



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ALAIDE PORTELLA NÓBREGA

A UNIÃO ESTÁVEL E SEUS ASPECTOS SUCESSÓRIOS

SOUSA - PB
2006

ALAIDE PORTELLA NÓBREGA

A UNIÃO ESTÁVEL E SEUS ASPECTOS SUCESSÓRIOS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Alba Tânia Abrantes Casimiro.

SOUSA - PB
2006

ALAIDE PORTELLA NÓBREGA

A UNIÃO ESTÁVEL E SEUS ASPECTOS SUCESSÓRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em, _____

BANCA EXAMINADORA

Alba Tânia Abrantes
Orientadora

Examinador(a)

Examinador(a)

Sousa-PB
dezembro-2006

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus por ter me dado o dom da vida, guiando-me na busca e concretização de mais um sonho.

Ao meu pai, Marcos, meu herói, grande espelho de minha existência, por ter depositado em mim toda a confiança e amor necessários durante essa caminhada, nunca duvidando de que, juntos, chegaríamos até aqui.

À minha mãe, Rebeca, pela dedicação e afeto singulares, indispensáveis na transposição de mais uma etapa de minha vida.

Aos meus irmãos, Alinne e Marcos Filho, grandes incentivadores da minha procura constante por conhecimento.

Ao meu sobrinho Pedro Arthur (meu bebezinho), pelos sorrisos que me fizeram olvidar as inúmeras dificuldades surgidas ao longo da elaboração do presente estudo.

Agradeço,

A Deus, pela dádiva da existência e do aprendizado.

À minha família, em especial ao meu pai, por nunca ter medido esforços na tarefa de fazer do meu sonho, o nosso sonho, a nossa conquista.

À minha orientadora, Alba Tânia que, com muita seriedade e compromisso, conduziu as atividades dessa pesquisa.

À professora Remédios Barbosa pela atenção e presteza oferecidas nesse trabalho monográfico.

Aos verdadeiros amigos constituídos ao longo desse período, alunos e funcionários do Campus de Sousa, que me foram de suma importância pelo apoio e carinho fraterno, com os quais sempre me privilegiaram.

RESUMO

O aumento do número de uniões estáveis tem sido uma preocupação constante do ordenamento jurídico, no que concerne à normatização dos efeitos sucessórios que recaem sobre os companheiros, quando da dissolução do vínculo afetivo em razão da morte de um dos conviventes. Em verdade, o legislador conferiu tratamento diferenciado às uniões de fato, no que atine ao direito de herança do companheiro face aos privilégios patrimoniais atribuídos ao cônjuge, o que acabou por representar um obstáculo relevante à justa aplicação da lei. Isso porque, se a Constituição Federal verdadeiramente equiparou união estável e matrimônio, reconhecendo-os como entidades familiares aptas a gerar efeitos jurídicos, não cabia ao legislador civil brasileiro desenvolver disciplina normativa que contraria claramente o comando inserido no texto constitucional. Nesse ínterim, faz-se necessária uma compreensão inicial a respeito da evolução histórica e conceitual da união estável, fazendo referência aos requisitos e caracteres da mesma. Ao longo dos anos, o instituto do companheirismo passou por diversas transformações legislativas, sendo imprescindível a análise dos diplomas legais (Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96) que, apesar de inovadores no tratamento concedido ao companheiro, não surtiram o efeito esperado de na tentativa de igualá-lo ao cônjuge. Ademais, entende-se que a nobreza das disposições das Leis anteriormente citadas foi, de certa forma, abreviada pela entrada em vigência do Novo Código Civil. Este, por sua vez, retrocedeu nas conquistas dos conviventes, visto que foi obscuro e impreciso ao tratar da questão sucessória no âmbito das uniões de fato, dando margem à eclosão de divergências doutrinárias no que diz respeito à aplicabilidade e constitucionalidade do art. 1.790, bem como da revogação ou continuidade da legislação anterior ao novo *Codex*. O impasse legal desenvolvido pela imprudência do legislador em realizar seu trabalho normativo transmite um clima de insegurança jurídica capaz de criar um sem número de interpretações errôneas relacionadas à figura do companheiro, aptas a perpetuar a situação de inferioridade na qual se encontra o convivente quando comparado ao cônjuge. Há que se desenvolver, portanto, caminhos jurídicos nos quais sejam propostas alterações significativas no atual tratamento sucessório concedido à união estável, de forma que esse, finalmente, possa estar em consonância com o dispositivo constitucional que preconiza a igualdade entre as entidades familiares.

Palavras-chaves: Companheiro. União estável. Herança

ABSTRACT

The increase of the number of steady unions has been a constant concern of the legal system, with respect to the legalization of the successory effect that fall again on the friends, when of the dissolution of the affective bond in reason of the death of one of the friends. In truth, the legislator conferred treatment differentiated to the unions in fact, in what he hits upon to the right of inheritance of the accompanying face to the patrimonial privileges attributed to the spouse, what finished for representing an excellent obstacle to the joust application of the law. This because, if the Federal Constitution truly equalized steady union and marriage, recognizing them as apt familiar entities to generate legal effect, did not fit to the Brazilian civil legislator to develop disciplines normative that it opposes clearly the inserted command in the constitutional text. In this meantime, an initial understanding regarding the historical and conceptual evolution of the steady union becomes necessary, make reference to reference the requirements and characters of the same one. Throughout the years, the institute of the fellowship passed for diverse legislative transformations, being essential the analysis of the statutes (8,971/94 Laws N. and N. 9,278/96) that, although innovative in the treatment granted to the friend, they had not occasioned the waited effect to equal it it the spouse. As weel, is understood that the nobility of the disposals of the Laws previously cited was, of certain form, shortened for the entrance in validity of the New Civil Code. This, in turn, retroceded in the conquests of the friends, since he was obscure and inexact when dealing with the successory question in the scope of the unions in fact, giving edge to the eclosion of doctrinal divergences in what it says respect to the applicability and constitutionality of art. 1.790, as well as of the revocation or continuity of the previous legislation to the new Codex. The legal impasse developed by the imprudence of the legislator in carrying through its normative work transmits a climate of legal unreliability capable to create one without number of wrong interpretations related to the figure of the friend, apt to perpetuate the inferiority situation in which if it finds friends when comparative to the spouse. It has that if to develop, therefore, legal ways in which are proposals significant alterations in the current successory treatment granted to the steady union, of form that this, finally, it can be in accord with the constitutional device that praises the equality between the familiar entities.

Word-keys: Friends. Steady union. Inheritance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 DO CONCUBINATO À UNIAO ESTÁVEL.....	11
1.1 Origem do concubinato.....	11
1.2 Histórico do concubinato.....	13
1.3 Aspectos conceituais.....	17
1.3.1 Conceito etimológico.....	17
1.3.2 Definição de concubinato.....	17
1.4 União estável.....	19
1.4.1 Conceito.....	19
1.4.2 Requisitos da união estável.....	20
1.4.3 A união estável antes e depois da Constituição Federal de 1988.....	22
CAPÍTULO 2 A UNIÃO ESTÁVEL NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	25
2.1 Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (STF).....	25
2.2 Lei n. 8.971/94.....	27
2.3 Lei n. 9.278/96.....	34
2.4 Projeto de Lei n. 2.686/96 – Estatuto da União Estável.....	40
2.5 Aplicação simultânea ou retroatividade das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96....	42
CAPÍTULO 3 DIREITO SUCESSORIO DOS COMPANHEIROS EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	44
3.1 Definição de sucessão.....	44
3.2 Distinção entre meação e herança.....	45
3.3 Evolução histórica do direito sucessório dos companheiros.....	47
3.4 Contornos da sucessão hereditária a partir da análise do art. 1.790 do Código Civil.....	56
3.5 Da inconstitucionalidade do art. 1.790.....	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
REFERÊNCIAS.....	73
ANEXOS.....	75

INTRODUÇÃO

A problemática concernente à disciplina da união estável, especialmente no que diz respeito à questão dos direitos sucessórios dos companheiros, constitui ponto polêmico na esfera do Direito de Família, devido à abordagem restritiva dada pelo elaborador da norma civil vigente. Não obstante a grande quantidade de esboços doutrinários versando sobre o tema, a pesquisa realizada não encerra inteiramente o assunto em razão da amplitude e complexidade do mesmo.

A despeito de ter ocorrido o reconhecimento da união estável como entidade familiar capaz de gerar efeitos jurídicos compatíveis com os do casamento, verificar-se-á, por ocasião da abordagem legal dada àquela, que, em verdade, a tão sonhada equiparação entre os institutos efetivou-se apenas no campo teórico. Ademais, na prática, o cônjuge ainda apresenta, na esfera patrimonial, posição privilegiada em comparação ao convivente.

Nesse ínterim, a presente pesquisa surge buscando fortalecer os posicionamentos jurídicos que se apresentam favoráveis a uma tarefa de aplicação mais equitativa e diligente da norma, em consonância com o permanente avanço social. O tema em estudo é por demais controverso, acarretando o nascimento de inúmeros questionamentos por parte dos estudiosos que tentam compreender o porquê de ter o legislador discorrido sobre união estável e seus efeitos sucessórios de maneira tão ínfima e preconceituosa, desvirtuada do princípio constitucional que concedeu a equiparação entre o tratamento dado ao cônjuge e aquele atribuído ao companheiro.

O presente estudo científico desenvolver-se-á mediante a utilização dos métodos exegético-jurídico, no que concerne à análise interpretativa das proposições legais doutrinárias relacionadas ao tema, bem como o histórico-evolutivo, na medida em que se faz necessária a compreensão da evolução do instituto da união estável e de sua aplicabilidade

legal, para que se possa entender a relevância das diversas leis que disciplinam a matéria em diferentes épocas.

No capítulo inicial, far-se-á uma abordagem acerca da evolução histórica do termo concubinato, ressaltando as transformações sociais que culminaram no surgimento da expressão união estável. Nesta etapa, será explicitado o conceito doutrinário do referido instituto, bem como os requisitos e caracteres exigidos para sua configuração legal, fornecendo uma visão ampla de todo o processo de reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar.

O capítulo intermediário, por sua vez, tratará da problemática da união estável à luz da legislação esparsa. Far-se-á um retrocesso às primeiras leis que trataram do tema, mostrando a importância da compreensão do desenvolvimento da disciplina normativa aplicada às uniões informais. Em especial, investigar-se-ão os dois principais diplomas legislativos que versam sobre a união estável, quais sejam as Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, discutindo a revogação ou continuidade destas face ao novo *Codex*.

Finalmente, no terceiro e último capítulo analisar-se-á de forma meticulosa a situação sucessória do companheiro no ordenamento jurídico atual, explicitando o tratamento inferior e desvantajoso que lhe é dado face aos privilégios conferidos ao cônjuge sobrevivente. Far-se-á, portanto, um estudo crítico da doutrina hodierna no que diz respeito às disposições inseridas no art. 1.790 do novo Código Civil, ressaltando as dificuldades de aplicação do referido dispositivo, bem como as divergências doutrinárias no que diz respeito à sua inconstitucionalidade.

“Que teu coração deposite toda a sua confiança no Senhor! Não te firmes em tua própria sabedoria! Sejam quais forem os teus caminhos, pensa Nele, e Ele aplainará tuas sendas.”

Provérbios 3, 5-6

CAPÍTULO I DO CONCUBINATO À UNIÃO ESTÁVEL

O presente capítulo tem por escopo fornecer maiores explicações para um melhor entendimento no que concerne à origem e às particularidades do instituto da união estável, hoje devidamente reconhecido como entidade familiar pela Constituição Federal.

Primeiramente, cabe fazer uma diferenciação entre os termos concubinato e união estável, haja vista que, durante muito tempo, tais expressões foram consideradas sinônimas. Em outras palavras, entende-se que o gênero concubinato abarca duas espécies distintas, quais sejam: o concubinato impuro, representado pela união adulterina ou incestuosa, ou seja, aquela que, em regra, não poderia ser convertida em matrimônio; e o concubinato puro, que seria a união livre entre homem e mulher desprovidos de impedimentos matrimoniais.

Em virtude da significação menos nobre da relação concubinária, qual seja a de união impura, o termo concubinato acabou por adquirir um caráter pejorativo, representando uma ameaça à continuidade dos vínculos matrimoniais. Nesse contexto, surgiu a necessidade de um novo *nomem juris*, representativo do concubinato puro, haja vista que este sim merecia proteção jurídica.

Nesta parte do trabalho, portanto, utiliza-se do termo “concubinato”, ressaltando as particularidades de seu surgimento e evolução, objetivando compreender o porquê do nascimento da expressão “união estável” e de seu conseqüente reconhecimento legislativo como meio de constituição familiar.

1.1 Origem do Concubinato

O concubinato representou durante muito tempo a única forma de união dos sexos na formação familiar. Em princípio, existiam apenas uniões informais, haja vista que o homem

associava-se com o objetivo primordial de facilitar sua sobrevivência e garantir a continuidade da espécie.

A origem do concubinato confunde-se com a própria sociedade humana, já que nas primeiras civilizações a informalidade era uma regra nas relações humanas, inclusive com relação ao casamento. Cogita-se que a própria idéia de casamento surgiu apenas no momento em que o homem começou a radicar-se à terra, trocando a atividade da caça pela da agricultura, ou seja, a disciplina referente à terra acabou gerando regras referentes à união conjugal, efetivando-se o matrimônio.

A união afetivo-sexual entre um homem e uma mulher é, antes de tudo, um fato antropológico. A civilização humana foi que, no curso da história, por conta de injunções culturais, políticas e, sobretudo, religiosas, problematizou o que, a rigor, era simples, na medida em que o indivíduo solteiro era considerado uma mazela para as sociedades mais antigas.

Percebe-se que o interesse político teve papel altamente relevante quando do abandono dos ideais de união livre e adoção do casamento como forma de constituição regular da família, pois esta era considerada em sua dimensão econômica, patrimonialista. O maior interesse a ser protegido era a permanência dos bens para os herdeiros. A união livre, focalizando a relação homem – mulher na dimensão da realização afetiva, pessoal, nem sempre era capaz de atribuir formalidades patrimoniais à relação conjugal, tarefa perfeitamente desempenhada pelo matrimônio em virtude do seu rigor formal.

O concubinato era capaz de subverter a hierarquia de valores das famílias tradicionais. Daí porque, passou a ser combatido como uma atividade ilícita extraconjugal, incompatível com a verdadeira essência da família, só alcançada, em consonância com os ideais pregados pela Igreja, por meio do matrimônio. Nesse ínterim, uniões conhecidas por concubinato, muitas vezes, são relatadas pela história como uma forma de devassidão, ligando-se o nome

da concubina à prostituição, à mulher devassa ou à que se deitava com vários homens, ou mesmo a amante, a outra.

1.2 Histórico do Concubinato

Não se pode falar em uniões entre homem e mulher sem que se faça um retrocesso à Roma, grande berço jurídico da civilização. Foi em Roma que se verificaram os primeiros efeitos jurídicos das uniões conjugais.

Inicialmente, o casamento romano era um fenômeno mais sociológico do que jurídico já que os princípios referentes à celebração, dissolução e proteção do matrimônio, não constituíam regulamentação propriamente jurídica, mas que melhor se enquadravam no campo da ética. Destarte, as formas de matrimônio variavam de acordo com os grupos sociais.

