

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO

PAULA DE OLIVAES ADAMI

RIO DE JANEIRO

2008

PAULA DE OLIVAES ADAMI

DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Cíntia Muniz de Souza

RIO DE JANEIRO

2008

Adami, Paula de Olivaes.

Direitos sucessórios do companheiro / Paula de Olivaes Adami – Rio de Janeiro: UFRJ. Faculdade de Direito, 2008.

75 f.

Orientador: Cíntia Muniz de Souza.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 73 - 74.

1. Sucessões - Monografias. 2. União estável – Monografias. I. Souza, Cíntia Muniz de. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 346.81052

CDU 347.65

PAULA DE OLIVAES ADAMI

DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito

---

Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito

---

Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito

## **AGRADECIMENTOS**

À minha orientadora, Prof<sup>a</sup> Cíntia Muniz de Souza, pela nobreza de transmitir seu vasto conhecimento, pelo tempo desprendido, pela atenção. Por ser o diferencial da FND.

Ao Prof<sup>o</sup> Marcos Vinícius, pela preocupação em relação a meu trabalho e principalmente, em relação à FND.

Ambos exemplos a serem seguidos.

A morte só existe para que a vida seja valorizada

## RESUMO

ADAMI, P. A. *Direitos sucessórios do companheiro*. 2008. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

No presente trabalho são analisadas as principais questões referentes aos direitos sucessórios na união estável. Para que haja melhor compreensão do assunto, a primeira parte refere-se a um breve histórico do instituto do casamento partindo-se do Código Civil de 1916 e chegando ao Código Civil atual; destacando seus principais elementos, dentre os quais o conceito, a natureza jurídica e seus impedimentos; traça-se, também, um paralelo entre os dois Códigos. A segunda parte dedica-se ao esclarecimento da evolução do conceito de família no Brasil, analisando o Código Civil de 1916, passando pelas leis n.º 8.971/94 e 9.278/96, as quais regulam a união estável, e enfim, chegando à regulamentação da união estável no Código Civil de 2002. Nessa mesma parte, cuida-se da sucessão do companheiro sobrevivente, bem como efetua uma análise do controverso art. 1.790 do Código Civil atual. Vale dizer, que o objetivo do presente trabalho é traçar um paralelo entre o casamento estabelecido no regime da comunhão parcial de bens e a união estável, no que concerne aos direitos sucessórios.

Palavras-Chave: União estável; sucessão; companheiro.

## ABSTRACT

ADAMI, P. A. *Direitos sucessórios do companheiro*. 2008. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

In this work are considered key issues relating to inheritance rights in the stable. For there is better understanding of the subject, the first part refers to a brief history of the institute of marriage is on the Civil Code of 1916 and reached the current Civil Code, highlighting its key elements, among them the concept, the nature and their legal impediments; moth is also a parallel between the two codes. The second part is dedicated to the explanation of the evolution of the concept of family in Brazil, analyzing the Civil Code of 1916, through the law No. 8.971/94 and 9.278/96, which govern the union stable, and finally, coming to regulation of stable union in the Civil Code of 2002. On the same part, takes care of succession to the surviving partner, and performs an analysis of controversial art. 1,790 of the current Civil Code. It said that the objective of this work is draw a parallel between the marriage established in the scheme of partial communion of goods and stable, with respect to inheritance rights.

Keywords: Stable union; succession; partner.



## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

### A) QUADROS

Quadro 1: Posição da doutrina a respeito da sucessão.....	66
---	----

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

art. – artigo

inc. – inciso

CC/02 – Código Civil de 2002

CC/16 – Código Civil de 1916

STF – Supremo Tribunal Federal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

## **LISTA DE SÍMBOLOS**

§ - parágrafo

## **SUMÁRIO**

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>2 CASAMENTO E SUA DISCIPLINA JURÍDICA</b> .....	14
2.1 Evolução Histórica do Instituto no Brasil.....	14
2.2 Conceito.....	14
2.3 Natureza jurídica.....	15
2.4 Características.....	17
2.5 Impedimentos matrimoniais.....	18
2.5.1 Paralelo entre os impedimentos do Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002	20
2.6 Casamento Inexistente, anulável, nulo.....	22
2.7 Causa suspensivas.....	23
2.7.1 O que mudou: Código Civil 1916 e Código Civil 2002.....	24
2.8 Eficácia Jurídica.....	25
<b>3 A UNIÃO ESTÁVEL E SUA DISCIPLINA JURÍDICA</b> .....	28
3.1 Evolução histórica.....	28
3.2 Conceito.....	29
3.3 Natureza Jurídica.....	30
3.4 União estável no Código Civil de 1916 a CRFB/88.....	31
3.5 Advento da Lei n.º 8.971/94.....	34
3.5.1 O usufruto na Lei n.º 8.971/94.....	38
3.6 Advento da Lei n.º 9.278/96.....	38
3.7 União estável no Código Civil de 2002.....	47
<b>4. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO E DO CÔNJUGE SOBREVIVO</b> .....	55
4.1 Sucessão do companheiro.....	55
4.2 Sucessão do cônjuge.....	57
4.3 O art. 1.790 do Código Civil de 2002.....	59
4.4 O companheiro seria herdeiro necessário no Código Civil de 2002?.....	64

**4.5 Sucessão do companheiro sobrevivente quando o *de cujus* morre no estado de casado..65**

**5. CONCLUSÃO.....70**

**6 REFERÊNCIAS.....73**

## 1 INTRODUÇÃO

A partir da Constituição de 1988, o concubino puro passou a ser denominado companheiro. O conceito de família, anteriormente e de forma tradicional, tinha como idéia aquele núcleo familiar constituído pelo casamento. Entretanto, com o advento da Carta Magna de 88, mais precisamente em seu artigo 226, § 3º, passou-se a admitir o conceito de entidade familiar. Neste, não é necessário para a caracterização da família, que o casal seja casado; basta que haja uma união entre um homem e uma mulher, compartilhando uma vida em comum, com *animus* duradouro, com a finalidade de constituição de família e partilhando o patrimônio.

A grande questão a respeito do assunto é aquela que versa sobre os direitos sucessórios do companheiro (a) após a morte de seu parceiro (a), quando este (a) morre em estado de casado (a), sendo este o principal objetivo do presente trabalho.

Cumprе salientar que o assunto é de grande valia para fins jurídicos e sociais. Embora seja de extrema urgência a pacificação da questão, este fato está longe de acontecer. Visto que não é de hoje que discussões homéricas são travadas judicialmente, ou não, para se definir de quem é “o dinheiro” que restou da herança do *de cuius*.

O legislador, ao observar as mudanças na sociedade ao longo dos anos, percebeu que esta não é inerte, sendo assim, o Direito – como ciência da sociedade – também não poderia ser. Portanto, estabeleceu algumas normas de acordo com essas mudanças; entretanto, essas normas não foram suficientes para solucionar todas as questões concernentes, no caso, ao direito sucessório do companheiro (a) sobrevivente (a). Quiçá, o legislador fez brotar ainda mais discórdia no seio familiar e social.

O presente estudo visa elucidar a questão dos direitos sucessórios do (a) companheiro (a) sobrevivente (a), a partir da Constituição de 1988 sob uma perspectiva jurisprudencial e doutrinária. Tendo como foco as Leis 8.971/94 e 9.278/96 e o Código Civil de 2002, além da própria

Constituição, dando ênfase a seu artigo (art). 226. No tocante ao estudo jurisprudencial, daremos ênfase ao Tribunal do Rio de Janeiro e ao Superior Tribunal de Justiça do período pós Constituição de 1988 ao presente ano.

O trabalho divide-se em três pontos. O primeiro traz um breve histórico sobre o casamento no Brasil, fazendo alusão ao período imediatamente anterior ao Código Civil de 1916 e passando por este; porém, dando ênfase ao casamento pós Código Civil de 2002.

O segundo ponto traça um breve histórico da união estável no Brasil a partir da Constituição de 1988, passando pela Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96 chegando aos dias atuais com o Código Civil de 2002.

O terceiro ponto trata dos direitos sucessórios do convivente sobrevivente, traçando um paralelo com os direitos sucessórios dos cônjuges quando estes estão unidos em matrimônio pelo regime da comunhão parcial de bens. Optamos por estudar somente este regime, mesmo porque, é o mesmo regime adotado na união estável, permitindo-se assim uma comparação.

O estudo visa analisar as controvérsias e as lacunas sobre o assunto e buscará expor uma possível solução para a questão, aduzindo quais são os direitos sucessórios em discussão para aquele que sobreviveu.

## **2 CASAMENTO E SUA DISCIPLINA JURÍDICA**

### **2.1 Evolução Histórica do Instituto no Brasil**

O casamento civil passou a ser obrigatório para fins de constituição de família a partir do Decreto n.º 181, em 1890. Com esta regra, findavam-se as formas naturais de constituição de família, como o casamento religioso e o realizado por contrato particular, no que toca a seus efeitos jurídicos. Desde então, a constituição da família civil passou a seguir as leis do Estado. Após a entrada em vigor deste decreto, somente os casamentos celebrados de acordo com suas determinações seriam válidos em solo brasileiro.

Com a celebração do matrimônio de acordo com o estabelecido no Decreto n. 181, estabelecia-se o vínculo conjugal, e com este, advinham todos seus efeitos legais.

### **2.2 Conceito**

Muito se discute a respeito do conceito de casamento. É certo que o casamento não pode ser observado apenas sob o enfoque jurídico, pois seu significado evolui com o decorrer das mudanças sociais, existindo desde explicações sociológicas, filosóficas a explicações políticas. No entanto, no presente estudo, visa-se elucidá-lo, precipuamente, em termos jurídicos.

O casamento, antes da Lei do Divórcio, era tido como união indissolúvel; desse fato, pode-se perceber que a visão da sociedade a seu respeito mudou, assim como a própria sociedade. Isso quer dizer que o conceito de casamento muda na medida em que a sociedade muda.



Isto posto, Caio Mário dá-lhe definição: “*O casamento é a união de duas pessoas de sexos diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente.*”<sup>1</sup>

Para Guillermo Borda, citado por Silvio Venosa, casamento é “*a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida.*”<sup>2</sup>

Aquelas definições servem para conceituar o chamado casamento vínculo. Cabe também expor algumas definições para conceituar o casamento ato jurídico: “*O casamento é ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida.*”<sup>3</sup>

### 2.3 Natureza Jurídica

Doutrinadores dividem-se no que concerne à natureza jurídica do casamento. Para aqueles que consideram o casamento uma instituição, dentre os quais Washington de Barros, defendem a visão do casamento sob um ponto de vista da vida em comum, em que se inclui a educação dos filhos, os direitos e deveres recíprocos e a assistência mútua. Neste sentido, o casamento reflete uma situação jurídica, cujas regras já estão estabelecidas pelo legislador, visando à organização social da união dos sexos.

Já para aqueles que consideram o casamento um contrato, dentre eles Caio Mário, aduzem que a união do homem e da mulher existe antes da noção jurídica, o casamento amolda-se à noção de negócio jurídico bilateral, pois há a indispensável declaração de vontades em comum, livremente manifestada que busca efeitos jurídicos.

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.5. p 53.

<sup>2</sup> BORDA, Guillermo A. **Tratado de Derecho Civil: Familia**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. v.1. p. 45, *apud* VENOSA, Silvio de Sálvio. **Direito Civil**. 4 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004. v.6. p 39.

<sup>3</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de Família**. 2. tir. 1889. p. 12, *apud* WALD, Arnold. **O Novo Direito de Família**. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 53.

Para Caio Mário, é preciso entender que o casamento:

se trata de um contrato especial, dotado de conseqüências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou contrato de Direito de Família, em razão das relações específicas por ele criadas [...] as teses adversas são sustentadas com igual cópia de argumentos.<sup>4</sup>

Uns, entretanto, dentre os quais Sílvio Venosa, têm o casamento como sendo um negócio complexo, possuindo tanto características de instituição como de negócio jurídico. Outros, como Arnold Wald, consideram-no um ato jurídico complexo e solene que não tem natureza contratual.

A última corrente aduz que o casamento seria um quase contrato, pois surgiria de uma relação voluntária e lícita, porém, embora possuïrem semelhanças com o contrato, divergiria deste pelo fato de não apresentar acordo prévio.

De fato, não há como negar o paralelo do casamento com os contratos em geral, ambos nascem de um acordo de vontades livremente manifestadas visando efeitos jurídicos.

No que concerte às controvérsias a respeito de o casamento ser de direito público ou de direito privado tem-se que a natureza jurídica contratual do casamento não é afastada pela exigência de uma forma especial e solene da manifestação de vontade, também não é afastada pela participação direta do Estado no ato constitutivo, pois em muitos outros contratos essa participação é positiva.

A participação da autoridade pública na formação do ato não é o elemento essencial, e sim o consentimento dos nubentes. O pronunciamento da autoridade tem caráter declaratório apenas, não retirando pois, a natureza de direito privado do casamento.

O presente trabalho adota a teoria do casamento como negócio jurídico complexo, possuindo tanto elementos de contrato quanto de instituição. Entretanto, vale dizer que o legislador de 2002 não se preocupou em debater a natureza jurídica do casamento. A Constituição

---

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva de. Op. cit. p. 58.

também não explicita sua posição a respeito da natureza jurídica do daquele, limitando-se a lhe imprimir status de entidade familiar.

Portanto não caberiam aqui mais delongas especulativas a respeito do assunto.

