o aperfeiçoamento da ordem jurídica.”⁴⁴

Ainda segundo Plauto Faraco de Azevedo:

é, então, que se mostram as potencialidades do processo hermenêutico, em que se insere o poder criativo dos juízes, adaptando as leis à concretidade dos fatos, precisando-as, modificando-as, suprimindo-lhes as lacunas, em face de novas necessidades humanas ou de caracteres novos que se acresçam a velhos fatos ou, ainda, de formas diversas de valorizar os mesmos fatos, advindas da evolução social.⁴⁵

Como então a jurisprudência viu-se frente à realidade que não mais poderia passar despercebida, passou a conceder efeitos jurídicos ao concubinato. Para tanto, equiparou-o à sociedade de fato e, posteriormente, criou a indenização pelos serviços prestados, como será visto adiante.

⁴³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 47-8.

⁴⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 69.

⁴⁵ *Idem*, p. 69.

Dessa forma, foi editada a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Ressalte-se que tais efeitos conferidos ao concubinato advêm do campo do Direito Obrigacional e não do campo do Direito de Família.

Segundo Rainer Czajkowski, “genericamente, ‘sociedade de fato’ ou ‘irregular’ é aquela não constituída juridicamente mas que, no mundo dos fatos, se amolda ao conceito do art. 1363 do Código Civil brasileiro⁴⁶: ‘celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns’.”⁴⁷

No Direito Comercial, as sociedades de fato não têm personalidade jurídica porque não ocorre a devida inscrição de seus atos constitutivos no Registro que lhes é próprio. Entretanto, tais sociedades exercem suas atividades, isto é, têm existência de fato e, por isso, elas são capazes de gerar alguns efeitos jurídicos.

Com essa idéia de sociedade de fato advinda do Direito Obrigacional e Comercial, tenta-se fazer uma analogia com o concubinato, tomando como base a *affectio societatis*, já que esta significa uma união para um propósito comum.

Todavia, a *affectio* no concubinato é outra: significa amor, carinho, dedicação. Daí que fica evidente a precariedade da analogia, embora represente um grande avanço jurisprudencial no sentido de atribuição de efeitos jurídicos ao concubinato.

Para que então houvesse a partilha dos bens, seria necessário provar o concubinato e a sociedade de fato. Nesse sentido, há o seguinte acórdão: “(...) o simples concubinato não pressupõe a existência de sociedade de fato. A prova dos autos autoriza a conclusão de que, não obstante o longo tempo de união, cada patrimônio se conservava separado, visto que não basta a convivência *more uxorio* para gerar a meação.”⁴⁸

Alguns juízes e doutrinadores entendiam que para haver sociedade de fato, seria necessária uma contribuição direta da mulher. Assim, consoante a lição de Ana Carla Harmatiuk Matos: “apenas aquelas ‘concubinas’ (companheiras) que trabalhassem fora do lar

⁴⁶ Este artigo refere-se ao CCB de 1916. Hoje, o atual Código Civil assim dispõe no seu art. 981: “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

⁴⁷ CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre: à luz da Lei 8971/94 e da Lei 9278/96*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2000, p. 131.

⁴⁸ Apelação nº 10673-6, 1ª CC do Tribunal de Justiça do Paraná, 29-05-90, relator Des. Cordeiro Machado. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato...*, p. 72.)

e trouxessem frutos de sua profissão para acrescer aos bens de sua ‘sociedade de fato’ (família) seriam favorecidas pela Súmula.”⁴⁹

Dessa maneira, conforme esta visão, os serviços domésticos não poderiam ser concebidos como esforço comum à aquisição patrimonial da família.

Posteriormente, outro entendimento mais moderno e evoluído se pronunciou, como é o caso do seguinte julgado: “para que se admita a existência de sociedade de fato entre concubinos não é preciso que ambos hajam fornecido recursos em dinheiro: conforme as circunstâncias, pode-se reconhecer a relevância da contribuição indireta (...)”⁵⁰ Tenta-se então evitar um enriquecimento sem causa.

Dessa maneira, verifica-se que havia duas posições: uma que admitia apenas a contribuição direta para que houvesse a partilha e a outra que admitia tanto a direta quanto a indireta.

Havia, ainda, um outro problema: o do percentual da partilha, já que a Súmula 380 do STF não dispunha sobre o modo pelo qual a partilha deveria ser efetuada. A maioria das decisões foram no sentido de estabelecer uma meação, como se fosse um casamento regido pela comunhão parcial de bens. Veja-se o seguinte julgado: “demonstrando a prova que a formação do patrimônio comum dos concubinos se deu à semelhança do regime matrimonial mais amplo, a melhor solução é a partilha igualitária dos bens que nele se integraram, mercê da contribuição comum.”⁵¹

Note-se que tais questões eram apreciadas nas Varas Cíveis e não nas de Família, uma vez que antes da Constituição Federal de 1988 a união estável não era reconhecida como entidade familiar.

2.2.2. A indenização pelos serviços prestados no concubinato

Segundo Arnaldo Rizzardo⁵² existiam duas situações que podiam se apresentar no concubinato: uma na qual havia formação de capital, o que caracterizaria e constituiria a sociedade de fato e outra na qual não havia formação de patrimônio, mas uma efetiva prestação de serviços pela concubina.

⁴⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 56.

⁵⁰ Apelação nº 38956, 5ª CC do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 19-09-85, relator Des. José Carlos Barbosa Moreira. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato...**, p. 68.)

⁵¹ Apelação nº 589042902, 5ª CC do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 02-08-89, relator Des. Sérgio Pilha da Silva. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato...**, p. 73)

⁵² RIZZARDO, Arnaldo. **Casamento e concubinato: efeitos patrimoniais**. Rio de Janeiro: Aide, 1985, p. 165.

Assim, para aquelas situações em que não houvesse um acréscimo patrimonial durante a vigência do concubinato ou não sendo possível provar o esforço comum, pelo fato de o intérprete excluir a contribuição indireta do significado deste esforço, a jurisprudência criou a indenização pelos serviços prestados, já que, nessa época, não havia o direito de a concubina receber alimentos.

Então, de acordo com o ensinamento de Ana Carla Harmatiuk Matos: “para tutelar os interesses da mulher dedicada aos assuntos do lar e dos filhos ou para protegê-la quando da inexistência de acréscimos patrimoniais durante a união, entendeu-se caber uma indenização pelos serviços prestados.”⁵³

No mesmo sentido pode-se destacar o seguinte julgado: “caracterizada a sociedade de fato e havendo a comprovação da participação da companheira nos bens adquiridos durante o período concubinário, terá ela, em conseqüência, direito à partilha do patrimônio: não se formando o patrimônio comum, faz jus à indenização correspondente aos serviços domésticos prestados.”⁵⁴

Segundo Arnaldo Rizzardo⁵⁵, cabe observar que a doutrina e a jurisprudência não concedem a partilha e a indenização cumulativamente.

Há, ainda, que se lembrar posições segundo as quais não é cabível indenização por serviços prestados pela concubina, na medida em que o sustento que o concubino lhe forneceria seria capaz de suprir tal indenização ou então porque atribuir este direito a concubina importaria em conferir mais benefícios a ela do que à mulher casada.

Este argumento de que a concubina estaria mais protegida do que a mulher casada é facilmente derrubado, uma vez que, nessa época, a concubina não poderia pedir alimentos, pois se entendia que a obrigação alimentar apenas decorria de relações de parentesco e do casamento (entre os cônjuges).

Além disso, esta solução encontrada pela jurisprudência – para proteger as concubinas que viveram numa relação extramatrimonial em que não houve um acréscimo patrimonial ou então que houve, mas que não existiu uma contribuição direta – parece ter sido a melhor, sendo que tentou evitar o enriquecimento sem causa.

Esta indenização estava relacionada com os serviços que a concubina exercia dentro de casa, como: passar e lavar roupas, cozinhar, cuidar dos filhos, costurar, dentre outros.

⁵³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 63-4.

⁵⁴ Apelação nº 119119-5, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 05-11-91, relator Juiz Abreu Leite. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinatos...*, p. 86)

⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo, ob. cit., p. 201.

Desse modo, se tais serviços não fossem prestados pessoalmente pela concubina, a indenização estaria afastada.

No que tange ao *quantum* indenizatório, distanciava-se do critério estabelecido para os alimentos – binômio possibilidade-necessidade –, uma vez que, de modo geral, fixava-se um salário mínimo, como se a concubina tivesse sido uma empregada doméstica.

Para Ana Carla Harmatiuk Matos⁵⁶, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não obstante o debate acerca da manutenção desta criação da indenização pelos serviços prestados, deve ela ser afastada, pois a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar e, como tal, só é possível falar em direito à partilha de bens e a alimentos entre os companheiros, em caso de dissolução.

Há o seguinte posicionamento da jurisprudência que merece ser aqui reproduzido:

Dissolução da sociedade – conseqüências – há que se falar em direito à partilha de bens e não em indenização por serviços prestados, em se tratando de dissolução da sociedade de fato, uma vez que a este tipo de relação aplicam-se as mesmas regras do casamento (...) O vezo de indenizar por serviços domésticos prestados, admitidos por alguns julgados, não tem outra fonte de inspiração senão a ilicitude do enriquecimento sem causa. Todavia, a partir do momento em que o concubinato – chamado por eufemismo união estável – foi guindado à categoria de entidade familiar, já não há motivos para invocar o enriquecimento ilícito como *ratio decidendi* (...) ⁵⁷

Luiz Edson Fachin também concorda com o afastamento da indenização pelos serviços prestados quando diz que “esse entendimento paradoxal e retrógrado ainda permanece mesmo após a Constituição de 1988, apesar de ter representado, num certo estágio, uma expressão admissível de vedação ao enriquecimento sem causa.”⁵⁸

No que se refere à construção jurisprudencial da sociedade de fato, que culminou na Súmula 380 do STF, pode ela ainda hoje ser aplicada: é o caso da dissolução da união de pessoas do mesmo sexo.

2.2.3. A evolução legislativa

⁵⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 74.

⁵⁷ Apelação nº 593021223, 8ª CC do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 21-10-93, relator Des. João Andrades Carvalho. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 74-5)

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson, ob. cit., p. 65.

Também no campo legislativo foi-se reconhecendo alguns efeitos jurídicos ao concubinato, sendo que no âmbito do Direito Previdenciário tal reconhecimento se deu de forma mais significativa. Far-se-á aqui a alusão a alguns desses diplomas legais. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, isso ocorreu porque “com a evolução dos costumes, a exigência de referir-se a este tipo de relação tornou-se inevitável. Foi assim que, aos poucos, foram surgindo na legislação ordinária vários dispositivos que, querendo ou não, tiveram que absorver esta realidade. É a vitória do fato sobre o Direito.”⁵⁹

O Decreto nº 2681 de 1912, que regulava a responsabilidade civil das estradas de ferro, já assegurava à concubina o direito a indenização por morte do companheiro.

Também o Decreto nº 3724/19, que tratava de acidente de trabalho, garantia indenização a todas as pessoas que dependiam do falecido.

No entanto, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, “foi mesmo o Decreto nº 20.465, de 1931, que, substituindo as expressões viúva e esposa pela expressão mulher, firmou o entendimento de que a concubina poderia também ser beneficiária da Previdência Social.”⁶⁰

Pode-se ainda destacar a Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3087/60) – que teve posteriormente alguns de seus dispositivos alterados pelos Decretos-Leis nº 66/66 e 72/66 e pela Lei nº 5890/73 –, já que ela adotou o prazo de 5 (cinco) anos para que a companheira pudesse se tornar beneficiária da Previdência Social.

Em 1984, o Decreto nº 89313 acrescentou que este prazo de cinco anos poderia ser afastado, vale dizer, seria desnecessário se da relação concubinária houvesse filhos.

Note-se que este prazo de cinco anos foi muito utilizado pelos outros ramos do Direito como um parâmetro para que o concubinato gerasse efeitos jurídicos, sendo que, posteriormente, a Lei nº 8971/94, quando regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, incorporou este prazo no seu art. 1º.

Há, ainda, que se fazer alusão a algumas Súmulas que tratavam do direito da companheira, em matéria de Previdência Social:

Súmula 35 do Supremo Tribunal Federal: Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato...*, p. 101.

⁶⁰ *Idem*, p. 95.