Existiam várias formas de associação com vistas à constituição de uma família. Eram elas: *justae nuptiae, cum* ou *sine manu*, que era o casamento dos cidadãos romanos pelo *jus civile*, este foi sem dúvida alguma o alicerce para a constituição da família e da sociedade romana; *jus gentium* ou *sine connubio*, que representava a união entre romanos e peregrinos e destes entre si; *contubernium*, que era a união entre escravos, sem efeitos jurídicos; e, finalmente, o *concubinatus*, união livre sem o *consensus nuptialis*, ora objeto da presente pesquisa monográfica. Vale ressaltar que, nesta época, o concubinato não era considerado proibido nem muito menos atentatório à moral.

Apesar de comum, inclusive entre homens de grande moralidade, o concubinato romano não teve força de instituição jurídica até à época do Direito Clássico. Sua regulamentação, ainda que de forma indireta, só veio com o advento da legislação matrimonial do imperador Augusto, pelas *Lex Iulia e Papia Poppaea de Maritandis Ordinibus*. De acordo com este diploma, a relação concubinária era uma espécie de

semimatrimônio, contraído sem formalidades, porém de natureza lícita, nada tendo de torpe ou reprovável, faltando-lhe apenas a *affectio maritalis*, sempre presente no matrimônio.

Porém, com o advento do cristianismo, o concubinato, que antes era encarado como um fato natural, passou a ser visto como imoral em Roma. O Imperador Constantino aplicava sanções como forma de forçar os concubinos a contraírem matrimônio. Já o Imperador Justiniano, para restringir o concubinato, proibia que o homem tivesse mais de uma concubina e não tivesse se casado com nenhuma delas. Apesar de nenhuma dessas atitudes ter caráter proibitivo, elas desestimularam, de certa forma, a adoção do concubinato, incentivando a celebração do casamento como meio moralmente correto para o surgimento da família.

Na idade média, embora a Igreja Católica tenha reprovado o concubinato, persistiu a tolerância a este como forma de constituição familiar. Para tanto, bastava que não se tratasse de união adúltera ou incestuosa, como bem demonstra o cânone 17 do 1.º Concílio de Toledo: "Aquele que não tiver esposa, mas que tem concubina, não será repellido da comunhão, desde que se contente com união apenas de uma mulher, seja esposa ou concubina."

Em outras palavras, apesar de combatido pela Igreja, o concubinato nunca foi evitado, nunca deixou de existir. Não se pode negar que os efeitos das chamadas uniões livres nem sempre foram equivalentes entre uma época e outra, mas isso não quer dizer que, apesar de muitas vezes irrisórios, tenham sido inexistentes.

A repulsa oficial à união concubinária só se deu por ocasião do Concílio de Trento, em 1563, que estabeleceu a obrigatoriedade da celebração formal do casamento com a exigência também do seu assento nos registros paroquiais. Os concubinos que resistissem poderiam ser excomungados ou declarados hereges.

O Brasil, como colônia portuguesa que era, adotou as mesmas regras que a metrópole colonizadora, ou seja, absorveu os ideais católicos de desestímulo à família ilegítima fruto do

concubinato. Entretanto, pode-se dizer que, devido à desordem social reinante à época colonial, uma fiscalização e repressão, por parte do Estado (ausente e omissivo) ou da Igreja, às supraditas uniões não foi efetivamente possível, o que ocasionou sua difusão pela sociedade pois, embora não recomendável, o concubinato não era expressamente proibido.

No Brasil republicano, verifica-se a tentativa de implantação do casamento civil como forma de reconhecimento familiar, considerando-se até mesmo o casamento só religioso como concubinato. Tal regra não teve acolhimento popular, na medida que as pessoas continuaram se casando, por tradição, somente no religioso.

A primeira norma com a finalidade explícita de beneficiar a companheira veio apenas com o Decreto n. 2.681, de 07.12.1912, que estabeleceu que as empresas de estradas de ferro deveriam prestar indenização aos dependentes do passageiro morto, inclusive à sua companheira.

No que diz respeito ao Código Civil de 1916, entende-se que a referida legislação não representou melhorias na esfera concubinária, tendo em vista que o legislador absteve-se de regulamentar ou mesmo de conceituar o instituto, inserindo no texto legal, contudo, graves repressões a este. Tal atitude deveu-se, principalmente, ao fato da relação extraconjugal ser considerada, pelas elites sociais detentoras do poder legislativo da época, uma ameaça direta à continuidade e perpetuação dos ideais sacramentais do matrimônio, malgrado aquela ter estado sempre presente na sociedade brasileira, em especial no que se refere às searas mais pobres da população.

Contemporâneos à legislação civil de 1916, outros diplomas dispuseram a respeito do concubinato, a saber: a Lei n. 3.724/19, responsável, pela equiparação entre esposa e companheira comprovadamente sustentada pelo homem, no que concerne aos acidentes de trabalho; o Decreto n. 20.465/31 e a Lei n. 3.807/60 (Lei da Previdência Social), que concederam direitos previdenciários à companheira; e a Lei n. 6.015/73, que autorizou a

mulher solteira, separada judicialmente ou viúva, companheira de homem, também solteiro, viúvo ou separado judicialmente, a requerer a averbação do nome do companheiro em seu registro de nascimento.

Na esfera jurisprudencial, quatro Súmulas foram de suma importância para o reconhecimento dos efeitos das relações extramatrimoniais, quais sejam:

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

Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Súmula 382: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

Súmula 447: É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina.

Como se presume da leitura das Súmulas antecedentes, durante muito tempo o Concubinato foi tratado como fato gerador de efeitos apenas obrigacionais, e não necessariamente de direito de família. O caminho para a admissão total da relação concubinária só ficou evidentemente claro com o advento da Constituição Federal de 1989, que reconheceu o concubinato puro como entidade familiar carente de proteção jurídica, desde que não fosse constituída com desrespeito aos ideais monogâmicos de fidelidade entre os conviventes. Exigiu-se, deveras, que a união extramatrimonial entre homem e mulher tivesse a aparência de casamento, continuando a depreciação legal pelas uniões adulterinas ou incestuosas.

Sabe-se que a Carta Magna de 1988 estabeleceu apenas a regra geral sobre o reconhecimento da união estável, cabendo à legislação ordinária tecer maiores considerações a respeito do novo instituto. Nesse ínterim, surgiram as Leis n. 8.971/94 (Anexo I) e n. 9.278/96 (Anexo II), cujos conteúdos serão tratados mais oportunamente no decorrer do presente trabalho.

1.3 Aspectos conceituais

Cabe, antes de adentrar-se o estudo específico da união estável, tecer algumas considerações a respeito da conceituação atribuída às relações de fato, mostrando a evolução do termo concubinato e sua definição.

1.3.1 Conceito etimológico

Investigando o sentido literal da palavra concubinato, verifica-se que esta deriva diretamente do verbo latino concubo, que significa dormir junto, ir para a cama com outro, ter relações carnais. Está presente no termo a idéia de relacionamento constante de cunho nitidamente sexual entre homem e mulher, já que o casal normalmente se une com objetivo, ainda que não exclusivo, de estabelecer conjunção carnal.

1.3.2 Definição de concubinato

(Silvio Rodrigues (2004: 259) define concubinato como sendo:

(...) a união entre um homem e uma mulher fora do matrimônio, que tem caráter estável, que seja mais ou menos prolongada, para o fim de satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos que tiverem em comum e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem.

Em sentido amplo, entende-se por concubinato a união entre o homem e a mulher, com o intuito de vida em comum, sem as formalidades do casamento, ou seja, corresponde à chamada união livre ou informal, sem os requisitos da celebração oficial e dos regramentos estabelecidos na lei para as pessoas casadas.

Tal conceituação abrange, portanto, tanto as situações de vida em comum de pessoas desimpedidas (solteiras, separadas judicialmente ou de fato, divorciadas ou viúvas), quanto às uniões adúlteras ou paralelas ao casamento.

Em sentido estrito, concubinato seria a convivência *more uxorio* não incestuosa, nem adúltera, do homem e da mulher não unidos pelo vínculo matrimonial; é a forma clássica do concubinato romano.

Devido à coexistência desses dois sentidos anteriormente elencados, doutrinariamente, considerou-se que duas espécies se destacam por ocasião do estudo da relação concubinária, a saber: o concubinato puro e o impuro.

A primeira espécie é representada pela relação duradoura entre homem e mulher como uma família de fato, sem impedimentos matrimoniais. Destarte, deduz-se que é esta a modalidade acolhida pelo ordenamento jurídico como entidade familiar, haja vista que a mesma nada mais é senão sinônimo de união estável.

A segunda espécie, em contrapartida, comporta aquelas modalidades de uniões caracterizadas pela existência de adultério ou de outros impedimentos matrimoniais absolutos, como é o caso das uniões incestuosas. Essa modalidade é atualmente conhecida apenas como concubinato propriamente dito.

A despeito da importância da classificação acima deferida, considera-se que, na prática, tal diferenciação foi responsável, em parte, pela eclosão de um entendimento discriminatório no que diz respeito ao concubinato. A expressão impura trouxe consigo um caráter depreciativo para o instituto, ligando-o, muitas vezes, à idéia de relação adúltera ou incestuosa contrária ao ordenamento jurídico, quando é sabido que existe o concubinato puro ou união estável, perfeitamente amparado pela lei.

Por essa forma, comportando concomitantemente essas duas definições divergentes entre si (concubinato admitido legalmente X concubinato reprovável juridicamente) percebe-

se que houve um desgaste do termo concubinato, já que este se tornou ambíguo e portador de uma conotação essencialmente negativa, fazendo-se necessária a adoção de um novo conceito para definir o concubinato amparado pela legislação constitucional. Surgiu, portanto, a expressão união estável.

1.4 União estável

Como dito, a necessidade de alteração do termo concubinato possibilitou o surgimento da expressão união estável. Deveras, nesta etapa do estudo, é pertinente a análise do conceito e requisitos de configuração dessa, ressaltando-se sua evolução no âmbito constitucional.

1.4.1 Conceito

Em seu artigo 226, § 3º, a Constituição Federal dispõe que: para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O Novo Código Civil complementa, em seu artigo 1.723, o disposto na Carta Magna, conceituando: é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Em suma, união estável é a relação afetivo-amorosa, não adúlterina e não incestuosa entre um homem e uma mulher, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil. A expressão união estável nada mais é do que uma nova denominação para o concubinato, sendo sinônimo de casamento

informal, só que agora não mais entre pessoas impedidas de contraírem matrimônio, mas sim entre aquelas que optaram por unir-se fora dele.

Vê-se, logo, que nem toda união amorosa representa uma união estável, mas apenas aquela passível de conversão em casamento, desde que, para tanto, removam-se os impedimentos que possam existir. A idéia de união não pode prescindir da idéia de permanência, de constância, por isso que foi a ela juntado o adjetivo estável.

Por fim, a Constituição Federal acolheu uma forma de família nascida de um casamento informal e atribuiu ao Estado a incumbência de facilitar a formalização, dando a ela um caráter mais solene.

1.4.2 Requisitos da união estável

Para a caracterização da união estável e seu conseqüente reconhecimento como entidade familiar, faz-se necessária a configuração de alguns elementos de ordem objetiva e subjetiva:

- a) convivência (art. 1.724, do Novo Código Civil): vale salientar que o elemento da coabitação não é visto como imprescindível à caracterização da união estável, haja vista que pode haver separação material dos consortes por motivo de doença, viagem ou de profissão. Assim, em consonância com a Súmula 382 do STF, a união estável pode existir mesmo que os companheiros não residam sob o mesmo teto, desde que seja notório que sua vida se equipara à dos casados civilmente;
- b) ausência de formalismo: diferentemente do casamento, onde há a necessidade do respeito a uma série de rituais legais, a união estável exige apenas que homem e mulher optem por estabelecer vida em comum. Tal consentimento pode se revelar de imediato ou surgir aos

poucos, com a conseqüente evolução do relacionamento do casal que, de simples namoro, passa a ter propósitos mais sérios;

- c) diversidade de sexos (art. 1.723, caput, do Novo Código Civil): apesar do objetivo de constituição de prole não ser requisito essencial à qualificação da união estável, considera-se que esta deve guardar em sua essência a possibilidade do surgimento natural dos filhos. Por isso, uniões homossexuais, em virtude de sua impossibilidade fisiológica de gerar descendentes, não estão incluídas no conceito de união estável, representando apenas sociedades de fato reguladas pelo direito obrigacional;
- d) unicidade de vínculo (art. 1.724, do Código Civil): o elemento em questão pressupõe o caráter monogâmico da relação, ressaltando a necessidade da existência de fidelidade entre os companheiros. Todavia, não se descarta a possibilidade de existir, concomitantemente, uma união estável quando o casal se assume reflexivamente como companheiros, sendo que um destes, ou ambos, também participa de outra relação, dita concubinato (ou seja, sem as formalidades dos vínculos matrimoniais), com terceira pessoa;
- e) estabilidade: apesar do fator tempo não ser absoluto para a constatação da união estável, exige-se um decurso de tempo mais ou menos longo. Tal elemento existe com vias a demonstrar a estabilidade da relação do casal. A Lei n. 8.971/94 estabeleceu limite de convivência de cinco anos para efetiva caracterização do vínculo conjugal. Entretanto, tal limite não mais é elencado, merecendo inúmeras críticas no mundo jurídico, visto que tornava por demais objetiva a análise, que deveria ser subjetiva, da união estável. São inúmeros os casais que, apesar de estarem juntos há menos de cinco anos, verdadeiramente apresentam uma comunidade de interesses e sentimentos capazes de representar a existência do vínculo da união estável e reivindicar sua devida proteção

legal. Não se olvide, ainda, que a existência de filhos, em regra, também comprova a união estável, independentemente do tempo de convivência;

- f) continuidade: além de duradoura, a união estável deve ser contínua, sem interrupções ou afastamentos temporários que ponham em risco a solidez da relação, desnaturando a própria essência da vida em comum;
- g) publicidade: a relação do casal deve ser pública e notória. Marido e mulher devem comportar-se como tal não apenas entre quatro paredes, mas também perante a sociedade - situação que se avizinha da posse do estado de casado;
- h) objetivo de constituição de família: consistente no elemento subjetivo, anímico, intencional da união estável. Por conseguinte, relações sexuais, ainda que contínuas, com o objetivo de mera satisfação sexual não são aptas a caracterizar a existência da união. Não é imprescindível, também, o desejo de ter filhos, contanto que se verifique o desejo de estar junto, compartilhando todos os aspectos de um relacionamento a dois.

1.4.3 A união estável antes e depois da Constituição Federal de 1988

Anteriormente à Carta Constitucional de 1988 o legislador não pretendeu conferir juridicidade ou legalidade às relações concubinárias, fazendo-se severa restrição à regularização do concubinato, mesmo que entre pessoas desimpedidas. É bem verdade que alguns efeitos decorrentes da união informal eram reconhecidos, principalmente os que dizem respeito aos direitos patrimoniais.

Entretanto, o referido reconhecimento dava-se apenas na esfera obrigacional, considerando a união livre mera sociedade de fato, visto que a proliferação desta, no entendimento do legislador, representava uma ameaça à continuidade das relações matrimônias. A partilha de bens entre os concubinos, em consonância com a Súmula 380 do

STF, somente era deferida quando restava comprovado que o casal tinha contribuído conjuntamente para a aquisição do patrimônio conjugal. Na hipótese de inexistência de tal prova, o(a) concubino(a) nada tinha a requerer.

Em alguns casos, existia a possibilidade da concubina ser indenizada pelos serviços prestados ao homem, isto é, a relação afetiva adquiria o caráter de relação de trabalho, na qual o empregador-concubino não mais necessitando dos serviços da empregada-concubina a despedia, pagando-lhe seus direitos.