## **2.4 Características**

O casamento, além de não admitir termo ou condição, possui as seguintes características:

- a) Ato pessoal: cabe única e exclusivamente aos nubentes a manifestação de vontade. Embora se admita casamento por procuração esta característica não é afastada. No ordenamento jurídico pátrio, não se admite o casamento em que os pais escolhem os noivos obrigando-os ao ato, como ainda existe em muitos outros países.
- b) Ato solene: a lei o reveste de certas formalidades destinadas a garantir sua publicidade, outorgando-lhe com isso, validade ao ato; também garante a manifestação de consentimento dos nubentes e realiza-se perante uma autoridade do Estado. A solenidade tem início com os editais, seguida da cerimônia de realização e prossegue em sua inscrição no registro público.
- c) Diversidade de sexos: não existe casamento senão aquele realizado entre duas pessoas de sexos opostos. É elemento inerente e natural ao matrimônio. A união de duas pessoas de mesmo sexo não forma união de direito de família. Os direitos daí gerados são do campo obrigacional.
- d) Dissolubilidade: durante muito tempo, por força de dispositivo constitucional, vigorou o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial no

ordenamento pátrio. Até que a legislação admitisse o divórcio com a Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, em que aboliu tal princípio, ensejando a promulgação da Lei do Divórcio, Lei n.º 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

Cabe ainda lembrar que embora ainda haja hoje muitos países de religião oficial na qual tem prevalência o conteúdo religioso do casamento, no ordenamento brasileiro o casamento é negócio eminentemente civil.

## **2.5 Impedimentos matrimoniais**

Impedimentos matrimoniais nada mais são do que proibições impostas pelo ordenamento a pessoas que pretendem contrair casamento. Trata-se de situações ou fatos que afetam um ou ambos os nubentes em relação aos elementos essenciais ao casamento, quais sejam, a diferença de sexos, o consentimento e sua manifestação.

Vale ressaltar que impedimento difere de incapacidade, esta é aquela em que o indivíduo não está apto para os atos da vida civil em geral, inclusive para o casamento. No Código Civil de 1916 estava inapto para casar o menor de 18 anos e a menor de 16 anos. No Código Civil atual, aqueles menores de 16 anos<sup>5</sup>. A incapacidade é geral; o impedimento, circunstancial.

No antigo Código, os impedimentos eram divididos em impedimentos dirimentes e impedimentos proibitivos ou impeditivos; por sua vez os impedimentos dirimentes subdividiam-se em impedimentos públicos ou absolutos e impedimentos privados ou relativos. Já no atual

---

<sup>5</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Art. 1.518. Até à celebração do casamento podem os pais, tutores ou curadores revogar a autorização.

Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Código Civil a matéria foi ordenada de maneira diversa, distinguindo-se situação de capacidade matrimonial; impedimentos propriamente ditos, correspondente anteriormente aos referidos como impedimentos dirimentes absolutos, e as causa suspensivas, antes correspondente aos impedimentos impeditentes. Já as atuais causas de anulação do casamento, referidas no atual Código, correspondiam àquelas tratadas como impedimentos dirimentes relativos, no Código anterior.

No art. 183<sup>6</sup> do Código de 16 os oito primeiros impedimentos eram os absolutamente dirimentes, pois levavam a nulidade do ato; os quatro seguintes eram os relativamente dirimentes, pois tornavam o casamento anulável e os últimos quatro eram os impeditentes, cuja infração não tornava o ato anulável ou nulo, mas sujeitaria os nubentes a alguma sanção, atualmente, a separação obrigatória de bens.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> BRASIL. Código Civil (1916). Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916.

Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209):

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil;

II - os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo;

III - o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (art. 376);

IV - os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não, e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 376);

VI - as pessoas casadas (art. 203);

VII - o cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado;

VIII - o cônjuge sobrevivente com o condenado como delinqüente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte;

IX - as pessoas por qualquer motivo coactas e as incapazes de consentir; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

X - o raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder e em lugar seguro;

XI - os sujeitos ao pátrio poder, tutela ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 212); (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

XII - as mulheres menores de 16 (dezesseis) anos e os homens menores de 18 (dezoito);

XIII - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal (art. 225) e der partilha aos herdeiros; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

XIV - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 (dez) meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo der à luz algum filho; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

XV - o tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento;

XVI - o juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.

<sup>7</sup> VENOSA, Sílvio de Sálvio. Op. cit. p. 81.

### 2.5.1 Paralelo entre os impedimentos do Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002

Toma-se por base para a elucidação do assunto as ponderações feitas por Arnold Wald<sup>8</sup>

No Código Civil de 1916 estavam previstas sanções penais para aqueles que infringiam os impedimentos, mais precisamente em seus artigos 225 a 228. Não há correspondência dos dispositivos no atual Código, mas o art. 1.641<sup>9</sup> preceitua o regime de separação de bens nos casos em que elenca.

No Código Civil de 2002, os impedimentos dirimentes absolutos, os oito primeiros do art. 183 do Código Civil de 1916 (CC/16), são tratados no art. 1.521 como impedimentos propriamente ditos, nesse passo suprime a proibição do casamento do cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado.

No atual Código Civil em seu art. 1.557, inciso (inc.) II, está disposto que será anulável o casamento em que haja a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal. No Código anterior, art. 218, 219 inc. II; o crime tinha que ser inafiançável. Ainda nesse art., resta suprimido o defloramento da mulher ignorado pelo marido como hipótese de erro essencial, admitido anteriormente, em 1916, art. 219 inc IV. Também cabe lembrar que foi inserido como causa de anulabilidade do casamento, doença mental grave que torne insuportável a vida em comum, inc IV, art. 1.557 do Código Civil de 2002 (CC/02).

Também houve mudança quanto ao prazo decadencial da ação de anulação do casamento, a saber: passou de três meses para cento e oitenta dias para que o representante legal do incapaz possa anular o casamento realizado sem seu consentimento quando exigido por lei e sem suprimento judicial, da ciência do casamento. Art. 178, § 4º, CC/16 e art. 1.555 CC/02.

<sup>8</sup> WALD, Arnold. Op. cit. *passim*.

<sup>9</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Passou de seis meses para cento e oitenta dias o prazo para anular o casamento dos menores de dezesseis anos, contado o prazo para o menor do dia em que fez essa idade; e da data do casamento, para seus representantes legais ou ascendentes. Art. 178, § 5º, II, CC/16 e art. 1.560, § 1º, CC/02.

De dois anos passa-se a quatro anos para intentar ação de anulação se houver coação, contado o prazo a partir da celebração. Art. 178, § 7º, I, CC/16 e Decreto-Lei n. 5.059, de 30-7-1942 e art. 1.560, IV, CC/02.

Tratando-se dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02<sup>10</sup>, se transgredidos, tornam nulo o casamento. Para o presente estudo o que interessa é o inciso VI do art. 1521 do Código Civil de 2002, que diz respeito ao impedimento resultante de casamento anterior.

No sistema pátrio, em que vige o tipo familiar monogâmico – dominante no mundo ocidental – constitui impedimento a existência de um casamento anterior (estado de casado), mesmo porque, constitui crime a bigamia de acordo com o art. 235 do Código Penal. A proibição desaparece se ocorrer a dissolução matrimonial com a morte do cônjuge, por decreto judicial de anulação ou nulidade, e ainda na hipótese de divórcio. A separação judicial não libera o impedimento, pois não extingue o vínculo matrimonial, mas apenas a sociedade conjugal.

## **2.6 Casamento inexistente, anulável e nulo**

---

<sup>10</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Art. 1.522. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.

Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo.

Controvérsias à parte sobre a impropriedade do termo ‘inexistente’, adotamos o posicionamento que entende que o casamento inexistente é aquele que não produz qualquer efeito, mesmo que de maneira provisória. Nesse caso, o juiz pode pronunciá-lo a qualquer tempo.

Vale dizer que diferentemente das nulidades, em que falta um pressuposto de direito, que invalida o vínculo; no casamento inexistente falta um pressuposto de fato, dentre eles: identidade de sexos, ausência de celebração e ausência de consentimento.

Os impedimentos dirimentes relativos de 1916, hoje chamados de causas de anulação, são aquelas que visam proteger pessoas que se encontram sob determinadas situações.

Essas causas de anulação estão presentes no art. 1.550<sup>11</sup> do atual Código Civil.

As situações elencadas nos impedimentos, condizem com a ordem pública, e, portanto, não se coadunam com a subsistência do matrimônio. Entretanto, mesmo decretada sua nulidade, alguns efeitos podem-lhe ser reconhecidos, em relação à prole e aos cônjuges.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

Obs.: ressalva-se no inc. anterior que pelo art. 1.554, subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exerce publicamente as funções de juiz de casamento e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil.

Parágrafo único. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

<sup>12</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002

Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

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

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



De acordo com o art. 1.548, casamento nulo é aquele, inc I, contraído pelo enfermo mental sem o necessário consentimento para os atos da vida civil e no inc. II, por infringência de impedimento. Impedimentos esses referidos no art. 1.521 supracitado.

A sentença de nulidade produz efeitos ex tunc, entretanto, respeitam-se os direitos de terceiros de boa fé, adquiridos por título oneroso.<sup>13</sup> Declarado nulo o casamento, os bens que se haviam comunicado em decorrência das núpcias retornam ao antigo proprietário. “*As doações propter nuptias (antenupciais) não são de cumprir-se, ou reverterem ao doador os bens doados se já efetivadas.*”<sup>14</sup>

Cumprе salientar, que a nulidade só poderá ser decretada em ação própria, ao contrário da inexistência, em que não é necessária ação específica para sua decretação.

Se o casamento inexistente deixar rastro material, necessitará de ação judicial que assim o declare, aplicando-se em síntese a teoria das nulidades. Se nada mudar no mundo jurídico e material, na hipótese de uma simulação de casamento, a inexistência não necessita qualquer providencia.<sup>15</sup>

## 2.7 Causas suspensivas

Os antes chamados impedimentos impeditentes dão lugar hoje às denominadas causas suspensivas. Estas causas estão presentes no art. 1.523<sup>16</sup> do atual Código Civil. Nelas se o

---

<sup>13</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002

Art. 1.563. A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado.

<sup>14</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva de. Op. cit. p. 137.

<sup>15</sup> VENOSA, Sílvio de Sálvio. Op. cit. p. 121.

<sup>16</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

indivíduo contrair matrimônio, embora este seja válido, estará sujeito a determinadas sanções. Visam apenas impedir a realização do casamento. São denominadas de causas suspensivas pois estas suspendem a realização do matrimônio até que as causas restem superadas. Caso ocorra o casamento infringindo uma dessas causas, o regime de bens será obrigatoriamente o de separação – art. 1.641, I, CC/02.

### **2.7.1 O que mudou: Código Civil 1916 e Código Civil 2002**

Em se tratando dos impedimentos impeditivos, os quatro últimos do art. 183 do CC/16, o CC/02 os tratou como causas suspensivas do casamento, em seu art. 1.523, o qual prescreve que não deve casar o divorciado, enquanto não houver a homologação a partilha dos bens do casal – inc III, neste caso buscou-se evitar a confusão de patrimônios de ambos os consórcios. Entretanto, exclui a ressalva da permissão dos pais para que ocorra o casamento do tutor com o tutelado, ou curador com curatelado, se as contas não houverem sido saldadas. Aduz ainda que, nestas uniões; assim como naquelas em que o viúvo não tiver procedido ao inventário dos bens do casal e do divorciado, cuja homologação ou decisão da partilha ainda não houver ocorrido; poderão os nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada – art. 1523 parágrafo único.

O Código Civil de 2002, nessa hipótese, eliminou a possibilidade de autorização paterna, bem como não contempla, como impedimento, o casamento do juiz, do escrivão ou dos seus parentes com órfão ou viúva da circunscrição onde tiverem exercício sem autorização superior. Também inova ao facultar aos nubentes solicitar ao juiz a dispensa, para a viúva ou viúvo que tiver filho do cônjuge falecido, da realização de inventário dos bens do casal. Igualmente, a

---

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

dispensa de apresentação de contas devidamente salgadas poderá ser solicitada nas hipóteses de casamento de tutor ou curador com a pessoa tutelada ou curatelada, ‘provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada’. Por fim, permite o casamento de viúva ou mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal, desde que provado o nascimento de filho ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo - art. 1.523, parágrafo único.

## **2.8 Eficácia jurídica**

No quadro atual, não há mais que se falar em ‘direitos e deveres do marido e direitos e deveres da mulher’ – arts. 233 a 255 CC/16. Hoje, no presente Código Civil, o que se examina são os direitos e deveres de ambos os cônjuges, elencados no título ‘da eficácia jurídica do casamento’. Nos arts. 1.565 a 1.570. Colocando-os em posição de igualdade total.

Embora não seja objetivo do presente estudo, neste tópico, o aprofundamento deste assunto, cabe lembrar que o CC/16 atribuía todos os direitos à família legítima, ou seja, o casamento, ignorando a união legítima.

Quanto aos efeitos patrimoniais, aduz Caio Mário:

Num primeiro plano, assegura substrato econômico à família, criando o que já foi designado como patrimônio familiar. Analiticamente, tais relações compreendem: 1- Assistência pecuniária de um a outro consorte; 2- usufruto dos bens dos filhos enquanto sob poder familiar (art.1.689, I); 3- prestação de alimentos aos filhos; 4-direito sucessório.<sup>17</sup>

O art. 230 do pretérito código dispunha ser imutável o regime de bens, já no presente código em seu art. 1.639, § 2º, dispões que é admissível essa alteração.

---

<sup>17</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva de. Op. cit. p. 168.

Os regimes anteriores eram: comunhão universal de bens, comunhão parcial, dotal e separação; O que vigora, depois da Lei n.º 515/77, no silêncio das partes é o de comunhão parcial, mantida essa mesma orientação no CC/02 – art. 1.640. No mesmo, suprimiu-se o regime dotal e incluiu-se o regime de participação final de aquestos.

