

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR – CES VII
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO SUCESSÓRIO

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito na Universidade do
Vale do Itajaí

**ACADÊMICA: ELISABETH FABENI DE
OLIVEIRA MAIA**

São José (SC), Julho de 2004

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR – CES VII
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO SUCESSÓRIO

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da
Prof^a. Espa. Anna Lúcia Martins Mattoso Camargo.

**ACADÊMICA: ELISABETH FABENI DE OLIVEIRA
MAIA**

São José (SC), Julho de 2004

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR – CES VII
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO SUCESSÓRIO

ELISABETH FABENI DE OLIVEIRA MAIA

A presente monografia foi aprovada como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito no curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

São José, «dia da defesa»

Banca Examinadora:

Prof.^ª. Espa., Anna Lúcia Martins Mattoso Camargo
Orientadora

Prof. «título, se houver» «Nome» - Membro

Prof. «título, se houver» «Nome» - Membro

DEDICATÓRIA

Dedico este texto:

Ao meu marido, Carlos Roberto, que me proporcionou a realização deste sonho, há muito almejado, e agora se concretizando.

Aos meus filhos, Carlos Roberto, Daniel Felipe e Anna Elisa, pela compreensão e carinho, pois, por diversas vezes se sentiram órfãos, devido à minha ausência em decorrência de meus estudos.

Aos meus pais, Oswaldo e Maria Dulcinéa, que sempre me incentivaram, não me deixando desistir, mais uma vez, desta caminhada para a conclusão deste curso superior.

Aos meus colegas de classe, pelos momentos agradáveis e inesquecíveis que passamos juntos.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, professora Anna Lúcia Martins Mattoso Camargo, pelo incentivo e dedicação durante este período de estudo.

Aos demais professores, pelos ensinamentos, pelas palavras amigas e pelos momentos agradáveis de convívio.

A todos da minha família que, de uma maneira direta ou indireta, contribuíram para a realização desta pesquisa.

*“O direito não é filho do céu.
É um produto cultural e histórico da evolução humana”.*
Tobias Barreto

SUMÁRIO

RESUMO

LISTA DE ABREVIATURAS

INTRODUÇÃO	01
1 CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL	03
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	03
1.2 CONCUBINATO: PURO, IMPURO E CONCUBINATO NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE.....	07
1.2.1 Concubinato puro.....	07
1.2.2 Concubinato impuro.....	08
1.2.3 Concubinato no Código Civil vigente.....	08
1.3 CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL.....	10
1.4 CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL.....	11
1.5 ELEMENTOS CARACTERIZADORES.....	13
1.6 A CONSTITUIÇÃO E A FAMÍLIA.....	17
2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS PESSOAIS DOS COMPANHEIROS	21
2.1 DIREITO A ALIMENTOS.....	21
2.1.1 Alimentos provisórios.....	29
2.1.2 Alimentos provisionais.....	31
2.2 DIREITO A RESPEITO MÚTUO.....	33
2.3 DIREITO A SUSTENTO E EDUCAÇÃO DOS FILHOS.....	36
3 DO DIREITO SUCESSÓRIO	40
3.1 CONCEITO.....	40
3.1.1 Direito sucessório dos filhos nascidos da união estável.....	41
3.1.2 Direito sucessório dos filhos exclusivo do companheiro falecido.....	48
3.2 DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE.....	50
3.2.1 Evolução do direito sucessório dos companheiros.....	50
3.2.1.1 Lei nº 8971 de 29 de dezembro de 1994.....	55
3.2.1.2 Lei nº 9278 de 10 de maio de 1996.....	61
3.3 A UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO SUCESSÓRIO NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE	69
CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

RESUMO

A união estável é uma entidade familiar protegida constitucionalmente pelo Estado. Para alcançar esta proteção, houve muitas conquistas, por parte da sociedade, onde juristas enfrentaram o rigor de nosso ordenamento jurídico, vindo então, a culminar pelo seu reconhecimento como entidade familiar. Porém, a luta continuara, pois, ainda não haviam sido regulados os efeitos decorrentes daquelas uniões. A nossa atual Constituição Federal, não a igualou ao casamento, e por isso, doutrinadores, juristas e jurisprudências decorrentes de vários Tribunais de nosso País, se engajaram nesta luta, surgindo assim, as leis específicas da união estável, de números 8971/94 e 9278/96. Estas leis outorgaram direitos e deveres àqueles que haviam optado pelas uniões livres que apesar de contínuas, públicas e com intuito de constituir família, eram desprovidas de formalidades legais. A Lei nº 8971/94, instituiu definitivamente o direito sucessório dos companheiros, porém de modo insatisfatório. O Código Civil vigente, incorporou estes direitos introduzidos pelas referidas leis, inclusive, determinando ser o companheiro herdeiro do *de cuius*, falecido durante a união estável, em concorrência com os demais herdeiros, seguindo uma regra de vocação hereditária. Esta monografia, visa caracterizar a união estável e demonstrar a gradual conquista de seus direitos, em especial os sucessórios, daqueles que convivem. Observando ainda, se o novo ordenamento civilista, ampliou o direito sucessório dos companheiros, conquistados anteriormente através das leis específicas supra mencionadas, satisfazendo no todo, os anseios de nossa sociedade. Este estudo teve como objetivo traçar uma análise conceitual e jurídica acerca do Direito Sucessório dos companheiros, sob os ditames do Código Civil vigente.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. - Artigo

CC. - Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar a evolução dos Direitos Hereditários aqui denominado, Direito das Sucessões. Para tanto, é necessário fazer uma retrospectiva, no sentido de resgatar a origem das uniões livres, através de sua história, alcançando as suas definições até o conceito atual de união estável, onde serão determinados seus elementos caracterizadores para a constituição de família, protegida pelo manto de nossa Carta Magna, conforme demonstraremos.

Welter (2003, p. 11), nos descreveu a família de hoje, protegida pelo Estado: “[...] a família é constituída pelo casamento, união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e um descendente, edificada na liberdade, na democracia, na solidariedade, no amor, na felicidade, numa comunhão de vidas e de afeto”. Portanto, a nossa sociedade hoje tem por base essa família, constituída nestas condições.

Dentre os direitos alcançados pelos companheiros daremos ênfase aos de alimentos, onde incluiremos um estudo sobre os alimentos provisórios e provisionais; direito a respeito mútuo, sustento e educação dos filhos, que serão desenvolvidos durante o trabalho, sempre com o intuito de alcançarmos um de nossos objetivos, que é a consolidação desses direitos em nosso ordenamento jurídico, em especial o Código Civil vigente.

Porém a nossa maior satisfação, será quanto à realização do estudo aqui pré-determinado, ou seja, o Direito Sucessório na união estável, onde iniciaremos com a definição de sucessão, para *a posteriori*, abordarmos sobre o direito sucessório dos filhos, aqui dispostos como dos filhos nascidos da união estável, e dos filhos exclusivos do companheiro falecido, onde demonstraremos se haverá necessidade ou não de se fazer tal distinção.

Dando prosseguimento ao nosso estudo, importante também, será demonstrar a evolução histórica do direito sucessório dos companheiros, abrangendo as Leis de números 8971/94 e 9278/96, para culminar no direito sucessório do companheiro, agora positivado em nosso Código Civil vigente, onde iremos analisar, se todos aqueles direitos adquiridos anteriormente foram absorvidos, ou se houveram mudanças, onde, caso tenha ocorrido,

iremos verificar se trouxeram maior proteção aos companheiros, ou se vieram para encolher aqueles direitos que já haviam sido conquistados.

Hironaka (2003, p. 1), nos ensina que, “com o advento de uma codificação civil, que visa modificar institutos básicos para as relações interpessoais, surge sempre renovada a questão de buscar os fundamentos do direito sucessório como forma de justificar a transmissão da titularidade de direitos e obrigações que compunham o acervo do ser humano que falece. Adiante-se que o fundamento da sucessão modificou-se ao longo da história, influenciado pelos movimentos econômicos e sociais verificados. O que não se modificou, entretanto, foram seus pressupostos considerados de forma abstrata, quais sejam, a morte e a vocação hereditária”. Agora, portanto, devemos nos dedicar ao estudo da sucessão, visto que, seu fundamento mudou.

Os objetivos desses estudos serão alcançados mediante leituras de obras jurídicas, legislações e artigos, e tendo como método utilizado, o dedutivo. Essas obras jurídicas, legislações e artigos utilizados, conforme a técnica de pesquisa bibliográfica, encontram-se relacionados, devidamente, ao término desta monografia.

1. CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Desde os tempos mais remotos de nossa história, a união entre pessoas de sexo diferente, sem vínculo matrimonial, sempre existiu e fez parte também, do direito romano.

Existiam àquela época, quatro formas de união, onde, os romanos constituíam suas famílias, conforme descreve Noemia Alves Fadin *in verbis*:

- a) “as *justae nuptiae*, *cum* ou *sine manu*, pelo *jus civile*;
- b) o casamento *jus gentium* ou *sine connubio*, que era a união entre peregrinos;
- c) a união entre escravos, não produzindo qualquer efeito jurídico, conhecida como *contubernium*;
- d) finalmente, o *concubinatus*, união livre sem o chamado *consensus nuptialis*”. (1995, p. 29).

Portanto, entre os cidadãos romanos prevalecia o *justae nuptiae*, sendo este de acordo com o direito dos cidadãos (*jus civile*), estando presente a *affectio maritalis*. Já, o *sine connubio*, era contrário ao direito dos cidadãos, por se tratar de união entre peregrinos (estrangeiros) e cidadãos romanos ou somente entre peregrinos, era regulado pelo *jus gentium* ou pela lei nacional do estrangeiro.