A hipótese acima referida desmerecia por completo a essência do relacionamento afetivo, que deve ser tratado com base no amor e respeito entre os conviventes, e não como uma mera relação contratual.

Como afirma Sílvio de Salvo Venosa (2003:50):

Foi longa a escalada para a assimilação legal da união estável pelo direito pátrio. A jurisprudência, de início, reconheceu direitos obrigacionais no desfazimento da sociedade conjugal concubinária, determinando a divisão entre os conviventes do patrimônio amealhado pelo esforço comum. Em outras situações, quando não era possível, para impedir o desamparo da concubina, os Tribunais concediam a ela (ou excepcionalmente a ele) uma indenização por serviços domésticos, eufemismo que dizia muito menos do que se pretendeu.

Mesmo com restrições, os concubinos tentaram regularizar sua situação através de contratos registrados em Cartórios de Registros Cíveis – os chamados contratos de coabitação – que foram expressamente proibidos em 1961, apesar de muitos doutrinadores admitirem sua legalidade.

Sabe-se que a lei não é imutável, devendo acompanhar as necessidades e anseios da sociedade diante sua evolução histórica. É nesse contexto que está inserida a importância do surgimento de normas que regulassem uma situação fática há tempos existente na sociedade, qual seja a proliferação das relações concubinárias. De nada adiantava o legislador negar efeitos ao concubinato quando este se mostrava cada vez mais presente do ponto de vista econômico-social.

Contudo, percebe-se que o reconhecimento da união estável deu-se, de certa forma, paulatinamente e com certa má vontade por parte do legislador, que se recusou a admitir, durante muito tempo, o avanço social e a alteração nas relações humanas. Inúmeros foram os caminhos legais utilizados para se manter o culto aos ideais de uma sociedade formalizada apenas pelo vínculo matrimonial.

Um exemplo disso é exatamente a promulgação da Lei do Divórcio como meio de se inibir o aumento do número de relações concubinárias, já que não mais se configuraria a indissolubilidade do casamento. Porém não foi o que aconteceu. O concubinato continuou a ser uma forma de agrupamento familiar cada vez mais evidente.

Sendo assim, o legislador não teve outro caminho a não ser o de reconhecer legalmente, a partir da Constituição Federal de 1988, a figura do concubinato como meio eficaz de se constituir família, como bem pondera Francisco José Cahali em seu Contrato de Convivência na União Estável (2002:25):

(...) a Constituição Federal, abraçando a causa já defendida pela doutrina, acolhida pela jurisprudência, e referida de forma acanhada na legislação, no sentido de não deixar à margem do sistema legal as relações concubinárias, deu um grande passo, talvez maior do que o esperado, ampliando o conceito de família, para também cobrir, sob o manto protetor do Estado, as relações concubinárias. Assim, com o art. 226, § 3º, institucionalizou o concubinato, a ele referindo-se como união estável entre o homem e a mulher, elevando a relação ao estado de “entidade familiar”, categoria social mais ampla que aquela até então família constituída exclusivamente pelo casamento.

Porém, entende-se que, apesar da aceitação legal do instituto do concubinato, ainda que com outra denominação, atina-se que a efetiva equiparação entre união estável e matrimônio, na prática, nunca ocorreu. Tal afirmação se justifica a partir do próprio texto constitucional quando este faz referência à possibilidade de conversão da união estável em matrimônio. Pois, isto não seria necessário caso os dois institutos fossem realmente equiparados. Em outras palavras, a doutrina afirma que não há que se converter coisas iguais.

CAPÍTULO 2 A UNIÃO ESTÁVEL NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Sabe-se que a união estável, até o seu reconhecimento constitucional, passou por um longo processo de evolução no que concerne aos seus principais efeitos e caracteres. Deveras, a legislação esparsa que antecedeu o novo CC (Código Civil) teve papel preponderante na tarefa de atribuir direitos e deveres recíprocos entre os conviventes.

Seguindo o ditame constitucional que ressalta a paridade entre a união estável e o casamento, o legislador tentou, à primeira vista, aproximar a disciplina legal aplicada a ambos os institutos, de forma a pôr termo a eventuais visões preconceituosas relacionados à figura do convivente.

No presente capítulo, será traçado um panorama do que representou o avanço trazido pela legislação esparsa relacionada à união estável. Partindo da análise da Súmula 380 do STF (Supremo Tribunal Federal), investigar-se-á a importância dos diplomas legais que antecederam o novo CC, no que se refere à disciplina da união estável. São duas as leis que fazem referência ao tema, quais sejam: a Lei n. 8.971/94 e a Lei n. 9.278/96 que trazem em seu conteúdo disposições atinentes à questão dos alimentos e sucessão dos companheiros.

A despeito do nobre objetivo do legislador ao tentar disciplinar a permissão legal inserida na Carta Magna, entende-se, todavia, que o trabalho legislativo foi de certa forma interrompido pelo novo *Codex*, haja vista que este retrocedeu nas conquistas e direitos atribuídos à união estável.

2.1 Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (STF)

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, os conflitos decorrentes da família natural, até então denominada concubinato, eram resolvidos conforme a Súmula 380 do STF, editada em 1963, que estabelecia: 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.

Tal Súmula considerava o concubinato com uma sociedade de fato, fundamentada no direito obrigacional e de competência dos juízos cíveis comuns. Ao dissolverem a união, os concubinos deveriam provar o esforço comum na aquisição patrimonial e os juizes atribuíam um percentual dos bens para cada um conforme a prova carreada aos autos. Não eram reconhecidos direitos sucessórios ou a alimentos. As mulheres que deles necessitassem ajuizavam o humilhante pedido de indenização por serviços prestados, afrontando a dignidade de quem havia mantido uma relação familiar duradoura.

No dizer de Silvio Rodrigues, em sua obra *Direito de família* (2004: 266):

E mister, para aplicação da Súmula, que tenha havido um aumento patrimonial, por parte de um dos consortes, ou o ganjeio de um patrimônio, inexistente ao tempo da união, pois será impossível falar em repartir o produto do esforço dos concubinos se eles nada ganharam durante a ligação concubinária. Assim, se toda a fortuna do varão foi herdada de seus pais, e se esta não cresceu posteriormente, não pode a concubina reclamar repartição em seu patrimônio, pois ele não foi acrescido pelo seu esforço.

No que concerne ao acervo patrimonial, entendia-se que este era dividido de forma igualitária ou em percentuais variados, conforme cada situação específica, tendo por base o valor dos bens à época da dissolução do concubinato. Da meação a que tivesse direito à concubina, excluía-se as dívidas e os bens adquiridos por doação não-onerosa. Entretanto, não havia presunção absoluta de meação, sendo necessária a prova literal da contribuição do convivente na formação do patrimônio. Exigia-se, portanto, a configuração do chamado esforço comum.

Durante muito tempo, a doutrina divergiu a respeito da possibilidade de aplicar-se a Súmula 380 às hipóteses de concubinato adulterino, sendo comuns as decisões denegatórias sustentadas pelo próprio STF:

CONCUBINA – Partilha patrimonial – Réu casado – Compreensão da Súmula 380 – Recurso extraordinário conhecido e provido.

A ação da partilha patrimonial promovida pela concubina não pode prosperar se o réu é casado, visto que tanto conduziria ao despropósito da dupla meação.

A Súmula 380, interpretada à luz da jurisprudência que lhe serviu de base, e daquela que sobreveio, refere-se a concubinos desimpedidos.

Contudo, com o passar do tempo, começaram a surgir decisões judiciais posteriores nas quais era admitida a partilha de bens ainda que o convivente fosse casado, desde que comprovada a separação de fato. Atualmente, a Súmula 380 do STF não mais se encontra em vigência, haja vista que foi substituída por legislações bem mais abrangentes no que se refere aos aspectos patrimoniais da união estável, quais sejam, as Leis n. 8.971/94 (Anexo I) e n. 9.278/96 (Anexo II).

2.2 Lei n. 8.971/94

Promulgada em 29 de dezembro de 1994, a Lei da União Estável, como ficou conhecida, dispunha precipuamente em relação ao direito sucessório dos companheiros, colocando-o a par do direito a alimentos.

Apesar de ser reconhecidamente uma inovação, em virtude da inexistência de diploma anterior que regulasse a matéria, a mencionada lei foi, à sua época, alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina majoritária em razão do tratamento superficial dado por ela à questão concubinária. As críticas surgiram quando da análise da própria intenção do legislador infraconstitucional ao elaborar a Lei 8.971/94, na medida que esta nem sempre apresentava correspondência direta com os dizeres da Carta Magna.

Como se afirmou alhures, a equiparação entre união estável e casamento não se efetivou de forma clara, haja vista que o legislador ainda prega a conversão daquele neste,

como forma de melhor definição da família. Em outras palavras, compreende-se que a intenção do legislador constitucional sempre foi a de favorecer o casamento, reconhecendo a união estável como meio admitido legalmente para se chegar ao fim nobre do casamento civil.

Nesse ínterim, a doutrina entendia que o propósito do legislador constitucional não foi seguido piamente pelo infraconstitucional, pois este, ao invés de regulamentar o § 3º, do art. 226, da CF/88, facilitando a conversão da união estável em casamento, fez exatamente o contrário, vez que pelos direitos reservados aos companheiros, estimulava o aumento das uniões estáveis desprestigiando ainda mais a instituição do matrimônio.

Todavia, apesar das deficiências e das censuras, a lei supriu razoavelmente bem o vácuo legislativo referente à sucessão patrimonial aberta em razão da morte de um dos concubinos, facultando ao sobrevivente a proteção jurídica há muito reclamada.

Em consonância com o dispositivo da Lei n. 8.971/94, o reconhecimento de uma união afetiva como união estável para conseqüente atribuição de direitos relacionados aos companheiros, condicionava-se à verificação da existência de alguns requisitos legais inseridos no artigo 1º da referida Lei:

Art. 1.º A companheira comprovada de 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 n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

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

Destarte, fazia-se necessário um decurso de no mínimo cinco anos de convivência, salvo se houver prole comum, além da inexistência de outra união e, ainda, que estivessem os companheiros vivendo efetivamente juntos por ocasião da abertura da sucessão. Deveras, percebe-se que o legislador acolhia sob manto da Lei apenas as pessoas que estivessem

vivendo em concubinato puro, não reconhecendo uniões adulterinas ou incestuosas, bem como aquelas com prazo de duração inferior ao quinquênio exigido pela norma.

Imagine-se a seguinte situação fática: um casal conviveu por um período de quatro anos e seis meses, separando-se antes do evento morte e, portanto, antes da abertura da sucessão. De tal união não resultaram filhos comuns. Ao analisar-se literalmente o disposto no art. 1º da Lei 8.971/94, a união em questão não poderia ser considerada como merecedora de proteção legal, haja vista que os requisitos legais de lapso quinquenal e/ou existência de prole não se efetivaram. O mesmo ocorreria na hipótese da união ser de natureza adulterina.

Entrementes, entendia-se que a lei, ao definir condições de convivência tão específicas, acabou por desamparar aquelas uniões que, apesar de estáveis, apresentavam prazo de duração aquém dos cinco anos exigidos ou que não tinham como fruto direto o nascimento de filhos. Tal entendimento legal apresentava, antes de tudo, aspectos discriminatórios com relação aos companheiros, pois, até hoje, não se acredita, que o tempo seja elemento inquestionável ao reconhecimento de um relacionamento amoroso: são muitos os exemplos de casais que, mormente não se conhecerem há muito tempo, tratam-se como marido e mulher apresentando, muitas vezes, maior respeito mútuo que aquele verificado no relacionamento de casais que estão juntos há mais tempo ou até mesmo daqueles que tiveram sua união oficializada por meio do matrimônio civil.

No que concerne aos direitos sucessórios, verificava-se aí o grande avanço trazido pela legislação em estudo. A partir desta, o companheiro sobrevivente passou a gozar do direito de usufruto sobre parte do patrimônio deixado por ocasião da morte do outro, variando o percentual conforme tenha o *de cuius* herdeiros descendentes ou apenas herdeiros ascendentes.

A Lei 8.971/94 ainda incluía o companheiro sobrevivente no rol de herdeiros legítimos, bastando para tanto que o *de cuius* não houvesse deixado herdeiros descendentes

ou ascendentes ou, nesta hipótese, não houvesse testado o patrimônio de forma a afastar da sua sucessão o convivente. Urge ressaltar, entretanto, que a meação do companheiro estava sempre garantida, sempre que a aquisição do patrimônio se desse de forma comum.

Sendo assim, dispunham os arts. 2º e 3º da Lei n 8.971/94:

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

I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, a usufruir de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos destes ou comuns;

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

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

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

Os dois primeiros incisos do art. 2º tratavam do usufruto viual, independente da situação econômica do companheiro ou de que tenha concorrido para a formação do patrimônio, salvo os bens havidos anteriormente à união, que são incomunicáveis neste caso. Enquanto viver o supérstite ou enquanto não constituir nova união, ser-lhe-á deferido o usufruto, de modo que poderia ser vitalício.

O terceiro inciso, por sua vez, terminou, por arrolar o convivente ao lado do cônjuge supérstite na ordem da vocação hereditária. Quando existissem bens sucessíveis e não houvesse ascendente nem descendente, herdava o convivente, mesmo porque era irrelevante no caso em tela o regime de bens adotado e a efetiva participação na formação do patrimônio comum.

Existia a possibilidade do *de cujus*, antes de sua morte, excluir por testamento seu companheiro(a) da sucessão. Este teria, portanto, direito apenas à sua meação, como disposto no art. 3º. Não havia, pois, superposição de direito, porque o usufruto incidiria sobre a herança, e a meação não é herança. Esse usufruto, da quarta parte ou da metade dos bens,

recairia sobre a totalidade da herança, ainda que viesse a atingir a legítima dos herdeiros necessários.

Ainda com relação ao art. 3º, afirma a doutrina que sua redação não foi totalmente feliz ao definir o direito de meação (artigo 3º), que na Lei só se aplica à hipótese de dissolução da sociedade por morte de um dos companheiros, quando se poderia perfeitamente disciplinar a matéria inclusive para as hipóteses de dissolução *inter vivos*, vez que da forma prevista no retrocitado artigo, o STF já havia pacificado a matéria por meio da Súmula 380.

Fazendo-se um comparativo entre a referida Súmula e a Lei n. 8.971/94, há que se considerar que, naquela, para que se efetivasse a partilha dos bens, era necessária a prova de que os mesmos foram adquiridos pelo esforço comum de ambos os companheiros. Em outras palavras, não se garantia explicitamente a meação, haja vista que as contribuições de cada um dos conviventes poderiam não apresentar equivalência entre si: se, por ventura, um companheiro trabalhou mais do que o outro, aquele com certeza teria uma parcela maior de patrimônio a receber por ocasião da partilha.

O texto da Lei de 1994, por sua vez, foi claro ao deferir a metade dos bens do pré-morto ao companheiro sobrevivente, desde que demonstrasse que colaborou na atividade geradora daquele patrimônio. Ou seja, ainda que a contribuição do convivente não representasse diretamente metade do patrimônio adquirido, este seria, em tese, dividido em partes iguais.

Esse entendimento acabou por favorecer principalmente a situação da mulher, pois era esta que, na maioria dos casos, desempenhava o trabalho doméstico que, sabe-se, já se encontrava popularmente desprestigiado quando comparado ao trabalho externo realizado pelo homem. A adoção da meação legal representou um considerável abalo na idéia de que o homem contribuía mais para o sustento do lar porque era este quem efetivamente fornecia condições financeiras para a manutenção da casa.