O art. 1.647<sup>18</sup> elenca os atos da vida civil que o cônjuge não pode praticar sem autorização do outro, exceto para aqueles casados no regime de separação de bens. Ocorrendo a violação desse artigo, há a nulidade, porém a ação para a anulação é privativa do outro cônjuge, ou dos herdeiros, tendo em vista que os interesses tutelados são privados. Os prazos para requerer tal anulação também eram diferentes no CC/16, art. 178, § 9º, I, a. Já no atual código, tais prazos se encontram no art. 1.649.

Cumpre transcrever o art. 1.642 para análise em momento apropriado:

Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647;

II - administrar os bens próprios;

III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial;

IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647;

V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram

---

<sup>18</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

Art. 1.648. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.

adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente.

Para Silvio Venosa<sup>19</sup>,

o inciso V, doação ou transferência de bens comuns ao concubino, insere situações de fato que devem ser ingentemente provadas no curso do processo. Examina-se a transferência dos bens a qualquer título. Há que se evidenciar que os bens alienados não foram adquiridos pelo esforço comum dos concubinos, se o casal tiver separado de fato por mais de cinco anos. A redação do atual dispositivo não agrada e certamente os futuros julgados darão a devida flexibilidade à norma, dentro das inúmeras situações que ocorrem nos casos concretos. Melhor seria que se deixasse em aberto a norma, possibilitando o exame do prejuízo pelo juiz do caso concreto. A lei refere-se, nessa oportunidade, à união impura, isto é, adúltera, que prefere denominar concubinato. A concubina ou concubino que se beneficiou com a alienação não terá direito à indenização segundo o princípio pelo qual ninguém pode invocar a própria torpeza.

Tema que será oportunamente analisado.

Cabe ainda lembrar que permanece no atual Código o direito real de habitação – art. 1.831, CC/02 e art. 1.611, § 2º, CC/16. Entretanto, no Código anterior, esse benefício era concedido apenas àqueles casados sob o regime de comunhão universal de bens, enquanto que no presente Código o regime não importa.

No que tange aos bens reservados à mulher, vale dizer que o instituto legal não existe mais. Estes correspondiam àqueles bens que não seriam comunicáveis, bens obtidos exclusivamente pelo produto do trabalho da mulher.

### **3 UNIÃO ESTÁVEL E SUA DISCIPLINA JURÍDICA**

---

<sup>19</sup> VENOSA, Sílvio de Sálvio. Op. cit. p. 159.

### **3.1 Evolução histórica**

A família existe mesmo antes do casamento, o que ocorreu é que a sociedade instituiu o casamento como forma de conduta social, forma de regulamentação da família, e é aí que surge depois de séculos, como um círculo, a problemática da família nos moldes da união estável.

Embora o concubinato fosse um fato social há muito praticado e conhecido, o legislador do Código Civil de 1916 não reconheceu direitos à família ilegítima, ou seja, aquela não constituída pelo casamento, a mera união de fato.

Autores da época nem consideram o fato como assunto de direito de família, concedendo-o apenas estatus de direito obrigacional. Inclusive esbarrando em questões morais da sociedade.

Com o advento da Constituição de 1988, a união estável passa a ter estatus de família. Em seguida a legislação ordinária outorga direitos à nova instituição. Resta então, superado o estigma da união estável, pois agora, esta está sob a proteção do Estado.

Após o Código Civil de 1916, surgiram as leis n.º 8.971/94 e 9.278/96 que regulavam direitos relativos aos companheiros. A primeira versava sobre o direito dos companheiros aos alimentos e também se referia à sucessão. Já a lei posterior regulava o § 3º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a qual colocava a união estável sob a proteção do Estado, elevando-a a status familiar; visando proteger qualquer união nos termos do referido artigo, ou seja, esta lei seria mais benéfica em relação à de 94, pois nesta só eram concedidos direitos aos companheiros em concubinato puro.

Outro ponto benéfico da lei de 96 é que esta considerava como comuns os bens adquiridos durante o convívio. Também concedia o direito real de habitação, relativo ao imóvel utilizado como residência da família, ao companheiro sobrevivente.

É válido dizer que a doutrina optou por considerar a lei anterior parcialmente derrogada pela posterior. O que será abordado posteriormente.

Apesar de essas leis terem trazido esclarecimentos a respeito de pontos obscuros relativos à união estável, vale lembrar que ainda assim, restavam muitas dúvidas. O Código Civil de 2002 veio para tentar aclarar esses pontos, o que será abordado a seguir.

Vale dizer, por fim, que cabe aos juristas a responsabilidade de fazer-se entender a família como uma forma de união afetiva em busca do amor e, principalmente, da realização de seus membros.

### **3.2 Conceito**

Entende-se por união estável, aquela em que um homem e uma mulher possuem uma vida em comum, por um período que revele *animus* de permanência, em que haja uso em comum do patrimônio, e sejam tidos pela sociedade como um casal, de fato. Ou seja, uma convivência duradoura, pública e contínua, elementos estes devidamente elucidados a diante. Namoros e afins estão excluídos desta definição.

Existia o chamado concubinato impuro, aquele decorrente de relação adúltera ou incestuosa; e o puro, qual seja, união duradoura, entre pessoas de sexo oposto, constituindo uma família de fato, sem detrimento da família criada pelo casamento. Exemplo que ocorre com a união entre solteiros, viúvos, separados judicialmente e divorciados (com o advento da Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1970).

É certo que somente pode-se chamar de união estável, o antigo concubinato puro, visto que os direitos entre concubinato impuro e puro são diferentes.

### 3.3 Natureza jurídica

A união estável é um fato social que gera efeitos jurídicos, sendo, portanto, um fato jurídico. Entretanto, a lei não define essa união, refere-se apenas a alguns elementos que lhe conferem juridicidade. A saber:

Diversidade sexual. Nos termos da lei, ainda não são consideradas juridicamente válidas as chamadas uniões homo afetivas.

Estabilidade, o que significa que não é qualquer relacionamento transitório que pode ser considerado uma união protegida. O que se buscou foi proteger aquela união que possui *animus* duradouro. Embora não haja estabelecido um prazo certo para que se caracterize a estabilidade, tem-se que o lapso temporal deve ser razoável para que se possa caracterizar a intenção de constituir família. Isso quer dizer que este prazo é variável e deve ser observado casuisticamente.

Continuidade. É um complemento da estabilidade, pressupõe-se que a união deve se prostrar no tempo, ou seja, sem interrupções; entretanto nem sempre uma interrupção no relacionamento descaracterizará a união, é também um estudo a ser feito em cada caso concreto.

Publicidade. É necessário que aqueles que visem obter a proteção do Estado para a sua união, comportem-se como casados fossem, ou seja, a sociedade tem que os ter como um casal de fato.

Silvio Venosa<sup>20</sup> ainda atenta para outros elementos que a doutrina aponta para que se possa ser considerada a união estável, dentre eles o dever de fidelidade, pois a quebra desse dever, analisando-se o caso concreto, pode descaracterizar a comunhão de vida, de sentimentos e interesses. Outros elementos seriam o respeito, a lealdade, assistência; guarda, sustento e educação dos filhos. Também pode ser considerado como elemento, embora não analisado de

---

<sup>20</sup> Ibid pág. 58.



maneira absoluta – vide súmula n. ° 382 do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>21</sup>, a habitação comum.

Cabe ainda lembrar, o elemento, senão o mais significativo deles para a caracterização da união estável, o casamento religioso.

### **3.4 União estável do Código Civil de 1916 a CRFB/88**

Embora o Código Civil de 1916 não tenha feito reprovação expressa ao concubinato impuro, adúlterino, não lhe trouxe melhoras; mesmo porque, a sociedade da época ainda não via com bons olhos sequer o concubinato puro, aquele que se mantinha sem impedimentos matrimoniais, o qual não concorria com a dita família legítima, atualmente chamado de união estável.

O Código antigo ao menos se deu o trabalho de definir o concubinato, muito menos o regulamentou; pelo contrário, trazia dispositivos que veladamente – ou seja, de forma não expressa – o reprimiam, de maneira que procurava ‘exaltar’ o instituto do casamento. Vejam-se como exemplos o art. 183 do CC/16, em seu inc VII, o qual proibia aos condenados por adultério contrair casamento.

O art. 248, inc IV do CC/16, no qual a mulher poderia reivindicar bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina. E ainda em seu parágrafo único: *“Este direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda ou outro contrato”*.

Vale dizer que o direito independia da mulher estar em companhia ou não do marido, ou seja, separada de fato ou não. O adjetivo ‘comuns’ referindo-se a ‘bens’ exclui a alienação de

---

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.382. A vida em comum sob o mesmo teto "more uxorio", não é indispensável a caracterização do concubinato.

bens próprios do marido que, neste caso, aperfeiçoa-se com o ato traslativo do domínio, no concubinato adúltero.

Quanto ao concubinato impuro, só caberia a alienação do imóvel se houvesse a outorga uxória<sup>22</sup>, e sob escritura pública<sup>23</sup>. Isso quer dizer que a anulação da alienação só poderia ocorrer em casos de bem comum e, ainda assim, provando que a esposa desconhecia o concubinato e fora levada a realizar o ato falsamente oneroso, quando que em verdade tratava-se de um ato gratuito à concubina.

O art. 1.177 em que a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice poderia ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178,§ 7º, VI, e 248, IV). Ou seja, poderiam o cônjuge inocente, ou os herdeiros, pleitearem a anulação da doação até dois anos, mesmo depois de dissolvida a sociedade conjugal. Correspondente ao art. 550 do atual Código Civil.

O art. 1.474<sup>24</sup>, o que na verdade não permitia que o companheiro fosse beneficiário do seguro.

O art. 1.719, em seu inc III, determina expressamente que não era nomeada herdeira nem legatária a concubina do testador casado. Correspondendo ao art. 1.801, inc III do CC/02, em que foi incluída uma ressalva à proibição, a saber: “*o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos*”.

Pode-se observar que a Lei é mais branda em relação aos filhos considerados ilegítimos. Pois a Lei autorizava a interposição de ação de reconhecimento contra pais ou herdeiros daqueles,

---

<sup>22</sup> BRASIL. Código Civil (1916). Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916.

Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:

I - alienar, hipotecar ou gravar de ônus os bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios (art. 178,§ 9º, I, a, 237, 276 e 293

<sup>23</sup> BRASIL. Código Civil (1916). Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916.

Art. 134. É, outrossim, da substância do ato a escritura pública:

II - nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros), excetuado o penhor agrícola.

<sup>24</sup> BRASIL. Código Civil (1916). Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Art. 1.474. Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber a doação do segurado.

desde que fosse comprovado o concubinato ao tempo da concepção e não existissem entre os pais os impedimentos do art. 183, incisos I a IV. De acordo com art. 363, inc I do CC/16.

Antes da CRFB/88 era certo de que os concubinos não eram herdeiros. Os tribunais apenas admitiam a divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum, a título de dissolução de sociedade de fato (Súmula 380 do STF)<sup>25</sup>. Vale lembrar que quando não ocorria essa divisão, cabia à concubina uma indenização a título de serviços domésticos prestados.

Dessa maneira, para que se pudesse ocorrer a partilha, deveria ser provada a real existência da sociedade de fato entre os conviventes, não bastava a simples prova da vida ‘pura’ em comum.

Havia a necessidade de se provar a participação da (o) concubina (o) na aquisição do patrimônio, a título oneroso. Pois afinal, sociedade de fato pode ocorrer em qualquer circunstância, independentemente da relação familiar.

Entretanto, cabe lembrar, que para a formação do patrimônio, não é necessário a contribuição de forma material, pode constituir-se na forma de apoio familiar, cuidado com os filhos, suporte psicológico, dentre outras formas.

A partir da súmula n.º 380, citada anteriormente, direitos foram sendo outorgados à companheira. Dentre os quais, o direito à indenização do companheiro morto em virtude de acidente de trabalho ou de trânsito, se tivesse elencado a companheira como beneficiária; a não ser que fosse casado.<sup>26</sup>

A companheira também passou a ter direitos previdenciários<sup>27</sup>, passando assim a ser permitido que ela fosse beneficiária do contribuinte morto. Inclusive, aceitava-se o direito ainda que na falta de manifestação expressa, comprovada a união ou existência de prole comum. Ainda sim, era permitida a divisão da pensão com a esposa.

---

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 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.

<sup>26</sup> BRASIL. Decreto-lei n.º 7.036/44 e Lei n.º 8.213 de 24 de julho de 1991.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei n.º 4.297 de 23 de dezembro de 1963 e Lei 6.194 de 19 de dezembro de 1974.

Na hipótese de morte ou dissolução da união estável, outorgou-se o direito ao companheiro sobrevivente de permanecer no imóvel em que residia. Isso quer dizer que no caso deste não ser o locatário, permitiu-se que passasse a ser.<sup>28</sup>

Foi autorizado à companheira usar o sobrenome do companheiro, depois de cinco anos de união, ou na existência de filhos em comum, desde que aqueles não fossem casados.<sup>29</sup>

Com a CRFB/88, estabeleceu-se a união estável como entidade familiar. Art. 226, §3º, CRFB: *“Para efeito de 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”*.

### **3.5 Avento da Lei n.º 8.971/94**

Esta Lei, já em seu art. 1º, insere o companheiro na ordem de vocação hereditária. A saber:

A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva a mais de 5 (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 primeiro: *“Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.”*

Vale dizer que a Lei. n.º 5.478 de 1968, é lei processual que regula a ação de alimentos.