A união entre escravos como se viu, nenhum efeito jurídico produzia, portanto não era considerado casamento.

Segundo Washington de Barros, “tratava-se, contudo, de relação puramente de fato, destinada a durar enquanto aprovesse ao homem [...]”. (2001, p. 19).

Somente mais tarde, Justiniano, imperador romano, concedeu-lhes alguns efeitos, como o reconhecimento de parentesco (a *cognatio servilis*).

O concubinatus, para Noemia A. Fardin, “é a convivência estável entre homem e mulher, livres e solteiros, como se fossem casados, porém, sem a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*. Não era proibido, tampouco atentatório à moral”. (1995, p. 29 e 30).

Difícil, portanto, para distinguir à época, quem era casado e quem vivia em concubinato, pois, não havia nenhuma formalidade para a realização do casamento.

Comenta então, a referida autora: “Presumiam-se cônjuges o homem e a mulher que vivesse juntos, na posse do estado de casados” (1995, p.31).

Com a divisão do Império Romano em províncias, notou-se um elevado aumento

de concubinos, pois os governadores passaram a conviver com mulheres que pertenciam às províncias, tinham uma convivência estável, porém, sem o intuito de formar uma família. Não havia o *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*.

E assim, Orlando Soares nos ensina: “Dada à divisão da sociedade romana em patrícios e plebeus, como uma espécie de sistema de castas, era vedado o casamento entre essas duas categorias sociais, [...]”. (2002, p. 38).

Os patrícios eram homens conquistadores, das armas, guerreiros, sacerdotes etc; e os plebeus eram os estranhos, adventícios, peregrinos (estes sofriam escárnio público).

Em virtude da proibição, o concubinato passou, desde então, a ser considerado um casamento de segunda classe. Mesmo tendo sido proibido o casamento pela legislação matrimonial do Imperador Augusto, a união entre patrícios e plebeus nunca deixou de existir.

O povo romano passou por um período difícil, segundo Adahil Lourenço Dias,

[...] sofriam as conseqüências destruidoras em guerrilhas, massacres, punições exageradas, crimes e vinganças, por outro extremo a dissolução moral da família, acrescida pelo divórcio fácil, contribuía a um só tempo para o enfraquecimento de Roma. Daí a reação de Augusto, tentando afastar o caos social [...]. (1984, p. 25).

A *Lex Julia et Papia Pappaea de maritandis ordinibus*, impedia o casamento com mulheres socialmente inferiores, e a *Lex Julia de Adulteriis*, determinava várias sanções àqueles que mantivessem uniões extraconjugais com mulheres ingênuas e socialmente honradas. Por se tratar de relações extraconjugais ilícitas, os que assim praticassem, estariam cometendo o *stuprum* ou *adulterium*.

Álvaro Villaça Azevedo, citado por Orlando Soares, assim nos esclarece:

O Império Romano reuniu várias culturas e hábitos, quando então a hierarquia militar impôs um endurecimento legal, proibindo o concubinato e estabelecendo duras sanções à prática dessas uniões, através de iniciativas legislativas de Augusto (63^a C. – 14 d.C.), com a *Lex Julia de adulteris*, *Julia de maritendis ordinibu* e a *Lex Papia Poppaea*, que instituíram rígidos impedimentos de natureza social a uniões conjugais com mulheres de situação social inferior. (2002, p. 38) .

Em virtude destas leis, o concubinato passou a ser considerado um casamento de segunda classe, pois ante os impedimentos, não deixaram os romanos de manterem tais uniões, tornando-se comum à época imperial, como nos é demonstrada por Marco Aurélio S. Viana:

No Direito Romano não era mera união de fato, mas uma forma inferior de casamento. Nela se tinha a coabitação sem *affectio maritalis* de um cidadão com uma mulher de baixa condição, como uma escrava ou uma libera. Por ela é que se

união patrícios e plebeus, porque entre eles não se permitia o matrimônio. (1999, p. 03).

O concubinato foi aceito também pelo Direito Canônico, passando a conhecê-lo como uma instituição legal, tornando-se aquele um fato lícito e usual. E continuando o referido autor, salienta que: ‘Santo Agostinho admitiu o batismo da concubina desde que ela se obrigasse a não deixar o companheiro. Santo Hipólito, a seu turno, negava o matrimônio a quem o solicitasse para abandonar sua concubina, abrindo exceção quando ela o houvesse traído’. (1999, p. 04).

No ano de 400, o concubinato foi autorizado sob uma condição, ou seja, que fosse perpétuo como o matrimônio. Esta decisão foi tomada no Primeiro Concílio de Toledo.

Como se viu a igreja passou a aceitar o concubinato, para tanto, os concubinos deveriam ter o intuito de permanecerem juntos; que a união fosse constante; que fosse mantida uma estabilidade, assim, como o casamento.

Portanto o concubinato perdurou por muitos anos, pois, aquele era considerado união legal, e secundária, gerando direitos civis, tendo sido mais tarde rejeitado novamente, como nos ensina Adahil L. Dias: ‘[...] os relativos à sucessão ou capacidade hereditária de seus filhos, que não se equiparavam aos gerados de *mancebia*, veio há época de Constantino golpear as prerrogativas do concubinato, dando-o por união ilegal, revogando as leis *Julia e Papia*’. (1984, p. 28).

Os imperadores cristãos passaram a considerar o concubinato e a partir de então, incentivaram o casamento entre os concubinos, pois, os filhos havidos dessa união eram considerados naturais, ficando o pai impedido de os reconhecer, sendo reconhecidos apenas pela mãe, e possuindo apenas parentes maternos.

Assim, se os concubinos casassem, os pais legitimavam seus filhos e passariam a exercer o pátrio poder.

Segundo o autor Marco Aurélio S. Viana, o concubinato volta a ser rejeitado conforme nos descreve:

A partir do momento em que se admitiu o dogma do matrimônio-sacramento e foi imposta a forma pública de celebração, a Igreja mudou sua posição. No Concílio de Trento ficou definido que incorriam na excomunhão os concubinos que não se separassem após a terceira advertência. (1999, p. 04).

Mesmo diante de tanta repressão, o concubinato sobrevive, pois segundo o referido autor: ‘[...] reis, imperadores e papas se entregavam à volúpia, praticando adultério e havendo filhos, considerados bastardos [...]’. (1999, p. 38).

E nesse viés, o concubinato chegou à Idade Contemporânea e no Século XIX, surgem as primeiras preocupações com uma legislação a respeito desse tipo de união entre pessoas de sexo diferentes.

Em 1872, deu-se o primeiro julgado pela Corte de Paris, onde acolheram no dizer de Marco Aurélio S. Viana: “[...] o critério da sociedade de fato”. (1999, p. 4)

E continuando, nos informa que, “O Tribunal de Rennes, em 1883, assegurou a retribuição por serviços prestados. E foi na França que surgiu a primeira lei a respeito do assunto, em 16 de novembro de 1912, dispondo que o concubinato notório gerava o reconhecimento de paternidade ilegítima”. (1999, p. 04).

E assim, vários países passaram a legislar sobre a união de fato, considerando que as pessoas não estejam proibidas de casar, como é o caso do Brasil, Cuba, Guatemala, Panamá e Paraguai. Nestes países os concubinos podem pedir a conversão da união de fato em casamento.

Em outros países, embora não possam pedir esta conversão em casamento, lhes são assegurados alguns direitos.

Certas legislações protegem aquela união de fato cujos concubinos estão impedidos de casar, ou por que existe um casamento válido anterior, ou por algum outro motivo previsto em lei.

Entre os direitos concedidos a esta união de fato temos a presunção ou reconhecimento de paternidade, o direito a alimentos e sobre a herança do falecido.

Há países que não possuem legislação específica a este respeito, mas esta união de fato encontra proteção sob o manto de sua Constituição.

1.2 CONCUBINATO: PURO, IMPURO E CONCUBINATO NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

1.2.1 Concubinato puro

Segundo Maria Helena Diniz,

[...] o concubinato será puro se se apresentar como uma união duradoura sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por ligação concubinária. Assim,

vivem em concubinato puro: solteiros, viúvos e separados judicialmente. (1989, p. 222).

Não podemos esquecer que, o jurista Álvaro Villaça de Azevedo conceitua o concubinato puro incluindo companheiros separados de fato, nos seguintes termos:

Na verdade, o concubinato, hoje existente entre pessoas separadas judicialmente ou de fato, já é qualificado como puro, como união estável, uma vez que o separado, que vive concubinariamente, não tem qualquer relacionamento pessoal de família com seu ex-cônjuge, embora formalmente permaneçam casados. Ora, neste caso, não existe comprometimento adúlterino, pois o dever de fidelidade está extinto, no casamento. Não há, portanto, com o novo relacionamento concubinário, quebra desse mesmo dever. (2003, p. 260)

Noemia Alves Fardin nos conceitua concubinato puro: “É considerado puro o concubinato resultante da união de pessoas livres, constituindo-se numa verdadeira família de fato, o que também é chamado de concubinato qualificado”. (1995, p. 59).

A autora nos traz outras denominações usadas por outros autores ao concubinato puro, ou seja, próprio, lícito, direto, singular e natural. Este último foi definido também, pela autora como: “[...] natural é o concubinato entre pessoas livres e desimpedidas”. (1995, p. 62).

Jandir Mauricio Brum, com base em nossa Constituição, admite que o concubinato seja dividido em puro e impuro e assim definiu aquele: “Considerar -se-á o primeiro a união estável, ou seja, a *more uxore* transformável em casamento, seja entre solteiros, viúvos, separados de direito ou separados de fato”. (1994, p. 27).