Atualmente, compreende-se que o trabalho externo propriamente dito é feito tanto por homens quanto por mulheres, bem como se verifica que essas, quando atuam em casa cuidando da família, são responsáveis pela constituição do alicerce que possibilita o crescimento do trabalho externo de seus esposos e companheiros.

Destarte, as obrigações patrimoniais resultantes da dissolução da sociedade conjugal encontravam respaldo no campo do direito obrigacional, garantindo-se a divisão do patrimônio devido ao fato do mesmo ter sido adquirido por esforço comum de ambos os componentes da união afetiva. Para tanto, havia a necessidade de provar essa real participação e, diante da impossibilidade de tal tarefa, admitia-se que o companheiro ou companheira fosse indenizado pelos serviços domésticos prestados ao outro. Evitava-se, deveras, o enriquecimento ilícito de um dos conviventes em detrimento do outro.

Venosa, em sua obra *Direito das Obrigações*, leciona (2005: 148):

os tribunais admitiam a divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos, a título de liquidação de uma sociedade de fato (Súmula 380 do STF). De qualquer modo, essa divisão podia interferir na partilha de bens hereditários quando, por exemplo, tivesse havido o chamado concubinato impuro ou adúltero e o autor da herança falecesse no estado de casado, com eventual separação de fato. Nessa situação, perdurante até a novel legislação, cabe ao juiz separar os bens adquiridos pelo esforço comum daqueles pertencentes à meação ou herança do cônjuge. Toda a matéria se resolve na prova. Quando não se atribuía parte do patrimônio pelo esforço comum, a jurisprudência concedia indenização à concubina, a título de serviços domésticos prestados. Sob essa rotulação há evidente eufemismo, porque se pretende dizer muito mais do que a expressão encerra. Nessa hipótese também ocorria uma diminuição do acervo hereditário, pois parte era concedida ao companheiro.

A Lei n 8.971/94 inovou, ainda, ao instituir o direito dos companheiros a alimentos, baseando-se nos mesmos requisitos legais exigidos para os cônjuges. Destarte, atina-se que a obrigação alimentar entre os companheiros já decorria, como hodiernamente, do dever de mútua assistência material, devendo esse se estender por todo o período de convivência, bem como subsistir para o convivente necessitado, por ocasião da dissolução da união estável por rescisão ou morte.

E bem verdade que o texto da lei não mencionava de forma explícita a palavra alimentos, mas contemplava a possibilidade de sua obtenção pelos companheiros de forma indireta, ao referir que os mesmos poderiam seguir o procedimento da Lei n 5.478/668 (Lei de Alimentos). O juiz podia, portanto, entre outras coisas, fixar os alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor.

Sendo assim, para que se pudesse pleitear alimentos, o(a) companheiro(a) precisaria apenas comprovar a existência dos requisitos legais exigidos (lapso temporal de cinco anos e/ou existência de prole comum, bem como necessidade, apoiada na possibilidade de prestação do credor, claro). A Lei, no entanto, não atribuiu a toda união a possibilidade de assistência alimentar, excluindo as chamadas uniões proibidas ou os concubinatos impuros. Nesse ínterim, percebe-se que, de acordo com o texto legal, ficava descartada a hipótese de pessoas separadas de fato que passaram a viver em concubinato pleitearem o benefício jurídico em pauta.

Percebia-se que, ao negar o direito a alimentos dos separados de fato, o legislador queria garantir a continuidade do matrimônio, haja vista que o estado de separado de fato poderia, muitas vezes, constituir-se em um estado momentâneo, encerrando-se com a possível reconciliação do casal.

Todavia, se isso não ocorresse, passando um dos cônjuges a viver em concubinato com outra pessoa, seria justo negar a esta a possibilidade de assistência material? E, ainda que o casal separado de fato retomasse os antigos laços conjugais, seria correto desconsiderar a existência de uma eventual relação concubinária que porventura tenha se formado na época do afastamento matrimonial? E se desse concubinato tivesse resultado filhos? Seria justo negar às crianças e ao companheiro abandonado o apoio material necessário à sua subsistência?

Conclui-se que as indagações a respeito da justiça ou não da medida legal trouxeram

inúmeras divergências doutrinárias, visto que surgiu a pergunta crucial: quando estaria um separado de fato cometendo adultério ao constituir nova união afetiva? Será que os deveres de lealdade e fidelidade se perpetuavam no tempo, ainda que a situação de convivência marital não mais existisse e nem se vislumbrassem possibilidades de sua reconstituição?

As respostas às citadas perguntas só foram encontradas por ocasião da evolução jurisprudencial que, não obstante a ausência de clara permissão legal, passou a admitir alimentos também no tocante aos separados de fato, constituindo-se de avanço importantíssimo para que a lei não mais fizesse a diferenciação entre cônjuges e companheiros.

De sorte, apesar de imprecisa, a Lei n 8.971/94 trouxe avanços no tocante ao reconhecimento de direitos sucessórios e de alimentos aos companheiros, garantindo-lhes uma segurança jurídica até então só reservada aos casados. As deficiências das inovações legais trazidas pela lei são consideráveis. Porém, não se pode negar o mérito do avanço normativo, haja vista que, antes da Lei n. 8.971/94, não existiam referências legais compatíveis com a necessidade social de reconhecimento das uniões informais.

2.3 Lei n. 9.278/96

As inúmeras críticas incidentes sobre a Lei n 8.971/94, conforme explicitado, deram margem à elaboração de uma nova legislação que pudesse regular toda a matéria referente à união estável, suprindo as deficiências do Diploma anterior. Nesse contexto, surgiu a Lei n 9.278/96, originada do Projeto de Lei n 1.888/91, subscrito pela Deputada Beth Azize, que se inspirava em modelo de anteprojeto apresentado pelo jurista Alvaro Villaça Azevedo.

Com a finalidade precípua de melhor regulamentar o art. 226, § 3º, da CF/88, a referida Lei compunha-se de onze artigos, que acabaram reduzidos a oito devido ao veto

presidencial aos artigos 3º, 4º e 6º, considerados de maior impacto ao tratarem a respeito do contrato de vida em comum, o distrato e o registro desses instrumentos nos Cartórios de Registro Civil e do Registro de Imóveis.

Logo de início, a Lei n 9.278/96 mudou a concepção de união estável antes prevista pela Lei n 8.971/94, deixando de exigir para sua caracterização o decurso de prazo mínimo de cinco anos de comprovada convivência.

Destarte, percebeu-se que a insensibilidade legislativa de instituição de um prazo de convivência para configuração da proteção legal à união afetiva foi suprimida pelo texto da Lei, que passou a reconhecer como entidade familiar, em seu art.1º, a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com objetivo de vida em comum.

Diferentemente da Lei anterior, a Lei n. 9.278/96 não fez qualquer menção ao estado civil dos companheiros e nem ao tempo mínimo de convivência, transformando a tarefa de aferição de reconhecimento da união como estável, um trabalho de natureza essencialmente subjetiva, sendo necessário o estudo das particularidades de cada caso ou de cada união.

Em tese, observou-se que o legislador abandonou a idéia objetiva de legalização por cinco anos, trocando-a pelo uso dos termos duradouro e contínuo. Sendo assim, acabou por admitir o concubinato adulterino, quando um ou ambos os conviventes fossem casados, mas separados de fato, com relacionamento de duração indefinida, deixando ao arbítrio do juiz a caracterização da união estável, por terem os conviventes, ou não, o objetivo de constituir família.

A norma em estudo também introduziu, em seu art. 2º, os direitos e deveres recíprocos dos companheiros: respeito e consideração mútuos (inciso I); assistência moral e material recíproca (inciso II); guarda sustento e educação dos filhos (inciso III). Tais direitos e deveres eram praticamente os mesmos atribuídos aos cônjuges, ou seja, configura-se aqui

um ponto de real equiparação entre os institutos da união estável e do casamento. Saliente-se que os deveres e direitos mencionados deveriam, como hoje, repercutir tanto no tratamento íntimo dos companheiros quanto no seu relacionamento social.

Outro ponto importante a ser analisado na Lei n 9.278/96 é que esta não exigia para a configuração da união estável a coabitação, haja vista que ao dispor sobre os deveres dos conviventes (art. 2º), não colocou como elemento essencial ao reconhecimento da união estável a convivência sob o mesmo teto.

Tal orientação pode ser considerada um grande avanço legislativo, pois se sabe que atualmente são comuns os casos de uniões informais e até de casamentos nos quais os companheiros/cônjuges não moram juntos em caráter definitivo ou provisório, por motivos de trabalho e/ou enfermidades, sem que isso chegue a desnaturar o caráter afetivo do relacionamento amoroso. Deveras, a constituição imediata de família, com nascimento de filhos pode muito bem se dar a longo prazo, sem que isso acarrete problemas à admissão do vínculo da entidade familiar.

Fazendo referência aos aspectos sucessórios da Lei n 9.278/96, ressalte-se aqui a continuidade do que já fora estabelecido na Lei n. 8.971/94, qual seja, a presunção, salvo contrato escrito dispendo em contrário, da existência de contribuição e, assim, de sociedade, sobre os bens onerosamente adquiridos pelos conviventes na constância da relação. Tal regra continuou afastando a necessidade de comprovação de esforço comum, como antes exigia a Súmula 380 do Colendo STF.

É certo que durante muito tempo o ordenamento negou eficácia jurídica aos contratos conjugais celebrados entre conviventes. A permissão legal para a feitura de acordos na união estável veio apenas com o diploma legal em pauta e, vale salientar, os efeitos do contrato deveriam restringir-se à esfera patrimonial.

Para afastar a presunção absoluta de patrimônio comum, condicionava-se que a

estipulação poderia estar inserida no próprio instrumento de aquisição de um bem, subscrito pelos dois conviventes. Sendo assim, dever-se-ia declarar que o bem em causa não se comunicaria ao outro companheiro, remanescendo de exclusiva propriedade do adquirente. Estava subentendido que o instrumento de celebração poderia ser público ou particular, genérico ou específico, desde que dispusesse apenas sobre questões patrimoniais. A administração do patrimônio comum, por Lei, cabível a ambos os conviventes, também poderia ser alvo de estipulação contratual escrita.

A Lei ainda definiu outra exceção cabível para inibir a presunção absoluta de patrimônio adquirido com esforços comuns, qual seja, a demonstração de terem sido os bens adquiridos com o produto da alienação de bens anteriores de propriedade exclusiva de um dos conviventes.

Neste caso, tratava a Lei de uma hipótese de sub-rogação real, na qual um bem adquirido anteriormente ao estabelecimento da união estável era vendido e, com o produto dessa venda, adquiria-se um novo bem que, conseqüentemente, acabava por tomar o lugar daquele. Havia, na verdade, uma simples substituição do bem originário e não necessariamente uma aquisição onerosa de coisa diversa.

A questão alimentícia também foi disciplinada no diploma legal em estudo. Semelhantemente à legislação anterior, a Lei n. 9.278/96, em seu art. 7º dispôs que, em caso de dissolução da união estável por rescisão, seria imposto a um dos conviventes a obrigação de prestar assistência material ao outro, a título de alimentos, se este dela necessitasse.

Por essa forma, cabe ressaltar que, a despeito dos requisitos já exigidos para caracterização e reconhecimento da união estável, exigiam-se, por ocasião da tarefa de prestar de alimentos, os requisitos da Lei de Alimentos, a saber: existência de companheirismo, vínculo de parentesco ou conjugal entre o alimentando e o alimentante; necessidade do alimentando, consubstanciada na impossibilidade deste de prover, pelo seu

trabalho, sua própria subsistência, por estar-se desempregado, doente, inválido, velho, etc.; possibilidade econômica do alimentante, que deveria cumprir seu dever de alimentar sem que tal obrigação lhe fosse por demais onerosa, prejudicando o seu próprio sustento; proporcionalidade, na fixação dos alimentos, entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante, levando-se em consideração que os alimentos, exatamente como atualmente, deveriam ser concedidos *ad necessitatem*.

É bem verdade que a Lei de 1994 já havia disposto a respeito dos alimentos para os conviventes. Contudo, como bem se demonstrou anteriormente, o benefício de assistência material não era outorgado a todos os tipos de união estável, e sim apenas àqueles casos de união entre pessoas desimpedidas, ou seja, solteiros, viúvos, desquitados ou divorciados, após cinco anos de convivência ou prole comum.

A Lei n 9.278/96 estendeu essa prerrogativa a todo tipo de união, sempre que esta fosse duradoura, notória, pública, contínua e tivesse sido estabelecida com o objetivo de constituição de família. Deveras, admitiu-se finalmente a possibilidade de concessão de alimentos também às pessoas separadas de fato e, segundo entendimento de parte da doutrina, aos componentes de relações adulterinas, principalmente quando destas resultava o nascimento de prole.

Ainda em matéria sucessória, a Lei n 9.278/96 estabeleceu, em favor do convivente sobrevivente, o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, em caráter vitalício, desde que o beneficiado não constituísse nova união estável ou casamento. A partir de 1996, portanto, a morte de um dos membros da união estável assegurava ao sobrevivente o direito de continuar residindo na moradia do casal, desde que aquele bem fosse o único daquela natureza a inventariar e enquanto se mantivesse o estado de viuvez.

Cabe salientar que o direito de habitação nascia independentemente do direito de participação do companheiro na sucessão e só tinha cabimento quando ao companheiro não

fosse destinada a totalidade da herança, porquanto inadmissível a sua constituição quanto a bens que lhe pertençam por força da herança.

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

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

Em linhas gerais, compreendia-se o direito real de habitação do companheiro como uma consequência direta do direito alimentar, sendo, inclusive, disposto no parágrafo único do artigo que tratava daquele. Sendo assim, o direito real de habitação veio a acrescer o rol de direitos sucessórios deferidos em prol do convivente por ocasião da morte do outro, por força da vigência da Lei n 8.971/94, visto que, como sustenta Sílvio Rodrigues (2004: 284), a Lei n 9.278/96 não abrogou a Lei n 8.971/94, que continuou perfeitamente vigente naquilo em que não foi modificada pela legislação posterior, como por exemplo, no que é pertinente à matéria referente à sucessão *mortis causa* presente no artigo 2º, acrescida do direito real de habitação que integra o parágrafo único do artigo 7º, da Lei n 9.278/96.

Deveras, até antes da promulgação do Novo Código Civil, ambas as leis continuavam a ser aplicadas, de acordo com a situação que se apresentava. Consubstancia Sílvio de Salvo Venosa (2003: 284):

Para a obrigação alimentar, deve incidir a lei vigente na data do rompimento da união, com os requisitos e efeitos nela previstos. Assim, rompida a convivência após a lei de 1994, mas antes da lei de 1996, será necessário, por exemplo, que a união tenha um lustro ou prole comum.

Na seara patrimonial, nossa orientação é pela aplicação da lei vigente na data da aquisição do patrimônio, sempre respeitada eventual convenção entre os interessados. Nessa linha, dissolvida hoje uma união de trinta anos, devese analisar a participação de cada cônjuge no patrimônio adquirido no período, de acordo com toda a evolução acima referida, incidindo a Súmula 380, a Lei n.º 9.278/96 e o novo Código Civil, para os bens adquiridos, respectivamente, até 1996, entre esta data e 2002 e a partir da vigência na atual codificação.

Por fim, quanto aos efeitos sucessórios da união estável, incidirá a lei vigente na data da abertura da sucessão.

Acreditava-se que a nova Lei dos conviventes também não foi feliz ao dispor sobre a matéria sucessória, vez que imprecisa e omissa em alguns momentos e muito benevolente em outros. Foi imprecisa ao dispensar os conviventes da obrigação de demonstrarem a ausência de impedimentos para que pudesse a união estável transformar-se em casamento.