Na explicação de Caio Mário, para que o companheiro pudesse usufruir desse direito haveria de cumprir determinados requisitos, quais sejam:

---

<sup>28</sup> BRASIL. Lei n.º 8.245 de 18 de outubro de 1991 – Lei do inquilinato.

<sup>29</sup> BRASIL. Lei n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos – em seu art. 57, §§ 2º e 3º.

- A) Convivência por tempo superior a cinco anos, ou, independentemente do decurso de prazo, a existência de prole em comum. Nesta última hipótese, a prole não era de qualquer mulher, mas da companheira, exigindo aí pressuposto de vida em comum.
- B) Era condição ser livre o parceiro, isto é, que o homem e a mulher deveriam ser solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos.
- C) Temporariedade do direito alimentar, isto é, o dever alimentar cessava desde que o beneficiado viesse a constituir nova união. Aqui o legislador não foi preciso. Não esclareceu se a “nova união” seria matrimonial ou extramatrimonial. Como a orientação legislativa e constitucional vige no sentido de prestigiar a “entidade familiar”, é de se concluir que o direito aos alimentos deixa de subsistir, mesmo quando se trata de união livre. Pois é obvio que descabe a condição de duplo crédito alimentar: contra aquele cujo dever foi reconhecido com o companheiro (ou companheira) em conjunção com igual direito a prevalecer contra quem a ele (ou ela) se constituiu “nova união”. Não previu o legislador de 1994 os fundamentos para a dissolução da união estável para efeito de autorizar o pedido de alimentos.
- D) Como todo direito alimentar, este é subordinado ao binômio “necessidade / possibilidade”. A lei somente se refere à primeira, ao encerrar o *caput* do artigo com esta cláusula: ‘Desde que prove a necessidade’. O requisito não é uma criação da nova lei, senão que constitui *conditio legis* de todo critério alimentar, tal como se expõe no art. 396 do Código Civil de 1916 e art. 1.694 do Código de 2002. Correlato ao requisito da necessidade, estará forçosamente a possibilidade de prestá-los, pois nem esta lei, nem outra qualquer, pode impor a alguém a prestação de alimentos com sacrifício de sua própria subsistência, como ainda a quem o faça pondo-a em risco se vier a dá-los.<sup>30</sup>

A possibilidade de pleitear os alimentos não é eterna, estes devem ser requeridos tão logo quando for rompida a vida em comum. Há de se analisar a necessidade vinculada à relação de dependência econômica entre os companheiros. Cessa o dever de alimentar quando o alimentado constituir nova união, quando se provar que não há mais a necessidade dos alimentos, pelo exercício regular de labor, herança dentre outras possibilidades.

No que tange os direitos sucessórios dispõe o art. 2º desta lei:

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

---

<sup>30</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva de. Op. cit. p. 538.

I- O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos deste em comuns;

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

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

Segundo o art. 3º, quanto ao direito de meação: “Quando os bens deixados pelo (a) autor da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro (a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.”

Para fins de meação, a colaboração não era presumida, tinha de ser provada em cada caso. Importante salientar ainda que, na noção de colaboração está implícita não apenas a contribuição em valores, como também em força de trabalho, mesmo que de maneira indireta; no apoio psicológico, dentre outras maneiras.

É válido ressaltar que pela inteligência da lei pode-se observar que esta é expressa ao se referir ao companheiro e companheira em relação heterossexual; ademais, também foi expressa ao se referir ao denominado concubinato puro. Ou seja, esta lei só alcança aqueles inclusos neste tipo de concubinato. Nesse aspecto a lei foi clara, não haveria direito hereditário para o convivente em concubinato impuro. Embora coubesse a este o requerimento da divisão de acordo com a dissolução da sociedade de fato, recebendo parte dos bens que tivesse ajudado a obter.

Entretanto, o art. 3º da presente lei refere-se a bens deixados pelo autor da herança; observa-se que o dispositivo cita ‘herança’ e ‘sobrevivente’ para fins de meação; disto, pode-se obter o entendimento de que se admitia a aplicação desta lei somente quando cessava a união pela morte de um dos companheiros. Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama esta discussão não seria sequer plausível, pois o direito é adquirido quando da aquisição patrimonial e não em virtude da morte.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: sucessões. São Paulo: Atlas, 2003. p. 44-48. (série fundamentos jurídicos)

No que tange à herança do *de cuius* em concubinato impuro na lei de 94, tem-se que prevalecem os direitos do antigo cônjuge, mesmo que há muito separado de fato, pois a sociedade conjugal persiste.

Quanto àquele que herda (inc. III do art. 2º), percebe-se que o companheiro (a) foi colocado (a) pela lei n.º 8.971/94 em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Segundo Caio Mário, aquele foi elencado, de certo modo, a herdeiro (a) necessário (a). Se o autor da herança não deixasse descendentes nem ascendentes, cabia ao companheiro (a) disputar a totalidade da herança.<sup>32</sup>

Nessa hipótese de sucessão hereditária, entendia que o companheiro ficou com mais direitos do que o cônjuge, pois aquele que, em vida de seu convivente, em caso de rescisão do contrato de união estável, tinha só direito à partilha dos bens adquiridos, onerosamente, na constância concubinária, e em igualdade de condições, salvo disposição expressa em contrário, em caso de sucessão, na qualidade de herdeiro necessário, receberia todos os bens do convivente morto, inclusive os adquiridos a título gratuito, incluindo, ainda, os bens adquiridos pelo falecido antes da relação concubinária. Tudo em detrimento dos herdeiros colaterais.<sup>33</sup>

Tema que será oportunamente analisado.

### 3.5.1 O usufruto na lei 8.971/94

Precipualemente, cabe ressaltar que o usufruto de que trata a lei em questão diz respeito à totalidade da herança e não apenas à parte dos bens adquiridos pelo esforço comum.

Nesse usufruto, houve equiparação significativa dos direitos do companheiro aos do cônjuge. Trata-se de usufruto legal que independe da situação econômica do companheiro. Pelos princípios do usufruto, não sobrevivendo nova união, o usufruto é vitalício, extinguindo-se com a morte do usufrutuário. A lei da

---

<sup>32</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva de. Op. cit. p. 540.

<sup>33</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União Estável**: jurisprudência, evolução legislativa e novo código civil. Disponível em: [www.fdc.br](http://www.fdc.br). Acesso em 03 jun. 2008.

convivência estável reporta-se à extinção, quando o companheiro estabelece nova união.<sup>34</sup>

Não há qualquer empecilho na concomitância entre usufruto e meação, pois o usufruto refere-se à herança, e a meação não. Este usufruto incide sobre a totalidade da herança, ainda que atinja a legítima dos herdeiros necessários.

Discutia-se a valia desse usufruto por gravar o direito dos filhos herdeiros.

### **3.6 Advento da lei 9.278/96**

Cumpra analisar algumas opiniões a respeito dessa nova lei de 1996.

Primeiramente, o que diz o juiz Antônio Carlos Malheiros em entrevista à Folha de São Paulo logo em seguida à publicação da Lei:

A nova lei sobre união estável, na verdade, acabou com ela. As pessoas que moravam junto, porque queriam uma vida em comum livre, sem envolver aspectos patrimoniais no relacionamento, hoje estão se casando.

Muitos dos que resolveram se casar escolheram o regime da separação de bens para evitar aquilo que eles não desejam - a disputa por patrimônio em caso de separação ou morte.<sup>35</sup>

Segundo o entendimento do juiz, essa lei estaria obrigando o casal a contrair o regime de comunhão parcial de bens, não havendo chance de escolha de outro regime, quais sejam, comunhão universal de bens ou separação total de bens. O que impediria uma futura pendência judicial a cerca da propriedade dos bens. Por isso, Malheiros considera a Lei n.º 9.278/96 inconstitucional.

---

<sup>34</sup> VENOSA, Sílvio de Sálvio. Op. cit. p.128.

<sup>35</sup> LEIS. Folha de São Paulo, São Paulo, 31 agosto. 1996. Disponível em <http://www.mundonotarial.org/silvio.html>. Acesso em: 14 maio 2008.

Folha de SP. 31/08/1996. Especial para Folha. Editoria: LEIS, p. 3-2 *Lei acaba com a união estável*. Disponível em: <http://www.mundonotarial.org/silvio.html>. Acesso em: 14 maio 2008.



Já na opinião do desembargador Antonio Cezar Peluso, também em entrevista para a Folha de São Paulo por ocasião da mesma lei, aduz:

No casamento, o silêncio importa comunhão parcial de bens. No concubinato também. Com a vantagem de os concubinos poderem, a qualquer tempo, regular o regime de bens, enquanto no casamento o regime é imutável.<sup>36</sup>

Para Peluso, a Lei iguala o concubinato ao casamento e não determina confisco de bens. Pois no concubinato, o regime de bens pode-se estabelecer através de contrato.

A título de ilustração, é válido transcrever na íntegra a opinião do nobre jurista Silvio Rodriguez:

A publicação da lei nº 9.278, de 10/05/96, que regulamenta o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição, deve trazer perplexidade aos meios jurídicos brasileiros em virtude de a lei nº 8.971, de 12/94, haver disciplinado, também, alguns efeitos daquele mesmo dispositivo constitucional. Esta lei regulava os direitos sucessórios e alimentícios dos companheiros.

O parágrafo 3º do art. 226 da Constituição, que proclama estar a união estável sob a proteção do Estado, atribuindo ao concubinato o status de entidade familiar, teve, assim, duas leis que lhe regulamentaram os efeitos, uma atribuindo direitos sucessórios e alimentícios a uma espécie de conviventes e outra atribuindo direitos de natureza diversa a outra condição de companheiros.

A lei de 94 concedeu direitos sucessórios e a alimentos a companheiros desimpedidos, que convivam há pelo menos cinco anos ou tenham prole comum; enquanto a lei de 10 de maio atribui vários direitos aos conviventes, de convivência duradoura (não precisando perdurar por cinco anos ou ter prole comum), pública e contínua, estabelecida "com o objetivo de constituição de família".

Enquanto a lei de 94 desprezava o concubinato adúltero, pois só dava efeito aos conviventes solteiros, judicialmente separados, divorciados ou viúvos, a lei mais recente dispensa este requisito, visando proteger qualquer união, desde que tenha alguma duração e seja ostensiva. A lei nº 8.971/94 concede ao companheiro ou companheira desimpedidos, cuja união dure mais de cinco anos ou tenha prole comum, direito sucessório ao cônjuge viúvo por outro regime que não o da comunhão universal; e concede-lhe, ainda, ação de alimentos contra o seu antigo companheiro, desde que prove sua necessidade e possibilidade do requerido.

---

<sup>36</sup> Loc. cit.

A lei nº 9.278/96 reconhece como entidade familiar a união pública e notória de um homem e uma mulher, sem reclamar que os convincentes sejam desimpedidos ou que a ligação tenha prazo mínimo de duração. Abrange tanto ligações com menos de cinco anos como as caracterizadas na lei de 94. A lei presume serem comuns os bens adquiridos durante o convívio, preceito importantíssimo faltante na legislação brasileira. Esta divisão do patrimônio deixa de se proceder em duas hipóteses:

- a) se houver estipulação em contrário em contrato escrito;
- b) se a aquisição do bem ocorrer com recursos havidos antes do início da união.

Em caso de morte de um dos companheiros, a lei ainda concede ao outro, enquanto não constituir nova união, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, solução semelhante à concedida ao cônjuge sobrevivente pelo Código Civil. Outro dispositivo importante da recente lei foi o que atribui às varas de família a competência para decidir todas as questões relativas à união estável, que, de resto, correrão em segredo de Justiça.

A lei nº 9.278 era reclamada de há muito e sua edição preencheu enorme lacuna, principalmente em virtude da regra que cria a presunção de serem comuns os bens adquiridos durante o convívio. Mas não obstante, duas leis a regulamentar um mesmo preceito constitucional, aliás cheias de imperfeições, conduz à idéia de que o legislador fica devendo a consolidação da matéria, em um único diploma, coerente e sistemático.<sup>37</sup>

Publicada esta lei, muito se discutiu se esta ab-rogaria ou derogaria o diploma anterior de 1994. A doutrina optou pelo entendimento da ab-rogação da Lei n.º 8.971/94 pela Lei n.º 9.278/96.

Segundo Caio Mário, embora a Lei n.º 9.278/96 tenha tido o objetivo de regulamentar o § 3º do art. 226 da CRFB, além de ter se mostrado mais abrangente que o diploma anterior, foi votada com o rito de lei ordinária, não atendendo pois, às exigências do art. 69 da CRFB relativas às leis complementares.<sup>38</sup>

Tomando este ponto de vista, tem-se que a orientação quanto ao direito dos alimentos continuou a mesma, com exceção do prazo de cinco anos que foi reduzido para um ano nos casos em que existisse filho em comum.

---

<sup>37</sup> RODRIGUES, Silvio: Concubinato – Lei nova. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 06, julho de 1996. Cotidiano, p. 2-3. Disponível em: <http://www.mundonotarial.org/silvio.html>. Acesso em: 14 maio 2008.

<sup>38</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva de. Op. cit. p.541.

Nesta Lei, o legislador não atribui tempo mínimo para se estabelecer a união estável, apenas identificou – em seu art. 1º – a entidade familiar, definindo-a como sendo a convivência pública, duradoura e contínua de um homem e uma mulher, com o intuito de constituir família. Caberia à jurisprudência decidir sobre o assunto.

É válido visualizar, que neste art. não se aludiu expressamente à união estável pura, ou seja, ao concubinato puro, não incestuoso e não adúltero. Embora, alguns acreditem que esta foi a intenção do legislador.