Portanto, considera-se concubinato puro a união estável entre pessoas livres, sem impedimento matrimonial, levando-se em conta também, que os separados de fato ou separados judicialmente, sendo, denominado na atual legislação material pátria como, união estável.

1.2.2 Concubinato impuro

A nossa doutrinadora Maria Helena Diniz, assim define o concubinato impuro: “Ter -se-á concubinato impuro se um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos de casar” (1989, p. 222).

Segundo a doutrinadora, ele se apresenta de duas formas: adúlterinos e incestuosos, conforme nos explica: “a) adúlterino se fundar no estado de cônjuges ou de um

ou de ambos os concubinos, p. ex., se o homem casado mantém, ao lado da família legítima, outra família, e b) incestuoso, se houver parentesco próximo entre os amantes”. (1989. p. 222).

Logo, ocorrerá o concubinato impuro quando um dos conviventes ou ambos, possuírem duas famílias ao mesmo tempo (será denominado adúlterino), ou quando os conviventes forem parentes próximos (será denominado incestuoso).

Tem o mesmo pensamento Jandir Mauricio Brum, o qual divide o concubinato impuro em: “adúlterino e incestuoso, este a união de parentes impedidos para o casamento, aquele na chamada união clandestina ou oculta, v. g. quando um cônjuge ou concubino mantém ao mesmo tempo, duas uniões, uma lícita e outra ilícita ou ambas ilícitas”. (1994. p. 28).

Noemia Alves Fardin diz ser impuro:

[...] o concubinato adúlterino, desleal ou incestuoso. Será adúlterino quando um ou os dois parceiros forem casados com outra pessoa, não estando divorciados ou separados legalmente. Diz-se incestuoso quando a ligação concubinária ocorre entre parentes próximos, com impedimento legal, [...]. Denomina-se desleal quando os concubinos mantêm, simultaneamente mais de uma ligação. (1995, p. 59).

A mesma autora cita as classificações adotadas por outros autores, como concubinato, ilícito, imperfeito, indireto, espúrio e plural. Este último é assim denominado quando se apresentam mais de uma união ligada a um ou a ambos os concubinos.

1.2.3 Concubinato no Código Civil vigente

O artigo 1727 do Código Civil que passou a vigorar em 11 de janeiro de 2003, assim dispõe:

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

Observa-se que o legislador adotou o conceito do concubinato impuro para o atual concubinato.

Acompanhando este mesmo raciocínio o nobre doutrinador Silvio Rodrigues, destaca:

Não caracterizada a união estável em razão de impedimentos matrimoniais, a

relação constitui, [...] concubinato, expressão esta que deve ser considerada como correspondente ao nosso já conhecido concubinato impróprio, desprovido, pois, de efeitos positivos na esfera jurídica de seus partícipes. (2002, p. 310).

Maria Helena Diniz, mantém o mesmo pensamento quando define o concubinato: “O concubinato impuro ou simplesmente concubinato dar-se-á quando se apresentarem relações não eventuais entre homem e mulher, em que um deles ou ambos estão impedidos legalmente de se casar”. (2002, p. 1122).

A mesma autora dá a mesma definição em outra obra, porém com algumas modificações:

Ter-se-á concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos legalmente de se casar. No concubinato não há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (CC, art. 1727), visto não poder ser convertido em casamento. (2002, p. 331).

Como foi observado anteriormente, o concubinato impuro se apresenta de duas formas, a adúltera e a incestuosa, em ambas, os concubinos estão legalmente impedidos de contraírem matrimônio. Dessa maneira, vê-se que o Código Civil vigente não prestigiou as pessoas que mantêm esse tipo de união, embora sólida, duradoura, notória, etc., por estarem impedidos de casar e conseqüentemente, impedidos de pedir a conversão da união em casamento.

Por outro lado, o Código Civil contemplou aqueles que, embora possuem ainda um vínculo matrimonial com uma pessoa, e mantêm uma união estável com outra, por estarem separados de fato, ou separados judicialmente da primeira. Nestes casos, o impedimento matrimonial é temporário, pois, regularizando a separação de fato em divórcio direto e a separação judicial em conversão para divórcio, respeitando os respectivos lapsos temporais exigidos em lei, libera-se a conversão dessa união para casamento.

Álvaro Villaça de Azevedo, conclui ao analisar o artigo 1727 do Código Civil atual:

Certamente que esse artigo trata do concubinato impuro ou adúltero, já que as pessoas que estão impedidas de casar-se, por estarem separadas judicialmente ou de fato (mas não divorciadas), estão excluídas dessa situação concubinária impura, não tendo qualquer relacionamento coabitacional com seu cônjuge. [...] estarão vivendo em concubinato, se for o caso, as pessoas que apresentem os impedimentos do art. 1521, porque só não incide o inciso VI, nos apontados casos de separação judicial ou de fato. (2003, p. 284, 285)

Portanto, o próprio Código Civil atual, determina que os separados de fato e os separados judicialmente, estão excluídos do concubinato impuro, pelo fato de não estarem

mais coabitando com seu ex-cônjuge, não cometendo, dessa forma, nenhuma infração aos deveres matrimoniais.

1.3 CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL

Primeiramente, devemos salientar que ambos já existem desde a Idade Antiga, pois a união estável nada mais é que o antigo concubinato puro e o concubinato, o antigo concubinato impuro.

Ao serem comparados, vê-se que ambos constituem a união entre homem e mulher, com caráter duradouro, contínuo, com notoriedade, onde é mantida uma convivência pública. Porém, para que caracterize a união estável, os conviventes deverão ser livres, que estejam desimpedidos, ou seja, que ambos não estejam impedidos de contrair matrimônio. Logo, esta união será reconhecida como entidade familiar e conseqüentemente, convertida em casamento, se assim o desejarem os conviventes.

Por sua vez, o que caracteriza o concubinato é a presença de um dos impedimentos do matrimônio, ou seja, um ou ambos os conviventes estão impedidos de casar. Vê-se que o concubinato não é considerado como entidade familiar, ante a impossibilidade de casamento entre os conviventes e conseqüentemente, não é permitida a conversão da união em casamento.

Jader Mauricio Brum, em sua obra assim expôs a este respeito:

Com o maior respeito, penso que, diante da visão da nova Carta Magna, pode-se dividir o concubinato em puro e impuro. Configura-se o primeiro na união estável, ou seja, a *more uxore* transformável em casamento, seja entre solteiros, viúvos, separados de direito ou separados de fato. O segundo, [...] dividido em duas hipóteses: adulterino e incestuoso; este na união de parentes impedidos para o casamento; aquele na chamada união clandestina ou oculta, [...]. (1994, p. 28).

Vê-se portanto, que o autor tem o mesmo entendimento, fazendo a mesma comparação, ou seja, entende que o concubinato puro é a união estável e o concubinato impuro, como o denominado, simplesmente, concubinato.

1.4 CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL

Álvaro Villaça de Azevedo, determina o conceito de união estável no Código Civil

Atual:

O conceito de união estável no novo Código Civil, nos moldes do caput do art. 1723, é o mesmo [...] conceito, constante do art. 1º da Lei n. 9278/1996, em que se apresentam seus elementos essenciais. A união estável não alcança a união homossexual, pois, por conceituação constitucional, que se projetou no art. 1º da Lei n. 9278/96 e no art. 1723 do Código Civil, é a convivência “entre o homem e a mulher”. A união, estável é, também, a convivência pública, contínua e duradoura. (2003, p.254)

Ante a definição do nobre doutrinador, faz-se necessário transcrever o artigo 1723 do Código Civil vigente:

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

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

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

Maria Helena Diniz, afirma que:

A união estável é a relação convivencial *more uxório*, que possa ser convertida em casamento, ante a ausência dos impedimentos do art. 1521 do Código Civil, visto que as causas suspensivas arroladas no art. 1523 não impedem sua caracterização, e reconhecida como entidade familiar. Consiste numa convivência pública entre homem e mulher livres, contínua e duradoura, constituindo uma família. Assim, solteiros, viúvos, separados judicialmente, ou de fato, e divorciados poderão constituir união estável, por força do § 1º do art. 1723. (2002, p. 1120).

Dessa forma, a união estável, é a união entre homem e mulher que, não se encontram impedidos de casar, ou seja, aqueles que não estão incluídos nas hipóteses do art. 1521 do Código Civil que expõe:

Art. 1521. 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 foi o 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.

Segundo a autora supracitada, também se verifica a união estável, mesmo quando presente uma das causas suspensiva da celebração do casamento, elencadas no art. 1523 do

Código Civil, o qual transcrevo *in verbis*:

Art. 1523 – Não devem casar:

I – o viúvo ou 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 desfaz 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;

VI – 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 lhe sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no do inciso II, a nubente deverá provar nascimento do filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Logo, só não será caracterizada a união estável, quando presente uma das causas de impedimento matrimonial, onde não será reconhecida essa união como entidade familiar, não podendo ser convertida em casamento, pois as causas suspensivas, apenas, impõe sanções, não impedindo a realização do casamento.

Álvaro Villaça de Azevedo nos explica:

Quanto à necessidade de dizer-se que a convivência existe como se “casados fossem” os companheiros, nada há que acrescentar a essa idéia do “more uxório; todavia ela está contida na expressão “convivência pública, contínua e duradoura”, com objetivo de constituição de família (modo mais moderno de dizer-se dessa relação familiar, um homem e uma mulher, convivendo, seriamente, em família por eles constituída). [...] Tenha-se presente, ainda, que a convivência pública não quer dizer que não seja familiar, íntima, mas sim de que todos têm conhecimento, pois o casal vive, também, com relacionamento social, apresentando-se como marido e mulher. (2003, p. 256, 257)

Portanto, para o autor, não há necessidade que os companheiros vivam sob o mesmo teto, basta que a convivência seja pública, contínua e duradoura, apresentando-se para a sociedade como marido e mulher, formando uma família.