A dispensa da comprovação da situação pessoal de cada convivente abriu espaço para que se especulasse sobre a possibilidade de proteção jurídica às uniões múltiplas, o que de fato não era o objetivo da lei, tanto que no artigo 1º mencionava o legislador a união de um homem e uma mulher. A imprecisão poderia ter sido evitada pelo legislador.

No art. 8º, a Lei n. 9.278/96 atendeu a uma exigência contida no § 3º, do art. 226 da Constituição Federal, permitindo aos companheiros, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão de sua união estável em casamento civil, por requerimento ao Oficial de Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio. No entanto, a lei não explicitou nenhuma forma de facilitação da conversão citada, tornando sem efeito o dispositivo elencado.

A última inovação trazida pela Lei n. 9.278/96, consubstanciada em seu art. 9º, dizia respeito à fixação da competência da Vara de Família no que concerne ao julgamento das causas relacionadas à união estável, eliminando por completo a competência de varas comuns a respeito da matéria. Assegurou-se, inclusive, o segredo de justiça para as questões referentes às uniões informais.

2.4 Projeto de Lei n. 2.686/96 – Estatuto da União Estável

Quando o Projeto originário da Lei n. 9.278/96 (Anexo III) foi submetido à sanção, já se ressaltou ter sido reduzido o âmbito de sua regulamentação, uma vez que deixou de revogar a Lei n. 8.971/94, criando então uma necessidade de conciliação entre os dois

diplomas.

E nesse contexto de indecisão jurídica no que concerne a quais disposições seriam aplicadas à união estável, se as da Lei n. 8.971/94 ou as da Lei n. 9.278/96, ou se de ambas, que surgiu a idéia de se elaborar um diploma que regulamentasse de forma ampla a união estável, superando as falhas e impropriedades técnicas que foram verificadas nas duas recentes Leis editadas sobre a matéria. Desta forma, nasceu o Projeto de Lei n. 2.686/96.

Fazendo referência ao conteúdo do referido Projeto, merecem considerações os art. 3º, 4º e 5º da Lei. O art. 3º refere-se aos efeitos patrimoniais da união estável, estabelecendo o regime legal de comunhão parcial de bens existente no casamento para reger os bens móveis e imóveis adquiridos a título oneroso na constância da união estável. A mesma opção também foi feita posteriormente pelo legislador do novo CC. O Estatuto acrescenta a inovação de que as doações feitas por um dos companheiros serão computadas como adiantamento de meação, o que não tem nenhuma correspondência com o Novo Código Civil ou com a legislação atual.

O Projeto prevê a possibilidade de as partes regerem as suas relações patrimoniais mediante escritura pública de atribuição de titularidade de bens e obrigações. Os companheiros poderiam firmar um contrato exclusivamente patrimonial, que não se confundiria com o instrumento que devia servir de base ao casamento contratual. Disposição parecida também é encontrada no atual *Codex*, mais precisamente no art. 1.725, que trata da possibilidade de se celebrar contrato escrito entre os conviventes.

O art. 5º do Projeto dispõe acerca dos direitos de terceiros contratantes com qualquer dos conviventes ou com ambos, que independe da escritura do regime convencional. O Projeto prevê o registro do instrumento no Album de Imóveis do domicílio dos conviventes e, se fosse o caso, a averbação no ofício da circunscrição onde os imóveis fossem localizados. Esta situação é bastante parecida com a indicada para o pacto antenupcial. Porém, esse

Projeto deixa de prever o destino dessas inscrições diante da dissolução da união estável, tornando-se falho assim como o Novo Código Civil também o é.

Atualmente o Projeto apresenta reduzida expectativa de aprovação, não só considerando o desinteresse do Congresso Nacional com essa questão, como também em função da aprovação do Novo Código Civil que passou a regulamentar a matéria de forma diversa da proposta pela Comissão.

2.5 Aplicação simultânea ou retroatividade das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96

Como havia de se imaginar, a existência de diplomas diversos versando sobre a questão da união estável, fez surgir uma série de dúvidas a respeito de qual diploma deveria efetivamente ser aplicado ou se o ordenamento admitia a vigência simultânea de ambas as leis. Em se tratando de lei sobre matéria civil, a regra é a de que a lei não retroage.

Entre as Leis 9.278/96 e 8.971/94, entende-se que não ocorre conflito, visto que, embora sejam as duas leis da mesma hierarquia, a lei de 1996 expressamente revogou as disposições em contrário, atingindo a Lei 8.971/94 na previsão dos alimentos, que passaram a ser assegurados sempre que se confirmasse o binômio necessidade-possibilidade, independentemente do tempo de duração da união, da existência ou não de filhos, ou de os companheiros serem ou não impedidos para o casamento. Quanto ao direito sucessório, não houve revogação. A doutrina entende, portanto, que até a promulgação do novo CC, permaneceram em vigor os dispositivos de ambas as Leis.

No que concerne à Súmula 380 do STF, vê-se que, ainda que esta estivesse em vigência, não ocorreria conflito de normas, visto que o ordenamento jurídico não admite a existência de conflito entre lei e decisão jurisprudencial. Deveras, como bem pondera Carlos Maximiliano (1955: 39), há possibilidade de conflito somente entre duas normas positivas

que se acham em pé de igualdade, não podendo, por conseguinte, surgir entre lei e regulamento. Portanto, também não pode haver conflito entre lei e jurisprudência sumulada!

Em relação à união estável, entende-se que a Súmula 380 do STF, anterior à Carta Constitucional, não mais se aplica. A súmula poderá ser utilizada apenas para uniões permanentes entre homossexuais, associada ao princípio geral de direito que proíbe o enriquecimento sem causa.

Ainda que a questão seja referente aos processos de dissolução de união estável em tramitação em primeiro, segundo ou terceiro graus, entende-se que também não haverá conflito de normas, haja vista que serão aplicadas as leis atuais, que nenhum conflito apresentam entre si ou em relação às decisões jurisprudenciais anteriormente praticadas. Revogadas as leis vigentes pelo Novo Código Civil, esse é o diploma legal aplicável à união estável, abrangendo os processos em tramitação ou aqueles que ingressarem em juízo.

CAPITULO 3 – DIREITO SUCESSORIO DOS COMPANHEIROS EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Uma vez analisados os aspectos gerais da união estável, bem como seu arcabouço legal posterior à Constituição Federal de 1988, cumpre agora investigar seus aspectos sucessórios em consonância com a Lei nº 10.406/2002. Complexa, entretantes, é a situação jurídica acerca dos direitos emergentes da morte de um dos companheiros. Diversos fenômenos jurídicos são passíveis de ocorrer quando há ou não herdeiros necessários sucessíveis, indo desde o simples direito real de habitação à adjudicação da totalidade da herança, passando ainda pelo usufruto vitalício.

Nesse ínterim, busca-se decifrar, na presente etapa do estudo, entre outras coisas, se o novo Código Civil revogou o direito sucessório versado nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, dada a maior amplitude e ulteridade daquele, ou se estas continuam sua vigência, sendo aplicadas paralelamente à nova Lei. Partindo de um estudo relacionado ao conceito do fenômeno sucessório, serão especificadas as inovações trazidas pela Lei nº 10.406/2002 no que se refere ao novo tratamento legal dado ao instituto da união estável, ressaltando seus avanços e retrocessos na esfera do Direito das Sucessões.

3.1 Definição de sucessão

De maneira geral, entende-se o direito sucessório como sendo a parte do direito civil responsável pela regulamentação das relações jurídicas de uma pessoa após a morte, já que esta põe termo à personalidade jurídica do indivíduo, trazendo a necessidade de substituição do titular dos direitos e obrigações.

No dizer de Cretella Júnior (1998: 247-248):

Quando o titular do direito morre, a relação jurídica a uma pessoa ou a uma coisa ou se rompe, não sendo possível a substituição do titular por outrem,

ou permanece, havendo mudança de uma por outra, que a sucede. O direito de sucessão regulamenta essa passagem e as conseqüências advindas.

Em sentido amplo, a sucessão vem a significar o ato pelo qual uma pessoa substitui outra em qualquer situação, ou seja, toma o lugar de outrem. Juridicamente, a expressão dessa palavra é tida sob dois aspectos: em uma visão mais abrangente, é empregada no sentido de suceder ou mesmo de substituir outro na titularidade de determinados bens incluindo-se, nestes termos, a transmissão mediante ato *inter vivos* e a transmissão que se dá *causa mortis*. Em sentido estrito, pressupõe tão somente a transmissão do patrimônio de alguém em virtude de sua morte, qual seja esta a definição necessária à continuidade do presente trabalho.

Cabe aqui, ressaltar a relevância do entendimento do termo patrimônio ao definir a sucessão, haja vista que em razão da morte é transmitido um conjunto de direitos e obrigações que integram o ativo e o passivo do morto. Esses, portanto, são transferidos em sua totalidade a aqueles que, por direito, estão legitimados a recebê-los.

Deveras, entende-se que a sucessão é o ato pelo qual uma pessoa substitui outra na titularidade de suas relações patrimoniais, enquanto o direito sucessório é um conjunto de normas que visa organizar tal ato.

3.2 Distinção entre meação e herança

A abertura da sucessão é determinada pelo momento da morte de uma pessoa, fazendo com que seu patrimônio seja incorporado aos seus sucessores, que se constituem nas pessoas legitimadas por lei ou mediante disposição de última vontade, a receberem a herança deixada pelo *de cuius*.

A transmissão do patrimônio (ativo e passivo) se verifica de forma automática por ocasião da morte, surtindo efeitos desde então. Até que seja efetivada a partilha, recebendo cada sucessor o seu quinhão hereditário, a herança é deferida como um todo unitário, ainda

que sejam vários herdeiros. Deveras, enquanto não se completar a partilha, a herança será indivisível, regendo-se pelas normas relativas ao condomínio.

E importante ressaltar que, além da herança, o direito sucessório busca resguardar a meação do cônjuge/companheiro sobrevivente. Tal instituto, a meação, portanto, não se confunde com a herança, já que a divisão desta tanto pode se originar de lei ou ser determinada por testamento. Ademais, sabe-se que a meação é abordada, sobretudo, no que concerne ao regime de bens por ocasião de uma possível dissolução da relação conjugal, que nem sempre implicará na morte de um dos cônjuges/conviventes, requisito essencial para a aferição de herança, na medida em que o ordenamento não admite a possibilidade de se partilhar herança de pessoa viva.

Assim observa Maria Helena Diniz (2005: 123):

É mister não confundir o direito de herança, que se reconhece ao consorte sobrevivente, com sua meação. A meação é um efeito da comunhão, enquanto o direito sucessório independe do regime matrimonial de bens. A meação constitui a parte da universalidade dos bens do casal de que é titular o consorte por direito próprio, de modo que tal meação do cônjuge sobrevivente é intangível; sendo o consorte herdeiro necessário, o *de cujus* não pode dispor de sua meação sem quaisquer restrições, pois, com isso, privaria o supérstite.

Sendo assim, a meação caracteriza o chamado esforço comum, consistindo no direito que os cônjuges/companheiros têm sobre a metade dos bens que integram o patrimônio do casal adquirido durante a convivência. A avaliação desse acervo patrimonial dar-se-á de acordo com regime de bens adotado, ou mesmo, o estabelecido no pacto antenupcial. Diferentemente da herança, a meação não poderá ser renunciada nem será alvo de impostos, salvo em caso de doação.

Desta forma, os bens que compõem a meação não são passíveis de divisão pertencendo, por direito, ao cônjuge/companheiro não por força do direito sucessório, mas pelo fato de já os pertencerem mesmo antes do falecimento do *de cujus*.

3.3 Evolução histórica do direito sucessório dos companheiros

Até a promulgação da Constituição de 1988, dúvidas não havia de que o companheiro ou companheira não eram herdeiros. O Código Civil de 1916, ora revogado, absteve-se de fazer qualquer menção à possibilidade de divisão sucessória no que concerne à união concubinária. Na verdade, o diploma cível anterior negava qualquer reconhecimento às hoje chamadas uniões estáveis, em uma tentativa clara de favorecer o matrimônio em detrimento do aumento do número de uniões informais.

A despeito do surgimento de algumas leis previdenciárias que favoreciam a companheira, o reconhecimento efetivo e ponto de partida para a eclosão de disciplina específica concernente às uniões informais, veio apenas com a nova Carta Magna, que reconheceu a união estável do homem e da mulher como entidade a ser protegida (art. 226, § 3º). Contudo, em que pesem algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais isoladas, tal proteção não atribuiu direito sucessório à companheira ou companheiro.

Como se afirmou alhures, até à promulgação das duas Leis relacionadas à união estável (Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96) os tribunais admitiam a divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos, hoje, denominados companheiros ou conviventes, a título de liquidação de uma sociedade de fato.

Destarte, o acervo de bens era repartido com base na colaboração dos companheiros verificada no momento da aferição dos bens. Quando não era possível configurar-se esse esforço comum, a jurisprudência concedia indenização à concubina, a título de serviços domésticos prestados. Todavia, entende-se que não existiam, até aquele momento, legislações específicas que pudessem ser aplicadas à problemática em estudo.

Tal vazio legislativo veio a ser inicialmente suprido com a Lei n. 8.971/94, que versava sobre alimentos e sucessão na união estável, garantindo aos companheiros o direito ao

usufruto vidual. Assim, de acordo com o artigo 2º da Lei, se o companheiro falecido tivesse descendentes (filhos, netos, bisnetos), o sobrevivente teria direito ao usufruto (usar e fruir) sobre $\frac{1}{4}$ dos bens do falecido. Já se o *de cujus* tivesse apenas ascendentes (pais, avós,) o companheiro teria direito ao usufruto sobre a metade dos bens.

A Lei n. 9.278/96 que, por sua vez, surgiu como uma tentativa de corrigir eventuais equívocos da lei anterior, garantiu mais um direito ao companheiro sobrevivente: o direito real de habitação, consentindo na permanência do companheiro no imóvel destinado ao domicílio da família enquanto não constituir nova união ou casamento (art. 7º).

O novo Código Civil altera completamente a disciplina da matéria e acarreta enormes prejuízos aos companheiros que vierem a suceder depois de iniciada a sua vigência. As disposições do novo *Codex* podem ser consideradas verdadeiros retrocessos quando comparadas às permissões sucessórias trazidas com o advento das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96.

De acordo com o CC, o companheiro sobrevivo herdará concorrendo com descendentes comuns e, nesse caso, receberá cota correspondente à dos filhos. Concorrerá também com os filhos só do falecido recebendo, aqui, metade do que couber a cada um destes. Se concorrer com outros parentes terá direito a um terço da herança e, se não houver parentes sucessíveis, tocar-lhe-á a totalidade da herança.

Ressalte-se que, segundo a redação literal do art. 1.790 do CC, quando se fala em concorrência do companheiro com descendentes comuns ou só do falecido, esta só ocorre quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a constância da união estável e após a retirada da meação da companheira que pertence a ela, não se tratando de parte da herança. Os bens adquiridos antes da constituição da união estável serão herdados, em sua totalidade, pelos filhos do falecido.

Cumpra-se ainda que, segundo o art. 1.844, caso seja verificada a hipótese de não haver cônjuge ou companheiro sobreviventes, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, essa se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

Deveras, a situação sucessória do companheiro apresentar-se-ia da seguinte forma: antes de 11/01/2003, data de início da vigência da Lei nº 10.406/2002, sobrevivendo a morte do autor da herança, sendo ele convivente e não tendo deixado herdeiros necessários à época - descendentes e ascendentes - o(a) companheiro(a) sobrevivente recolheria a herança em sua totalidade, não obstante a existência de herdeiros legítimos colaterais. Esta a dicção que se extraía do inciso III, do art. 2º, da Lei n. 8.971/94.