Súmula 159 do antigo Tribunal Federal de Recursos: É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.

Súmula 253 do antigo Tribunal Federal de Recursos: A companheira tem direito a concorrer com outros dependentes à pensão militar, sem observância da ordem de preferência.

Súmula 122 do antigo Tribunal Federal de Recursos: A companheira, atendidos os requisitos legais, faz jus à pensão do segurado falecido, quer em concorrência com os filhos do casal, quer em sucessão a estes, não constituindo obstáculo a ocorrência do óbito antes da vigência do Decreto-Lei nº 66, de 1966.

Ressalte-se que, com a Constituição de 1988, exigiu-se nova regulamentação no campo previdenciário e então veio a Lei nº 8213/91 e o Decreto nº 611/92. O art. 13 do referido Decreto assim dispõe:

Art. 13. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

§5º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada.

§6º. Considera-se união estável aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Fora do âmbito do Direito Previdenciário podem ser citadas algumas outras Leis que contemplavam certos efeitos jurídicos para o concubinato, tais como: a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6015/73); a Lei do Inquilinato (tanto a de nº 6649/79 – revogada –, quanto a atual, Lei nº 8245/91); no Regulamento sobre Imposto de Renda (a Lei nº 4242/63 e o atual Decreto nº 1041/94); a Lei do Divórcio (Lei nº 6515/77), dentre outros.

A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6015/73) admite que a mulher use o patronímico de seu companheiro, nos termos dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 57:

Art. 57.

§2º. A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo

dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.

§3º. O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união.

§4º. O pedido de averbação só terá curso, quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensão alimentícia.

Note-se que como ainda naquela época o vínculo matrimonial era indissolúvel, pois a Lei do Divórcio só veio a ser promulgada em 1977, a Lei de Registros Públicos dispôs ser necessário impedimento legal para o casamento decorrente do estado civil de qualquer das partes, para ser possível a averbação e o uso do patronímico.

Quanto então foi promulgada a Lei do Divórcio (Lei nº 6515/77), entendeu-se possível o uso do patronímico, mesmo quando um dos concubinos pudesse converter a separação em divórcio e, por conseguinte, extinguir o vínculo matrimonial. Tem-se o seguinte exemplo da tendência pretoriana:

“Admite-se a adição do patronímico do companheiro, ainda que um dos concubinos seja separado e reúna os requisitos para a conversão da separação em divórcio. A lei prevê, para autorizar o uso e registro do patronímico do companheiro, pela mulher, a condição de solteiros, desquitados ou viúvos.”⁶¹

Há que se observar também que, com a Constituição Federal de 1988, esta Lei precisa ser relida, de modo que se deve admitir a possibilidade de o companheiro averbar o patronímico de sua companheira, uma vez que ficou consagrado o princípio da igualdade entre homem e mulher.

A antiga Lei do Inquilinato (Lei nº 6649/79) estabelecia – como indica Rodrigo da Cunha Pereira – em seu art. 12 que “em caso de morte do locatário, continuariam o direito à locação ajustada ao cônjuge sobrevivente, aos herdeiros necessários e às pessoas que estivessem vivendo sob a dependência econômica do locatário falecido, desde que residissem com ele.”⁶²

⁶¹ Apelação nº 54673-1, 1ª CC do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26-03-85, relator Des. Rangel Dinamarco. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato...*, p. 102)

⁶² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato...*, p. 103.

Percebe-se que com a expressão “dependência econômica”, o legislador abriu espaço para que a concubina pudesse aí ser considerada.

A atual Lei de Locações (Lei nº 8245/91) também prosseguiu com a proteção do concubinato e utilizou a expressão “companheiro”, no lugar de “dependência econômica”:

Art. 12. Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da sociedade concubinária, a locação prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel.

Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e com prazo inferior a 30 (trinta) meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga-se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel:

III – se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio.

Quanto ao imposto de renda, a Lei nº 4242/63 permitiu ao contribuinte abater em sua declaração os encargos com sua companheira, desde que preenchidos certos requisitos.

O Decreto nº 1041/94 assim dispõe:

Art. 83.

§1º. Poderão ser considerados como dependentes, observado o disposto nos artigos 3º, §3º, e 4º, parágrafo único:

a) o cônjuge ou companheiro(a).

Assim, o companheiro ou companheira podem ser considerados dependentes para efeito de dedução do rendimento tributável.

Por fim, é possível mencionar a Lei do Divórcio (Lei nº 6515/77) que representou uma adesão à nova concepção de família, uma vez que permitiu a dissolução do vínculo conjugal. Dessa maneira, na lição de Ana Carla Harmatiuk Matos, “muitos cônjuges separados de fato, os quais passaram a viver em ‘concubinato’, puderam ter sua situação de

vida reconhecida pelo ordenamento jurídico. Aliou-se, à liberdade de constituir a família, a liberdade de desconstituí-la.”⁶³

Pode-se então concluir que após todas essas evoluções jurisprudenciais e legislativas, a Constituição Federal de 1988 apontou para a mesma direção, qual seja, a de reconhecimento do concubinato – agora união estável – como entidade familiar, visto que novos valores informam a família, como já analisado no primeiro capítulo do presente trabalho.

⁶³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, ob. cit., p. 86.

3. A UNIÃO ESTÁVEL

3.1. Elementos caracterizadores da união estável

3.1.1. Nas Leis nº 8971/94 e 9278/96

Com o advento da Constituição de 1988 houve, pois, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, sendo que somente em 1994 foi promulgada a Lei nº 8971, a qual buscou estabelecer normas para tal entidade e, em seguida, a Lei nº 9278/96.

Merece aqui destaque o paradoxo que se instaurou, como demonstra Rodrigo da Cunha Pereira: “aqueles que não querem se adequar às formalidades e regras do casamento civil ficam sem alternativa, pois a regulamentação da união estável está cada vez mais próxima à de um casamento formal.”⁶⁴

Sérgio Gischkow Pereira, manifesta-se discordando de João Baptista Villela: “não concordo com a opinião do ilustre jurista, com toda a vênua, quando se revela contra a existência de quaisquer leis que regulem o companheirismo ou união estável (...). Afinal, o objetivo destas leis seria atender a situações de injustiça, que, aliás, levaram os tribunais a construir, colimando amparar os concubinos (...)”⁶⁵

Prossegue o referido autor dizendo que: “assim, por exemplo, assegurando o direito alimentar e o direito hereditário, que, segundo doutrina e jurisprudência absolutamente dominantes no Brasil, não poderiam existir no companheirismo se não houvesse lei expressa concedendo tais direitos.”⁶⁶

A Lei nº 8971/94 regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. O art 1º da referida Lei trouxe os requisitos para que se configurasse a união estável, de forma que ela pudesse então gerar efeitos e, conseqüentemente, estar tutelada pelo ordenamento jurídico, como uma forma familiar.

Tal artigo assim dispõe:

⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 219.

⁶⁵ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Concubinato – união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 40.

⁶⁶ *Idem*, p. 40.

Art. 1º. A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

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

Dessa maneira, a Lei nº 8971/94 estipulou o prazo de mais de cinco anos, ou a existência de prole, como um dos requisitos da união estável. Ressalte-se que a dispensa do lapso temporal superior a cinco anos no caso de haver prole não significava a dispensa da comprovação do companheirismo, uma vez que a existência de filho(s) poderia ter sido fruto de uma mera relação sexual ocasional ou de uma relação amorosa transitória, efêmera.

A Lei nº 9278/96, por sua vez, abandonou este prazo superior a cinco anos ou a existência de prole. Em seu art. 1º, esta Lei estabeleceu que:

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

Assim, esta Lei, de forma acertada, não estipulou prazo mínimo para que a união estável pudesse existir. Isso porque, como bem expõe Rodrigo da Cunha Pereira: “pode ser que uma relação entre homem e mulher, com 30 anos de duração, seja apenas um namoro. Pode ser que uma relação de apenas um ou dois anos constitua uma família. Ou seja, não é o tempo com determinação de x ou y meses, ou anos, que deverá caracterizar ou descaracterizar uma relação como união estável.”⁶⁷

No mesmo sentido se manifesta José Sebastião de Oliveira, ao afirmar que: “seria absurdo supor que às vésperas de se completar o prazo de cinco anos não se pudesse falar em união estável e poucos dias após já se ostentasse esta qualidade, e dizer que, em situações

⁶⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da união...**, p. 210.

como essas, o limite temporal deve ser abrandado é confirmar, *data venia*, o equívoco da prefixação do limite temporal.”⁶⁸

Posição contrária a essa é encontrada num artigo escrito por Sérgio Gischkow Pereira, em 1999, no qual então ele defende a manutenção do prazo mínimo de cinco anos para que haja união estável. O mencionado autor assim se pronuncia: “(...) convenci-me de que se deve exigir o tempo mínimo de cinco anos, podendo haver compreensão diversa em hipótese de existência de prole ou de ocorrência de vida sob o mesmo teto, acompanhada de elementos probatórios que demonstrem a intenção de se unir estavelmente.”⁶⁹

A justificativa que o autor utiliza para se manifestar favoravelmente à existência de prazo mínimo é a seguinte: “se assim não for, a consequência poderá ser extremamente perniciosa a médio e longo prazos, com a quebra de toda a espontaneidade nas relações erótico-afetivas! Os seres humanos se aproximarão uns dos outros em busca de vantagens financeiras e econômicas, vendo no seu semelhante apenas um cifrão.”⁷⁰

Parece que a melhor posição é a primeira. Isto porque, como já dito por José Sebastião de Oliveira e acima reproduzido, admitir a possibilidade de abrandamentos ao lapso temporal, é admitir que não procede a idéia de pré-estabelecimento de prazo.

Além disso, quanto à fundamentação, não parece ela ser verdadeira, com a devida vênia, uma vez que não é possível afirmar que o amor, as relações de afeto deixarão de existir e que ficarão apenas relações interesseiras. Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado: “porque, de regra, um homem e uma mulher não se atraem, entregam, nem vinculam sob firme ou fugaz expectativa de estabilidade e perseverança, compelidos por cálculos imediatos de proveitos econômicos, senão para satisfazer anseios de realização pessoal, ditados por imperativos inconscientes e profundos, a cooperação decisiva é a pessoa do outro.”⁷¹

Assim, andou bem a Lei n.º 9278/96 ao falar em “convivência duradoura”, já que deixou a critério do juiz analisar, em cada caso concreto, se a união é ou não duradoura. José Sebastião de Oliveira diz que “ (...) não são simples encontros esporádicos e amorosos que alcançarão o relacionamento à categoria de entidade familiar. A durabilidade é uma qualidade que só será sentida através do nível de tensão dos laços mantidos entre os companheiros. Se

⁶⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: RT, 2002, p. 185.

⁶⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow, ob. cit., p. 38.

⁷⁰ *Idem*, p. 38.

⁷¹ Acórdão n.º 145071/5, Tribunal de Justiça de São Paulo, 17-12-91, relator Des. César Peluso. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da união...**, p. 220)

vivem juntos, partilham uma vida a dois em todos os momentos (bons ou ruins), viajam juntos etc., ter-se-á grande probabilidade de a união ser reconhecida como duradoura.”⁷²

Conseqüentemente, como destaca J.M. Leoni Lopes de Oliveira, “com a vigência da Lei n° 9278/96, não mais se exige um prazo mínimo, como caracterizador da união estável, estando, portanto, nesta parte, derogado o art. 1° da Lei n° 8971/94, que exigia, na união estável, sem prole, que a convivência fosse de mais de cinco anos.”⁷³

É possível, dessa maneira, concordar com Artur Oscar de Oliveira Deda que assim afirma: “o pensamento dominante é que melhor fora deixar à doutrina e jurisprudência a fixação do lapso de tempo, tendo em vista as circunstâncias de cada caso, para o reconhecimento da solidez da união informal.”⁷⁴

Uma outra característica da união estável é a continuidade que, juntamente com a durabilidade, torna a relação estável. Também está prevista no art. 1° da Lei 9278/96.

Pode-se afirmar que a continuidade significa uma relação sem interrupções, com a ressalva de que, por exemplo, a viagem a negócios ou para estudo, a reconciliação logo após um desentendimento, não afetam esta continuidade.