José Sebastião de Oliveira, cita Álvaro Villaça Azevedo, em sua obra, conforme transcrevo a seguir:

[...] casamento de fato ou união estável é a convivência não adúlterina nem incestuosa, duradoura pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família. (2002, p. 151).

Vê-se então, que a união estável é aquela desprovida de impedimentos matrimoniais, a qual é reconhecida como entidade familiar, que poderá ser convertida em casamento, devendo ser protegida pelo Estado.

1.5 ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Para que haja a união estável, vê-se a presença de alguns elementos legais indispensáveis a sua caracterização, os quais são a diversidade de sexo; convivência notória; estabilidade; comunidade de vida; lealdade, que se equipara ao dever de fidelidade do casamento, conforme exposto a seguir:

a) Diversidade de sexo: a Constituição da República Federativa do Brasil assim dispõe em seu artigo 226, parágrafo 3º *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Por ser a união estável considerada como entidade familiar e dada à oportunidade de ser convertida em casamento, aquela, só será reconhecida quando ocorrer entre um homem e uma mulher, pois nosso ordenamento jurídico não admite casamento entre pessoas de mesmo sexo.

A este respeito nos esclarece Marco Aurélio S. Viana:

Tomando-se a norma constitucional, vislumbra-se como primeiro caráter ou suporte conceitual a diversidade de sexo. Cuida-se de união entre homem e mulher. Essa exigência constitucional afasta a possibilidade de se inserir, nesse território, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. (1999, p. 24).

Concluindo seu pensamento pela não aprovação em nosso ordenamento jurídico da união estável entre pessoas de mesmo sexo, o autor assim dispõe:

É compreensível a opção legal, porque é comum dizer-se que a união clássica deste instituto repousa na diversidade de sexo. Além disso, a Constituição Federal deixa claro que tutela a união estável para efeito de proteção do Estado, e que a lei deve facultar sua conversão em casamento, e este é contrato de direito de família, que tem entre seus caracteres a diversidade de sexo. (1999, p. 24).

Claro está, que se excluem da união estável as uniões existentes entre homossexuais, ou seja, pessoas de mesmo sexo.

Washington de Barros Monteiro também comunga desse pensamento e assim nos ensina: ‘Refere -se o legislador à união estável *more uxório* entre homem e mulher, que se apresentam no meio social em que vivem como se casados fossem. Desde logo se excluem as ligações entre pessoas de mesmo sexo, [...]’ (2001, p. 29).

Entende-se portanto, que a Constituição Federal reconheceu somente a união entre homem e mulher, deixando de considerar como entidade familiar a união entre pessoas de

mesmo sexo.

b) Convivência notória: para que a união seja reconhecida no meio social, há a necessidade que se torne pública, pelo menos entre as pessoas que os rodeiam, que convivem com o casal sejam elas parentes, vizinhos, colegas, amigos e etc. Essa relação não pode ser clandestina, às escondidas pelo fato de não se encontrar documentada e portanto, não exhibe esse tipo de prova.

No caso, somente a exposição, a convivência natural entre as pessoas, deixando transparecer o relacionamento existente entre os conviventes é que comprovará a existência dessa união.

Noemia Alves Fardin assim nos ensina:

A notoriedade é um dos traços exteriores mais frisantes da união livre, podendo estender-se à união estável, dando a esta uma presunção de matrimônio legal. Embora distintas as definições de notoriedade e publicidade, o que se exige para que a união estável seja reconhecida como tal, é que seja conhecida por um número mais ou menos largo de pessoas, como parentes, amigos, vizinhos, dependentes. (1995, p. 79).

Ainda mantendo esta mesma linha de pensamento o doutrinador Marco Aurélio S.

Viana assim determina:

É mister haja uma convivência notória. Isso significa que a união deve ser conhecida dentro e fora do círculo dos amigos, de pessoas íntimas, de vizinhos. Não significa, no entanto, que deva haver publicidade, no rigor semântico do vocábulo. O que se quer dizer é que uma união secreta, que não seja conhecida, não tem o colorido que se reclama para a caracterização de união estável. (1999, p. 25).

No entender de Viana, a notoriedade tem que ultrapassar os laços de amizade, não ficando apenas entre as pessoas mais íntimas, mas que seja levada de maneira que todas as pessoas percebam que há laços afetivos entre eles, que levam vida em comum.

Edgar de Moura Bittencourt, em obra citada por Noemia Alves Fardin entende que:

O requisito da notoriedade ou publicidade tem uma valoração condicionada ao meio que se vive, podendo inclusive os parceiros de uma união estável não coabitarem constantemente, por motivos vários. A apreciação está subordinada a contingências humanas. (1995, p.80).

Evidencia-se, desta forma, que a notoriedade é por demais importante na caracterização da união estável, pois, no caso de não haver vida em comum sob o mesmo teto, seja por qual for o motivo, fica comprovada a existência da união entre os conviventes, afastando a possibilidade, de relacionamento oculto e escondido.

c) Estabilidade: esta diz respeito à continuidade, prolongamento do tempo,

verificando-se assim que a união é duradoura, excluindo desse contexto as uniões passageiras e eventuais.

Algumas leis específicas determinam um certo prazo para que os conviventes venham adquirir direitos, no entanto, para alguns doutrinadores, estes prazos não deveriam ser impostos e assim Noemia Alves Fardin se manifesta:

[...] por ser a união estável composta de requisitos fáticos vivenciais que geram efeitos sociojurídicos, a questão de sua estabilidade, como se tem o exemplo de outros aspectos há de ser examinada dentro do razoável. A análise destes aspectos deve voltar-se para os princípios, o costume ou mesmo, aquilo que comumente sucede na sociedade ao tempo da união. [...] Certamente a união não pode ser momentânea, nem acidental (1995, p. 74).

Nesse viés, Jander Mauricio Brum também discorda dos prazos impostos pelas leis específicas, e assim argumenta em sua obra:

[...] a Constituição não exige qualquer prazo para a configuração da união estável. [...]. De mais a mais, a união pode ser estável e duradoura, com toda a aparência de família, sem ter cinco anos, ao passo que a união clandestina ou oculta, ainda que tenha cinquenta anos ou mais, continuará ilícita. [...] deixo bem claro que a fixação de prazo mínimo para a caracterização de união estável é muito perigosa. E, se adotada, certamente causará injustiças. (1994, p. 45).

Também considera a estabilidade um dos elementos caracterizadores da união estável, o nosso doutrinador Marco Aurélio S. Viana e assim declara: “Reclama-se, ainda, que a união esteja revestida de estabilidade. Isso significa que deve ser contínua, que se prolongue no tempo. Não pode tipificar a figura em estudo a união circunstancial, momentânea, eventual, intermitente”. (1999, p. 25)

E continua o nosso doutrinador a respeito dos prazos estipulados em leis específicas, quanto ao tempo mínimo para os que vivem em união adquirir direitos:

[...] Entendia-se, ao que se depreende, que cinco anos era o período de convivência capaz de dar o cunho de estabilidade necessário à relação. [...] a estabilidade da relação reclama exame em cada caso concreto, e esse dado é apenas um dos elementos integrantes da figura legal. O que se perquire é se há uma convivência comum, o que é incompatível com a relação momentânea, passageira, acidental. (1999, p. 25 e 26).

É evidente que a maioria dos autores é contra os prazos estabelecidos em leis específicas para que os conviventes adquiram algum direito, deixando bem claro que este prazo depende de cada caso concreto. O mais importante é que a união seja mantida durante um tempo razoável comprovando assim a estabilidade exigível para a sua caracterização, ou seja, o ânimo de permanecerem juntos.

d) Comunidade de Vida: um dos elementos que mais pode evidenciar a união é a vida em comum, sob o mesmo teto. Porém, alguns doutrinadores, dizem, não ser necessário

a vida em comum, sob o mesmo teto para que seja comprovada a união estável. Mantém este entendimento Marco Aurélio S. Viana, conforme expõe:

É tradicional que as pessoas casadas vivam sob o mesmo teto, porém é possível, em caráter excepcional, que isso não se dê, mas mesmo assim haja, uma relação séria, estando homem e mulher ligados por laços espirituais, imbuídos do ânimo de constituir uma família. (1999, p. 26).

Normalmente as pessoas casadas vivem sob o mesmo teto, o mesmo ocorre com aquelas que vivem como se casados fossem, porém, em dada situação, isto não ocorre, é o caso dos marítimos, pois os mesmos passam seus dias dentro do navio, indo em casa, somente quando possível, ou quando estiverem gozando férias. E assim, também acontece quando um dos conviventes tem uma profissão que dificulte a sua permanência em casa. Desta forma, vê-se que há caracterização da união estável, mesmo quando os conviventes não estão sob o mesmo teto.

Tem o mesmo entendimento Jander Mauricio Brum, onde declara que somente há a necessidade da *more uxório*: “[...] para que se configure a união estável, podendo, evidentemente, ocorrer à ausência temporária do lar, por necessidade de trabalho, para tratamento de saúde, para estudo etc.”. (1994, p. 42).

Noemia Alves Fardin assim define a convivência comum:

A vivência sob o mesmo teto demonstra exteriorização relevante da união livre com *affectio societatis*. A vida em comum está entre os deveres fundamentais dos companheiros, com obrigações iguais às contraídas pelo matrimônio. [...]. A coabitação sob o mesmo teto cria a presunção de comunhão de leito. [...] o que interessa é a comunhão sexual permanente e a comunhão de interesses entre os companheiros. [...] O elemento da coabitação comum deve ocorrer, mas não é imprescindível, devendo haver um exame profundo das circunstâncias de fato. (1999, p. 69, 70 e 72).