Todavia, após 11/01/2003, com aplicação do disposto no art. 1.790 do NCCB (Novo Código Civil Brasileiro) e desde que a abertura da sucessão tenha se verificado em data posterior a 10/01/2003, o(a) companheiro(a) sobrevivente só terá direito a recolher a totalidade da herança se não existirem parentes sucessíveis do autor da herança, por força do comando que se extrai da leitura do inciso III, do artigo supracitado. Ademais, somente na hipótese da não existência de sucessores, o acervo de bens seria entregue ao Estado. De acordo com a obra de Caio Mário da Silva Pereira (2004: 154):

... O Código Civil de 2002, contrariando o sistema que resultava da primeira daquela duas leis, situou o companheiro em posição pior na ordem de vocação hereditária: na ausência de descendentes e de ascendentes, e a partir da vigência do novo diploma, o companheiro passou a ser chamado em concorrência com outros parentes sucessíveis, e não mais na qualidade de herdeiro único (Lei nº 8.971/94, art. 2º, nºIII). No sistema agora em vigor, apenas quando o *de cuius* não tinha parente sucessível algum é que se atribuiu ao companheiro a herança em sua integralidade. Identifica-se, no ponto, injustificável retrocesso - que o Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, procurava, aliás, corrigir.

Veja-se, portanto, que antes o(a) companheiro(a) sobrevivente era precedido na ordem vocacional sucessória apenas pelos descendentes ou ascendentes do *de cuius*. Hoje, para que

o(a) companheiro(a) sobrevivente receba toda a herança é preciso concorrer com herdeiros colaterais do falecido até o 4º grau. Ou seja, o legislador ao invés de continuar com a evolução do posicionamento constitucional - tornar a união estável praticamente igual ao casamento - regrediu completamente ao deixar a totalidade da herança ao companheiro sobrevivente somente após concorrer com os herdeiros colaterais até o 4º grau, sendo que estes herdam por direito próprio.

E bem verdade que as Leis anteriores (8.971/94 e 9.278/96) não outorgaram tão largos direitos aos companheiros. Entretanto, comparadas ao Novo Diploma Cível, são verdadeiras inovações, haja vista ao menos tentarem seguir o princípio constitucional de equiparação entre união estável e casamento. O legislador do diploma cível, entretanto, parece não ter tido essa mesma preocupação, pois sua disciplina ressalta sobremaneira a supremacia do cônjuge em relação ao companheiro.

Tanto é assim, que a referência à disciplina sucessória da união estável é tratada em um único artigo, qual seja o art. 1.790. Deveras, toda a matéria esgota-se em uma única disposição, considerada por grande parte da doutrina como confusa e lacunosa, visto que entra em conflito direto com as normas do mesmo diploma legal que versam sobre a sucessão dentro do matrimônio, o que não deveria ocorrer dada à equiparação referida no texto constitucional.

Um dos maiores questionamentos é saber se o companheiro, em virtude do atual tratamento constitucional, encontra-se inserido no elenco de herdeiros necessários. Na realidade, o Código não faz nenhuma referência expressa ao assunto, admitindo essa qualidade apenas no que atine aos descendentes, ascendentes e ao cônjuge (art. 1.845). O art. 1.829, que versa sobre a sucessão legítima, também não menciona a possibilidade de se incluir no rol legal a figura do companheiro.

Sendo assim, entende-se que o convivente supérstite não é herdeiro necessário, nem tem direito à legítima, mas participa da sucessão do *de cuius*, na qualidade de sucessor regular, sendo herdeiro *sui generis* (visto que não figura na ordem de vocação hereditária), quanto aos bens adquiridos na vigência do estado convivencial, nas condições explicitadas no art. 1.790 do CC.

Logo, ocorrendo a morte do companheiro e, conseqüentemente, a dissolução da sociedade afetiva, metade dos bens adquiridos na constância da união estável pertencem ao companheiro sobrevivente a título de meação. Quanto à outra metade, ocorrerá a sucessão conforme estabelece o art. 1.790. Em consonância com este, não há que se falar em direito do companheiro sobre bens adquiridos anteriormente à constituição da união estável nem no que diz respeito aos bens adquiridos de forma gratuita, ainda que durante a vigência do estado convivencial.

Ora, o Novo Código Civil, no livro reservado ao Direito de Família, mais precisamente no art. 1.725, estabelece que, na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Da leitura do supracitado dispositivo legal, compreende-se que, se há na ordem jurídica civil vigente expressa autorização para que os conviventes contratem uma disciplina legal diversa daquela apregoada pelo regime da comunhão parcial, tornar-se-á um contra-senso estabelecer que os efeitos patrimoniais sucessórios decorrentes do falecimento de um dos conviventes restrinjam-se aos bens onerosamente adquiridos na constância da união. E se os conviventes optarem por regular suas relações patrimoniais de forma diferente da estabelecida no regime da comunhão parcial de bens? Seria justo privar o sobrevivente da sucessão hereditária, no tocante aos bens adquiridos antes do início da união?

A aplicação literal da norma presente no artigo 1790 parece indicar que o desejo do legislador foi realmente restringir a participação do convivente ao patrimônio formado após o início da convivência, o que forçaria a adoção da solução testamentária quando a intenção dos conviventes fosse a de ampliar o campo de ação das regras sucessórias, já que o contrato escrito pactuado pelos conviventes, definindo regime de bens diverso do legal, efetivamente não pode substituir o testamento, conforme princípio que pontua esta figura jurídica. Ou seja, pela via testamentária, o companheiro poderá ser incluído na herança do outro, bem como excluído. De acordo com Maria Helena Diniz (2005: 146):

Há desigualdade de tratamento sucessório entre cônjuge e convivente sobrevivente, pois aquele é, em certos casos, herdeiro necessário privilegiado, podendo concorrer com descendente, se preencher certas condições, ou com ascendente do falecido. O convivente, não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do outro, se ele dispuser isso em testamento (CC, arts. 1.845, 1.846 e 1.857), pois só tem direito à sua meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Hodiernamente, não se fala mais em direito real sobre coisa alheia (usufruto ou direito real de habitação). O direito do companheiro supérstite é de propriedade plena (CC, art. 1.784), nos termos e condições arroladas no artigo 1.790. Todavia, há que se ressaltar que o direito de usufruto viual, disposto na Lei n 8.971/94 não prevalece por ser hoje um instituto não mais existente no direito brasileiro.

Em relação ao direito real de habitação, inovação trazida pela Lei n. 9.278/96, diz-se que este não foi mantido pelo CC, salvo quando referente à pessoa do cônjuge (1.831, CC). Ou seja, os companheiros, de acordo com o diploma legal cível, não mais possuiriam o direito de permanecer no imóvel destinado à residência da família. Evidencia-se, aqui, uma das diferenciações legais estabelecidas entre cônjuge e companheiro, apesar do emparelhamento constitucional feito.

De fato, a continuidade ou não do direito de habitação dos conviventes é ponto de constantes divergências doutrinárias, haja vista que esbarra na incerteza legal de se definir se as Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 foram revogadas pelo novo CC ou se estão em plena vigência face à ineficácia daquele em regular a matéria pretendida.

Parte da doutrina acredita que a Lei n. 9.278/96 encontra-se revogada e, portanto, o direito real de habitação não mais se justifica, haja vista que seria ilógica a permanência de um único artigo da Lei em vigor quando o resto de toda a matéria desta foi revogada.

Destarte, só se poderia falar em continuidade do direito real de habitação quando este estivesse relacionado a sucessões abertas antes de 11 de janeiro de 2002. Para os demais processos sucessórios, sejam estes relacionados ao casamento ou à união estável, aplicar-se-ia a disciplina constante no novo *Codex*. Ou seja, no silêncio do NCCB sobre o assunto, o entendimento é o de que encontrar-se-ia revogado o referido parágrafo único do art. 7.º da Lei n. 9.278/96 e, por conseguinte, afastada do ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de deferir ao companheiro, por ocasião da morte do outro, o direito real de habitação.

Quanto a esse direito leciona Venosa (2003: 116):

No casamento, esse direito está contemplado no art. 1.611, § 2º. Em sede de união estável, o direito de habitação se apresenta de forma mais ampla, pois no casamento está restrito aos enlaces sob o regime da comunhão universal. afora tratar-se de imóvel destinado à residência da família e o único bem dessa natureza a inventariar. Trata-se de restrição injustificável, que recebeu repulsa da doutrina. Nenhuma restrição é feita aos companheiros sob esse aspecto.

Em contrapartida, outra parte da doutrina afirma que a incidência do parágrafo único do artigo ainda se justifica, na medida em que lei posterior geral não revoga lei anterior especial, a menos que, expressamente, o declare, ou contenha dispositivos incompatíveis ou regule inteiramente a matéria de lei especial. Esse não é, por óbvio, o caso do novo *Codex*, pois o mesmo só se mostrou capaz de regulamentar parcialmente os direitos dos companheiros, contribuindo para o aumento da distância entre o casamento e a união estável.

A supressão do direito real de habitação, que surgiu porque a família existiu e o imóvel foi utilizado como seu abrigo, constitui ofensa à norma da Constituição que preconiza o tratamento isonômico dado à entidade familiar, não importando se a formação desta deu-se de maneira oficial ou informal. O casamento e a união estável deveriam, pois, guardar igualdade quanto ao regime legal dos bens, concedendo-se aos companheiros os mesmos benefícios atribuídos aos cônjuges em matéria sucessória.

Assim, entende-se que o conflito de normas que acaba por gerar a incerteza no que se refere à permanência ou não do direito real de habitação para os companheiros deve ser dirimido, aplicando-se a disciplina mais justa e que mais se aproxima dos ditames constitucionais de igualdade entre união estável e casamento, qual seja, a Lei n. 9.278/96, que dispõe que o convivente sobrevivente teria sempre reconhecido seu direito de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, se este for o único desta natureza a inventariar. De acordo com Maria Helena Diniz (2005: 148):

Na verdade, temos, parece-nos, um caso de antinomia de segundo grau, ou seja, um conflito entre norma anterior especial (Lei n.º 9.271) e norma posterior geral (CC, art. 1.831), que, por sua vez, gera antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, para a qual valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Com isso, a Lei n.º 9.278 seria a mais forte, ante o princípio da especialidade. (...) Deveras, num caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito normativo seria o princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa.

Caso seja admitido que o novel estatuto disciplinou com exclusividade a matéria sucessória da união estável, restando derogada toda a legislação esparsa, há sério risco de a jurisprudência deixar de reconhecer ditos direitos. Isso, por sua vez, poder-se-ia considerar extremamente injusto, principalmente para as mulheres que ainda não detêm a titularidade dos bens referentes ao estado convivencial. Trata-se, pois, de severa limitação às relações extramatrimoniais.

Não prospera a justificativa do relator - de que a união estável é instituição-meio, enquanto o casamento seria instituição-fim - para dar prevalência à relação matrimonial sobre o relacionamento informal estável. Essa predileção, inegavelmente, afronta o princípio da igualdade, base da ordem constitucional, que equiparou a união estável e o matrimônio como entidades familiares, sem distinções de ordem patrimonial. Sendo assim, poder-se-ia considerar que o silêncio do Código, no que diz respeito à disciplina legal aplicada à união estável, implicaria retrocesso, caracterizando verdadeira inconstitucionalidade por omissão.

Vê-se, por conseguinte, que o Novo Código Civil não trouxe grandes inovações a respeito da União Estável, podendo-se dizer, inclusive, que ele retrocedeu no que tange ao direito sucessório dos companheiros, além de ter deixado de dispor sobre alguns pontos do tema.

Contudo, apesar dos retrocessos, deve-se recordar que, quando comparado ao Código Civil de 1916, o novo *Codex* apresenta avanços consideráveis, haja vista que aquele não fazia referências explícitas ao acolhimento legal do instituto da união estável, chegando, inclusive, a mencionar a concubina como sendo a amante do homem casado (cúmplice no adultério).

Assim, por exemplo, quando o CC de 1916 cuidava da doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, declarava ser anulável tal ato, dando aos herdeiros ou ao cônjuge prejudicado o prazo de dois anos após dissolvida a sociedade conjugal para anulá-lo (artigo 1.177, CC). O artigo 248, inciso IV, chegava a garantir à mulher casada o direito de reivindicar os bens comuns móveis e imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina. A idéia que se tinha era a de que a concubina era a amante do homem casado (concubinato impuro) capaz de comprometer a continuidade dos laços sagrados do matrimônio. Destarte, o CC de 1916 negava quaisquer efeitos sucessórios às uniões não abrangidas pelo casamento.

Nesse diapasão, mesmo remanescendo alguns problemas acerca da análise do instituto da união estável face ao novo CC, não se pode negar que muitos foram os direitos alcançados

pelos companheiros. Apesar de não ter havido a igualdade absoluta e sonhada entre cônjuges e companheiros, considera-se que muitos dos direitos relacionados aos primeiros podem ser aplicados aos segundos a partir do uso da analogia.

A eficiência da medida tende a ser verificada por ocasião do surgimento de decisões jurisprudenciais mais justas e atentas com a realidade social. Em linhas gerais, a disciplina da união estável presente no novo CC restringe-se a três artigos, quais sejam os de n.ºs 1.724, 1.725 e 1.790, este último merece atenção especial, haja vista tratar dos aspectos sucessórios alvos do presente trabalho monográfico.

3.4 Contornos da sucessão hereditária a partir da análise do art. 1.790 do Código Civil

O artigo 1.790 do CC é atualmente alvo de inúmeras críticas no que concerne à sua exegese correlacionada às demais disposições sucessórias inseridas no diploma legal. Lacunoso e desvirtuado da realidade social, na medida que não induz à observância do preceito constitucional de equiparação entre união estável e casamento, a doutrina entende que sua reformulação faz-se necessária em caráter de urgência, de maneira que o mesmo possa realmente vir a atender às necessidades de regulamentação da sucessão nas uniões informais.

Dispõe o art. 1.790 do Novo Código Civil:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

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

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

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

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

Uma das primeiras críticas relacionadas ao artigo acima faz referência à sua disposição no Código. Para a maior parte da doutrina, o legislador, ao tratar separadamente dos direitos

sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, acabou por tratá-los de forma bastante distinta, chegando mesmo a não observar o ditame constitucional que igualou as entidades familiares.

Deveras, entende-se que o artigo 1790 encontra-se em local inadequado (no capítulo das Disposições Gerais), quando o mais apropriado era que estivesse disposto no capítulo referente à ordem de vocação hereditária, juntamente com a disciplina aplicada à sucessão do cônjuge. Tal separação, talvez se justifique numa tentativa do legislador de evitar percalços e críticas sociais, haja vista que, a despeito do número cada vez maior de uniões informais, estas ainda são vistas como um estágio de convivência menos nobre que o casamento.