Em seu art. 2º enumeram-se os direitos e deveres dos conviventes, a saber: respeito e consideração mútuos (inc. I), a assistência moral e material recíproca (inc. II), a guarda, o sustento e a educação dos filhos comuns (inc. III).

Observa-se que os direitos e deveres elencados nos incisos I e II são recíprocos. Devendo ser respeitados não apenas na intimidade do casal, mas também a níveis sociais. Ocorre o descumprimento dos deveres de respeito e consideração quando existe uma conduta injuriosa grave por parte de um dos companheiros, atingindo a honra do outro, podendo ser esta subjetiva ou objetiva; tal como o uso de palavras ofensivas, gestos impróprios ou com deslealdade.

Cabe exaltar a importância da assistência moral, principalmente, na atualidade, em que cada vez mais há a falta do diálogo e do contato pessoal, tempos em que as pessoas descuidam-se da comunicação no lar, praticamente ignorando os que com elas vivem.

No tocante à assistência material, esta se faz no âmbito patrimonial, dos alimentos entre os companheiros, principalmente. Nesse aspecto, a mesquinha, a avareza configuram injúria de caráter econômico.

Já em relação ao inc. III da Lei n.º 9.278/96, os direitos e deveres relacionam-se aos filhos, ou seja, aos conviventes em relação aos filhos em comum. O poder de família origina a guarda da prole, o que significa a posse que os pais, conjuntamente ou isoladamente, em caso de ruptura, exercem sob seus filhos. Os alimentos materiais são o sustento, indispensável à

preservação subsistência da saúde e bem estar. A educação corresponde aos alimentos de natureza espiritual, imaterial, incluindo não apenas o ensino escolar como também os cuidados com a higiene mental e formação moral dos filhos.

O art. 3º da presente Lei foi vetado. Este artigo tratava das pactuações formais – contratos escritos –, principalmente patrimoniais, entre conviventes, tal como o pacto antenupcial para os cônjuges.

O presidente entendeu que este artigo não seria necessário, pois criaria uma espécie de casamento de segundo grau, o que não era a intenção. Além do mais, o veto do artigo não impediria o estabelecimento de contratos para regular a relação entre os companheiros. Mesmo porque, o art. 5º da mesma Lei estabeleceria a possibilidade da pactuação escrita.

Vale dizer que, para os conviventes, esses contratos poderiam e podem<sup>39</sup> ser feitos a qualquer tempo, o que não ocorre com os cônjuges, em que só é permitido pactuar no pacto antenupcial, sendo este contrato imutável.

Cabe lembrar que, como todo contrato, aqueles também não poderiam e não podem atentar contra a ordem pública – como às normas relativas ao casamento, pois estas são normas cogentes –, aos princípios gerais do direito e aos bons costumes.

O art. 4ª da Lei em questão, também vetado, aduzia que os contratos referidos no art. 3º da mesma Lei, poderiam ser levados ao Cartório de Registro Civil para que pudessem valer contra terceiros. E, em caso de contratos envolvendo bens imóveis, comunicar-se-ia ao Cartório de Registro de Imóveis para devida averbação.

Dizia o art. 5º da presente lei:

Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho

---

<sup>39</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

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

e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

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

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

O art. 5º da Lei 9.278/96 admite a realização de contrato, por escrito, entre os conviventes. Neste contrato podem ser estipulados direitos e deveres além daqueles previstos por lei; em relação a eles próprios – os conviventes – ou a seus filhos, dentre outras possibilidades.

Pela inteligência do presente artigo, percebe-se que existe a possibilidade de haver direitos distintos em relação ao patrimônio, melhor dizendo, cotas patrimoniais distintas, um companheiro pode ter cota maior em determinada propriedade do que seu convivente, se assim acordado. Basta que estes averbem em escritura pública ou em compromisso particular tal diferença de percentual. Pode-se também, fazer acordo em termos genéricos, abarcando a totalidade do patrimônio.

Percebe-se que a presunção a que se refere o *caput* do art. 5º da Lei 9.278/96 é relativa, ou seja, admite-se prova em contrário. Dessa maneira, a lei presume uma situação em condomínio, ou seja, presumem-se os adquiridos pelo esforço comum os bens amealhados. As exceções, para que possam ocorrer, devem ser provadas judicialmente.

Quanto ao § 1º do artigo 5º, este estabelece outra causa de cessação da referida presunção, qual seja: sub-roga-se o valor antigo no valor novo, como exemplo elucidativo pode-se citar o caso da venda de um bem móvel adquirido antes da união pelo valor de quinhentos reais e o mesmo vendido pelo valor de 1.000 reais, neste caso, a sub-rogação será no valor de quinhentos reais.

No § 2º do art. 5º, ocorre outra presunção relativa, pois, embora a administração dos bens comuns fosse em conjunto, os conviventes poderiam dispor de seu patrimônio conforme lhes aprouvesse, em contrato escrito.

O art. 6º, vetado, falava sobre as formas de dissolução da união estável. Basicamente essas formas eram as mesmas usadas para a dissolução dos contratos em geral

No que se refere aos alimentos, de acordo com o art. 7º da presente lei, admitiu-se a possibilidade destes, desde que dissolvida a união estável. Entretanto, insta salientar a presença do binômio ‘necessidade / possibilidade’. Ou seja, o convivente que pleiteia os alimentos, destes deve necessitar e aqueles a quem se pleiteia, deve ter a possibilidade de fornecer.

A grande discussão resta no fato de se dever ou não investigar o elemento culpa para impor a um dos companheiros a obrigação de prestá-los. Para o legislador de 1996, a prestação de alimentos estava condicionada à dissolução da união pela rescisão. Segundo Caio Mário, rescisão seria uma figura genérica a qual abarcaria hipóteses de fraude ou lesão, como também as hipóteses de rescisão unilateral ou bilateral.<sup>40</sup> No entanto, não se pode precisar o intuito do legislador ao se referir à palavra *rescisão*.

Ponderando, há de se eliminar a culpa como elemento principal para a questão dos alimentos; deve-se priorizar a necessidade daquele que os pleiteia.

Alerte-se, no entanto, que o Projeto que deu origem à Lei de 1996 teve vetado pelo Presidente da República o art. 6º que identificava a rescisão no parágrafo 3º como “ruptura da união estável” por “quebra dos deveres constantes nesta lei e do contrato escrito”. Portanto, há que se considera a relevância deste fato para se avaliar qual foi a intenção do legislador ao se utilizar a palavra “rescisão”.<sup>41</sup>

Cabe citar a Lei n.º 1.515/77 – Lei do Divórcio – em seu art. 19, o qual considerava o companheiro culpado pela ruptura da união estável, o devedor dos alimentos, caso o outro necessitasse.

De qualquer forma, o binômio acima exposto, qual seja: necessidade / possibilidade deve ser analisado para efeitos do *quantum* dos alimentos.

---

<sup>40</sup> Ibid p.543

<sup>41</sup> Loc cit.

Aduz o art. 7º da lei em questão, em seu 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.*”

O direito de habitação é definido como sendo aquele direito em que se utiliza o imóvel de maneira gratuita. Sendo que o titular desse direito deverá residir naquele, com sua família, não sendo permitido alugá-lo nem emprestá-lo. É o que se retira da inteligência do artigo 746 do Código Civil de 1916.

Nota-se que o dispositivo acima, não faz referência ao companheiro sobrevivente no que tange à sua situação, ou seja, é válido reconhecer o fato de que o direito de habitação persista mesmo quando o falecido tenha morrido no estado de casado, mas separado de fato. Não se pode restringir o que a lei não restringiu.

Cabe lembrar que o direito real de habitação é direcionado unicamente ao imóvel destinado à residência do casal, sendo o único bem dessa natureza. Entretanto, é importante verificar, em cada caso, a destinação daquele. Pode ocorrer de o autor da herança morrer no estado de casado, porém separado de fato; nesse caso, o direito de habitação do companheiro coexiste com o direito do usufruto vidual do cônjuge. Pois o direito de habitação surge porque a família existiu, e o imóvel foi utilizado como abrigo desta. Nada relacionado, portanto, com o fato do falecido ter morrido em estado de casado, mas separado de fato.

Frisa-se que não se distinguiu, em 96, se o direito real de habitação recaía sobre imóvel adquirido antes da contração da união estável ou após esta. De qualquer forma, o que se pretendeu foi a proteção daquele convivente que, por morte do outro, pudesse ficar a mercê da caridade alheia; independentemente da titularidade do imóvel, seja em nome do *de cujus* ou em nome do convivente sobrevivente. O que dá a entender que não teria sido intenção do legislador de 96 condicionar o direito real de habitação do imóvel ao esforço comum para sua obtenção.

Ao companheiro sobrevivente era concedido tal direito sob condição ou termo resolutivos. O direito existiria enquanto vivesse o seu titular; este seria o termo resolutivo, o evento morte ocorrerá, só não se sabe quando, mas é certo. E enquanto não contrair nova união ou casamento, condição resolutiva *ex lege*, o evento é futuro, mas incerto, pois poderá ou não ocorrer.

Em relação ao art. 8º da lei em estudo, indaga-se sua utilidade prática, quando este se refere à possibilidade de, os conviventes de comum acordo, converterem a união estável em casamento através de requerimento Oficial do Registro Civil da circunscrição do domicílio. Pois, eliminadas as formalidades, quais sejam, os impedimentos para o casamento relacionados nos artigos 180 a 182, a conversão pouco se diferencia da celebração em si do casamento.

Por fim, o artigo 9º da Lei 9.278/96 eliminava a possibilidade das varas comuns possuírem competência para conhecer das questões relativas à união estável.

A competência para tais questões passou a ser da Vara de Família, assegurando-se o segredo de justiça.

Dessa maneira, acrescentou-se mais uma hipótese legal de segredo de justiça ao inciso II do artigo 155 do Código de Processo Civil.

A título de ilustração, cabe transcrever o teor do artigo 155 do Código de Processo Civil, bem como seu inciso II:

Art. 155 - Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público;

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.



Vale lembrar que a redação do inc. II resultou-se da alteração feita conforme Lei 6.515 de 1977 (Lei do Divórcio), entrando em consonância com o art. 9º da Lei 9.278/96, pois. Lembrando que o juiz pode decretar o segredo de justiça a qualquer tempo.

Nota-se que, observando este artigo, o Estado garantiria ao concubinato puro, o estatuto de instituto familiar, admitindo-o como casamento de fato.

Entretanto, no tocante à matéria relacionada à união estável, a Constituição assegura-lhe tratamento tal, como sendo forma de constituição de família. E, dada a natureza íntima da matéria, é correto o estabelecimento do segredo de justiça.

Tendo isso em vista, poderia então, um concubino pleitear contra o outro, com maior certeza, medida cautelar de separação de corpos.

Curioso citar a situação do “casamento” apenas religioso (a partir do Decreto n. 181, de 1890, o qual criou o casamento civil, no Direito brasileiro); não sendo registrado civilmente, teria os mesmos efeitos da união estável, e o seria de fato.

Embora a Lei n.º 9.278/96 tenha deixado lacunas, esta deu passos significativos para a regulamentação da união estável.

### **3.7 União Estável no Código Civil de 2002**

O novo Código Civil não revogou expressamente as leis anteriores a respeito da união estável, entretanto, as prováveis derrogações, as regras que permaneceram inalteradas e as omissões seguem expostas ao longo deste item. Vale lembrar que, se o presente Código revogasse as legislações anteriores poria o companheiro em extrema inferioridade em relação às aquelas, ou seja, seria um retrocesso.

Embora o Código Civil tenha mantido basicamente a orientação da Lei n.º 9.278/96, aquele introduziu algumas inovações.

O presente Código manteve a caracterização da união estável, tal qual na lei de 96, a saber: *“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”*<sup>42</sup>

Vale observar que o legislador não fixou prazo para sua caracterização.

Seu art. § 1º faz uma ressalva em relação às pessoas impedidas de constituírem união estável, quais sejam, aquelas que estão separadas de fato ou judicialmente. A saber: *“§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.”*

Os impedimentos – art. 1.521 do CC/02 – afastam a caracterização da união estável, observando a exceção do inc. VI.

Foi solucionada a questão referente àqueles que mantinham união estável, mas ainda continuavam casados, embora separados de fato. Concedendo a estes o direito de ver sua união produzindo os devidos efeitos jurídicos

Inclusive vale ressaltar que, já se permitia a partilha dos bens adquiridos na vida em comum, mesmo ainda o companheiro sendo casado.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.723.

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Família. Sociedade de Fato. Reconhecimento para Fins de Meação REsp. n.º 362743 – PB (2001/0145135-3). 4ª Turma. Recorrente: Luzia Ferreira Tomaz. Recorrido: Doracy Martins da Silva. Relator: Ministro Jorge Scartezini. **D.J.** 11.10.2004. p. 388. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 02. jun. 2008.

RECURSO ESPECIAL - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - ALÍNEA DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL NÃO INDICADA - NÃO CONHECIMENTO - SOCIEDADE DE FATO - PATRIMÔNIO COMUM - PARTILHA - COMPANHEIRO CASADO - COMUNHÃO UNIVERSAL - SEPARAÇÃO DE FATO - SEGURO DE VIDA - BENEFICIÁRIO - LIVRE NOMEAÇÃO - PENSÃO PREVIDENCIÁRIA - RATEIO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Esta Corte não se presta à análise de matéria constitucional, cabendo-lhe, somente, a infraconstitucional, não merecendo ser

O § 2º do art. 1.723 do CC/02 aduz que as causas suspensivas – presentes no art. 1.523 – não impedem a caracterização da união estável.