Comprovou-se mais uma vez que, a convivência sob o mesmo teto não é requisito essencial na caracterização da união estável, dada as impossibilidades em certos casos, conforme o exposto acima por diversos autores.

e) Lealdade: é um dos elementos indispensáveis à união estável, é através dele que se determina o compromisso e respeito mútuo entre os conviventes, onde será demonstrado não só compromisso, mas os laços íntimos que os unem, a dedicação, a honestidade. É a comprovação de uma relação séria e leal.

Assim também é aceita por Marco Aurélio S. Viana, conforme declara: “Ela funciona como fato de valorização ética, sendo realçado pela melhor doutrina. [...] nada impede que terminada uma união estável, seja iniciada outra. O que não se admite é que seja, ao mesmo tempo, outra ou outras relações desse jaez”. (1999, p. 27).

Fica claro que a lealdade é de suma importância na união estável, tratando-se de certo modo, de uma das provas mais importante dessa união, pois é através dela que se demonstra o laço íntimo dessa relação, e define a confiança e respeito entre os companheiros.

No dizer de Noemia Alves Fardin:

A fidelidade ou exclusividade das relações sexuais entre os companheiros presume uma vida *more uxório*. É portanto, um requisito integrativo da união estável. [...] Tanto quanto o casamento, a poligamia é proibida, por imposição ética. Também o é na união estável. A variação de relações sexuais, tanto da parte do homem como da mulher, retira o conteúdo do fundamental que compõe a honestidade e a seriedade da união. (1999, p. 76 e 77).

Logo, conclui-se que se torna indispensável à união estável a lealdade recíproca, dada a presunção de vida em comum, honesta, séria e única.

Segundo Álvaro Villaça de Azevedo:

Começando pelo dever de lealdade, seu descumprimento provoca injúria grave; paralelamente à deslealdade, está, no casamento, o adultério, que implica a quebra do direito-dever de fidelidade. É certo que não existe adultério entre companheiros; todavia, devem ser eles leais. A lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie; [...] a deslealdade entre companheiros, quando um deles mantém relação sexual ou, simplesmente, namora ou mantém relações íntimas com terceiro, pode causar repulsa de tal ordem que torne insuportável a convivência ao companheiro inocente. (2003, p. 263)

Não compara-se lealdade com fidelidade, pois apesar de moralmente cumprirem o mesmo papel, mas a falta de fidelidade origina o crime de adultério, exclusivo do instituto do matrimônio e a falta de lealdade, leva a injúria grave (artigos 240 e 140 do Código Penal, respectivamente)

1.6 A CONSTITUIÇÃO E A FAMÍLIA

A família é à base da sociedade. Antes porém, a família era fundada no casamento, logo, nosso ordenamento jurídico dava proteção somente às famílias advindas do casamento, repudiando o concubinato, a união de fato entre homens e mulheres.

Essa repulsa as uniões de fato, dava-se à forte influência da igreja em nossa sociedade, pois esta, mesmo nos dias de hoje, incentiva o casamento e não admite o divórcio.

Em decorrência da evolução de nossa sociedade, nossos legisladores viram-se na

necessidade de modificar nossas normas jurídicas, para que estas alcançassem o seu fim social e assim passou a tutelar e proteger a união estável como entidade familiar.

Nossa Constituição Federal, a partir de 1988, assim passou a dispor em seu artigo 226, parágrafo 3º.

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

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

Silvio Rodrigues comenta este artigo *in verbis*:

Assim a família nascida fora do casamento, sempre que derive da união estável entre o homem e a mulher, ganha novo status dentro do nosso direito. [...] a despeito da indiferença do legislador no passado, a família constituída fora do casamento de há muito constituía uma realidade inescandível. (2001, p. 250).

O autor, como se vê, refere-se à realidade brasileira que há muito era ignorada por nossos legisladores, mas que, a partir de 1988, passou a considerar os anseios da população, regulamentando a união estável entre o homem e a mulher.

Arnoldo Wald também expressa sua opinião dizendo: “A Constituição Federal de 1988 elevou a união estável entre o homem e a mulher ao status de entidade familiar, a merecer a proteção do Estado”. (2002, p. 242).

Acompanhando toda a evolução de nossa sociedade Jander Mauricio Brum conclui: “Seguindo, então, a orientação predominantemente, a Constituição Federal de 1988, sensível aos desejos da população, entendeu por reconhecer e proteger a chamada união estável, [...], o concubinato *more uxório* [...]”. (1994, p. 56).

A partir de então, nossa constituição passa a proteger não só a família constituída pelo casamento, como também estende esta proteção àquelas provenientes da união estável e as formadas somente por um dos pais e seus filhos. Assim nos esclarece Marco Aurélio Viana:

[...] a Lei Maior inseriu a união estável no capítulo dedicado à família. Considerou-se como entidade familiar, como o fez relativamente à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. A família é a base da sociedade, mas independe de casamento. (1999, p.13).

Noemia Alves Fardin, com base em nossa Constituição conclui: “Nota-se que na atual Constituição não há diferença entre família matrimonial e extramatrimonial. Família é família, não importando sua origem ou causa. Há o fato. A família está composta. Não há o que discutir”. (1995, p. 92).

Nesse viés, Arnoldo Wald completa com seu pensamento:

Foi concedida, portanto, proteção constitucional às famílias de fato, ou naturais, sem que tal signifique a sua equiparação às famílias legítimas ou constituídas pelo matrimônio. Tanto é assim que o dispositivo constitucional determina que a lei deverá facilitar a conversão das uniões estáveis em casamento. A necessidade de conversão, ou o incentivo a ela, exclui evidentemente a equiparação da união estável em casamento. (2002, p. 242).

Observa ainda Marco Aurélio Viana que: ‘Pensemos que a palavra família tem, atualmente, sentido mais amplo, nela estando incluída a família fundada no casamento e suas outras formas, entre elas a união estável’. (1999, p.15).

Arnoldo Wald cita o Ministro Carlos Alberto Direito que se pronunciou a respeito da matéria, na qual afirma *in verbis*:

Ora, se a união estável é entidade familiar, como determinado pela Constituição, não se pode mais tratar a união entre o homem e a mulher, sem o ato civil do casamento, como sociedade de fato, ou concubinato, eis que não se trata mais de mancebia, amasiamento, mas de entidade familiar. [...] Assim, entidade familiar, tanto é a que se origina do casamento como a que nasce da união estável, como, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, nos termos do art. 226 da CF de 1988. (2002, p. 243).

Portanto, o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela nossa Constituição, aplicando o princípio pluralismo familiar que é a família formada não só pelo casamento, mas pela união estável, como também, a família formada por um dos pais e seus filhos, ou a monoparental, é para efeito de proteção do Estado. Logo, cabe ao Estado dar condições para que os interesses daqueles que se enquadram nesta situação, sejam protegidos.

José Sebastião de Oliveira nos dá a definição de entidade familiar:

O termo “entidade familiar” deve ser entendido como sinônimo de família. Família e entidade familiar são expressões que, pela Constituição Federal, se equivalem. A entidade familiar abrange todas as espécies de constituição de família: casamento, uniões estáveis e famílias monoparentais. (2002, p. 148).

Conclui ainda o autor:

Ao outorgar proteção do Estado às uniões estáveis, reconhecendo-as como forma de “entidade familiar”, o constituinte alargou o estreito conceito de família antes centrado apenas no casamento para abranger também uma forma alternativa de comunidade familiar. (2002, p. 148).

J. M. Leoni Lopes de Oliveira, citado na obra de José Sebastião de Oliveira *in verbis*: ‘Diante da nova ordem constitucional, o Direito de Família tem a entidade familiar como gênero e o casamento, a união estável e as famílias monoparentais como espécies’. (2002, p. 148).

Conclui-se portanto, que o Direito de Família tem a entidade familiar como gênero e a união estável uma das espécies.

2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS PESSOAIS DOS COMPANHEIROS

2.1 DIREITO A ALIMENTOS

Antes de entrar no mérito deste sub capítulo, que fala sobre alimentos, é necessário fazer uma evolução histórica sobre o assunto, como segue abaixo.

A união estável não era reconhecida em nosso ordenamento jurídico, mas, por outro lado, não se podia fechar os olhos para a realidade, pois na verdade, estávamos ante uma opção de muitos cidadãos em não querer contrair matrimônio, e tão somente, ter uma vida em comum com outra pessoa.

Apesar da união ser estável, vê-se que em certos casos, há a necessidade de rompimento por motivos diversos. Nesses relacionamentos, há companheiras que se dedicam única e exclusivamente para o lar, para a criação dos filhos, etc. e ao se depararem com a ruptura dessa união, viam-se desprotegidas, sem meios para a sua subsistência.

Para Basílio de Oliveira,

A nossa jurisprudência consolidou-se no sentido de que dissolvida a sociedade conjugal de fato, não havendo patrimônio formado do esforço comum, a mulher tem direito a ser indenizada pelos serviços prestados durante o estado concubinário ou receber uma remuneração pela sua assistência na união estável. (1993, p. 82).

Para o referido auto, esses direitos estão amparados pelos princípios jurídicos que proíbem o enriquecimento sem causa e locupletamento ilícito.