É evidente que o companheiro não poderia deixar de figurar, a rigor, na lista dos herdeiros legítimos (art. 1.829), como se verifica atualmente. Ademais, o companheiro, de acordo com a redação do Código Civil, não foi legalmente reconhecido como herdeiro necessário, como bem se denota da leitura do art. 1.845, podendo, por esse entendimento, ser afastado da vocação hereditária mediante testamento. Veja-se a opinião de Carlos Alberto Barbosa Moreira sobre o assunto, em sua atualização da obra de Caio Mário da Silva Pereira (2005: 163):

(...) insere-se o companheiro entre os chamados herdeiros necessários, ou não passa ele de mero herdeiro legítimo, cuja vocação pode ser afastada por via testamentária? A indagação desperta algumas perplexidades, em boa parte decorrentes do fato de a versão primitiva do Projeto do Código Civil nada dizer a respeito dos direitos sucessórios dos companheiros. (...) Colhe-se a nítida impressão de que o legislador, pretendendo inserir a regulamentação da matéria em texto que dela não cuidava, deixou, todavia, de proceder à harmonização entre o que anteriormente constava do Projeto e o que nele passou a figurar. Os resultados são manifestamente insatisfatórios: não apenas se deveria ter reservado local mais apropriado para as normas do art. 1.790, como também não se poderia ter deixado de aludir ao companheiro – segundo a orientação que fosse claramente adotada – no art. 1.845 ou no art. 1.850: num deles certamente haveria de enquadrar-se aquele sucessor. De tudo isso fica a sensação de que o art. 1.790 é, no sistema do Novo Código Civil, um corpo estranho, pouco à vontade na companhia de outras normas originalmente concebidas para um sistema que simplesmente desconhecia a figura do companheiro, no campo sucessório.

Contudo, as deficiências do CC por ocasião do tratamento sucessório aplicado à união estável não se encerram na simples locação errônea do art. 1.790. Outro ponto de grandes

desavenças é aquele que diz respeito à divisão patrimonial resultante da dissolução da união estável.

Partindo de uma análise literal do *caput* do dispositivo em estudo, pode-se chegar à conclusão de que o Código excluiu da sucessão em favor do companheiro ou companheira os bens não adquiridos onerosamente na vigência da união. Significa dizer que, em relação aos referidos bens, o companheiro não participaria da sucessão, sendo, então, convocados os outros herdeiros, conforme a ordem sucessória arrolada no próprio diploma civil.

Porquanto, à primeira vista, entende-se que o direito então garantido pelo art. 1.790 não permite que o companheiro disponha de parcela alguma referente aos bens particulares, que irão compor a legítima. Assim, o patrimônio particular do *de cuius*, juntamente com o remanescente dos bens comuns (meação), corresponderão à parte do acervo hereditário que será transmitida aos seus herdeiros sucessíveis, restando ao supérstite, apenas a meação de parte dos bens comuns. Os demais bens do *de cuius* obtidos onerosamente antes da união estável ou por ele recebidos a título gratuito (herança ou doação) serão inventariados e partilhados somente entre seus herdeiros na ordem da vocação hereditária.

E se não houver bens comuns amealhados durante a convivência, o companheiro supérstite nada receberá a qualquer título, nem como meeiro, nem como herdeiro, visto que não fará jus a qualquer quinhão hereditário, mesmo que o *de cuius* não tenha descendente ou ascendente, pois sua herança será deferida aos colaterais até o 4º grau. Caso não existam colaterais aptos a suceder, surgirá o Estado na qualidade de sucessor irregular. Destarte, a possibilidade de que o companheiro venha a ficar totalmente desamparado, caso não existam bens comuns, é real se a interpretação do artigo 1.790 for levada ao pé da letra.

Essa posição não destoa do pensamento de César Fiúza (2003; 867), quando afirma:

Em minha opinião, seria absurdo interpretar a norma no sentido de colocar o companheiro em situação inferior à Administração Pública. A se interpretar o art. 1.790 apenas de acordo com seu *caput*, poderá ocorrer o caso em que o companheiro nada herdará, por não haver patrimônio adquirido a título oneroso durante a união estável.

Logo, são muitas as opiniões que consideram que a interpretação do dispositivo, na íntegra, além de não ser razoável, não guarda consonância com a Constituição Federal, uma vez que a própria Lei Maior reconhece a união estável como entidade familiar e, sendo um dos objetivos dos direitos das sucessões a perpetuidade do patrimônio na família do *de cuius*, não deve prosperar a exegese literal do *caput* do art. 1.790, que afasta do patrimônio hereditário do companheiro os bens individuais deixados pelo autor herança. É descabido considerar que, na ausência de outros sucessores e de bens comuns, o Estado será herdeiro único do morto, relegando ao companheiro sobrevivente o abandono.

Na verdade, grande parte dos estudiosos tem considerado que o *caput* do artigo deve ser aplicado apenas aos dois primeiros incisos, ou seja, nestes deve ser acolhido o entendimento de que os sucessores aqui descritos terão seus quinhões hereditários derivando-se dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Aos demais incisos, aplica-se a regra de que a divisão do patrimônio terá por base todos os bens do *de cuius*, sejam estes adquiridos onerosamente, antes ou após a constituição do vínculo afetivo, ou adquiridos a título gratuito.

Em suma, a palavra herança, constante nos incisos n^{os} III e IV do art. 1.790, deve ser tomada em seu sentido próprio, mais abrangente do que bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Afinal, antes de qualquer coisa, deve-se privilegiar o estabelecimento da justiça ainda que esta não esteja exatamente conclusa no enunciado da norma. Nesse ínterim, pondera Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira (2005: 156):

No rigor da boa técnica, o conteúdo do *caput* deveria ser comum a todas as hipóteses em que o dispositivo a seguir se desdobra; no caso específico, porém, se a herança de que tratam os n^{os} III e IV se limitar a bens comuns (conforme sugere o *caput*), chegaríamos a situações de extrema iniquidade, como a do *de cuius* que, sem parentes sucessíveis e sem haver feito testamento, houvesse vivido, em união estável, durante longos anos, no curso dos quais não chegou a adquirir bens que se tivessem comunicado ao

companheiro. Não parece razoável, em tais circunstâncias, ter por vacante a herança, destinando-a ao ente estatal, quando, entre duas possíveis interpretações de dispositivo acerca da sucessão legítima, há de se dar preferência àquela que maior proteção confira à família (em especial, aos familiares mais próximos, como é o caso).

Entretanto, Zeno Veloso *apud* Maria Helena Diniz (2005: 143), apresenta a seguinte visão:

A “totalidade da herança”, mencionada no inciso IV do art. 1.790, é da herança a que o companheiro sobrevivente está autorizado a concorrer. Mesmo no caso extremo do falecido não ter parentes sucessíveis, cumprindo-se a determinação do *caput* do art. 1.790, o companheiro sobrevivente só vai herdar os bens que tiverem sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Se o *de cuius* possuía outros bens, adquiridos *antes* de iniciar a convivência, ou depois, se a título gratuito, e não podendo esses bens integrar a herança do companheiro sobrevivente, passarão para o Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou para União, se situados em Território Federal (art. 1.844).

Todavia, ainda que o artigo não disponha claramente a respeito da capacidade do convivente sobrevivente herdar também os bens particulares do *de cuius*, na inexistência de outros herdeiros, entende-se que de uma forma ou de outra, isso acabará ocorrendo, por força do art. 1.844 do CC. Pela leitura desse, vê-se que o Estado é sucessor irregular e seu direito à herança vacante surge apenas quando não há outras pessoas aptas a sucederem o *de cuius*. Isso é assim devido à especialidade da norma do art. 1.844 que se sobrepõe à do art. 1.790. Ademais, analisando-se a questão de uma forma ética, seria inadmissível a exclusão do companheiro sobrevivente, que possuía laços de afetividade com o *de cuius*, do direito à totalidade da herança, dando-se prevalência à entidade pública.

No tocante à sucessão do companheiro em concorrência com os herdeiros de primeira vocação, isto é, os descendentes, observa-se que o legislador civil atual pretendeu, efetivamente, dar distinto tratamento a essa sucessão concorrente, aplicando distintas imposições matemáticas se os descendentes fossem filhos do companheiro supérstite e do companheiro falecido, ou se, por outro lado, fossem descendentes exclusivos do autor da

herança (incisos I e II do art. 1790 NCC, respectivamente), fazendo-o herdar a mesma porção deferida aos filhos comuns e metade da porção cabível aos descendentes exclusivos do *de cuius*. Deu, portanto, tratamento preferencial ao companheiro sobrevivente, quando se trata de concorrência com filhos comuns a ele e ao morto.

Cabe aqui apresentar algumas considerações a respeito da redação do art. 1.790, de acordo com o posicionamento do doutrinador Caio Mário da Silva Pereira (2005: 157). Segundo esse, o inciso I do dispositivo em estudo estaria mais bem representado se a expressão **filhos comuns** pudesse ser substituída pela **descendentes comuns**, haja vista que esta é bem mais abrangente do que aquela.

Da maneira como se encontra, o estudo literal do texto poderia gerar o enquadramento dos descendentes comuns mais remotos (netos, bisnetos, etc), que não são filhos comuns, no inciso III que contempla os chamados **outros parentes sucessíveis**, o que, por sua vez, poderia ocasionar resultados absurdos, bem como o choque entre as disposições aplicadas ao cônjuge e aquelas relacionadas ao companheiro: basta imaginar que o cônjuge, se concorrer com muitos netos comuns, terá direito a $\frac{1}{4}$ da herança (art. 1.832), enquanto o companheiro, na mesma situação, receberia a fração de $\frac{1}{3}$ – a lei teria, em iguais circunstâncias, conferido ao companheiro mais direitos que ao cônjuge.

Considera-se também a existência de equívocos na redação do inciso II do artigo. De fato, o texto legal não explica de que forma se dará a referida concorrência entre companheiro(a) e descendentes exclusivos. O legislador esqueceu de mencionar se os sucessores serão chamados a suceder por cabeça ou por estirpe, como o faz com o cônjuge.

Encontra-se aqui uma situação na qual entende-se que poderá ser aplicado o princípio da analogia, em virtude da equiparação constitucional promovida entre união estável e casamento. Sendo assim, havendo a simultânea vocação de filhos e netos (apenas) do *de cuius*, a parte do companheiro deverá corresponder à metade do que tocar, singularmente, a

cada filho e à(s) estirpe(s) do(s) filho(s) pré-morto(s).

Outra discussão envolvendo a aplicação dos incisos I e II do mencionado artigo é aquela que ressalta a não prevenção, por parte do legislador, de situação na qual o companheiro seja chamado a suceder, simultaneamente, com descendentes comuns e descendentes exclusivos do *de cuius*. A doutrina apresenta diversas soluções possíveis no que concerne à divisão patrimonial nesta situação hipotética híbrida.

Deveras, poder-se-á: *a)* considerar tais filhos como comuns, dando ao companheiro supérstite quota equivalente à deles, mas não se atingiria o objetivo legal pretendido, por prejudicar os filhos exclusivos do *de cuius*, que nenhum laço de parentesco consangüíneo têm com o companheiro sobrevivente, privilegiado na partilha; *b)* identificar os referidos descendentes como exclusivos do *de cuius*, conferindo ao companheiro supérstite a metade do que caberia a cada um deles, estar-se-ia dando preferência aos descendentes, lesando o convivente que receberia menos por ser tido como não ascendente de nenhum dos herdeiros; *c)* conferir ao companheiro sobrevivente uma quota (em concorrência com filhos comuns) e meia (em concorrência com descendentes exclusivos do autor da herança), atender-se-ia ao disposto nos incisos I e II do art. 1.790, mas os descendentes sairiam perdendo, pois cada um receberia uma quota única e o companheiro ficaria com quinhão maior, equivalente a uma quota e meia; *d)* subdividir, proporcionalmente, a herança conforme o número de descendentes de cada grupo em concorrência com o convivente. Os quinhões dos filhos de um grupo com os do outro seriam desiguais, ferindo o art. 1.834 do Código Civil.

Maria Helena Diniz (2005: 146) acredita que a melhor opção para a repartição do patrimônio, quando se verificar a existência simultânea de descendentes comuns e exclusivos, é exatamente aquela que prestigia a igualdade entre os filhos, concedendo a estes posição hereditária melhor do que aquela atribuída ao convivente.

Destarte, sabe-se que, o novo *Codex* ainda estabelece uma certa desigualdade entre o cônjuge e o companheiro, colocando aquele em posição melhor do que este. Acredita-se, portanto, que é do próprio espírito do CC atribuir maiores benefícios sucessórios aos filhos do *de cuius* e seu eventual cônjuge que aqueles concedidos ao seu convivente sobrevivente.

Em contrapartida, Caio Mário da Silva Pereira (2005: 159-160) sugere a adoção do critério inserido no inciso I do art. 1.790. Assim, todos os descendentes, exclusivos ou não, seriam tidos por descendentes comuns e atribuir-se-ia ao companheiro quota igual àquela destinada aos sucessores comuns.

Tal desfecho legal estaria em consonância com o art. 1.834, que pressupõe a igualdade de direitos entre descendentes de uma mesma classe e ascendentes, visto que convivente supérstite e filhos estariam equiparados, bem como enfatizaria o mandamento constitucional da igualdade entre os filhos (CF/88, art. 227, § 6.º). Nota-se que tal hipótese, apesar de distanciada do espírito prático do novo CC, compactua perfeitamente com a equiparação constitucional pretendida entre matrimônio e união estável. Veja-se o que afirma Caio Mário da Silva Pereira (2005:159):

Inclinamo-nos por adotar a solução mais favorável ao companheiro, que é a do n.º I do art. 1.790: partilha por cabeça, em igualdade de condições para todos os co-herdeiros (ou mais precisamente, para todos aqueles chamados por direito próprio), levando em conta a circunstância de o novo Código não ter reservado, em benefício daquele, a quota mínima deferida ao cônjuge, na hipótese de descendência comum (art. 1.832, parte final).

Ademais, não deixa de render maiores críticas o disposto no inciso III, do art. 1.790, o qual impõe a concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis, tendo direito a 1/3 (um terço) da herança. A doutrina majoritária considera que padece de lógica jurídica o preceituado acima.

O texto legal foi omissivo em estabelecer quem seriam esses outros parentes sucessíveis, dando margem a várias interpretações do dispositivo. Admite-se, por exemplo, que aqui se poderia encaixar não apenas os ascendentes mais próximos, mas também parentes colaterais

muito distantes que, na maioria das vezes, não tiveram o mínimo de contato com o *de cuius* em vida. Inclusive, não é difícil imaginar que essa poderia não ser a vontade do morto, participar parte de sua herança a um primo distante, por exemplo, em detrimento do direito do convivente, o qual diga-se de passagem, com grande probabilidade de acerto, passou os últimos dias de sua vida ao seu lado.

Nesse sentido, anota Zeno Veloso *apud* Giselda Hironaka (2003, p. 57), *in verbis*:

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avôs, 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 3º milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cuius*. Temos que convir. Isso é demais! [...] Sem dúvida, neste ponto o C.C. não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem se apresenta em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbiu de destruir a obra legislativa que não seguiu os ditames do seu tempo, que não obedeceu às indicações da história e da civilização. [...].

Finalmente, não havendo nem descendentes nem ascendentes nem colaterais, o companheiro herda todo o acervo hereditário. Vale salientar que, como se afirmou alhures, a expressão herança presente no inciso III e IV do art. 1.790 também enfrenta censuras, pois se questiona se essa se refere aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, o que apresenta perfeita correspondência com o *caput* do art. 1.790; ou se se encontra relacionada com todos os bens do *de cuius* (totalidade da herança), sejam estes particulares, obtidos de forma onerosa anteriormente à constituição da união ou de maneira gratuita, ou comuns.

Por questões de razoabilidade, há grande inclinação doutrinária em se admitir que, no que concerne aos incisos III e IV do art. 1.790, a herança mencionada dirá respeito a todo o patrimônio do companheiro morto, e não só o adquirido onerosamente durante a união estável. Esta é a interpretação mais correta, segundo a visão de César Fiúza.