O art. 1.724<sup>44</sup> do presente código estabelece os deveres dos companheiros. A fidelidade não está expressa neste art. Tendo em vista que a fidelidade é obrigação recíproca no casamento – art. 1.566 CC/02, cabe indagar se esta foi excluída da união estável. Entretanto, a não observância desses deveres não traz efeitos jurídicos relevantes, uma vez que a união estável pode ser dissolvida por qualquer par da união, e aí sim, são gerados os efeitos jurídicos.

Vale dizer que, na opinião de Caio Mário,

Dentro de uma interpretação literal, ser fiel é obrigação, apenas, para os cônjuges. Para os companheiros, lhes cabe obediência aos deveres da lealdade, respeito e assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos. Não se justifica dar tratamento diverso, quando são valores essenciais nas relações entre os cônjuges e companheiros.<sup>45</sup>

---

conhecido o recurso quanto à ofensa ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Precedentes.

2. Não se conhece de Recurso Especial sob alegação de dissídio jurisprudencial se a parte não indica, categoricamente, a alínea "c" do permissivo constitucional como fundamento de sua irrisignação, incidindo a Súmula 284 da Suprema Corte. Precedentes.

**3. Reconhecida a sociedade de fato e havendo contribuição, direta ou indireta, para a formação do patrimônio comum, cabível a partilha do mesmo, não afetada pelo regime de comunhão universal de bens adotado no casamento de um dos companheiros, estando o mesmo separado de fato. Precedentes.**

4. Com relação ao seguro de vida, a apólice tem como beneficiária a cônjuge do de cujus e, tratando-se de um contrato no qual o segurado tem plena liberdade de escolha quanto ao beneficiário do prêmio, deve referida opção ser observada.

5. Correto o rateio da pensão previdenciária entre recorrente e viúva, fixando-se percentual análogo (50%) a ambas, sendo incabível a manutenção dos 30% estabelecidos por ocasião de revisão da pensão alimentícia percebida pela cônjuge.

6. Recurso conhecido e parcialmente provido.

<sup>44</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.723.

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

<sup>45</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva de. Op. cit. p.546.

O legislador de 2002 no art. 1.725 estabelece expressamente o regime de separação parcial de bens, em regra. Observa-se que, no presente código foi eliminada a expressão ‘esforço comum’, ou seja, não mais é necessário observar a cota de participação do companheiro em determinado bem. Isso quer dizer que é definitiva a condição de meeiro, titular de uma parte ideal do patrimônio comum. Vide art. 5º da Lei n.º 9.278/96.

Ainda em relação ao art. 1.725, este admite o contrato escrito entre companheiros, mantendo a orientação da lei n.º 9.278/96 em seu art. 5º, § 2º. Como explicado anteriormente. Obedecendo as regras de validade dos negócios jurídicos em geral.

Quanto às limitações concernentes aos maiores de 60 anos, cabe tecer alguns comentários.

Dentre os quais aquele que diz a respeito ao regime que deve vigorar, o da separação legal – art. 1.641, I – como no casamento – ou se será permitido aos conviventes idosos efetuarem um contrato escrito para optar pelo regime do art. 1.725 – comunhão parcial de bens.

Vale dizer que se se optar pela permissão do contrato escrito, estar-se-ia prestigiando a união estável em detrimento do casamento. O que parece contrariar a CRFB, uma vez que em seu art. 226, § 3º, ocorre o incentivo da conversão da união estável em casamento, isso quer dizer que os institutos são diferentes.

Na união estável os bens advindos do esforço comum, a título oneroso, poderão ser objeto de contrato escrito. Estão excluídos, portanto, os bens adquiridos a título gratuito, tal como a doação ou a herança; mesmos estes ocorrendo na constância da união estável.

Quanto àqueles bens adquiridos em substituição a bens particulares, não há a possibilidade de aqueles ingressarem na comunhão, pois foram incluídos ou anteriormente à união, ou a título gratuito; sendo, pois, particulares. Neste caso, aplicar-se-ia, por analogia, o art. 1.659, II do CC/02.

No tocante à conversão do direito da união estável em casamento, o CC/02, em seu art. 1.726, manteve a mesma orientação da Lei de 96, no sentido de permanecer o pedido conjunto pelos conviventes; inclui, entretanto, a obrigatoriedade do pedido judicial da conversão.

Vale observar o que o legislador de 2002 pretendeu na redação do art. 1.727, em que distingue a união estável do concubinato, ao dizer: “*as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato*”. Em verdade, sua intenção foi separar aquela união que atende os requisitos do art. 1.723 e o chamado, anteriormente, concubinato impuro, ou seja, aquele incestuoso, adúlterino ou desleal.<sup>46</sup>

No tocante aos alimentos, o art. 1.694 garante este direito aos conviventes, na hipótese da dissolução da união estável. Neste caso, por analogia, aplicam-se iguais princípios no que concerne aos alimentos no regime de separação judicial. Vale dizer, no entanto, que cessa o dever de alimentar se o convivente credor constituir casamento ou nova união estável, vide art. 1.708 CC/02.

Cabe salientar que, como dito a cima, o momento de argüir alimentos é exatamente ao momento da dissolução da união. Será inadequada esta pretensão alimentar em outro instante.

Ainda vale destacar alguns aspectos a respeito da união estável que, segundo Caio Mário<sup>47</sup>, merecem atenção:

---

<sup>46</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Civil. Ação declaratória. União estável. Ap. cível n.º 2006.001.62816. 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Sirley Abreu Biondi. **D.J.** 02.02.2007 p. 37-99. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/>. Acesso em: 02. jun. 2008.

Pretende a apelante a reforma da sentença que julgou improcedente a pretensão deduzida na inicial, sob a alegação que restou devidamente comprovada a união estável entre a apelante e o falecido. Impossibilidade de acolhimento das razões recursais. Pretensão companheiro que era casado e vivia com a esposa em outra cidade. Apelante residente em Duas Barras e falecido residente em Niterói com sua esposa, havendo prova testemunhal no sentido de que quando o falecido chegava com a esposa em Duas Barras para passar o final de semana, a apelante se retirava, voltando para a cidade, quando o casal já havia retornado para Niterói. Divisão de patrimônio pretendido pela apelante que não encontra respaldo na lei. Inexistência de união estável, até porque o falecido vivia normalmente com a sua esposa na cidade de Niterói, vendo a apelante apenas nos finais de semana. Total ausência dos requisitos que evidenciam a existência de união estável, que não se confunde com o concubinato impuro. Companheiro casado que nunca esteve separado de fato de sua mulher e que por isso mesmo não mantinha com a apelante união estável. Manutenção do decísum de Primeiro Grau, motivo pelo qual NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

<sup>47</sup> *Ibid. passim.*

O art. 1.562, CC/02 permite aos conviventes requerer a separação de corpos antes de mover a ação de dissolução da união estável, como medida cautelar.

O art. 1.618 autoriza a adoção feita por conviventes. Mas, para tanto, é necessário que os conviventes provem o estatus de família, visto que o tempo para que a união estável seja caracterizada não é explícito.

É permitido aos conviventes – entidade familiar – estatuir bem de família, mediante escritura pública ou testamento, “(...) desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.”<sup>48</sup>

Vale dizer que, entende-se por bem de família, quando um imóvel é destinado a ser moradia da família.

Por analogia, aplica-se aos companheiros a regra do art. 977<sup>49</sup> do CC/02.

Quanto ao fato de a companheira poder adotar o patronímico do companheiro, o Código silenciou. Portanto, ainda estaria em vigor a regra da Lei de Registros Públicos, a qual concede esse direito à companheira; desde que os conviventes vivam em união estável a mais de cinco anos, ou haja prole em comum e haja expressa concordância do companheiro. Art. 57, § 3º da Lei n.º 6.015/73<sup>50</sup>, alterada pela Lei n.º 6.216/75.

Também foi omissa o Código em relação à permanência do companheiro sobrevivente na locação de imóvel, permanece, portanto, a regra do art. 11 e 12 da Lei n.º 8.245/91.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.711.

<sup>49</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

<sup>50</sup> BRASIL. Lei n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Art. 57. Qualquer alteração posterior de nomes, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandato e publicando-se a alteração pela imprensa. § 3º. O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, cinco anos ou existirem filhos da união.

<sup>51</sup> BRASIL. Lei n.º 8245 de 18 de outubro de 1991. Lei do Inquilinato.

Art. 11 - Morrendo o locatário, ficarão sub-rogados nos seus direitos e obrigações:

Tendo em vista que o Código admite expressamente o regime de comunhão parcial de bens entre os membros da união estável – art. 1.725 – autorizados estarão, por analogia ao art. 499<sup>52</sup> do CC/02, de efetuar compra e venda entre si, em relação aos bens excluídos da comunhão.

Aplica-se, ao companheiro, por analogia, a regra do art. 496<sup>53</sup>, necessitando do consentimento do convivente para que se efetue a venda de ascendente a descendente, além da concordância dos demais descendentes. Entretanto, dispensa-se o consentimento do companheiro se o regime de bens acordado for o da separação obrigatória.

Insta salientar que, o companheiro deve ser incluído entre aqueles que são impedidos de ser testemunha, por ter envolvimento direto nas questões referentes ao outro.

Direito Intertemporal – Os Tribunais vinham se manifestando, orientados pelo STF, no sentido de que, quando da dissolução da união estável, aplicava-se, às relações patrimoniais, o ordenamento normativo da época da aquisição. Assim, se o patrimônio tivesse sido adquirido sob a égide da Lei n.º 8.971/94, não importava que a união estável tivesse sido dissolvida após a vigência da Lei n.º 9.278/96, os bens só iriam se comunicar se provado o esforço comum, aplicando-se a Súmula 380 do STF. Esta orientação deve permanecer na vigência do Código de 2002. O art. 1.725 determina expressamente que as relações patrimoniais na união estável regem-se pelo regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito. Deve ser aplicado, portanto, por analogia, o art. 2.039 ao prescrever que o regime de bens do casamento celebrado, na vigência do Código Civil anterior, é o por ele estabelecido. Assim, somente

---

I - nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do de cujus, desde que residentes no imóvel;

II - nas locações com finalidade não residencial, o espólio e, se for o caso, seu sucessor no negócio.

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

Parágrafo único - Nas hipóteses previstas neste artigo, a sub-rogação será comunicada por escrito ao locador, o qual terá o direito de exigir, no prazo de trinta dias, a substituição do fiador ou o oferecimento de qualquer das garantias previstas nesta lei.

<sup>52</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 499. É lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão.

<sup>53</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

incidirá o art. 1.725 às uniões estáveis estabelecidas na vigência do Código de 2002.<sup>54</sup>

## **4.OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO E DO CÔNJUGE SOBREVIVO**

### **4.1 Sucessão do companheiro**

Precipualemente é de extrema importância dizer que a sucessão segue a regra vigente ao tempo de sua abertura, bem como é válido lembrar que abordaremos os direitos sucessórios no que toca ao regime de comunhão parcial de bens, o qual permite comparação visto que, em regra, é o regime da união estável.

Enfim, consolida-se o reconhecimento de direitos relativos às relações entre companheiros, sendo um deles ainda ligado pelo vínculo matrimonial.

---

<sup>54</sup> Ibid. p. 553.



Existência de casamento difere de constância de casamento pelo fato de que constância significa convivência e existência seria simplesmente uma formalidade.

Diante disto, é válido analisar o art. 1.830 do CC/02, quando estatui que:

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

Isto quer dizer que, embora existindo o vínculo matrimonial de fato, não existe mais a constância daquele.

Abre-se margem à discussão, quando se analisa a segunda parte do art. 1.830, o qual aduz que quando a convivência se torna impossível sem culpa do sobrevivente o direito sucessório persiste.

É interessante que os companheiros separem os bens adquiridos antes e depois do começo da união.

Embora haja opiniões em contrário, analisadas a diante – como a de Caio Mário, por exemplo –, pela inteligência do art. 1.845 do CC/02, o companheiro não é herdeiro necessário. Pode-se dizer, portanto, que o Código alterou o entendimento do art. 2º, III da Lei. n.º 8.971/94, em que o companheiro herdava a totalidade da herança na ausência de ascendentes e ascendentes, desde que não contraíssem nova união ou casamento.

Vale dizer, entretanto, que o entendimento de que o companheiro na Lei n.º 8.971/94 seria herdeiro necessário, é jurisprudencial e doutrinário. Pois em alguns julgados, considerou-se que os companheiros não eram herdeiros necessários e poderiam, inclusive, ser excluídos da herança por testamento. Como ocorre com o julgado do Superior Tribunal de Justiça, Resp. n.º 191.393 – SP. Segue-se transcrita sua ementa:

CIVIL. TESTAMENTO. Se não houver herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; a companheira só tem o direito de reclamar da meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira.<sup>55</sup>

Em relação ao direito ao usufruto e à habitação o Código de 2002 silenciou.

O direito de habitação, antes previsto pela Lei n.º 9.278/96 no parágrafo único do art. 7º, em que era concedido o direito da companheira permanecer no imóvel do casal quando da morte de seu companheiro não foi elencado pelo atual Código. Resta saber se esse direito teria sido extirpado. Não nos parece ser cabível tal entendimento, visto que seria um retrocesso. Mesmo porque, não há que se negar este direito aos conviventes, visto que é garantido ao cônjuge sobrevivente no art. 1.831 do CC/02, sendo qual seja o regime de bens.