Em 1985, segundo Noemia Alves Fardin, o Senador Nelson Carneiro:

[...] apresentou um Projeto de Lei ao Senado, que recebeu o nº 166/85, assegurando à companheira necessitada e honesta que tenha vivido por mais de cinco anos sob a dependência econômica de solteiro, separado, divorciado ou viúvo, o direito a alimentos, para deles reclamar indenização indispensável à manutenção e tratamento. (1995, p. 97)

Porém, este projeto não foi aprovado pelo Congresso Nacional.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, onde em seu artigo 226, § 3º deu-se o reconhecimento da união estável como entidade familiar, tornou-se polêmica a obrigação alimentar entre os conviventes.

Jander Maurício Brum nos explica que:

[...] uma corrente entende que a norma constitucional não é auto-aplicável, refuga a obrigação de alimentar entre os concubinos. Outra corrente, porém, mais liberal, a admite, tal como no casamento, pois a união estável foi reconhecida

como entidade familiar. (1994, p. 67).

Vê-se portanto, que os juristas se dividiam, alguns admitiam a obrigação de alimentos à ex-concubina (convivente ou companheira) e outros não admitiam, eram contra àquela obrigação.

Mas, o Estado dá proteção à família, não se importando, se proveniente de casamento ou de união estável, ou ainda, se formada por um só dos pais com seus filhos, e neste viés, observando o princípio da proporcionalidade e variabilidade dos alimentos, reforçando o entendimento, Noemia Alves Fardin conclui: ‘É natural, também, que o Estado estenda sua proteção aos alimentos, sempre verificando o fator necessidade de quem precisa e possibilidade de quem as paga’. (1995, p. 114).

Afirma Basílio de Oliveira: ‘[...] guindada a união estável, a uma instituição de entidade familiar, as leis regentes do matrimônio legal devem ser aplicadas àquela’. (1993, p.82).

Prossegue ainda o autor:

[...] o direito alimentar entre concubinos pelo nosso direito positivo tem sua fonte na própria Constituição Federal, nos princípios de equidade contidos nos §§ 3º e 4º do seu art. 226, reconhecendo a união estável como entidade familiar [...] e segundo a melhor interpretação da jurisprudência ressurgente, [...]. (1993, p. 82).

Com o mesmo entendimento, Sergio Gischkow Pereira, citado por Irineu Antonio Pedrotti que:

Admite a possibilidade de alimentos entre concubinos com advento da Constituição Federal de 1988. Desta entre os pontos diversos que a Constituição Federal consagrou juridicamente o concubinato, e enquadrou-o como entidade familiar em dispositivo que cuida da família, considerando-o forma de família (mesmo sem a igualdade com a família originária do casamento), sob a proteção do Estado. E, o Poder Judiciário é igualmente o Estado. (1999, p. 134).

Porém, deve-se lembrar que o concubinato está expresso no sentido de concubinato puro, ou seja, união estável.

Conclui assim aquele autor:

O dever de alimentos tem fundamento na caridade e na solidariedade familiares, pelo dever ético de assistência mútua e de socorro. Assim, se a união estável é forma de família, existe também o direito a alimentos, que é essencialmente fundamento, direito à vida e à dignidade, princípio moral e jurídico. (1999, p. 134).

Comunga-se também desta opinião, pois sendo a união estável uma entidade familiar, não há como negar alimentos aos conviventes.

Jander Maurício Brum, em sua obra, aqui mencionada, cita o jurista Arnaldo Marmitt, o qual lançou um trabalho sobre pensão alimentícia defendendo também os

alimentos na união estável, assim vejamos:

Do jeito como a Constituição Federal expõe a matéria, elevando o concubinato à posição de entidade familiar, considerando-o uma espécie de família, dando-lhe a proteção do Estado é, conseqüentemente, do Poder Judiciário, possibilitar a prestação alimentar entre concubinos. (1994, p. 71).

Esse é o entendimento de vários autores que acreditam na aplicação imediata da Carta Magna. Mas, em sentido contrário, temos a opinião de outros autores, pois, apesar da Constituição Federal haver reconhecido o concubinato puro ou união estável como entidade familiar, ela não a equiparou ao casamento, e portanto, não existe a obrigação alimentar. Observa-se a interpretação desses autores.

Verifica-se que o artigo 226, § 3º da nossa Constituição não é auto-aplicável, como bem ilustra Jander M. Brum, com trecho da obra do juiz Jorge Franklin Alves Felipe: ‘Por maior que seja a duração do concubinato, não pode a concubina pleitear, para si, pensão alimentícia, fundada no Direito de Família, por não ser considerada parente do amásio, nem sua mulher, legalmente eleita pelo casamento’.

 (1994, p. 68 a 69).

Prosseguindo neste entendimento, Yussef Said Cahali, em sua obra sob o título Dos Alimentos, nos diz:

Para nós, inobstante respeitáveis os pronunciamentos antes enumerados, é de afirmar-se que inexistente obrigação de alimentos entre os concubinos, sob esse aspecto, em nada foi modificado o direito anterior pela pretendida transformação da união estável de homem e de mulheres em entidade familiar. (1993, p. 179).

Dessa forma, conclui-se que para esses autores, só há o dever de alimentos em virtude de parentesco ou de casamento.

Ante estas duas correntes, vê-se aqueles que admitem o dever de alimentos entre os companheiros mediante contrato ou testamento, sendo também esta, a opinião de Jander M. Brum, conforme transcrevo: “A meu sentir, na união estável, inadmissíveis os alimentos, tão-somente em razão da mútua assistência (art. 231, III do CC). Admito-os, porém, em razão do contrato ou do casamento” (1994, p. 72).

Continua, ainda, o autor citando em seu texto o professor José Afonso da Silva, o qual transcrevo *in verbis*:

Todas as normas são dotadas de eficácia e imediatamente aplicáveis aos limites dessa eficácia. [...] Então o concubinato não pode mais ser considerado como união ilícita, mas, pelo contrário, chancela-o a nova Carta Magna. Portanto, se for o desejo dos companheiros, contratando a prestação de alimentos, seja em favor do homem ou mulher - agora iguais perante a lei - lícita a avença. (1994, p. 72).

Salienta ainda o autor:

É que, bem pensado, se é lícita a união concubinária estável e, de outro lado, se a vontade dos companheiros for a fixação de obrigação alimentar, levando-se em

conta o respeito à referida união, não vejo razão para negá-la. [...] não me refiro à indenização por trabalhos domésticos, [...]. Nesta hipótese, indenizam-se os serviços prestados ao companheiro. Naquela, prestam-se alimentos, por força do contrato. Mas a respeito, nada tem com o parentesco e tampouco com a mútua assistência exigida entre os cônjuges. (1994, p. 73).

Logo, alguns Tribunais passaram a admitir pensão alimentícia proveniente de contrato, pois, segundo os adeptos desta corrente, não houve alteração no Direito de Família.

José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz nos ensinam que:

Como remédio para a falta de regulamentação do concubinato, admite-se que os concubinos possam concluir validamente um contrato para disciplina e tutela jurídica de suas relações. Com efeito, o princípio da autonomia privada permite aos concubinos essa auto-ordenação de aspectos relevantes de sua vida em comum. (2002, p. 104).

A esse respeito, Arnaldo Wald lembra que:

Nos casos em que havia contrato entre os concubinos grantindo ou prevendo direitos aos alimentos, a licitude da cláusula parecia discutível a tal ponto que, em vários estados, as escritas que continham eram vedadas por determinação da corregedoria, que proibia os tabeliões de lavrá-las. (2002, p. 248).

Para satisfazer os anseios da sociedade, e harmonização da doutrina e jurisprudência, em 29 de dezembro de 1994 foi promulgada a Lei nº 8971, que introduziu o concubinato no Direito de Família e no Direito Sucessório.

Lei 8971 de 29-12-1994 *in verbis*:

Art. 1º - A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25-07-1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

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

Tecendo alguns comentários a esta lei, Arnaldo Wald assim procede: “[...] o art. 1º da lei assegura à companheira e ao companheiro o direito a alimentos, desde que o devedor destes seja solteiro, separado, divorciado ou viúvo e que a união estável dure mais de cinco anos ou que dela tenha surgido prole” (2002, p. 247).

Mais adiante, o autor nos explica que: “Esse direito se mantém enquanto o credor provar a sua necessidade e não constituir nova união e desde que o devedor tenha a possibilidade de fornecê-los” (2002, p. 247).

Portanto, fica aqui, evidenciado os requisitos necessários para que a(o) companheira(o) tenha direito a alimentos.

Também comentando a referida lei, Silvio Rodrigues nos enfatiza que: “Não é

qualquer concubinato, ou em qualquer união estável, que a lei defere aos companheiros a prerrogativa de pleitear, com êxito, alimentos de seu consorte, ou direitos sucessórios. A lei restringe a pretensão apenas aos conviventes desimpedidos”. (2001, p. 269).

Concluindo, assim, sua interpretação: ‘Portanto, exclui de tais benefícios o concubino adúltero e só abrange as uniões que perdurem por mais de um lustro ou as em que haja prole em comum. Os alimentos são concedidos nos termos Lei nº 5478/68, que dispõe sobre a ação de alimentos”. (2001, p. 269).

E, com estas palavras o nobre doutrinador nos transmite com clareza, as hipóteses em que os concubinos estão aptos a reclamarem alimentos.

Noemia Alves Fardin faz críticas à Lei 8971/94 *in verbis*:

Alei 8971/94 tem a finalidade específica de regular o direito sucessório e os alimentos entre homem e mulher que vivem juntos sem o vínculo matrimonial. Por isso, o motivo da existência da prole já basta para este direito seja deferido é um tanto polêmico e será tema de muitos debates. (1994, p. 132).