Neste sentido, não há que se indagar acerca da personalidade e da postura psicológica dos parceiros, isto é, não há que se questionar se o relacionamento é conturbado ou tranqüilo, para se saber se há ou não continuidade. Para Rainer Czajkowski, a relação é contínua, “se o passar do tempo não destrói entre eles algum tipo de atração, a afinidade sentimental, a convivência, a vontade de manter a vinculação.”⁷⁵

É, portanto, com a conjugação da durabilidade e da continuidade que se tem a estabilidade da união, cujo escopo é o de afastar da proteção as relações sexuais avulsas, descompromissadas e também as relações de convivência passageira, visto que tais uniões prescindem do afeto que é típico de uma família.

Um outro requisito, exigido pela Lei n° 8971/94, para a configuração da união estável era, como se depreende do art. 1°, que o homem e a mulher fossem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos. A Lei n° 9278/96 omitiu essa exigência.

⁷² OLIVEIRA, José Sebastião de, ob. cit., p. 187.

⁷³ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de, ob. cit., p. 104.

⁷⁴ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A união estável no projeto de Código Civil. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 777, ano 89, jul/2000, p. 80.

⁷⁵ CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 90.

Com isso, tal restrição quanto ao estado civil dos companheiros foi revogada pela Lei nº 9278/96, podendo, portanto, os casados, desde que, pelo menos, separados de fato, constituírem união estável, embora ainda existam opiniões contrárias.⁷⁶

Percebe-se que a Lei nº 9278/96 elasteceu o conceito, de forma a amparar aqueles que apenas continuavam casados formalmente, mas que, de fato, estavam separados e então mantendo outra relação. Nesse contexto, fica fácil concordar com Rodrigo da Cunha Pereira que assim ensina: “tal abertura conceitual significa, em última análise, a compreensão de que o verdadeiro casamento se sustenta no afeto, não nas reminiscências cartoriais. O Direito deve proteger a essência, muito mais do que a forma ou a formalidade.”⁷⁷

No mesmo sentido se posiciona José Sebastião de Oliveira: “aqueles que, após terminarem, de fato e com demonstração de definitividade, um relacionamento conjugal, unirem-se estavelmente a outra pessoa e com a qual estejam vivendo em harmonia, constituem sim uma família digna de proteção pelo Estado como todas as outras.”⁷⁸

Outra característica da união estável é a publicidade, de acordo com o art. 1º do Estatuto da Convivência (Lei nº 9278/96).

Segundo J.M. Leoni Lopes de Oliveira, a convivência pública “se dá em público, não é uma convivência secreta.”⁷⁹

Tal exigência, segundo Rainer Czajkowski, “pretende afastar da idéia de família informal as uniões ilícitas e, mais especificamente, as adúlteras. Esconde-se a amante para não comprometer o casamento; com a amante escondida não se forma família.”⁸⁰ Cumpre aqui esclarecer que mesmo se houvesse publicidade, tal união, ainda assim, não seria protegida no âmbito do Direito de Família, pois, segundo o mesmo autor:

Além do aspecto moral e lógico de que o Estado não poderia proteger a relação de um cônjuge com terceiro, em adultério, porque estaria acobertando infração ao dever conjugal da fidelidade; há o aspecto de ser inviável o cônjuge adúltero, além de sua família constituída pelo casamento, formar outra, paralelamente, relacionando-se com esposa e concubina concomitantemente (ou, ao contrário, relacionando-se com marido e concubino) e até, quem sabe, sobrevirem filhos de ambas (ou ambos). É inviável no sentido de ser juridicamente

⁷⁶ Observe-se que o novo Código Civil acabou com esta divergência no §1º do seu art. 1723, como será visto no próximo item.

⁷⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união...*, p. 212.

⁷⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de, ob. cit., p. 190.

⁷⁹ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de, ob. cit., p. 109.

⁸⁰ CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 92.

inaceitável. Quando ocorrer tal situação, na prática, o mais correto é indicar que o adúltero continua integrando tão-só a família constituída pelo matrimônio.⁸¹

Rainer Czajkowski⁸² esclarece que não se está aí estabelecendo uma preferência pelo casamento. O que ocorre é que a união originou-se de um adultério – ilícito civil – e, portanto, não há aí que se falar em entidade familiar prevista na Constituição Federal.

A publicidade é uma característica que tem também a finalidade de tentar facilitar a comprovação da união estável, pois a ocultação gera a ignorância do fato e então implica na dificuldade de prova. É por isso que há autores que entendem que a publicidade não se trata, propriamente, de elemento constitutivo da união estável. Esta é a visão de José Sebastião de Oliveira: “os companheiros vivem para si e não para a sociedade. Logo, não se devem colocar à mostra para o ambiente social se assim não quiserem. Todavia, é através da notoriedade, por mínima que seja, que se poderá atestar a existência ou não do relacionamento estável. Trata-se, todavia, em nosso sentir, de questão mais ligada a meio de prova do que, propriamente, elemento constitutivo da união estável.”⁸³

Também para Rainer Czajkowski, não se pode exigir que a relação seja pública, por conta do direito à intimidade e à privacidade. Daí que, para ele, “é impróprio, a rigor, falar de publicidade ou notoriedade,(...) mas é razoável entender que a relação não seja absolutamente secreta, em outras palavras, levando mais em conta o aspecto probatório do que seu conteúdo, é necessário que se consiga demonstrar a união por meio de alguma evidência, de alguma exteriorização perceptível perante terceiros, em maior ou menor amplitude.”⁸⁴

Ainda em relação à publicidade, é importante ressaltar que não significa necessariamente aparência de casamento, ou seja, não importa se terceiros sabem que os companheiros não são casados. O que importa é saberem se houve uma comunhão de vida estável entre eles.

A diversidade de sexos é, sem dúvida nenhuma, outro requisito da união estável. A Constituição é bem clara nesse aspecto: fala que “(...) é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (...)” (art.226, §3º).

⁸¹ CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 65-6.

⁸² *Idem*, p. 66.

⁸³ OLIVEIRA, José Sebastião de, ob. cit., p. 188.

⁸⁴ CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 93-4.

A Lei nº 8971/94, em conformidade com a Constituição vigente, excluiu as uniões homossexuais da proteção quando afirma: “a companheira comprovada de um homem (...)” e “igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher (...)” (art. 1º e parágrafo único, respectivamente).

A Lei nº 9278/96, na mesma linha, tratou da diversidade de sexos: “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher (...)” (art. 1º).

É por isso que, segundo J.M. Leoni Lopes de Oliveira, “a união entre pessoas do mesmo sexo não dará origem à união estável, mas, desde que demonstrada a aquisição de patrimônio com esforço comum, servirá de base para pedido de dissolução de sociedade de fato, como vem sido admitido pela jurisprudência pátria.”⁸⁵

Evidente, portanto, que não se considerou a união homossexual como entidade familiar, sendo que tal relação poderá apenas ser reconhecida como sociedade de fato, como ocorria antes da vigência da Constituição de 1988, com o chamado concubinato.

Esta exigência de dualidade de sexos é explicada por Rainer Czajkowski:

Não se trata, em princípio, de perquirir sobre a qualidade física ou psicológica das relações sexuais entre homossexuais, nem emitir sobre tais relações qualquer julgamento moral (...). O problema é que, em face de algum filho existente, ou pelo menos potencial, duas pessoas do mesmo sexo e homossexuais entre si não podem assumir, concomitantemente, o papel de pai e de mãe. Ter-se-á sempre, por força de intransponível condicionamento biológico, dois pais ou duas mães. Nesta medida, as relações homossexuais – mesmo que exista descendência natural de um deles ou a presença de um filho adotado – agride a idéia de família num dos elementos que lhe é mais próprio. No máximo a entidade familiar se configura, neste caso, com um dos parceiros e seu filho natural ou adotado, por força do art. 226, §4º, da Constituição, com exclusão necessária do outro parceiro do mesmo sexo.⁸⁶

Há, ainda, outras características que, de acordo com Rainer Czajkowski, informam aquilo que, no mínimo, deve conter uma relação para que ela possa ser considerada uma família e então ser caracterizada como união estável.

⁸⁵ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de, ob. cit., p. 85.

⁸⁶ CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 71-3.

Este autor⁸⁷ faz a divisão do conteúdo mínimo da relação da seguinte maneira: o elemento subjetivo; o objetivo de constituir família e a assistência material.

O elemento subjetivo traz os seguintes aspectos da união estável: respeito e consideração, assistência moral e convivência.

O respeito e a consideração, assim como a assistência moral, estão previstos como direitos e deveres dos conviventes, no art. 2º, I e II da Lei nº 9278/96. Tais requisitos são decorrentes do vínculo afetivo existente entre os companheiros. São conseqüências lógicas de tal vínculo.

É por isso que a Lei nº 9278/96 não tratou tais requisitos no conceito de união estável, na medida em que o conteúdo essencial da união é o vínculo afetivo.

Consoante Rainer Czajkowski:

Pode-se, então, afirmar: eventual desrespeito ou desconsideração não descaracterizam obrigatoriamente a união estável, mas desrespeito ou desconsideração sistemáticos indicam a falta de afeto e, portanto, explicam a ruptura da união. A inobservância deste dever e a violação a este direito definem quem causou a dissolução da união, acarretando diversos reflexos. Exemplificativamente: influem na fixação da guarda dos filhos (no campo pessoal); fundamentam eventual responsabilidade civil por danos morais (no campo material).⁸⁸

Entretanto, hoje não se pode mais afirmar que eventual desrespeito ou desconsideração influenciem na fixação da guarda dos filhos. Podem sim ensejar uma indenização por danos morais.

Ainda em relação ao dever de respeito e consideração, cabe a discussão acerca da fidelidade. A Lei nº 9278/96 não criou o dever de fidelidade entre os conviventes, mas o não respeito à fidelidade leva à falta de respeito e consideração, já que, nas palavras de Rainer Czajkowski, “a exclusividade nas relações sexuais, (...) revela dedicação de um para o outro; é exercício de respeito e consideração.”⁸⁹

Daí que a infidelidade, assim como qualquer outra falta de respeito e consideração, só assume maior relevância quando é causa de ruptura da união, na medida em que pode ensejar uma responsabilização por danos morais. Assim, a infidelidade é insuficiente para descaracterizar a união estável.

⁸⁷ CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 75.

⁸⁸ *Idem*, p. 76.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 99.

Entretanto, segundo Rainer Czajkowski, em situações extremadas, como aquelas em que há “relações sexuais múltiplas com terceiros, permitidas e toleradas por um parceiro ao outro, comprometem irreversivelmente a configuração desta união como entidade familiar, pela ausência de respeito e dignidade (...)”⁹⁰

José Sebastião de Oliveira, diferentemente de Rainer Czajkowski, defende que se houver infidelidade, não há que se falar em união estável, na medida em que “o desregramento sexual com outras pessoas só vem a demonstrar a total falta de ligação afetiva entre os companheiros.”⁹¹

Parece mais acertada a opinião de Rainer Czajkowski, pois há casos de infidelidade que não são capazes de acabar com a relação dos parceiros. Como já acima explicitado, a infidelidade só adquirirá importância se for a causadora da ruptura da relação ou então naquelas situações extremadas de desregramento sexual.

Da mesma maneira deve ser conduzida a falta de assistência moral: pode ela, se reiterada, apontar para a extinção do vínculo afetivo e, conseqüentemente, para a ruptura da união. A partir disso, é possível indicar quem violou este direito e daí poderá decorrer uma indenização por danos morais.

A convivência, diferentemente do respeito e consideração mútuos e da assistência moral, está prevista no conceito da união estável, de acordo com o art. 1º da Lei 9278/96.

A Lei nº 8971/94 também tratou da convivência, ao dizer, no art. 1º: “(...) que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos (...)”.

Observe-se que convivência não quer significar vida em comum sob o mesmo teto (*more uxorio*). Como ensina Rainer Czajkowski, “convivência explica-se bem por participação de um na vida do outro, é entrosamento de vidas.”⁹²

Todavia, há posições contrárias, como a de J. M. Leoni Lopes de Oliveira, quando fala em coabitação: “com essa característica, exige-se que os conviventes morem sob o mesmo teto, mantendo vida como se casados fossem. É necessário que os conviventes tenham o mesmo domicílio.”⁹³

Na verdade, a convivência *more uxorio* é uma característica secundária, assim como o são, por exemplo, a dependência econômica e a existência de filhos, isto é, são elementos que

⁹⁰ CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 100.