A corrente majoritária, a qual se filiam Luiz Paulo Vieira de Carvalho e Sílvio Venosa, aduz que o Código Civil revogou o direito ao usufruto ao companheiro, visto que o art. 1.790 do mesmo estabelece regras de direito hereditário do companheiro, de maneira que estariam revogados os dispositivos nesse sentido da Lei n.º 8.971/94. Mesmo porque, não caberia usufruto ao cônjuge devido ao fato da já concorrência com ascendentes e descendentes.

#### **4.2 Sucessão do cônjuge**

Embora o nosso objetivo seja analisar especificamente a sucessão do cônjuge sobrevivente – casado em regime de comunhão parcial de bens – quando este se encontra separado de fato ou judicialmente do *de cuius*, cumpre fazer uma breve análise de sua regra geral de sucessão para que se possa fazer futura comparação com a sucessão do companheiro.

---

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Sucessão. Inventário. Resp. n.º 191.393 – SP (1998/ 0075312-5). Recorrente: Roberto Bove. Recorrido: Luiz Eduardo Bove e outro. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. **D.J.** 29.10.2001. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 30 mai. 2008.

A sucessão legítima segue a ordem de vocação hereditária presente no art. 1.829. A seguir transcrito:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

O cônjuge só concorre com os descendentes se não for casado com o *de cujus* em comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória, ou se casado no regime de comunhão parcial de bens, o autor da herança tenha deixado bens particulares.

Mas quando cônjuge concorre com descendentes, ele herda em proporção igual àqueles que herdarem por cabeça, valendo dizer que, nesse caso, lhe é reservada a quarta parte da herança se for ascendentes daqueles com quem concorrer – art. 1.832 CC/02.

Em relação aos ascendentes, o cônjuge tem direito a um terço da herança se aquele for de primeiro grau e à metade se for de maior grau ou se houver apenas um ascendente – art. 1.837 CC/02.

Caberá ao cônjuge a totalidade da herança se não houver nem ascendentes nem descendentes – art. 1.838 CC/02.

Cumpra analisar os direitos do cônjuge sobrevivente, quando este se encontra separado de fato ou judicialmente do *de cujus*.

Estabelece o Código, no supracitado art. 1.830, os requisitos para a participação do cônjuge sobrevivente na herança do *de cujus*.

O direito sucessório do cônjuge sobrevivente, concorrendo com os herdeiros da primeira ou segunda classe – descendentes e ascendentes respectivamente –, só vai existir se ainda

subsistir a sociedade conjugal – que de acordo com o art. 1.571 do CC/02, se desfaz com a separação consensual ou litigiosa, com o divórcio, com a anulação ou nulidade do casamento ou com a morte do cônjuge – e não estiverem os cônjuges separados de fato há mais de dois anos quando da abertura da sucessão. Em verdade, só haverá sucessão, qualquer que seja, se o cônjuge não estiver inserido num destes requisitos à época da sucessão, quais sejam: separados judicialmente, divorciados ou separados de fato há mais de dois anos. O Código de 2002 inova ao prever a exclusão da sucessão o cônjuge separado de fato há mais de dois anos. No antigo Código, só existia a possibilidade de exclusão de direitos sucessórios do cônjuge se à época da abertura da sucessão não mais houvesse sociedade conjugal.

Cabe salientar que, nos casos de separação judicial ou de divórcio, o cônjuge só estará excluído da sucessão após passada em julgado a sentença e, no caso de separação consensual, após homologada a decisão. Caso um dos cônjuges morra no processo de dissolução da sociedade conjugal, o estado civil do outro é de viúvo, e não de separado ou divorciado. Permanecendo, portanto, o direito de suceder.

Vale dizer que pelo Código de 1916 a dissolução da sociedade conjugal só ocorria pelo desquite e, com o advento da Lei do Divórcio, com este; isso significa que no sistema anterior, o cônjuge tinha direitos sucessórios até que transitasse em julgado a dissolução do casamento, não existindo, à época, regra de exclusão da sucessão quando existisse a separação de fato.

Por outro lado, se no curso de uma ação de divórcio direto, já julgada, ainda que não transitada em julgado a sentença, porém já havendo decorrido mais de dois anos de separação de fato, resolvem os cônjuges se reconciliar, o restabelecimento dos direitos sucessórios depende de averbação do ato de restabelecimento da sociedade conjugal no Registro Civil. Do contrário, a hipótese será de reconciliação fática, ocorrida em momento anterior à morte, hipótese em que, segundo entendemos, junto com Maria Helena Braceiro Daneluzzi, “estarão os ex-cônjuges vivendo em união estável e, em caso de morte de um deles, o outro herdará nas condições previstas no art. 1.790 do Código, que quer dizer, como convivente, e não como cônjuge sobrevivente”.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Novo Código Civil: Questões Controvertidas no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Médoto, 2005. v. 3. p. 425-426. (Grandes Temas de Direito Privado).

### **4.3 O art. 1.790 do Código Civil de 2002**

O art. 1.790 dispõe sobre a sucessão dos companheiros. Embora sendo este art. muito criticado, o legislador de 2002 procurou assegurar a proteção dada à união estável pela Constituição; sem, entretanto, igualá-la ao casamento, o qual seria, pelo menos na teoria, instituição mais duradoura.

Muitos doutrinadores julgam o art. 1.790 inconstitucional, os motivos que os levam a tal conclusão serão analisados a seguir.

O Código Civil atual, em seu art. 1.790, convoca expressamente o convivente a participar da sucessão, entretanto, a herança que lhe cabe é limitada, restringindo-se aos bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união e em determinadas condições. Veja-se:

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.

Tomando-se por base que os companheiros não tenham feito pacto no tocante ao regime de bens, tomar-se-á por base o regime de comunhão parcial de bens, no que couber. Todos os bens adquiridos pelos conviventes de forma onerosa na vigência da união estável serão bens comuns e, portanto, comunicáveis. Isso significa que a herança deixada pelo parceiro ao outro só poderá ser composta por bens comunicáveis, nunca particulares.

Entretanto, para Silvio Venosa<sup>57</sup>, o pacto relativo ao regime de bens não repercutirá no direito sucessório, por consequência do silêncio do legislador, não aclarando essa hipótese. O contrato patrimonial entre os companheiros não teria o condão de afastar o testamento, e, portanto, a sucessão do convivente se dá de acordo com o art. 1.790.

Cabe lembrar, porém, que, o bem adquirido da venda de um bem incomunicável, o bem particular, por exemplo, não poderá ser objeto de herança do companheiro sobrevivente. Quando o art. 1.659 fala sobre o regime da comunhão parcial de bens, o qual se aplica à união estável – art. 1.725 – na ausência de pacto patrimonial, aduz expressamente que *“excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar.”*<sup>58</sup>

De acordo com a incomunicabilidade estabelecida por lei, estão excluídos da herança destinada ao companheiro sobrevivente aqueles bens que foram adquiridos onerosamente como produto da venda de um bem incomunicável.

Vale dizer que, estará resguardada a meação do companheiro na união estável, em relação ao patrimônio adquirido onerosamente na vigência da convivência, independentemente da sucessão, se o regime estabelecido for o da separação parcial de bens – de acordo com art. 1.725. Caso outro regime seja adotado, este deverá reger a partilha. Entretanto, curioso é o fato de que o companheiro, tanto na meação quanto na sucessão, tem direito aos mesmos bens, no que couber.

Aduz o inc. I do art. 1790 que, se o companheiro concorrer com descendentes comuns, receberá montante igual àquele que seria cabível a cada um dos filhos, herdando estes por direito próprio. Cabe atentar, entretanto, que quando o legislador no inc. I refere-se a ‘filhos’, há de lerem-se ‘descendentes’, pois se assim não for, os netos e bisnetos teriam de ser considerados ‘parentes sucessíveis’ dos incisos III e IV. O que acarretaria incongruência legal analisando-se o exemplo de o cônjuge concorrer com quatro ou mais netos, em que teria direito a um quarto da

<sup>57</sup> VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 7 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007. v.7. p 133.

<sup>58</sup> BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar.

herança – o art. 1.832 – enquanto o convivente, na mesma situação, receberia um terço, situação em que poria o companheiro em posição de vantagem em relação ao cônjuge.

De acordo com o inc.II do art. 1.790, se o convivente sobrevivente concorrer com apenas descendentes do *de cujus*, lhe caberá metade daquilo que couber a cada descendente herdando este por direito próprio.

O art. 1.790 silenciou quanto à possibilidade de o convivente concorrer simultaneamente com descendentes comuns e com descendentes só do companheiro. Nesse ponto surgem inúmeras controvérsias que a diante se expõe.

Para Mário Luiz Delgado<sup>59</sup>, no caso de haver tanto descendentes comuns quanto descendentes exclusivos do *de cujus*, os quinhões hereditários deveriam ser divididos igualmente, incluindo o companheiro sobrevivente, desaparecendo, dessa forma, o direito dos descendentes exclusivos do *de cujus* de receberem o dobro do que caberia ao companheiro sobrevivente.

Para se chegar a essa conclusão, combinaram-se os incs. I e II do art. 1.790. Seria uma afronta ao princípio constitucional da igualdade se os descendentes exclusivos do *de cujus* recebessem o dobro do quinhão hereditário que fosse assegurado ao companheiro sobrevivente, esse privilégio só subsiste quando inexistirem descendentes comuns. Da mesma opinião compartilham Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Sílvio Venosa e Caio Mário.

Mesmo porque, o art. 227 § 6º da Constituição equipara os direitos sucessórios entre filhos, independente da origem, portanto, não se poderia dar tratamento diferente aos filhos do falecido. Essa nos parece ser a opinião mais acertada.

Outra hipótese seria de considerar que o convivente concorreria com todos os descendentes como se estes fossem todos descendentes exclusivos do autor da herança, recebendo, dessa forma, a metade dos bens que coubesse a cada um daqueles. Aplicando-se então, o inc. II do art. 1.790. Nesse sentido, entende Zeno Veloso, Euclides Oliveira e Sebastião

---

<sup>59</sup> DELGADO, Mário Luiz . Op. cit. *passim*.

Amorim. Esta posição recebe críticas devido ao fato de que o legislador de 2002 quis estabelecer direitos diversos para quando o convivente sobrevivo concorresse somente com os descendentes do autor da herança, ou com descendentes de ambos. Nesta hipótese, os filhos seriam privilegiados em detrimento do companheiro.

Ademais, poder-se-iam equiparar todos os filhos como se descendentes comuns fossem, aplicando-se apenas o inc. I do art. 1.790. Entretanto, esta solução também feriria a distinção de direitos supracitada que o legislador pretendeu em relação à sucessão do convivente sobrevivo. Nessa hipótese, o companheiro sobrevivo seria privilegiado em detrimento dos filhos.

O inc. III aduz que, concorrendo com parentes sucessíveis (colaterais até quarto grau), o companheiro terá direito a um terço da herança. Seja com quem for e quaisquer que seja o número de parentes sucessíveis, por exemplo, concorrendo com dois avós do *de cuius* ou apenas com um, em ambos os casos, o companheiro herdará um terço da herança e os demais, dois terços. Cabe lembrar que, há de se respeitar a ordem de vocação hereditária do art. 1.829, ou seja, não ocorrerá o chamamento simultâneo de ascendentes e colaterais.

Vale dizer que, o direito do convivente sobrevivo estaria limitado às condições do *caput* do art. 1.790, ou seja, teria direito a um terço da herança em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

No entanto, cabe refletir a respeito das condições em que se encontram as relações sociais hoje em dia, em que se constata o distanciamento dos laços familiares e que, portanto, seria injusto preterir o companheiro em relação a parentes distantes, como os de quarto grau, por exemplo. Seria desproporcional os conviventes concorrerem com os parentes colaterais do autor da herança na fração de apenas um terço sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, já que, quanto aos outros bens, os colaterais herdarão sozinhos.

Ademais, operar-se-ia um retrocesso, visto que, pelo art. 2º, inc. III da Lei n.º 8.971/94, o companheiro era chamado como herdeiro único, no caso de ocorrer ausência de descendentes ou



ascendentes, e no presente Código, o companheiro é chamado em concorrência com outros parentes sucessíveis. Porém, é o que diz a lei.

Quanto ao inciso IV, o companheiro herda a totalidade da herança na ausência de parentes sucessíveis. Valendo dizer que, neste caso o Código se refere à totalidade possível, ou seja, refere-se àqueles bens adquiridos onerosamente na constância da união.

Caio Mário diverge desta opinião, a saber:

Dúvida maior, a nosso ver, se apresenta na hipótese de o companheiro herdar a “totalidade da herança”, não havendo parentes sucessíveis. Seu direito, “nessas condições” se apresenta, apenas quando não mais existirem os colaterais até o 4º grau. Não vemos, nesta hipótese, por que restringir o direito sucessório do companheiro sobrevivente, “aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, quando for herdeiro único. Ressalvada sua meação, não é justo que o Poder Público seja beneficiado com parte do patrimônio que era de uso exclusivo dos companheiros no convívio familiar. A *ratione legis* do Código de 2002 conduz a se interpretar o inciso IV do art. 1.790, adotando-se a solução mais favorável ao companheiro sobrevivente. Deverá ele receber, também, os demais bens do falecido.<sup>60</sup>

No mesmo sentido, segue-se o julgamento do Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Direito sucessório. Companheiro falecido no estado civil de solteiro e sem deixar herdeiros necessários (ascendentes e descendentes). Adjudicação da totalidade dos bens em favor do companheiro sobrevivente e não apenas daqueles adquiridos na constância da vida em comum. Pretensão recursal que ofende a coisa julgada. Manutenção da sentença. Desprovisionamento do recurso.<sup>61</sup>

Observa-se que o caput do art. 1.790 opera um retrocesso em relação às legislações anteriores, visto que nestas, faltando descendentes e ascendentes sucessíveis, o companheiro seria

---

<sup>60</sup> PEREIRA, Caio Mário da Sívila. Op. cit. p. 550.