Pontifica ainda o referido autor (FIUZA, 2003: 872), que na hipótese de se admitir outra interpretação, o companheiro terá direito a todos os bens adquiridos onerosamente, durante a união estável, incorporando-se os demais bens ao patrimônio do Município em que se acharem. Encerra com bastante lucidez, dizendo que a exegese do texto legal não pode ferir a dignidade da pessoa e da família, ainda que esta não se tenha consubstanciado pelo casamento.

3.5 Da inconstitucionalidade do artigo 1.790

Assim como a posição do cônjuge sobrevivente melhorou, naquilo que respeita aos problemas de ordem sucessória, nas previsões do novo Código Civil, ampliando-se os direitos que lhe assistem, era de se esperar que o companheiro supérstite tivesse sua condição privilegiada, relativamente àquela situação anteriormente descrita, e tivesse garantido a igualdade de direitos relativamente ao cônjuge sobrevivente, fazendo-se, assim, valer o dizer constitucional, consubstanciado no art. 227, § 6.º, em toda a sua amplitude.

Todavia, não foi isto o que aconteceu. Nota-se, destarte, que a sucessão legítima do companheiro ou companheira se dá de forma distinta e menos vantajosa do que aquela conferida ao cônjuge sobrevivente. Porquanto, na ordem de vocação hereditária, o companheiro sobrevivente não prefere nenhum parente sucessível, nem mesmo os colaterais. Considera-se que tal constatação fere sobremaneira a tão proclamada equiparação constitucional existente entre as entidades familiares, ocasionando um sem número de questionamentos a respeito da inconstitucionalidade da norma inserida no novo CC que trata da questão das uniões informais duradouras, qual seja, o art. 1790.

E bem verdade que as legislações aplicadas à união estável e anteriores ao novo CC foram muito mais eficazes na tarefa de atribuição e reconhecimento dos direitos dos

companheiros. A Lei n. 8.971/94, principalmente, já admitia a condição de herdeiro do convivente, sendo que este era precedido apenas por descendentes e ascendentes, e não por colaterais, como se verifica agora.

O CC/2002, quando tratou da sucessão dos companheiros, rebaixou o *status* do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge, ao diferenciar o regime de sucessão na herança. Trata-se, pois, de regra inconstitucional, uma vez que vulnerou os princípios da igualdade e da dignidade, retrocedendo no tratamento dado ao companheiro quando da vigência das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96.

Sabe-se que normas constitucionais programáticas são as que não receberam do constituinte suficiente normatividade para que possam ser aplicadas, quando se faz necessário que a produção ordinária complete as matérias nelas traçadas. No caso, entende-se que o art. 2º da Lei n. 8.971/94, tratou-se de lei que regulamentou norma constitucional programática (art. 226 da CF), equiparando os direitos sucessórios do companheiro frente ao cônjuge.

Assim, uma vez dada à execução a uma norma constitucional de caráter programático, através de lei infraconstitucional, não pode o legislador ordinário retroceder através de edição de lei ordinária superveniente que venha a reduzir o alcance da norma constitucional, sob pena de ser declarada inconstitucional.

Nesse contexto, percebe-se que o comando legal inserido no art. 1.790, nada mais é senão a norma que visa satisfazer a necessidade de regulamentação do já citado art. 227, § 6º. Sendo assim, a Constituição dá o comando geral, e a legislação infraconstitucional o põe em prática, especificando as formas de atuação.

Seria, pois, inconstitucional, a lei que dispusesse de modo contrário a quanto à constituição comanda e, além disso, a partir do momento que é dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode voltar atrás. Deveras, uma vez admitida a igualdade entre união estável e matrimônio no âmbito constitucional, é tarefa precípua do

legislador dar condições para que essa equiparação também se verifique na esfera infraconstitucional.

Contudo, o legislador parece ter tido receios em dar aplicabilidade à norma constitucional, e não apenas se omitiu em regular a matéria de forma eficaz no novo *Codex*, como também acabou por subtrair as permissões sucessórias contidas nas leis anteriores àquele.

Desta forma, a alegação de inconstitucionalidade do art. 1.790 surge como conclusão doutrinária óbvia, à medida que se evidencia a ofensa ao princípio do retrocesso social no que concerne às conquistas sociais dos companheiros frente aos cônjuges. Na verdade, a proibição de retrocesso social visa impedir que sejam frustrados os direitos sociais já concretizados, tanto na ordem constitucional como na infraconstitucional.

Desse modo, vê-se que o artigo do CC/2002 que tratou do direito sucessório dos companheiros violou o princípio da proibição de retrocesso social, ou seja, o legislador revogou norma de direito sucessório (art. 2º da Lei 8.971/94) que concretizava um direito constitucional consagrado de igualdade entre companheiros e cônjuges, devendo, como consequência, a norma ser declarada inconstitucional. Entende-se que, se o ordenamento jurídico avançou, concedendo maiores prerrogativas ao cônjuge, por ocasião da sucessão do *de cuius*, era de se esperar que mesmo tratamento fosse dado ao companheiro, em observância clara ao art. 227, § 6º.

Diferentemente do que ocorre com o cônjuge, que herda quota parte dos bens exclusivos do falecido quando concorre com os descendentes deste, percebendo, quanto aos bens comuns, apenas a meação do condomínio até então existente (e não mais do que isso), o companheiro que sobreviver a seu par adquire não apenas a meação dos bens comuns (e aqui em igualdade relativamente ao cônjuge supérstite), como herda quota parte destes

mesmos bens comuns adquiridos onerosamente pelo casal, nada recebendo, no entanto, relativamente aos bens exclusivos do hereditando.

O tratamento é, portanto, muito diferenciado, o que poderá ocasionar, na prática, a ocorrência de situações no mínimo curiosas, nas quais o cônjuge sobrevivente, ora será posto em melhor posição sucessória que a do convivente, ora levará desvantagem com relação a este, o que, em consonância com o espírito do novo CC, é ilógico.

Caso curioso ocorre quando não existirem bens particulares do morto, isto é, se todo o patrimônio for formado na vigência da união estável ou do casamento. Neste caso, tendo o casal um filho, a companheira sobrevivente terá direito a 75% do patrimônio, conforme já visto, e o filho comum ficará com os 25% restantes. Já o cônjuge vivo, na mesma situação, receberá apenas 50% dos bens, a título de meação. Assim, como não existiam bens particulares, também não haverá concorrência da mãe com o filho. Este herdará os 50% do patrimônio que restaram depois de retirada a meação da viúva.

O Código criou pois, uma situação que poderá trazer uma vantagem patrimonial relativamente grande para a companheira com relação à cônjuge sobrevivente. Segundo a melhor interpretação do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, o Novo Código Civil deveria ter igualado os direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros e não tratar os institutos de forma diversa fazendo mais complicar do que modernizar seus preceitos.

Entretanto, torna-se clara a necessidade de alteração do art. 1.790, para que este possa finalmente suprir as necessidades de normatização da condição sucessória do companheiro de forma mais condizente com o atual momento social. É essa, portanto, a finalidade do Projeto de Lei n. 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que propõe mudanças na norma comentada, sugerindo a seguinte redação:

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

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão

bens particulares, ou se o casamento dos companheiros, se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

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

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

Ressaltando as principais alterações propostas pelo Projeto, verifica-se que este não faz mais a distinção quanto à origem da filiação. Destarte, o convivente concorreria com os descendentes do morto, sejam seus ou não, sempre com a metade do que couber a eles. Contudo, não se verificaria concorrência se tiver havido comunhão de bens na união estável e o morto não tiver deixado bens particulares. O Projeto também parte da hipótese de que também não se verificaria participação na herança se, na hipótese de casamento, este se submetesse ao regime da separação obrigatória do art. 1.641 do CC.

Finalmente, elimina-se a injustiça de se ter o companheiro sobrevivente concorrendo com colaterais até o 4º grau: na falta de descendentes e ascendentes, o sobrevivente teria direito à totalidade da herança. Outrossim, convém registrar que o Projeto ainda sustenta o direito real de habitação, nos termos do que fora definido na Lei n. 9.278/96.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primórdios, a família é considerada a base da estrutura social, representativa da união entre os sexos para fins de procriação e evolução. É no seio familiar que se desenvolvem os ideais de personalidade aptos a identificar cada indivíduo em sua singularidade e especialidade.

Destarte, o surgimento da família é fato natural relacionado à inabilidade dos ser humano para viver sozinho, isolado. Este busca, então, constituir família, o que, durante muito tempo, ocorreu de forma espontânea, haja vista que não havia a imprescindibilidade de formalização dos laços familiares por meio do matrimônio.

Tal necessidade só se mostrou a partir da eclosão dos ideais de defesa comunitária, amparada por sentimentos religiosos e anseios de poder social. O casamento foi, pois, uma forma de se oficializarem as uniões informais que, até então, predominavam. Estas, por sua vez, tornaram-se sinônimo de relacionamentos escandalosos, em virtude da depreciação do termo concubinato.

Não obstante, o aumento do número de uniões de fato, apesar do desprestígio social dessas, evidenciou-se sobremaneira, na medida em que influíam consideravelmente nas relações jurídicas. Todavia, verificou-se que o legislador, como grande responsável pelo ajustamento da norma à realidade social, adiou por demais o trabalho legislativo de reconhecimento da união estável como entidade familiar passível de gerar efeitos jurídicos compatíveis com aqueles atribuídos ao casamento, principalmente no que atine aos aspectos patrimoniais e sucessórios desse instituto.

Pela exegese do art. 227, § 6º da atual Constituição Federal, o ordenamento jurídico teoricamente estabeleceu a equiparação entre união estável e matrimônio. Entretanto, diante do que foi exposto na presente pesquisa, percebeu-se que a igualdade de tratamento tão

almejada entre os dois institutos ainda se encontra longe de se efetivar satisfatoriamente, localizando-se apenas na seara formal da norma.

O instituto da união estável passou por um longo processo de evolução até chegar à sua atual configuração. A Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, bem como as Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, representaram, em seus devidos momentos, inovações no que atine à matéria sucessória no âmbito do companheirismo. Contudo, como visto, tais soluções legais não atingiram a eficácia esperada, haja vista apresentarem, como referido ao longo do trabalho, imperfeições consideráveis em sua redação, dando margem ao surgimento de várias interpretações dos seus dispositivos, o que acabou por dificultar sobremaneira a aplicação das Leis.

Criou-se, deveras, uma situação de insegurança jurídica que veio a ser agravada com a promulgação do novo Código Civil. Assim, a entrada em vigência do referido diploma legal, além de revogar tacitamente as Leis anteriores, haja vista que passou a regular toda a matéria, impôs um retrocesso nos direitos dos conviventes, na medida em que pôs termo às parcas prerrogativas concedidas a esses pelas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, como é o caso do direito real de habitação, atualmente relacionado apenas à figura do cônjuge.

De fato, a Carta Magna concedeu igualdade entre união estável e casamento. Esperava-se, portanto, que a legislação ordinária tratasse do tema com o mesmo afinco daquele proposto na Lei Maior. Porém, não foi isso que aconteceu. O legislador do Código Civil optou pela inobservância do mandamento constitucional que preconiza a equiparação das entidades familiares, desprestigiando a posição do companheiro quando em comparação com o cônjuge.

Em verdade, mostrou-se que padece de razoabilidade o dispositivo cível que, desconsiderando o comando constitucional, atribui maiores privilégios ao cônjuge, colocando-o, na ordem sucessória, em posição superior àquela conferida ao companheiro. É descabido

que o convivente não prefira nenhum parente na vocação hereditária, até mesmo quando se trata de parentes colaterais.

Também não se admite que o acervo patrimonial destinado ao companheiro supérstite, em virtude da morte do *de cuius*, restrinja-se aos bens adquiridos onerosamente durante a constância da união estável, haja vista que, como exposto anteriormente, haverá situações em que o convivente restar-se-á seriamente prejudicado, como é o caso da ausência de bens comuns e existência de bens particulares.

Por fim, percebeu-se que a atual disciplina atribuída à união estável, principalmente no que diz respeito aos seus aspectos sucessórios, está muito aquém daquela compactuada no texto constitucional, apresentando-se de forma excludente e ineficaz. Faz-se necessário, pois, a adoção de medidas urgentes aptas a solucionar o quadro de descaso legal atrelado à figura do companheiro.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da união estável*. COAD, Rio de Janeiro, Seleção Especial, p. 13-21, out./nov. 1996.

CAHALLI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito Romano Moderno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 25. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2005. . v. 7.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

_____. *Código civil anotado*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 6. ed. rev. e atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FLORENCE, Douglas Schmidt. *O direito sucessório dos companheiros no novo Código Civil: uma perda de direitos em relação às normas infraconstitucionais*. Publicado: 15/03/2005. Disponível em: <http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia.phd?id_noticia=5663> Acesso: 28 setembro de 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das sucessões*. 7. ed. rev. e atual de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. . v 4.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito sucessório brasileiro, ontem, hoje e amanhã*. Publicado: 25 de out. de 2005. Disponível em: <http://gontijo-familia.avd.br/tex246.htm> Acesso: 06 de agosto de 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahalli, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

_____. *Direito civil: direito das sucessões*. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v.7

SANTOS, Simone Orodeshi Ivanov dos. *União estável: regime patrimonial e direito intertemporal*. São Paulo: Atlas, 2005.

VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 7.

ANEXOS

ANEXO 1**LEI Nº 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994.**

Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ITAMAR FRANCO

Alexandre de Paula Dupeyrat Martins

ANEXO 2**LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996.*****Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.***

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

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

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

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

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

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

Art 6º (VETADO)

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

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

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

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

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

Art 11 Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 10 de maio de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Milton Seligman

ANEXO 3

PROJETO DE LEI Nº 2.686, DE 1996

(Do Poder Executivo)

Mensagem n. 1.447/96

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

O Congresso Nacional decreta:

Capítulo I

DO CONCEITO

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

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

Capítulo II

DOS DIREITOS E DEVERES

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

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

Capítulo III

DO REGIME DE BENS

Seção I

Do regime legal

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

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

Seção II

Do regime convencional

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

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

Capítulo IV

DAS RELAÇÕES COM TERCEIROS

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

Capítulo V

DOS ALIMENTOS

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

Capítulo VI

DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Seção I

Do usufruto e outros direitos

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

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

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

III – ao usufruto da totalidade dos bens adquiridos a qualquer títulos, durante a união estável, se o *de cuius* não tiver parentes em linha reta vivos;

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

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

Seção II

Da vocação sucessória

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

Capítulo VII

DA CONVERSÃO EM CASAMENTO

Art. 9º. Os companheiros poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, desde que cabível, mediante petição ao Oficial do Registro Civil da circunscrição de seu domicílio, juntando os documentos previstos no art. 180 do Código Civil, devendo as testemunhas certificar a existência da união estável e sua duração, sob as penas da lei, dispensando-se os proclamas e os editais.

Capítulo VIII

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 10. O art. 167 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 167. (...)

I – (...)

12) das convenções antenupciais e dos pactos de titularidade de direitos e obrigações decorrentes de união estável;

II – (...)

1) das convenções antenupciais e do regime de bens diversos do legal e dos pactos de titularidade de direitos e obrigações decorrentes de união estável, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges ou dos companheiros, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento ou à existência de união estável.

(...)

Art. 11. No prazo de noventa dias, os Tribunais de Justiça encaminharão ao Poder Legislativo projeto de alteração de lei de organização judiciária, com as adaptações decorrentes da presente Lei.

Art. 12. esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. Ficam revogadas as Leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996.