⁹¹ OLIVEIRA, José Sebastião de, ob. cit., p. 189.

⁹² CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 77.

⁹³ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de, ob. cit., p. 95.

não são indispensáveis à caracterização da união estável, mas que ajudam a reforçar a existência dela, se se fizerem presentes.

Nesta linha de pensamento está a Súmula 382 do STF, que diz: “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

Rainer Czajkowski⁹⁴ ainda explica que a união estável não precisa identificar-se ou assemelhar-se ao casamento, na medida em que nenhuma lei exige, para a configuração da mesma, aparência de casamento. Daí não ser necessária a convivência *more uxorio* para caracterização desta união.

O segundo elemento do conteúdo mínimo da relação é o objetivo de constituição de família. Este vem expresso no art. 1º da Lei nº 9278/96. Tal requisito não envolve necessariamente a idéia de atividade sexual entre os conviventes, nem a de que deva existir prole.

O que deve haver, segundo Rainer Czajkowski⁹⁵, é a possibilidade, ainda que potencial, de haver relações sexuais entre os parceiros.

Consoante o mesmo autor, neste objetivo de constituição de família, “o que é absolutamente necessário é que a partir de um momento, e por um período mais ou menos prolongado, exista a vontade de estabelecer uma comunhão de vida, uma vinculação íntima entre o homem e a mulher.”⁹⁶

Destaque-se que esta vontade de constituir família, isto é, de fazer a união prolongar-se no tempo, deve ser recíproca.

J. M. Leoni Lopes de Oliveira afirma que “a constituição de uma família deve ser o alvo ou desígnio dos conviventes.”⁹⁷

Tome-se como exemplo uma mulher que tenha vivido com um homem, num mesmo apartamento, por vários anos, apenas para divisão de despesas. Neste exemplo fica claro que não existia um vínculo afetivo entre eles e nem o objetivo de constituir família; daí não ser possível falar em união estável.

Por fim, há a assistência material como integrante do conteúdo mínimo da união estável.

Conforme Rainer Czajkowski, “assistência material é apoio, ajuda econômica entre os parceiros”⁹⁸ e tem duas conotações.

⁹⁴ CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 98.

⁹⁵ *Idem*, p. 80.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 82-3.

⁹⁷ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de, ob. cit., p. 114.

A primeira significa gastos cotidianos, como a conta do restaurante, do táxi, etc.

Já a segunda é mais significativa e corresponde a um verdadeiro investimento de um parceiro no outro, como, por exemplo, o pagamento de seus estudos.

Cumpra aqui observar que não importa se ambos os companheiros sejam independentes economicamente e então que não precisem da ajuda econômica do outro, pois sempre haverá esta assistência material, já que é inerente a qualquer comunhão de vidas.

É nisto que se diferencia a assistência material, como conteúdo mínimo da relação, da assistência material prevista entre os direitos e deveres dos conviventes no art. 2º, II, da Lei nº 9278/96. Neste último caso, deve haver necessidade para que então se possa pedir alimentos, após o rompimento da relação.

Estas são, portanto, as características necessárias para a configuração da união estável, de acordo com as Leis nº 8971/94 – que foi em parte revogada, como já analisado – e nº 9278/96.

Necessário observar que tais características diferem de autor para autor e que então tomou-se como parâmetro a obra de Rainer Czajkowski, por tratar a matéria de forma mais profunda e detalhada.

Cabe aqui também esclarecer que não serão abordados outros temas relacionados com a união estável, tais como a questão de alimentos; a conversão da união estável em casamento; dentre outros, pois a investigação de cada um dos temas que tal estudo, com certeza, suscita, não se mostra compatível nem com os propósitos, nem com os limites desta monografia.

3.1.2. No novo Código Civil

Antes de se estudar a sucessão do companheiro na união estável, é preciso verificar as características da união estável no novo Código Civil.

O novo Código Civil dedica o Título III, do Livro IV (Do Direito de Família) à união estável (arts. 1723 a 1727). Há também outras disposições esparsas em outros capítulos, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1694) e de Direito Sucessório do companheiro (art. 1790) – este último será objeto de análise no próximo capítulo deste trabalho.

⁹⁸ CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 85.

Cumpra aqui ressaltar que serão apenas tratados os artigos que tiverem pertinência com o presente trabalho.

O art. 1723 do novo Código Civil traz a conceituação da união estável:

Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Percebe-se que o referido artigo praticamente reproduziu o art. 1º da Lei nº 9278/96, havendo apenas uma mudança na redação, que não lhe altera o conteúdo. Assim, o art. 1723 fixa elementos mínimos para a configuração da união estável, como a convivência pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituição de família, entre um homem e uma mulher.

Tais pressupostos já foram analisados no item anterior⁹⁹.

O §1º do art. 1723, por sua vez, inova ao estabelecer que a união estável não poderá ser constituída se houver algum impedimento matrimonial previsto no art. 1521. Mas, na segunda parte deste mesmo parágrafo, há uma exceção: no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente, não se aplica o inciso VI do art. 1521:

Art. 1723.

§1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Assim, fica resolvida a discussão que antes havia acerca do estado civil dos companheiros, em face do impedimento por serem casados.

Deve-se observar que não foi fixado um prazo mínimo para a configuração da separação de fato, ficando, portanto, a cargo da doutrina e da jurisprudência fixar entendimento sobre o assunto.

⁹⁹ Supra, p. 27 e seguintes.

O §2º do art. 1723 prevê que as causas suspensivas para o casamento não impedirão a caracterização da união estável:

Art. 1723.

§2º. As causas suspensivas do art. 1523 não impedirão a caracterização da união estável.

O art. 1724 trata dos direitos e deveres dos companheiros:

Art. 1724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Em comparação ao art. 2º da Lei nº 9278/96, o novo Código Civil acrescenta apenas o dever de lealdade – que já era considerado decorrente do dever de respeito e consideração mútuos.

Por fim, deve-se mencionar o art. 1727, que retoma a denominação concubinato, dispondo que:

Art. 1727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Assim, o legislador quis distinguir o concubinato da união estável.

Segundo Euclides Benedito de Oliveira, “seria desnecessária essa menção explícita ao concubinato, mesmo porque outras situações existem que refogem ao figurino da união estável, ainda mesmo com a presença de homem e mulher sem impedimentos matrimoniais, desde que a união se desfigure por falta de publicidade, duração ou continuidade (situação de meros amantes ocasionais).”¹⁰⁰

Além disso, o artigo apenas fala em “impedidos de casar”, sendo que deveria ter dito: exceto os separados de fato ou judicialmente, na medida em que, como já visto, há permissão

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento – antes e depois do novo Código Civil**. 6ª ed., São Paulo: Método, 2003, p. 107.

para a configuração da união estável nestas hipóteses (art. 1723, §1º) e, sendo assim, não há aí que se falar em concubinato.

Estas são então as considerações necessárias sobre as características da união estável no novo Código Civil.

4. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Apontadas as características ou pressupostos da união estável, é possível analisar os direitos sucessórios dos companheiros.

4.1. A sucessão do companheiro antes das Leis nº 8971/94 e 9278/96

Antes da regulamentação da união estável, não existiam direitos sucessórios legais entre companheiros. O que havia era o direito à partilha de bens adquiridos com o esforço comum (Súmula 380 do STF), tanto em caso de morte quanto de ruptura em vida.

Assim, como já analisado no item 2.2.1.¹⁰¹, a jurisprudência entendia que, provada a sociedade de fato e em havendo a morte do companheiro, o sobrevivente teria direito à partilha, em percentual variável, conforme a contribuição¹⁰² prestada pelo interessado.

Na verdade, cuidava-se então de uma participação equiparável à meação patrimonial, construída pela jurisprudência, e não de direito à herança. Isso porque direito à meação não se confunde com direito à herança. Como bem expõe Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, meação “trata-se de hipótese que põe termo ao estado de indivisão em que se encontravam os bens adquiridos na constância do concubinato, com o esforço conjunto de ambas as partes.”¹⁰³

Essa era então a forma encontrada pela jurisprudência para proteger o companheiro tanto nos casos de dissolução em vida, quanto nos casos de ruptura por morte.

É importante destacar que não era possível o reconhecimento da sociedade concubinária – para que então houvesse a partilha garantida pela Súmula 380 do STF – dentro do processo de inventário, exceto se houvesse a concordância, a respeito do ingresso do companheiro ou companheira, de todos os herdeiros, com capacidade para transigir. Assim, se houvesse divergência, ou ainda, menores, incapazes, seria necessário primeiro a obtenção da declaração judicial da condição de companheiro(a) do *de cuius*, para depois haver o ingresso no inventário, sendo que inexistia a possibilidade de reserva de bens, haja vista que esta se trata de medida destinada apenas aos herdeiros. Como o que estava previsto na Súmula 380

¹⁰¹ Supra, p. 16-7.

¹⁰² Lembre-se aqui daquela divergência jurisprudencial que havia em considerar ou não a contribuição indireta.

¹⁰³ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 236.

do STF não se tratava de direito à herança, mas sim de uma espécie equiparável à meação, havia então quem entendesse não ser possível a aplicação do art. 1001 do CPC.¹⁰⁴

Entretanto, Cláudia Grieco Tabosa Pessoa esclarece que “antes da edição da Lei n. 8971/94, é bom que se diga, havia controvérsia acerca da possibilidade de requerimento por parte dos concubinos de reservas de bens em inventário, nos termos do art. 1.001 do Código de Processo Civil.”¹⁰⁵

Dessa maneira, prossegue a referida autora explicando que “a orientação da doutrina e da jurisprudência não se apresentava uniforme; se de um lado o entendimento era pela inadmissibilidade da reserva de bens em relação ao concubinato, havia também quem entendesse pela aplicação analógica ao concubinato da disposição do art. 1.001 do Código de Processo Civil, referente ao herdeiro excluído.”¹⁰⁶

Por fim, cumpre ressaltar que, apesar de não existir previsão em lei, nessa época, de direitos sucessórios em favor do companheiro, poderiam tais direitos estar garantidos por força testamentária. Deve-se aqui lembrar do art. 1719, III do Código Civil anterior, que dizia não ser possível a concubina do testador casado ser nomeada herdeira, nem legatária, teve seu rigor mitigado, na medida em que, como já visto¹⁰⁷, a jurisprudência distinguiu a concubina da companheira.

4.2. Os direitos sucessórios nas Leis nº 8971/94 e 9278/96

Com a edição das Leis da união estável, passou a haver previsão legal de sucessão *causa mortis* entre companheiros.

A Lei nº 8971/94 assegurou ao companheiro sobrevivente o direito de participar da sucessão aberta, seja como titular de direito real sobre coisa alheia, com o usufruto, seja a título de herdeiro.

A Lei nº 9278/96 introduziu, ainda, o direito real de habitação.

¹⁰⁴ O art. 1001 do CPC dispõe que “aquele que se julgar preterido poderá demandar a sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha. Ouvidas as partes no prazo de 10 (dez) dias, o juiz decidirá. Se não acolher o pedido, remeterá o requerente para os meios ordinários, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído, até que se decida o litígio.”

¹⁰⁵ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa, ob. cit., p. 242.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 243.

¹⁰⁷ *Supra*, p. 14-5.

Fazendo-se um cotejo entre os dois textos legais, é possível afirmar que o companheiro que preencher os requisitos já analisados da união estável¹⁰⁸, participará da sucessão do falecido nas seguintes condições:

a) direito ao usufruto, enquanto não constituir nova união, sobre a quarta parte dos bens se houver filhos (comuns ou não) e, sobre a metade dos bens, se não houver filhos, mas ascendentes (art. 2º, I e II da Lei nº 8971/94);

b) direito à totalidade da herança, na falta de descendentes e de ascendentes (art. 2º, III da Lei nº 8971/94);

c) direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família (art. 7º, parágrafo único da Lei nº 9278/96).

Deve-se observar que não há que se falar em revogação da Lei nº 8971/94 pela 9278/96, em matéria de direito sucessório. Isso porque o art. 11 da Lei nº 9278/96 diz: “revogam-se as disposições em contrário”. Assim sendo, persistem os direitos sucessórios previstos na Lei nº 8971/94, na medida em que, consoante informa Euclides Benedito de Oliveira, “limita-se, a nova lei da união estável, a prever mais um direito sucessório, não constante do diploma anterior.”¹⁰⁹

Também cumpre ressaltar que embora o art. 2º da Lei nº 8971/94 fale em “as pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão (...)”, vale também para o direito sucessório a conceituação de união estável trazida pela Lei nº 9278/96, já que seria insustentável afirmar que para efeitos de herança e usufruto, exigem-se os requisitos do art. 1º da Lei nº 8971/94, como: prazo superior a cinco anos, salvo se houver prole; companheiro solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, e que, para outros fins, como direito de habitação e meação, exigem-se os requisitos do art. 1º da Lei nº 9278/96.