<sup>61</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Civil. Inventário. Ap. cível. n.º 2006.001.00837 (374/375-385/386). 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelante: Sergio Poppe de Miranda e outros. Apelado: Ledda da Solveira Uruguay inventariante do espólio e Luiz Paulo de Miranda Pacheco. Relator: Dês. Rogério de Oliveira Souza. **D.J.** 15.02.2006. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/>. Acesso em: 02.jun. 2008.

chamado a suceder o *de cuius* em bens não integrantes da comunhão. Vê-se o retrocesso observando casos em que não tenha ocorrido construção de patrimônio em comum, de maneira que estaria o companheiro sobrevivente excluído da sucessão e também não meitaria nada.

#### **4.4 O companheiro seria herdeiro necessário no Código Civil de 2002?**

Se o companheiro não for considerado herdeiro necessário pelo Código Civil de 2002, isso significa que ela não passa de um herdeiro legítimo que poderia ser afastado por testamento. Vejamos.

É fato que se se interpretar literalmente o art. 1.845 o companheiro estaria excluído da sucessão necessária. Entretanto, este artigo deve ser analisado num contexto geral. Assim sendo, vale dizer que a herança que corresponde ao companheiro – bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável – trata-se de parte do patrimônio que escapa da disponibilidade de testar, de acordo com a regra do art. 1.790 em que o legislador reserva uma parte da herança ao companheiro, colocando-o, dessa forma, como herdeiro necessário.

Quanto ao inc. IV do art. 1.790, se o companheiro falecido não deixar bens comuns, o companheiro sobrevivente estaria afastado da herança – se se considerar que o companheiro tem direito apenas ao patrimônio relativo aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável –, entretanto, cabe aqui dar uma interpretação concernente com a função desempenhada pela sucessão legítima e de acordo, principalmente, com a sucessão necessária, em que deve-se ser assegurada a proteção à família. E tanto mais será eficaz essa proteção quanto mais favorável for à família, e o conceito de família é totalmente aplicável à união estável como pode-se perceber pela inteligência do art. 226, § 3<sup>a</sup> da CRFB.

#### **4.5 Sucessão do companheiro sobrevivente quando o *de cuius* morre no estado de casado**

O presente Código estipula como união estável aquela união duradoura, pública, com *ânimus* de constituição de família dentre outras características; e pressupões que os companheiros sejam solteiros, viúvos ou, se casados, estejam separados de fato.

O art. 1.830 aduz que o cônjuge estará afastado da sucessão do *de cujus* se estes estiverem separados de fato há mais de dois anos. Dessa maneira, o companheiro afastaria o direito sucessório do cônjuge. Não havendo, a princípio, concorrência entre o cônjuge e o companheiro.

Entretanto, a questão a ser debatida é o prazo para a caracterização da união estável, visto que o presente Código não o estabelece. E, na prática, não é incomum encontrar casos em que exista a união estável estando o companheiro separado de fato a menos de dois anos. Com a morte do convivente nessa situação, o direito sucessório do cônjuge, teoricamente, ainda não estaria afastado.

Sendo iniciada a união estável, antes de ocorrido o prazo de dois anos de separação de fato, haveria um aparente contraste entre as regras do art. 1.830 e o inc. IV do art. 1.790; o qual, não havendo descendentes, ascendentes ou demais parentes sucessíveis, caberia a totalidade possível<sup>62</sup> da herança ao companheiro.

Para Mário Delgado<sup>63</sup>, a solução seria preferir o inc. IV do art. 1.790 ao art. 1.830, visto que aquele deveria ser tido como norma especial em relação a este; dessa forma, garantindo ao convivente a totalidade da herança possível<sup>64</sup> e excluindo o cônjuge de qualquer direito sucessório em relação a esses bens.

Ao cônjuge sobrevivente caberá herdar, de acordo com o regime de bens do matrimônio, os bens relativos à constância do casamento, ou seja, aqueles bens relativos à união matrimonial

---

<sup>62</sup> V. o que falamos a respeito da possibilidade da herança no caso dos companheiros. Item 3.7.2.

<sup>63</sup> DELGADO, Mário Luiz. Op. cit. p. 442.

<sup>64</sup> Cf. nota 58.

anterior ao estabelecimento da união estável. E ao companheiro caberia herdar os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável.

Entretanto, para Venosa<sup>65</sup>, não há que se dividir a herança do *de cujus* entre o companheiro e o cônjuge, nos termos do art. 1.830 do CC/02. Mesmo porque, não se pode caracterizar a união estável quando existe impedimento matrimonial – este seria o caso de concubinato. Portanto, nesse caso, o cônjuge excluiria o companheiro da sucessão do *de cujus*. É o que se entende pelo julgado do STJ a seguir transcrito:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido.

- A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro(a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar.

- Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino.

- Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido.

Recurso especial provido.<sup>66</sup>

A título de ilustração, cabe reproduzir o quadro comparativo<sup>67</sup> da posição assumida pela doutrina, citado por Mário Luiz Delgado e elaborado por José Cahali com a colaboração de Eduardo Avian e Elisa Paolucci:

	União Estável					Casamento	
Autores	Concorrência	Concorrência	Direito	Companheiro	Concorrência	No regime	Filiação

<sup>65</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p.136.

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Família. REsp. n.º 931155 – RS (2007/0046735-6). 3ª Turma. Recorrente: A. M. DE O. Recorrido: N. DA S. C. Relator: Ministra Nancy Andrighi. **D.J.** 20.08.2007 p. 281. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 02 jun. 2008.

<sup>67</sup> DELGADO, Mário Luiz. Op. cit. p. 442.

	com filiação híbrida	com o poder público	real de habitação	com o herdeiro necessário	com netos comuns	de comunhão parcial, o cônjuge herda:	híbrida - cônjuge
Caio Mário da Silva Pereira	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC.	Não		Sim	Herda por cabeça (art. 1.790, I, do NCC).		Sem reserva de 1/4
Eduardo de Oliveira Leite		Não		Não		Somente bens particulares	
Francisco José Cahali	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC.	Sim	Não	Não	Herda por cabeça (art. 1.790, I, do NCC).	Bens particulares e comuns	Com reserva de 1/4
Giselda Maria Fernandes Hironaka		Sim	Sim			Somente bens particulares	Com reserva de 1/4
Guilherme Calmon Nogueira da Gama	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC.	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC.	Bens particulares e comuns	Sem reserva de 1/4
Inácio de Carvalho & Érika H. Fugi	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC.	Sim	Não			Bens particulares e comuns	Sem reserva de 1/4
Maria Helena Diniz		Não	Sim			Bens particulares e comuns	Sem reserva de 1/4
Mário Roberto	Outro (art. 1.790, III, do	Não			Aplica-se a regra do art.	Bens particulares	Sem reserva

Carvalho de Faria	NCC).				1.790, III, do NCC.	e comuns	de 1/4
Rolf Madaleno	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC.	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC.	Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4
Sebastião Amorim & Euclides de Oliveira	Aplica-se o art. 1.790, II, do NCC.	Sim	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC.	Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4
Silvio de Salvo Venosa	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC.	Não	Sim	Não			Com reserva de 1/4
Zeno Veloso	Aplica-se o art. 1.790, II, do NCC.	Sim	Não	Não		Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou a questão referente aos direitos sucessórios do companheiro. Para tanto, traçou-se uma análise comparativa entre a instituição do casamento e a união estável; no âmbito do regime da comunhão parcial de bens, pois este é o regime que se aplica à união estável e, portanto, pôde-se fazer uma comparação mais precisa.

Ademais, indicou-se um breve histórico sobre ambos os institutos, e apontaram-se seus respectivos regimes jurídicos.

Da análise dos institutos e de suas evoluções jurídicas e sociais conclui-se que quanto mais discutidas as contradições a respeito da união estável no Brasil, mais se entra em conflito e dúvida.

Viu-se que a regulamentação da união estável e seus decorrentes efeitos jurídicos têm sido tentados desde o século retrasado. O presente Código estipula como união estável aquela união duradoura, pública, com *ánimus* de constituição de família dentre outras características; e pressupões que os companheiros sejam solteiros, viúvos ou, se casados, estejam separados de fato.

A primeira lei que regulada de fato a união estável ocorreu em 1994 e versava sobre o direito a alimentos e a sucessão do companheiro. A segunda lei foi de 1996 e regulava o art. 226 §

3º da CRFB, alçando a união estável a estatus familiar, colocando-a sob proteção do Estado. Por fim, veio o Código Civil de 2002, embora muito criticado, é aquele que está em vigor.

O presente Código silencia sobre o direito de habitação dos companheiros sobreviventes, previsto na lei de 1996, o que se apurou foi que este direito permanece, mesmo porque seria um retrocesso extirpá-lo; ademais, o direito ainda vige para os cônjuges. O Código também silencia a respeito do direito a usufruto, concluiu-se que este foi revogado pelo art. 1.790 do CC/02 o qual trata sobre sucessão. Vale dizer que o direito também não mais vige para os cônjuges, pois estes já concorrem com os descendentes e ascendentes.

Não há controvérsias a respeito de o cônjuge ser herdeiro necessário, ao contrário do que ocorre com o companheiro. Entretanto, por todo o exposto, conclui-se que o companheiro também é considerado herdeiro necessário.

Vale dizer, que o art. 1.790 precisaria ser refeito devido às grandes dúvidas ainda deixadas. Não se estabelece qual seria a regra no caso do companheiro concorrer com descendentes exclusivos do *de cuius* e com descendentes comuns. Concluiu-se que nesse caso, a quota parte seria igual para os descendentes e para o companheiro, desaparecendo a diferenciação entre descendentes comuns e descendentes exclusivos.

O inc. III do referido artigo aduz que, concorrendo com parentes sucessíveis (colaterais até quarto grau), o companheiro terá direito a um terço da herança. Parece-nos injusto tal regra, pois muitas vezes o companheiro teria de repartir a herança com parentes talvez nem conhecidos pelo *de cuius*. Nesse caso, caberia analisar a atual conjuntura social para permitir uma divisão patrimonial mais justa.

O inciso IV do mesmo artigo, estabelece que o convivente herdaria a totalidade da herança na ausência de parentes sucessíveis. Indagou-se se essa totalidade referia-se ao *caput*, ou seja, à totalidade possível – bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Parece-nos injusto permitir que os bens não adquiridos por essa maneira fossem herdados pelo Estado em detrimento do companheiro. Portanto, é necessário interpretar a herança como um todo único.



Por fim, existe a questão da concorrência do cônjuge sobrevivente com o companheiro. Chegou-se à conclusão que se o cônjuge estiver separado de fato há mais de dois anos, o companheiro é excluído da sucessão, questão já pacificada. Entretanto, vale lembrar que pode ocorrer, e ocorre, união extramatrimonial quando o cônjuge ainda se encontra em estado de casado e não separado de fato, nesse caso, jurisprudencialmente tem-se que ocorre o chamado concubinato e neste caso, o companheiro não tem qualquer direito à sucessão. Sendo esta a opinião a qual nos filiamos.

Urge regulamentação para todas essas situações.

Parece estranho que ainda não se tenha regulado de maneira clara o bastante para que não houvesse lacunas e espaço para interpretações tendenciosas a respeito de um assunto que existe desde que há vida social. Não se sabe se a sociedade, embora caminhando para uma evolução no que concerne aos preconceitos, e as leis tendendo a se adaptarem aos fins sociais, ainda resiste ao fato de existir união fora do casamento.

Essa falsa moralidade parece se estender às leis, impedindo-as de caminhar ao passo da sociedade.

No fim, o que acontece é um cabo de força para se decidir a quem pertence a herança. A falta de regulamentação só faz gerar ainda mais transtorno no seio familiar.

A união estável existe. Inclusive tem a proteção do Estado e é considerada família. É um fato. Como negar um fato social? Se é fato social, tem que ser regrado, e regrado de forma clara.

## 6 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União Estável**: jurisprudência, evolução legislativa e novo código.

BORDA, Guillermo A. **Tratado de Derecho Civil**: Familia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, v.1.

DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Novo Código Civil**: Questões Controvertidas no direito de família e das sucessões. São Paulo: Médoto, 2005, v. 3. (Grandes Temas de Direito Privado).

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: sucessões. São Paulo: Atlas, 2003. (série fundamentos jurídicos).

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 6 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 6.

LEIS. Folha de São Paulo, São Paulo, 31 agosto. 1996.

Folha de SP. 31/08/1996. Especial p/ Folha. Editoria: LEIS, p. 3-2 ***Lei acaba com a união estável***

NADER, Paulo. Curdo de direito civil. Rio de Janeiro. Forense, 2004, v. 6.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 6.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de Família**. 2. tir. 1889.

PERES, Ana Paula Arisyon Barion. **A Adoção por Homossexuais**: Fronteiras da Família na Pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODRIGUES, Silvio: Concubinato – Lei nova. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 06, julho de 1996. Cotidiano, p. 2-3.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito Civil**: Direito de Família. 4 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004, v. 6.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**: Direito das Sucessões . 7 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007, v. 7.

WALD, Arnold. **O Novo Direito de Família**. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

[www.fdc.br](http://www.fdc.br)

[www.mundonotarial.org](http://www.mundonotarial.org)

[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

[www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br)

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea**: uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

## **GLOSSÁRIO**

cogentes – normas imperativas

conditio legis – condição legal

de cujus – autor da herança

ex lege – que advém da lei

ex tunc – que retroage

propter nuptias – antenupciais