Enfatiza ainda a autora em seu comentário:

Outro fator que tem gerado acirradas discussões no meio jurídico e que nesta Lei se repete, é o que diz respeito à prestação de alimentos enquanto não constituir nova união. [...] Pode acontecer que, uma vez desfeita determinada relação, outra de condições financeiras equivalentes não tenha acontecido. Daí a permanência da necessidade. (1994, p. 132).

Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque Pizzolante comentam que:

[...] a mulher que viver há mais de cinco anos com seu companheiro, atendendo aos preceitos cominados na norma jurídica estudada, terá formado com ele união estável e, portanto, beneficiar-se-á dos direitos a essa relação concedidos. Dir-se-ia, até, que tem alterado seu estatuto pessoal, passando de solteira a companheira. Diferente a situação da mulher que tenha prole sem que haja formado com este sequer união instável, porque, mesmo tendo garantido, se provar necessidade, direito a alimentos, não fará jus aos demais concedidos à companheira, porque a maternidade não tem o dom de, por si só, alçá-la a esse patamar. (1999, p. 80).

Porém, Arnaldo Wald explica que :

[...] os requisitos legais para a aplicação da lei fazem presumir que haja, no caso, certa estabilidade no relacionamento entre os companheiros, seja em virtude de tempo – cinco anos – seja em decorrência da existência de prole comum. A prova da condição de alimentos se fará ou pela apresentação da certidão de nascimento de filho comum ou evidenciando-se a vida em comum por mais de cinco anos e a existência de relacionamento adúltero. (2002, p. 248).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º determina que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. Em 10 de maio de 1996 foi promulgada a Lei 9278, que revogou parte da Lei 8971/94 e regulamentou o parágrafo terceiro do artigo 226 da Carta Magna.

Lei 9278/96 *in verbis*:

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

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

Esta Lei revela os requisitos e características da união estável admitidos em nosso ordenamento jurídico atual, bem como, a assistência material devida ao convivente necessitado, quando da dissolução do relacionamento.

Silvio Rodrigues faz esclarecimentos em alguns aspectos desta lei:

[...] o caso da dissolução da união estável, impõe a um dos conviventes a obrigação de prestar assistência ao outro a título de alimentos, se este dela necessitar (art. 7º). [...] A lei nº 8974/94 já concedia alimentos ao companheiro que dele necessitasse. Mas era restrita ao caso de união entre companheiros desimpedidos, ou seja, solteiros, viúvos, desquitados ou divorciados, após cinco anos de convivência ou com prole comum. A Lei 9278 estende esse direito a qualquer tipo de união, sempre que esta seja duradoura, notória, pública, contínua e tenha sido estabelecida com objetivo de constituição de família. (2002, p. 308).

Vê-se porém, que a nova lei (Lei nº 9278/96) é mais aberta, propiciando a número maior de pessoas, que se enquadram ao novo regime, o direito à pensão alimentícia, quando da dissolução da união.

Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque Pizzolante fizeram a análise da Lei em estudo e em observação ao artigo primeiro, assim procederam:

Mantém, nesse item acertadamente, os necessários elementos da constância, da seriedade, da convivência *more uxore* e da *affectio maritalis* para a caracterização da relação, impossibilitando o absurdo entendimento de que o simples nascimento de um filho poderia legar a seus pais o status de companheiros, entendimento devidamente criticado nos comentários a Lei 8971/94. (1999, p.87).

A partir de então, o não reconhecimento da união estável pelo fato da mulher ter um filho, não lhe dá o direito de reclamar alimento para si. A pensão alimentícia será devida apenas ao filho.

Quanto ao artigo 7º da Lei em estudo, continuam os autores a comentarem:

Dispõe o mencionado artigo que a união estável, como restara comprovado ao longo da presente, enquanto entidade familiar, gera a obrigação alimentar entre os conviventes, sempre dentro dos parâmetros impostos pelo binômio necessidade/possibilidade em que se opera esse instituto em nosso Direito. (2002, p. 91).

Vê-se também, que o alimento é concedido tanto na constância da união estável, em razão do dever de assistência, quanto ao seu término, devido ao exercício desse dever de assistência material, desde que presente, a necessidade do credor e a possibilidade de prestar a pensão do devedor.

Aqui segue o entendimento de Irineu Antonio Pedrotti a respeito da Lei em estudo:

A Lei nº 9278, nos arts. 1º e 7º, afastou os requisitos de ordem pessoal (estado civil), de tempo (que era de cinco anos) e de prole (não obstante a existência de filhos implique na existência da convivência duradoura ou não), e impôs para a concessão de alimentos a comprovação da convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, com objetivo de constituição de família, quando dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material [...] será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar [...]. (1999, p. 148 – 149).

Continua o autor ao concluir seu pensamento: “Com efeito, a reclamação pode ocorrer sob a vigência da união estável pela falta do dever assistencial, e, também, após sua dissolução, pela existência do dever que persiste entre os companheiros”. (1999, p. 149).

Euclides Benedito de Oliveira é citado por Irineu A. Pedrotti, quando nos explica o dever de alimento *in verbis*: “Assim, os alimentos podem ser reclamados tanto na vigência da união estável, quando um dos conviventes falte ao dever assistencial, como após sua dissolução, como decorrência do mesmo dever que persiste entre as partes” (1999, p.149).

Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

A prestação de alimentos decorre do dever de mútua assistência entre os conviventes (art. 2º, II), os quais podem ser reclamados tanto na vigência da união estável, quando um dos conviventes falte ao dever assistencial, como após sua dissolução culposa, provada a necessidade. (2002, p. 96).

Ante o exposto, é evidente que com a nova lei, os companheiros possuem direitos e deveres, tal qual os do instituto do casamento, conforme explica Orlando Soares em comentários a Lei nº 8971/94 e Lei nº 92778/96:

[...] em face do disposto nos citados diplomas legais, na hipótese de dissolução da união estável ou do concubinato, aplicam-se, por analogia, os princípios concernentes à dissolução da sociedade conjugal, no que concerne à prestação de alimentos, conforme o caso, quanto ao dever recíproco, de satisfação dessa obrigação legal. (2002, p. 180).

Logo, vê-se que na dissolução da sociedade conjugal, aplica-se o art. 2º, II e III da Lei nº 6515 de 1977, onde, segundo o referido autor: “[...] o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar, além, naturalmente, das disposições concernentes aos alimentos dos filhos menores, assim, como aos filhos maiores inválidos,[...]”. (2002, p. 179).

Rainer Czajkowski tem um entendimento diferente dos demais doutrinadores a respeito da obrigação alimentar entre os conviventes, conforme expõe ao comentar as leis em estudo:

Quando as Leis 98971/94 e 9278/96 previam a possibilidade de alimentos entre parceiros, ou melhor, ex-parceiros de uma união estável, vincularam tal obrigação à de necessidade. Isto dá, aos alimentos, um caráter de efeito material,

econômico, resultante das uniões estáveis. Vezes haverá, contudo, em que estes alimentos assumirão nítido caráter compensatório pelo que o parceiro mais fraco subjetivamente perdeu com a ruptura; o status, a perspectiva de um futuro estabilizado, e até mesmo reparatório de danos morais, pela agressão sofrida ou pela ofensa de uma deslealdade. (1999, p.102).

Então, para o autor, a obrigação alimentar, não vem só do dever de assistência, mas ele decorre também, do dever de reparar um dano causado pelo companheiro culpado pela dissolução da união.

Conclui, assim, o autor: “Como se vê, não se trata nestes casos, a rigor, de alimentos, mas as Leis podem ser usadas para obter efeitos patrimoniais de aspectos puramente pessoais da convivência mal sucedida”. (2002, p. 102).

Mas, Humberto Theodoro Junior nos ensina que: “Alimentos, em sentido jurídico, compreendem tudo o que uma pessoa tem direito a receber de outra para atender as suas necessidades físicas, morais e jurídicas. A ação de alimentos é o remédio com que se reclama em juízo a prestação alimentícia”. (2003, p. 465).

O Direito segue a evolução do homem, da sociedade, e por esta razão, após estas leis que proporcionaram o direito alimentar na união estável, o Código Civil de 2002 também o consagrou, em seu artigo 1694 *in verbis*:

Art. 1694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns dos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação.

§ 1º. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º. Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem pleiteia.

Maria Helena Diniz nos explica o princípio de solidariedade familiar e o dever legal de assistência:

O dever de alimentos fundamenta-se na solidariedade familiar, sendo uma obrigação personalíssima devida pelo alimentante em razão de parentesco que o liga ao alimentando, e no dever legal de assistência em relação ao cônjuge [...] ou companheiro necessitado. (2002, p. 1100).

Nesse viés, vê-se que o direito a alimentos entre os conviventes decorre do dever recíproco de assistência, tanto durante a união estável, quanto na sua dissolução, onde o companheiro necessitado pede alimento ao outro, devendo este fornecê-lo conforme suas possibilidades, tal qual ocorre com os cônjuges.

Silvio Rodrigues tece comentários ao artigo 1694 CC, em estudo: “Ainda no campo pessoal, reitera os deveres de lealdade, respeito e assistência [...] como obrigação recíproca entre os convivente [...]” (2002, p. 310).

Mais adiante o autor explica que: “A questão dos alimentos veio a ser estabelecida em conjunto com a pensão decorrente do casamento (arts. 1694 a 1710 CC/2002). Assim terá o mesmo tratamento”. (2002, p. 311).

Maria Helena Diniz em sua doutrina, nos ensina:

[...] dissolvida a união estável por rescisão, o ex-companheiro, enquanto tiver procedimento digno e não vier a constituir nova união (CC, art. 1708 e parágrafo único), sendo concubinato puro, poderá pleitear alimentos ao outro, desde que com ele tenha vivido ou dele tenha prole, provando sua necessidade por não poder prover sua subsistência. (2002, p. 469).