A união estável deve ser conceituada de forma que ela configure uma entidade familiar e, a partir daí, decorrerão todos os efeitos que sejam a ela pertinentes. Assim, o conceito de união estável é um só, sendo descabida, *data venia*, a pretensão de alguns autores em fazer esta divisão, como é o caso de Rainer Czajkowski, que assim se pronuncia: “(...) quando o dispositivo diz: ‘as pessoas referidas no artigo anterior...’, submete seu conteúdo às limitações do art. 1º da mesma Lei n. 8.971.”¹¹⁰

¹⁰⁸ Supra, p. 26 e seguintes.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de, ob. cit., p. 202.

¹¹⁰ CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 171.

Dessa forma, a posição de Euclides Benedito de Oliveira parece ser a mais correta:

nem se afigura pertinente essa dualidade conceptual, por contrariar a regra de proteção legal devida ao ente familiar. Cabível sustentar, portanto, que basta a configuração atual de união estável nos termos da Lei nº 9.278/96, ou seja, convivência duradoura, pública e contínua, com propósito de constituir família, para que o companheiro se habilite, uma vez atendidas outras condições específicas, aos pleitos sucessórios nos termos de uma e de outra das leis comentadas.¹¹¹

Vale insistir então que em casos de companheiros casados, mas separados de fato há um certo tempo, é possível falar em união estável e, conseqüentemente, em direitos sucessórios advindos desta união estável.

Também não há que se falar em prova da necessidade, para efeitos sucessórios, como exige o art. 1º da Lei nº 8971/94 em caso de alimentos. Consoante destaca Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, “(...) no tocante ao direito sucessório, de um modo geral, o requisito necessidade é absolutamente irrelevante; daí ser imperativo, para uma interpretação correta do direito sucessório, desconsiderar a questão da prova da necessidade tal como disposta no art. 1º da Lei n. 8.971/94.”¹¹²

Por fim, há um outro detalhe que não se pode esquecer: para que o companheiro possa ter direito à herança, ou então ao usufruto, ou ainda, à habitação, é imprescindível a existência da união estável no momento do falecimento. Assim, ex-parceiro, de união extinta antes da morte não tem direitos sucessórios, apesar de ter direito à meação.

Além disso, é incabível a pretensão sucessória se o falecimento se deu antes das Leis da união estável, pois é o óbito que marca a abertura da sucessão.

Após essas indispensáveis considerações iniciais, será analisado, pormenorizadamente, a seguir, cada direito sucessório previsto nas Leis já mencionadas.

4.2.1. Direito ao usufruto

O direito ao usufruto, previsto no art. 2º, I e II da Lei nº 8971/94, conferido ao companheiro sobrevivente, espelhou-se no usufruto vidual conferido ao cônjuge que não era

¹¹¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de, ob. cit., p. 205.

¹¹² PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa, ob. cit., p. 225-6.

casado no regime da comunhão universal de bens, enquanto perdurasse a viuvez (art. 1611, §1º do Código Civil anterior).

Inclusive a proporção foi a mesma: direito de usufruto sobre a quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos deste ou do casal e sobre a metade, se não houvesse filhos, mas ascendentes do *de cuius*.

Convém lembrar que como usufrutuário, o companheiro sobrevivente tinha o direito de exercer posse, uso, administração, além do direito de perceber os frutos.

Na lição de De Plácido e Silva:

o usufruto, assim, revela-se o direito real sobre coisa alheia (*jus in re aliena*), atribuindo ao usufrutuário o direito de a usar temporariamente, percebendo os frutos que produzir, ou retirando dela as utilidades, que não lhe destruam a substância. A instituição do usufruto, pois, impõe a coexistência de dois titulares de direito sobre a coisa: a) o nu-proprietário, a quem compete a propriedade, cabendo-lhe o direito de senhor direto da coisa, de que a destacaram os direitos de uso e gozo; b) o usufrutuário, a quem se confere o direito de usar e gozar a coisa, por um certo tempo.¹¹³

A partir dessa definição do usufruto, pode-se constatar a diferença entre o usufruto vidual e a herança, na medida em que esta é perpétua e aquele é temporário e condicional.

Além disso, quem herda a herança, tem o direito de propriedade sobre a quota que herdou, enquanto que quem é usufrutuário, não tem todos os direitos conferidos a quem é titular de um direito de propriedade: faltam-lhe o domínio e o poder de disposição da coisa. É por isso que esse direito ao usufruto foi considerado legado *ex lege*, como ensina Marco Aurelio S. Viana¹¹⁴ e Cláudia Grieco Tabosa Pessoa¹¹⁵, acompanhando a doutrina.

No que tange ao caráter temporário e condicional do usufruto vidual, além de se poder afirmar que este é temporário por conta da própria natureza do instituto usufruto, é possível sustentar essa sua temporariedade e condicionalidade, na medida em que, como fundamenta Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, se trata “de direito que tem por função precípua a proteção do companheiro sobrevivente, em decorrência de eventual situação de desamparo criada com a morte do outro convivente, não se justificando portanto que perdurasse após a constituição de

¹¹³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 845.

¹¹⁴ VIANA, Marco Aurelio S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 66.

¹¹⁵ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa, ob. cit., p. 229.

nova união por parte do sobrevivente, tampouco que fosse revigorada ante a dissolução do vínculo superveniente.”¹¹⁶

Assim, o usufruto extinguir-se-ia com a constituição de nova união estável ou casamento, além do que também poderia ser extinto se se enquadrasse numa das hipóteses previstas no art. 739¹¹⁷ do Código Civil anterior ou, ainda, se o companheiro sobrevivente fosse considerado indigno, nos termos do art. 1595¹¹⁸ do Código Civil anterior.

No que diz respeito à incidência do usufruto, este é calculado sobre toda a herança líquida. Assim, como bem expõe Marco Aurelio S. Viana, “procede-se à separação de bens que correspondam à quota-parte do que foi deixado pelo falecido, fazendo incidir sobre essa parte do monte o usufruto do convivente que sobreviveu. Com isso fica liberada a fração restante, que passa como propriedade plena aos herdeiros.”¹¹⁹

Conforme Cláudia Grieco Tabosa Pessoa¹²⁰, é importante mencionar que este usufruto incide necessariamente sobre a totalidade da herança, ainda que venha a gravar a legítima dos herdeiros necessários. Nesse passo, a mesma autora explica que: “no que se refere aos cônjuges e também aplicável aos companheiros, a norma do art. 1723¹²¹ do Código Civil diz respeito à impossibilidade de ônus quanto à legítima em relação a atos de disposição do *de cuius*, o que não se aplica ao usufruto, cujo gravame é decorrente de expressa disposição legal.”¹²²

Outra questão que merece atenção é a referente à possibilidade ou não de o companheiro sobrevivente exercer cumulativamente o direito de usufruto com o direito de meação. Como já assinalado¹²³, a meação corresponde ao direito que o outro companheiro tem sobre metade dos bens que são considerados comuns. Ressalte-se que o art. 3º da Lei nº 8971/94, na mesma linha seguida pela Súmula 380 do STF, exigiu a prova da colaboração do

¹¹⁶ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa, ob. cit., p. 229.

¹¹⁷ Tal artigo do CC de 1916 assim dispunha: “o usufruto extingue-se: I – pela morte do usufrutuário; II – pelo termo de sua duração; III – pela cessação da causa de que se origina; IV – pela destruição da coisa, não sendo fungível, guardadas as disposições dos arts. 735, 737, 2ª parte, e 738; V – pela consolidação; VI – pela prescrição; VII – por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação.”

¹¹⁸ O art. 1595 do CC de 1916 dispôs que: “são excluídos da sucessão (arts. 1708, IV, e 1741 a 1745) os herdeiros, ou legatários: I – que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar; II – que a acusaram caluniosamente em juízo, ou incorreram em crime contra a sua honra; III – que, por violência ou fraude, a inibiram de livremente dispor dos seus bens em testamento ou codicilo, ou lhe obstaram a execução dos atos de última vontade.”

¹¹⁹ VIANA, Marco Aurelio S., ob. cit., p. 67.

¹²⁰ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa, ob. cit., p. 230.

¹²¹ Trata-se do CC de 1916.

¹²² PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa, ob. cit., p. 231.

¹²³ *Supra*, p. 40.

companheiro, para que então ele pudesse ter direito à meação. Este art. 3º dispôs que: “quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.”

O art. 5º da Lei nº 9278/96, por sua vez, presumiu essa colaboração comum, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, como se pode depreender da leitura deste art.: “os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância da união estável e a título oneroso são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.”

Assim, de acordo com o art. 5º da Lei nº 9278/96, não há mais necessidade de prova da colaboração comum para se ter o direito à meação. Só cessa a presunção se houver contrato escrito dispondo o contrário ou então, de acordo com o §1º deste art. 5º, se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

Além disso, pode-se observar que a Lei nº 8971/94 só falou em meação *post mortem*, enquanto que a Lei nº 9278/96 tratou tanto do direito à meação em vida quanto no caso de morte.

É por isso que se pode afirmar que revogado está o art. 3º da Lei nº 8971/94, em decorrência da disposição contrária ao que prevê o art. 5º da Lei nº 9278/96.

Após essas rápidas considerações sobre a meação, cabe agora então indagar se ela pode ou não ser cumulada com o usufruto.

Na opinião de Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, é possível essa cumulação, pois:

em se tratando de meação, quanto aos cônjuges o Código Civil já havia excluído expressamente o direito ao usufruto, no caso de ter sido celebrado casamento no regime da comunhão universal de bens (o legislador supôs que nessa hipótese já estaria suficientemente aquinhoado o cônjuge supérstite); em regra, há possibilidade de cumulação entre meação e usufruto para as hipóteses do regime de comunhão parcial de bens (excluída a meação, que decorre do direito à metade dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, o usufruto incidirá sobre o restante). A mesma regra pode ser aplicada entre os companheiros.”¹²⁴

Assim, verifica-se que existe a possibilidade de cumulação entre o usufruto e a meação, na medida em que a lei aponta causas distintas para sua percepção.

¹²⁴ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa, ob. cit., p. 230.

Cumpra aqui observar que só após analisados o direito à herança e o direito real de habitação, verificar-se-á, em cada um desses itens, se existe a possibilidade de cumulação entre a herança e o usufruto e entre este e o direito real de habitação.

Por fim, resta saber se o usufruto depende ou não de registro. Na opinião de Rainer Czajkowski, “o direito de habitação, de forma idêntica ao usufruto, é direito de família e constitui-se independentemente de registro (art. 715¹²⁵ do Código Civil).”¹²⁶

Também para Rodrigo da Cunha Pereira¹²⁷, não há necessidade de registro, pois se trata da hipótese prevista no art. 715 do Código Civil de 1916.

Já para Marco Aurelio S. Viana¹²⁸, o registro assevera-se imprescindível, haja vista que se trata de direito real acolhido pelo direito sucessório.

As opiniões de Rainer Czajkowski e Rodrigo da Cunha Pereira parecem ser a mais acertada, uma vez que tanto o art. 715 do Código Civil de 1916, quanto o art. 167, I, 7¹²⁹ da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6015/73) excetuaram a hipótese de haver registro quando tais direitos resultassem do Direito de Família.

4.2.2. Direito à herança

O art. 2º, III da Lei nº 8971/94 quando dispôs que “na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”, alterou a ordem de vocação hereditária disposta no art. 1603 do Código Civil de 1916, devendo então o companheiro figurar na mesma posição do cônjuge, da seguinte maneira:

Art. 1603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (...)
III – ao cônjuge ou companheiro sobreviventes;

Dessa maneira, assim como o cônjuge viúvo, o companheiro sobrevivente foi considerado herdeiro facultativo, pois os herdeiros necessários eram somente os descendentes

¹²⁵ Segundo o art. 715 do CC de 1916: “o usufruto de imóveis, quando não resulte do direito de família, dependerá de transcrição no respectivo registro.”

¹²⁶ CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 176.

¹²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato...*, p. 115.

¹²⁸ VIANA, Marco Aurelio S., ob. cit., p. 67.

¹²⁹ Este artigo diz que “no Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos o registro do usufruto e do uso sobre imóveis e da habitação, quando não resultarem do direito de família.”

e ascendentes, como preceituou o art. 1721 do Código Civil de 1916: “o testador que tiver descendente ou ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens (...)”.

Além deste artigo, pode-se citar o art. 1725 do mesmo Código: “para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar.”

Em que pese uma parte da doutrina ter considerado o companheiro como herdeiro necessário, alegando que a lei dispôs ter ele direito à totalidade da herança, o posicionamento mais adequado foi o que considerou o companheiro como herdeiro facultativo. Nesse sentido manifestou-se Marco Aurelio S. Viana: “(...) não é razoável que os conviventes tenham tutela mais favorável do que a que se dá aos casados quando se pretende conceder-lhes proteção.”¹³⁰

Poder-se-ia então argumentar que bastaria favorecer o cônjuge também, considerando-se que teria sido revogado tacitamente o art. 1725 do Código Civil de 1916, em virtude da cláusula de maior favorecimento. Tal cláusula permitiria que os companheiros não tivessem vantagens em relação aos casados.

Todavia, não seria plausível sustentar uma lei especial alterando o direito comum.

A partir então de todas essas argumentações, conclui-se que o companheiro também deveria ser considerado herdeiro facultativo, podendo, portanto, ser afastado do direito à herança, se o testador dispusesse do seu patrimônio sem o contemplar.

Uma outra questão tormentosa que se apresentava antes da promulgação do novo Código Civil, era aquela que decorria do conflito entre o art. 1611¹³¹ do Código Civil de 1916 e o art. 2º, III da Lei nº 8971/94. Isso porque se um companheiro casado, mas separado de fato viesse a falecer, a quem seria atribuído o direito à herança, na falta de descendentes e ascendentes? Ao outro cônjuge que já estava separado de fato, em virtude do disposto no art. 1611 do Código Civil anterior ou ao companheiro que mantinha uma união estável com o *de cuius*?

Euclides Benedito de Oliveira enfrentou esta questão da seguinte maneira:

surge a hipótese de se dar solução salomônica, com a divisão do direito à herança, metade para qual. Falta suporte jurídico a esta última tese, conquanto se afigure com algum senso de justiça. O que se tem por decidir é a prevalência de direitos, ante o aparente conflito de normas de direito sucessório, parecendo adequado, em circunstâncias de longo tempo de separação de

¹³⁰ VIANA, Marco Aurelio S., ob. cit., p. 64.

¹³¹ O art. 1611 dispôs que: “à falta de descendentes ou ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.”

fato, que até motivaria pedido de divórcio, que o participe de união estável, vindo a falecer, transmita sua herança antes ao companheiro sobrevivente que ao antigo cônjuge de união que somente existia no papel.¹³²

Assim, o direito à herança, ou mesmo o direito ao usufruto, se existissem filhos ou então ascendentes, caberia ao companheiro supérstite, sendo que ao cônjuge caberia apenas o direito à meação, que não se trata de direito sucessório.

Sobre quais bens incidiria essa meação do cônjuge, Cláudia Grieco Tabosa Pessoa lembra que terá “(...) direito à totalidade dos bens que lhe incumbiriam em virtude de eventual partilha efetivada em separação judicial (supondo-a concomitante à própria cessação da convivência), ficando o companheiro com o restante.”¹³³

Convém também aqui ressaltar que para se habilitar no inventário judicial, tanto no caso de direito à herança ou usufruto, quanto no caso de direito à meação, em havendo controvérsia quanto ao direito do companheiro ou inexistindo provas documentais que amparem a sua pretensão, terá ele que se utilizar das vias ordinárias para comprovar a existência de união estável, haja vista que o inventário é procedimento especial dotado de contornos próprios que não admite discussão de alta indagação. Entretanto, terá este companheiro sobrevivente direito à reserva de bens – direito esse que deixou de ser objeto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência, após a promulgação das Leis da união estável, uma vez que atribuíram a qualidade de herdeiro e de meeiro ao companheiro.

É nesse sentido que se pronunciou Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, a respeito da reserva de bens:

por força da orientação da Lei n. 8.971/94, os companheiros foram admitidos a participar da sucessão quanto aos bens deixados pelo *de cuius*, tendo adquirido a qualidade de herdeiros efetivos, podendo dessa forma proceder à reserva de bens em relação ao inventário sempre que tiverem de comprovar, anteriormente e nas vias próprias, seu eventual direito à herança, usufruto ou meação, quanto ao preenchimento dos requisitos do art. 1º¹³⁴ da Lei n. 8.971/94.¹³⁵

¹³² OLIVEIRA, Euclides Benedito de, ob. cit., p. 216.

¹³³ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa, ob. cit., p. 235.

¹³⁴ Ressalte-se que, na verdade, os requisitos são os do art. 1º da Lei nº 9278/96, pelos motivos já expostos (supra, p. 41-2).

¹³⁵ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa, ob. cit., p. 244.

Outro ponto que merece destaque é o de que não existe a possibilidade de cumulação entre o direito à totalidade da herança e o direito ao usufruto, na medida em que só há que se falar em direito à herança se não houver descendentes, nem ascendentes e se inexistir testamento que não contemple o companheiro supérstite. Além disso, a herança abrange o usufruto.

Finalmente, há que se dizer que existe a possibilidade de cumulação entre meação e herança, pois como já afirmado quando tratou-se do usufruto¹³⁶, são institutos que não se repelem, pois possuem diferentes causas para percepção.

4.2.3. Direito real de habitação

O parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9278/96 prevê ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação quando diz que: “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”

Na definição de Euclides Benedito de Oliveira, “habitação distingue-se de usufruto, pois tem caráter mais restrito. Consiste em uso para moradia, não abrangente da percepção dos frutos, pois somente confere direito de habitar, gratuitamente, imóvel residencial alheio. Quem habita não pode alugar nem emprestar a coisa, mas somente ocupá-la com sua família.”¹³⁷

Assim como o usufruto viual, o direito real de habitação trata-se de legado *ex lege* e não de herança, e só permanecerá enquanto o companheiro viver ou não constituir nova união. Além disso, o direito de habitação incide sobre o imóvel destinado à residência da família.

Dessa forma, se o companheiro constituir nova união estável ou vier a se casar, ou ainda, não utilizar o imóvel para residência, extingue-se o direito real de habitação. Como ao direito real de habitação são aplicáveis as normas do usufruto que não forem incompatíveis com sua natureza (art. 748 do Código Civil de 1916), este direito pode ser extinto nas mesmas hipóteses admitidas para o usufruto.

Importante notar que em relação ao cônjuge, só havia direito real de habitação na hipótese do regime da comunhão universal de bens. Aí fica evidente que o tratamento legal concedido pela lei especial foi mais favorável do que aquele que o Código Civil de 1916

¹³⁶ Supra, p. 45.

¹³⁷ OLIVEIRA, Euclides Benedito, ob. cit., p. 209.

assegurou aos casados. É por isso que Marco Aurelio S. Viana defendeu o seguinte: “não podemos dizer que se trata de uma distorção, mas de tutela mais favorável, que, a nosso ver, pode alcançar as pessoas unidas pelo matrimônio.”¹³⁸ Assim, este autor invoca a aplicação da cláusula de maior favorecimento.

Cumprido ressaltar que assim como o usufruto, o direito real de habitação incide sobre os bens do falecido. Assim, bens que já pertenciam ao companheiro sobrevivente por conta da meação, não estão abrangidos nas regras de habitação.

Resta agora saber se pode haver concomitantemente o direito de herança e de habitação; o direito de usufruto e de habitação.

Quando o companheiro sobrevivente tiver direito à totalidade da herança, não há que se falar em direito real de habitação, uma vez que, de acordo com Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, “(...) inadmissível a sua constituição quanto a bens que lhe pertençam por força da herança.”¹³⁹

No que diz respeito ao direito de usufruto e real de habitação, cabe distinguir as seguintes situações: a) o imóvel destinado à residência da família é o único deixado pelo falecido (não se tratando de bem comum); b) há vários imóveis, além do que é destinado à residência da família.

Na primeira situação, deve incidir o direito real de habitação e não o usufruto. Isso se justifica, na lição de Rainer Czajkowski, porque “a expressão econômica deste direito, neste caso, é maior do que o usufruto da quarta parte ou da metade dos bens.”¹⁴⁰ Assim, o direito real de habitação incidirá sobre todo o imóvel, enquanto que o usufruto só incidiria sobre quarta parte ou metade do bem.

Na segunda hipótese, o usufruto sobre quarta parte ou metade dos bens é mais abrangente que o direito real de habitação. Fica evidente então que deve incidir o usufruto apenas, pois, como ensina Rainer Czajkowski, “é de prudência elementar, então, que se faça incidir o usufruto sobre um imóvel residencial destinado (ou destinável) à moradia da família, além de sobre outros bens.”¹⁴¹

¹³⁸ VIANA, Marco Aurelio S., ob. cit., p. 69.

¹³⁹ PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa, ob. cit., p. 240.

¹⁴⁰ CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 176.

¹⁴¹ *Idem*, p. 176.

Para então concluir o raciocínio, pode-se citar, novamente, o ensinamento de Rainer Czajkowski: “fixa-se o efeito sucessório mais abrangente, conforme a circunstância, e nele fatalmente estará abrangido o outro instituto.”¹⁴²

Por fim, no que tange ao registro do direito de habitação, valem as considerações que foram feitas quando da análise do registro do direito de usufruto¹⁴³. Assim, cabe apenas reforçar que apesar de existir posicionamento contrário, o direito de habitação, por resultar do Direito de Família, constitui-se independentemente de registro (art. 715 do Código Civil de 1916 e art. 167, I, 7 da Lei 6015/73).

4.3. A sucessão do companheiro no novo Código Civil

No dia 11 de janeiro de 2003 entrou em vigor o novo Código Civil e com ele muitas alterações foram introduzidas no campo do Direito das Sucessões. Lembre-se que aqui serão tratadas as modificações referentes à sucessão do companheiro, haja vista que este é o tema do presente trabalho.

Antes de se tratar tais mudanças, é preciso dizer de antemão que o novo Código Civil discriminou injustamente o companheiro em relação ao cônjuge, em matéria sucessória.

De início, é preciso que se diga que o art. 1790, que trata da vocação hereditária dos companheiros, encontra-se totalmente deslocado, já que se situa nas disposições gerais, enquanto que deveria se encontrar no art. 1829, o qual trata da ordem de vocação hereditária, dentro do Título II – Da Sucessão Legítima.

Este inconveniente se deu porque o regramento sobre a sucessão na união estável não constava do Projeto de Código Civil aprovado em 1984 pela Câmara dos Deputados. Posteriormente, o senador Nelson Carneiro apresentou a emenda de nº 358, depois aprovada pelo Senado Federal, a qual acresceu um artigo que dispôs acerca da sucessão dos companheiros. Este artigo teve sua redação original modificada e recebeu o número 1790:

Art. 1790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

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

¹⁴² CZAJKOWSKI, Rainer, ob. cit., p. 176.

¹⁴³ Supra, p. 47.

- II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;
- IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Da leitura do artigo percebe-se que o companheiro não tem mais o direito ao usufruto viual, mas sim direito à herança, em concorrência com os demais herdeiros.

Todavia, tal artigo representa um verdadeiro retrocesso. Isso porque limitou o direito de herança aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Assim, o direito à herança não recairá sobre a cota patrimonial relativa aos bens particulares do companheiro, isto é, aos bens adquiridos antes da união estável, estando também excluídos os bens doados ou herdados. Sobre essa questão, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka aponta a seguinte crítica:

o novo (...) direito positivo sucessório brasileiro comete o frágil engano de confundir meação e herança quando determina, sem qualquer sentido ou lógica, a restrição de incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente apenas aos bens que tenham sido adquiridos na vigência da união estável. E disso resulta – aqui assenta-se a principal crítica que possa ser disparada, nesse tema – uma total discriminação entre o sobrevivente cônjuge e o sobrevivente companheiro.¹⁴⁴

Assim, merece crítica tal restrição ao direito de herança do companheiro.

De acordo então com o art. 1790 do novo Código Civil, na hipótese de o falecido ter deixado apenas bens adquiridos antes da união estável, ou havidos por doação ou herança, o companheiro nada herdaria, mesmo que não houvesse parentes sucessíveis, ficando a herança vacante para o ente público beneficiário (Município ou Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou União, quando situada em território federal – art. 1844 do novo Código Civil).

Tal questão é controversa, haja vista que, enquanto o *caput* do artigo 1790 fala em herança somente sobre os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, o seu inciso IV diz que o companheiro terá direito à totalidade da herança, caso não haja parentes sucessíveis.

¹⁴⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã.** Disponível na página da web: www1.fgf.br/fgf/revista/revista.htm. Acesso em 11 de maio de 2003, p.5.

Para Sílvio Rodrigues, o inciso deve ser lido à luz do *caput*, pois segundo ele:

o *caput* é a unidade básica da disposição, o núcleo do artigo, contendo a substância da norma, a regra geral, o princípio a respeito do assunto tratado. Os parágrafos, incisos e alíneas são desdobramentos do *caput*, divisões do artigo, que desenvolvem, restringem, explicitam a regra principal, da qual, obviamente, dependem. E o *caput* do art. 1790 edita, claramente, que a sucessão dos companheiro só é admitida quanto aos bens que foram adquiridos onerosamente durante o tempo da convivência.¹⁴⁵

Assim, para este autor, não é possível se chegar a outra conclusão, diante do imperativo da regra contida no *caput* do art. 1790 do novo Código Civil: este direito à totalidade da herança quer significar direito aos bens do *de cuius* que tiverem sido adquiridos onerosamente durante a união estável.

Já para Luiz Felipe Brasil Santos, deve-se evitar injustiças, podendo-se entender que o inciso IV claramente quer que o companheiro tenha direito à totalidade da herança. Tal autor diz: “evidente a antinomia entre a cabeça do artigo e seu inciso. Entretanto, uma interpretação construtiva, que objetive fazer acima de tudo justiça, pode extrair daí a solução que evite a injustiça e o absurdo de deixar um companheiro, em dadas situações, no total desamparo.”¹⁴⁶

Na opinião de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁴⁷, parece que o legislador não quis excluir o companheiro do direito de herança sobre os bens não adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, fazendo com que ela fosse deferida à Fazenda Pública. Os mencionados autores invocam três motivos. O primeiro está contido no art. 1844¹⁴⁸ do novo Código Civil, já que manda que a herança seja devolvida ao ente público apenas na hipótese de o *de cuius* não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível.

O segundo motivo está inserido no próprio inciso IV do art. 1790 do novo Código Civil, quando tal inciso afirma que o companheiro terá direito à totalidade da herança.

¹⁴⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 25ª ed., v. 7, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

¹⁴⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão dos companheiros no novo Código Civil**. Disponível na página da web: . Acesso em 31 de março de 2003, p. 1.

¹⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002, p. 600.

¹⁴⁸ Tal artigo dispõe que: “não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.”

O terceiro e último motivo se extrai do disposto no art. 1819¹⁴⁹, uma vez que a abertura de herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo ou então testamentário. O companheiro, apesar de não constar do rol do art. 1829, também deve ser considerado herdeiro legítimo, pois seu direito à herança decorre da lei (de acordo com o art. 1790).

Assim, a visão de Luiz Felipe Brasil Santos, conjugada com a de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, parece ser a mais acertada, haja vista que foi analisado o inciso IV do art. 1790 em conjunto com outros dispositivos do novo Código Civil, isto é, fez-se uma interpretação sistemática que, além do mais, acabou com eventuais injustiças que poderiam ser cometidas contra o companheiro supérstite, no tocante a essa questão.

Além de o companheiro só ter direito à herança quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável – exceto no caso do inciso IV do art. 1790 do novo Código Civil, como acima explicitado – o companheiro, diferentemente do cônjuge, só terá direito à totalidade da herança se inexistirem descendentes, ascendentes e colaterais até o 4º grau.

Dessa maneira, constata-se um outro retrocesso, na medida em que a Lei nº 8971/94 já atribuía ao companheiro sobrevivente a totalidade da herança, na falta de descendentes e ascendentes; além do que, como dito, o cônjuge não concorre com os colaterais (art. 1829, CC¹⁵⁰), como o companheiro (art. 1790, III, CC). Nesse ponto, merece destaque a crítica de Zeno Veloso:

na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai começar a vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cuius*. Temos de convir: isto é demais!¹⁵¹

¹⁴⁹ Este artigo diz que: “falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.”

¹⁵⁰ O art. 1829 dispõe que: “a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.

¹⁵¹ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 236-7.

Prossegue o referido autor, ainda criticando: “haverá alguma pessoa, neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a este extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos do amor, da afetividade?”¹⁵²

Assim, constata-se aí mais um tratamento desigual conferido ao companheiro, em comparação ao cônjuge.

Um outro retrocesso que pode ser mencionado ainda é o da não previsão, pelo novo Código Civil, do direito real de habitação, em relação ao companheiro sobrevivente. Tal direito, como visto¹⁵³, já era assegurado pela Lei n° 9278/96 e não o foi pelo novo Código Civil, apesar de ter sido previsto ao cônjuge sobrevivente.

Para Gisela Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁵⁴, é possível sustentar a vigência deste direito previsto pelo parágrafo único do art. 7° da Lei n° 9278/96, por respeito à analogia com a situação garantida ao cônjuge e autorizada pela Constituição Federal.

Na opinião de Sílvio Rodrigues¹⁵⁵, poderão surgir as seguintes posições: a) a de que o direito real de habitação não é incompatível com qualquer artigo do novo Código Civil e como tal direito foi previsto em lei especial (Lei n° 9278/96), ele subsiste; b) a de que este art. 7°, parágrafo único da mencionada Lei foi revogado pelo novo Código Civil, por ter este regulado inteiramente a sucessão entre companheiros e, sendo assim, não teria havido omissão quanto ao direito real de habitação, mas sim silêncio eloqüente do legislador.

A posição que defende a manutenção do direito real de habitação parece ser a mais acertada, pois, além de se poder fazer uma analogia (apoiada pela Constituição Federal) com o cônjuge, como sustenta Gisela Maria Fernandes Novaes Hironaka, há que se ter em mente que a emenda já citada¹⁵⁶ de Nelson Carneiro foi elaborada antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, o direito sucessório previsto no art. 1790 do novo Código Civil é retrógrado tanto em relação à Constituição, quanto em relação às Leis da união estável. Daí que se pode alegar que não houve a devida atualização da emenda deste artigo, que então, apesar de ter sido considerado, na época, um grande avanço, hoje constitui um enorme retrocesso, haja vista que suprimiu o direito real de habitação, além de, como já

¹⁵² VELOSO, Zeno, ob. cit., p. 237.

¹⁵³ Supra, p. 50.

¹⁵⁴ HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. **Direito Sucessório...**, p. 6.

¹⁵⁵ RODRIGUES, Sílvio, ob. cit., p. 119.

¹⁵⁶ Supra, p. 52.

dito¹⁵⁷, ter limitado o direito à herança e de dispor que o companheiro só terá direito à totalidade dessa herança em não havendo colaterais até o 4º grau.

Analisando agora os incisos I e II do art. 1790 do novo Código Civil, surge outro problema: na hipótese de haver filhos comuns e filhos só do *de cujus*, a que quota terá direito o companheiro sobrevivente sobre a herança (lembrando-se aqui que este direito à herança incide apenas sobre os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável)? Isso porque, de acordo com o inciso I, o companheiro, se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que for atribuída ao filho, enquanto que, conforme o inciso II, o companheiro terá direito à metade do que couber a cada filho, no caso de ele concorrer com filhos só do falecido.

Para solucionar este problema, que não encontra disposição no novo Código Civil, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁵⁸ traz quatro propostas. A primeira consiste em tratar os descendentes como se todos fossem filhos comuns, aplicando-se então apenas o inciso I do art. 1790. Tal proposta é acatada por Inácio de Carvalho Neto.¹⁵⁹

A segunda proposta, diferentemente, consiste em identificar os descendentes como se todos fossem filhos exclusivos do autor da herança, aplicando-se somente o inciso II do art. 1790.

A terceira proposta busca compor os incisos I e II, de forma então a atribuir uma quota e meia ao companheiro sobrevivente. Assim, somar-se-ia o número de filhos comuns e exclusivos, acrescentar-se-ia mais um e meio, dividindo-se, depois, a herança por esse número obtido, entregando-se quotas de valores iguais aos filhos (comuns e exclusivos) e uma quota e meia ao companheiro.

A quarta proposta também busca compor os incisos I e II, mas de maneira diversa: primeiro dividir-se-ia a herança em duas partes, sendo que uma ficaria com os filhos comuns e a outra com os filhos exclusivos do falecido. Em seguida, seria introduzida, em cada uma dessas sub-heranças, a quota do companheiro (de acordo com a determinação do inciso I, para a parte dos filhos comuns e, do inciso II, para a parte dos filhos exclusivos). Depois disso, as quotas poderiam ser somadas e aí então estaria estabelecido o quinhão a ele cabível.

¹⁵⁷ Supra, p. 53 e 55.

¹⁵⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima**. Disponível na página da web: . Acesso em 11 de maio de 2003, p. 12-5.

¹⁵⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. IBDFAM: Síntese, nº 15, out./nov./dez., 2002, p. 35.

Analisando criticamente cada proposta, a primeira parece ser a mais adequada, embora se deva aguardar ainda a posição da jurisprudência e também da doutrina (ainda não amadurecida totalmente) a respeito do assunto. Isso porque, de acordo com a primeira, todos (companheiro, filhos comuns e exclusivos) recebem o mesmo quinhão.

Já de acordo com a segunda proposta, o companheiro receberia metade do quinhão que caberia a cada filho (comum e exclusivo). Nesse caso, seriam privilegiados os filhos em detrimento do companheiro sobrevivente.

A terceira proposta é descabida também porque o companheiro receberia maior quinhão que os filhos (comuns e exclusivos), em virtude de a ele ser atribuída uma quota e meia.

A quarta proposta, por fim, também não merece acolhimento, pois se verifica claramente que os quinhões dos filhos de um grupo seriam proporcionalmente maiores que os quinhões dos filhos do outro grupo. Dessa maneira, estar-se-ia violando o preceito contido no art. 1834¹⁶⁰ do novo Código Civil, dispositivo este de caráter constitucional, por conta do art. 227, §6^o¹⁶¹ da Constituição Federal.

Uma outra questão que merece lástima é o que está disposto na parte final do art. 1830 do novo Código Civil, que assim preceitua: “somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

Embora a primeira parte do artigo acabe com a divergência que antes existia acerca da possibilidade ou não de o companheiro sobrevivente ter direito sucessório decorrente do outro companheiro casado, mas separado de fato, a segunda parte do referido artigo traz à tona a idéia de culpa, contrariando, dessa maneira, a ordem da família da contemporaneidade, que busca afastar a culpa das relações de afeto. Pode-se aqui mencionar a crítica feita por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, a respeito da idéia de culpa nas relações familiares: “o Direito de Família contemporâneo, como se sabe, tem procurado esquivar-se, cada vez mais, das cruéis exigências da prova da culpa de qualquer dos cônjuges, para abalizar a autorização de ruptura matrimonial. A tendência atual, sabe-se tão bem, é visualizar um Direito de Família

¹⁶⁰ Tal artigo assim preceitua: “os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.”

¹⁶¹ O referido parágrafo dispõe que: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

novo, que tenha por objeto as relações de afeto, sob a ocorrência dos fenômenos da desbiologização e da despatrimonialização destas mesmas relações.”¹⁶²

Assim, com esta infeliz noção de culpa, o companheiro terá que esperar que se apure se houve ou não culpa, para depois poder receber o seu quinhão, por conta da questão de alta indagação que não é admitida no processo de inventário. Ficará então suspenso o inventário, enquanto se discute, em autos separados, a existência ou não de culpa. Além disso, se o cônjuge conseguir provar que não teve culpa, terá seu direito à herança assegurado, mesmo que já estivesse separado do outro cônjuge há muitos anos! Nesta hipótese, a herança teria que ser dividida entre o cônjuge – que não mais guardava relação com o falecido – e o companheiro? Neste ponto é preciso aguardar a posição da jurisprudência e também a consolidação da doutrina, embora se possa retomar aquela já mencionada idéia de Euclides Benedito de Oliveira¹⁶³, isto é, a de deferir a herança antes ao companheiro sobrevivente que ao antigo cônjuge de união que somente existia no papel.

Além disso, surge outra questão ainda sem resposta: o cônjuge sobrevivente terá direito também à herança sobre os bens adquiridos durante a união estável ou somente sobre os bens que existiam na constância do casamento? Parece que a segunda hipótese é a mais acertada, mas, como já dito, ter-se-á que esperar a posição dos tribunais e a evolução da doutrina.

Também não há solução para o caso de um cônjuge separado de fato há menos de dois anos que mantém uma união estável. Ter-se-á, mais uma vez, que esperar o amadurecimento da doutrina e a construção pretoriana.

Um outro problema existente em matéria sucessória está contido no art. 1801, III do novo Código Civil, que assim dispõe: “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 5 (cinco) anos.” Observa-se que há uma contradição entre o inciso deste artigo e a segunda parte do §1º do art. 1723, o qual afirma que é possível a constituição de união estável no caso de a pessoa casada se achar separada de fato. Assim, de acordo com este último dispositivo, não importa se houve ou não culpa do cônjuge – estando ele separado de fato, poderá manter união estável com outra pessoa. Daí que não se pode proibir que o companheiro de cônjuge separado de fato seja nomeado herdeiro ou legatário, se houver culpa deste último na separação, haja vista que se trata de uma entidade familiar protegida constitucionalmente. O inciso III do art. 1801 exige então, equivocadamente, a inexistência de culpa.

¹⁶² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Sucessório...**, p. 8.

¹⁶³ *Supra*, p. 48-9.

Além disso, tal inciso exige o lapso temporal de mais de cinco anos de separação, enquanto que o art. 1830 do novo Código Civil diz que o cônjuge separado de fato há mais de dois anos, se não provar que não teve culpa, não tem mais direito sucessório em relação ao outro cônjuge que mantém união estável. Assim, por que proibir o companheiro de ser nomeado herdeiro ou legatário se a separação de fato for inferior a cinco anos e afirmar que o outro cônjuge não tem mais direito sucessório se a separação de fato for superior a dois anos e ele não tiver provado que não teve culpa? Há uma incongruência aí também.

Na realidade, o que este inciso III do art. 1801 do novo Código Civil quis vedar foi a disposição testamentária em favor de concubino e não de companheiro. Euclides Benedito de Oliveira, a respeito do tema, esclarece o seguinte:

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 disso, sob o crivo de discussão da culpa do testador.¹⁶⁴

Dessa forma, merece crítica o disposto no inciso III do art. 1801 do novo Código Civil, devendo-se aí também aguardar a posição jurisprudencial e a evolução doutrinária.

Uma outra crítica que pode ser feita ao novo Código Civil é que este, apesar de ter reconhecido o cônjuge como herdeiro necessário no seu art. 1845¹⁶⁵, não o fez em relação ao companheiro. Assim, não havendo outros herdeiros necessários, o autor da herança poderá testar a integralidade de seu patrimônio, deixando o companheiro ao desamparo, ressalvada apenas, é claro, a meação.

Entretanto, assim como o casamento, a união estável é uma entidade familiar que tem proteção constitucional. Difere dele apenas porque é uma outra forma de constituição de família. Daí então se poder argumentar que se deve considerar o companheiro também como herdeiro necessário. Esta questão, novamente, depende ainda de entendimento jurisprudencial e doutrinário.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Euclides Benedito de, ob. cit., p. 222.

¹⁶⁵ O art. 1845 assim enuncia: “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”

Em outro ponto também se manifesta o tratamento discriminatório em relação ao companheiro, no novo Código Civil. Isso porque o cônjuge tem assegurado o mínimo de $\frac{1}{4}$ da herança, quando concorre com filhos comuns. É o que preceitua o art. 1832 do novo Código: “em concorrência com os descendentes (art. 1829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.” Dessa maneira, havendo, por exemplo, cinco filhos comuns, o cônjuge receberá $\frac{1}{4}$ da herança, sendo os outros $\frac{3}{4}$ divididos entre os cinco filhos.

O companheiro não tem assegurado este direito de quinhão mínimo como o cônjuge.

Quanto à questão da revogação da Lei n° 8971/94, em matéria de Direito Sucessório, há a seguinte posição de Alex Sandro Ribeiro: “cremos que a disposição do Código Civil absorverá o disposto na Lei n. 8.971/94, dada a maior amplitude e ulteriores da Lei. E, com supedâneo no art. 2º, §1º, última parte¹⁶⁶, da Lei de Introdução ao Código Civil, haverá ab-rogação da Lei de 1994, pois o Código Civil regulou inteiramente toda a matéria.”¹⁶⁷

Pode-se considerar revogada a Lei n° 8971/94 em matéria sucessória, mas não com base na idéia de que o novo Código Civil regulou inteiramente a matéria, mas sim porque o art. 1790 deste diploma é incompatível com o art. 2º da Lei n° 8971/94.

O problema reside mesmo quanto à Lei n° 9278/96, no tocante ao direito real de habitação, não previsto pelo novo Código Civil. Valem aqui as considerações feitas anteriormente¹⁶⁸, devendo-se então entender mantido o direito real de habitação previsto no parágrafo único do art. 7º da Lei n° 9278/96. Esta é também a opinião de Alex Sandro Ribeiro¹⁶⁹.

Por fim, não se pode esquecer do disposto no art. 1787 do novo Código Civil que diz: “regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.” Daí que, se a morte do companheiro ocorreu antes da entrada em vigor do novo Código Civil, a sucessão será regulada pelos diplomas legais existentes ao tempo da morte.

¹⁶⁶ O § 1º do art. 2º da LICC dispõe que: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

¹⁶⁷ RIBEIRO, Alex Sandro. A sucessão na união estável face ao novo Código Civil. In: **Revista Bonijuris**, ano XIV, n° 469, dez./02, p. 6.

¹⁶⁸ Supra, p. 56.

¹⁶⁹ RIBEIRO, Alex Sandro, ob. cit., p. 6.

CONCLUSÃO

Antes da Constituição Federal de 1988, o chamado concubinato não era visto e nem protegido como entidade familiar. O Código Civil de 1916 só considerava o casamento como forma de constituição familiar e, ademais, atribuía efeitos negativos ao concubinato.

Além disso, o concubinato estava envolto de considerações negativas, pois era considerado imoral.

Com o passar do tempo, a jurisprudência não pôde mais deixar de reconhecer que o chamado concubinato puro necessitava de proteção. Daí que se passou a distinguir a concubina da companheira.

Assim, a jurisprudência afastou as proibições de doações à companheira, como também afastou a proibição de a companheira ser nomeada herdeira ou legatária.

Para que o concubinato passasse a produzir efeitos jurídicos, a jurisprudência equiparou-o à sociedade de fato, o que culminou na Súmula 380 do STF.

Outra criação jurisprudencial foi a indenização pelos serviços prestados, que buscava proteger a companheira que não houvesse contribuído diretamente para o acréscimo patrimonial – para aqueles intérpretes que excluía a contribuição indireta do significado de esforço comum – ou então que não tivesse conseguido provar o esforço comum. Assim, como não havia direito a alimentos, criou-se, para a companheira que não tivesse o direito à partilha, a indenização pelos serviços prestados.

Alguns efeitos jurídicos também foram atribuídos ao concubinato (puro) através de Leis, principalmente no âmbito do Direito Previdenciário.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, atenta às modificações que ocorreram na realidade social – modificações essas que a jurisprudência procurou abarcar –, passou a reconhecer a união estável como entidade familiar. Assim, antes o concubinato gerava efeitos no âmbito do Direito Obrigacional – graças à construção pretoriana –, mas a partir da Constituição de 1988, passou a surtir efeitos no campo do Direito de Família.

Daí se conclui que a Constituição de 1988 consagrou os novos valores informantes da família contemporânea: a família não mais decorre apenas do casamento; a família está consagrada na igualdade entre o homem e a mulher e é do tipo eudemonista, ou seja, ela existe para proporcionar o desenvolvimento pessoal de seus integrantes. É por isso que se pode afirmar que a nova *ratio* da família é o afeto, isto é, a família é o local de trocas afetivas, onde o indivíduo busca abrigo, proteção e felicidade.

Após a Constituição Federal de 1988, somente em 1994 foi promulgada a Lei nº 8971e, em seguida, em 1996, a Lei nº 9278.

A Lei nº 8971/94 regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. No que tange à sucessão, trouxe ao companheiro o direito de usufruto – para quando houvesse descendentes ou ascendentes – e o direito à herança – para quando não houvesse descendentes, nem ascendentes.

A Lei nº 9278/96 regulamentou o §3º do art. 226 da Constituição Federal e acabou revogando tacitamente alguns dispositivos da Lei anterior, como, por exemplo, no tocante aos requisitos para a configuração da união estável. Em relação à sucessão, acrescentou o direito real de habitação.

Em janeiro de 2003, entrou em vigor o novo Código Civil e com ele vieram muitas alterações no campo do Direito das Sucessões. Em relação ao companheiro, não há mais que se falar em direito de usufruto – somente em direito à herança. O novo Código Civil não previu o direito real de habitação, todavia pode-se entender como em vigor o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9278/96, pelas razões já expostas¹⁷⁰.

O novo Código Civil, no que tange às disposições gerais sobre a união estável, caminhou no mesmo sentido da jurisprudência, ao prever, por exemplo, que o companheiro casado, mas separado de fato, pode manter uma união estável com outra pessoa. Também no tocante ao conceito da união estável, ao direito de meação, o novo Código Civil seguiu a tendência.

Porém, em relação ao Direito das Sucessões, é alvo de muitas críticas, haja vista que retrocedeu em muitos aspectos ao conferir tratamento injusto e discriminatório ao companheiro, em comparação ao cônjuge. É por isso que o Deputado Ricardo Fiúza, reconhecendo os diversos equívocos cometidos no tratamento deste tema, encaminhou proposta de alteração do art. 1790, através do PL 6960/02, que, por não ter sido votado ainda no ano de 2002 na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, acabou sendo regimentalmente arquivado. Entretanto, o referido Deputado está preparando um texto único que consolidará este PL 6960/02 com outros dois, que também buscam aperfeiçoar o novo Código Civil.

Assim, em breve, o Direito Sucessório do companheiro será readequado para que então sejam eliminados os retrocessos e as discriminações que foram cometidos pelo novo Código Civil.

¹⁷⁰ Supra, p. 56.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, [s.d.].
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. IBDFAM: Síntese, nº 15, out./nov./dez., 2002.
- CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **A união estável e o novo Código Civil**. Disponível na página da web: [http://www.ibdfam.org.br](#). Acesso em 20 de outubro de 2002.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz da Lei 8971/94 e da Lei 9278/96**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2000.
- DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A união estável no projeto de Código Civil. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 777, ano 89, jul/2000.
- DIAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o direito brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1975.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima**. Disponível na página da web: [http://www.ibdfam.org.br](#). Acesso em 11 de maio de 2003.
- _____. **Direito Sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã**. Disponível na página da web: [http://www.ibdfam.org.br](#). Acesso em 11 de maio de 2003.
- _____. Família e casamento em evolução. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, IBDFAM: Síntese, v.1, nº 1, abr./jun., 1999.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. O ensino do Direito de Família no Brasil. In: **Repertório de doutrina sobre Direito de Família; aspectos constitucionais, civis e processuais**. v. 4, São Paulo: RT, 1999.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

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

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de & MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família (Direito Matrimonial)**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Concubinato – união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **VEJA 25: Reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993.

PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. **Efeitos patrimoniais do concubinato**. São Paulo: Saraiva, 1997.

RIBEIRO, Alex Sandro. A sucessão na união estável face ao novo Código Civil. In: **Revista Bonijuris**, ano XIV, nº 469, dez./02.

RIZZARDO, Arnaldo. **Casamento e concubinato: efeitos patrimoniais**. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 25ª ed., v. 7, São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão dos companheiros no novo Código Civil**. Disponível na página da web: _____ . Acesso em 31 de março de 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VIANA, Marco Aurelio S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Editora da Faculdade de Direito da UFMG, 1980.