Nesse caso, prevalece o dever de assistência entre os ex-companheiros, com vínculo de parentesco por afinidade, uma vez provada a necessidade de um e a possibilidade de pagar alimentos do outro.

A autora nos explica que:

A obrigação de prestar alimentos é recíproca entre [...] ex-cônjuge, ou ex-companheiro, em caso de união estável, desde que tenha havido vida em comum ou prole, provando sua necessidade, enquanto não vier a constituir nova união (Leis n. 8971, art. 1º e parágrafo único, e 9278/96, art. 7º). Cônjuge ou companheiro, apesar de não ser parente, pode ser devedor ou credor de alimentos, ante o dever legal de assistência. Tais pessoas são, potencialmente, sujeitos ativo e passivo, pois quem pode ser credor também pode ser devedor. (2002, p. 1101).

O Código Civil atual consolidou o dever de assistência recíproca entre os conviventes, tendo estes a obrigação de suprir as necessidades um do outro, quando necessitado, através de alimentos.

2.1.1 Alimentos provisórios

Como a Lei 8971/94 autoriza a utilização da Lei 5478/68, que trata da Ação de Alimentos, quando um dos conviventes peticiona alimentos, ou na constância da união estável, ou na sua dissolução, podemos pedir alimentos provisórios, que terão que ser pagos até a decisão final do processo, isto é, até a última instância (em recurso extraordinário), não podendo ser revogado, apenas, reajustado, para mais, ou para menos.

Segundo Botelho de Mesquita, citado por Yussef Said Cahali,

Toda vez que vamos deduzir em juízo pretensão alimentar, por via da ação de alimentos, podemos requerer a prestação de alimentos provisórios. Aí temos uma medida que não é cautelar, é simplesmente uma medida liminar antecipatória, própria do processo da ação de alimentos, [...] não existe neste caso natureza cautelar. (1999, p. 886).

Portanto, quando o juiz concede uma liminar de alimentos provisórios, pedido

este, realizado através de ação de alimentos de conformidade com a Lei 5478/68, trata-se, de uma antecipação de tutela, devendo esta ser paga até a decisão final do processo, isto é, em última instância.

Para Irineu Antonio Pedrotti, a Lei 8971/94, deveria instituir parâmetros e procedimentos para o convivente pedir alimento ao seu parceiro, conforme nos demonstra:

Sobre o procedimento para a ação de alimentos, a Lei nº 8971, de 1994, no art. 1º, invocou a Lei especial nº 5478, de 25 de julho de 1968, chamada 'Lei de Alimentos'. Evidente que isso não se afigura de boa técnica legislativa, eis que, tratando-se de norma que tinha por objetivo regulamentar a união estável, imposta pela Constituição Federal de 1988, deveria definir os parâmetros e o procedimento. (1999, p. 151).

Demonstrada a insatisfação do autor, quanto ao procedimento do legislador, ao autorizar a utilização da Lei de Alimentos, quando um dos conviventes necessitar de alimentos, conclui o autor: “[...] não óbice, agora, que a parte, comprovando sua necessidade e, evidentemente, a união estável, sirva-se da Lei 5478 de 1968, que, inclusive, autoriza a fixação de alimentos provisórios”. (1999, p. 151).

Portanto, se o convivente pretender demandar pensão alimentícia e utilizar-se do rito especial (Lei 5478/68), basta provar o seu direito aos alimentos, que o juiz ao despachar o pedido liminar de alimentos provisórios, fixará de imediato o quanto, devendo ser este pago, até o final do processo.

Antes de falar dos alimentos provisionais, destaca-se que os alimentos provisórios se diferenciam destes, por não serem requeridos em ação cautelar, mas serão pedidos em ação de rito sumário ou ordinário, conforme determina a Lei de Alimentos nº 5478, de 25 de julho de 1968.

2.1.2 Alimentos provisionais

O conceito de alimentos provisionais foi dado por Celso Agrícola Barbi e transcrito por Humberto Theodoro Junior *in verbis*:

Como o sustento da pessoa natural é necessidade primária inadiável, não pode o seu atendimento ser proscritado na pendência do processo principal. Entende-se, de tal sorte, por alimentos provisionais os que a parte pede para seu sustento e para os gastos processuais, enquanto durar a demanda. (2003, p. 465)

Após a vigência da Lei nº 8971 de 29-12-94, admite-se alimentos provisionais fora das relações matrimoniais, e assim Humberto Theodoro Junior nos ratifica esta afirmativa

que: “Antes do advento da Lei 8971, [...], a concubina, por mais longa que fosse a duração de seu concubinato, nenhum direito alimentar adquiria contra o concubinário”. (2003, p.469).

Irineu Antonio Pedrotti nos revela: “Caso tenha a parte que utilizar-se da via ordinária, poderá requerer a fixação de alimentos provisórios em medida cautelar própria, como dispõe o Cód. de Proc. Civil, no art. 852, inc. III”. (1999, p. 151).

Tem o mesmo entendimento Yussef Said Cahali, quando nos ensina: “[...] não sendo de excluir-se, porém, a possibilidade de requerer medida cautelar de alimentos provisionais, com fundamento no art. 852, III, do CPC [...]”. (1999, p. 889).

Portanto, nada impede que o concubino necessitado peça alimento ao outro se utilizando, da via ordinária, com fulcro no art. 852, III do CPC, fazendo uso de uma medida cautelar, tendo demonstrado o *fumus bonis jûris* e o *periculum in mora*.

Assim nos ensina Yussef Said Cahali:

Tratando-se de alimentos provisionais, a sua concessão sujeita-se aos pressupostos das medidas cautelares específicas do Código de Processo Civil: *fumus boni jûris* e *periculum in mora*; dispondo o art. 854 que, ‘na petição inicial, exporá o requerente as suas necessidades e as possibilidades do alimentante’, e acrescentando o parágrafo único que o requerente poderá pedir que o juiz, ao despachar a petição inicial e sem audiência do requerido, lhe arbitre, desde logo uma mensalidade para manutenção. (1999, p. 890).

Neste sentido, Basílio de Oliveira nos explica:

Ressalve-se, porém, a hipótese da prova preexistente do concubinato estável. Nesse caso, entendemos que o juiz não está impedido de arbitrar provisoriamente os alimentos ao autor, de acordo com a peculiaridade de cada caso e no uso de sua faculdade discricionária emanada do seu poder geral de cautela. (1993, p. 84)

Portanto, estando presente a prova (*fumus boni jûris*) e a necessidade do autor para a sua sobrevivência (*periculum in mora*), o juiz concederá liminarmente, os alimentos provisionais.

Continua citando ainda, o referido autor:

A prova pré-constituída, na espécie, poderá se referir à decisão anterior proferida em processo de dissolução do concubinato estável ou de entidade familiar, tais como: no chamado processo de dissolução de sociedade de fato [...], ou ainda no processo de partilha de bens, ou de pedido de indenização. (1993, p. 84).

Não obstante, vê-se também, a possibilidade de impetrar ação de alimentos com medida cautelar de alimentos provisionais cumulada com ação de dissolução de sociedade de fato, seguindo o rito ordinário, conforme nos ensina Basílio de Oliveira: “Não vislumbramos, igualmente, impedimento para a acumulação de pedido de dissolução de sociedade concubinária com o de alimentos, segundo o rito comum presente os

pressupostos dos incisos I e II do § 1º do art. 292 do Código de Processo Civil”. (1993, p. 84).

A grande mudança trazida pelo Código Civil vigente em relação ao direito a alimentos é que pela redação do artigo 1694, *caput*, o valor requerido a título de pensão alimentícia não precisa se resumir à sobrevivência do alimentado ou credor, mas não havendo mudança nos rendimentos do alimentante ou devedor, este deve manter a condição social que o alimentado tinha antes da dissolução da união estável, para o alimentado viver de modo compatível com a sua condição social, podendo ser requerido pelos filhos em comum, frutos da união estável, ou até pela ex-companheira(o), configurando, legalmente, o dever de mútua assistência.

2.2 DIREITO A RESPEITO MÚTUO

Com a Lei 9278/96, os conviventes adquiriram o direito a respeito mútuo, assim determinado, em seu art. 2º, incisos I, *in verbis*:

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

I – respeito e consideração mútuos”;

Na opinião de muitos autores, o direito a respeito mútuo é o mesmo que existe entre os cônjuges, proveniente do vínculo matrimonial. Portanto, este artigo é interpretado analogicamente aos do Código Civil de 1916, referentes aos direitos e deveres dos cônjuges.

Na opinião de Orlando Soares, interpreta-se este artigo da Lei em estudo: ‘Por analogia ao que ocorre no âmbito do casamento, no que diz respeito aos direitos e deveres dos cônjuges (art. 231 e segs. do Código Civil), o mesmo se verifica, *mutatis mutandis*, na esfera da união estável’. (2002, p. 64).

Vejam os art. 231 do Código Civil de 1916 *in verbis*:

Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges:

I – fidelidade recíproca;

II- vida em comum, no domicílio conjugal (arts. 233, IV e 234);

III – mútua assistência;

IV –sustento, guarda e educação dos filhos.

Comungam desta interpretação, Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque

Pizzolante, tal qual transcrevo:

Enumera o mencionado dispositivo três deveres e direitos recíprocos que são os mesmos direitos e deveres básicos conjugais determinados pela verificação do casamento, o que demonstra maior aproximação do entendimento, operada gradualmente, seguindo o qual a união estável deve ser igualada ao casamento, para efeitos jurídico-civis, todavia, sem a necessária previsão legal expressa criadora dessa igualdade. (1999, p. 89).

Carlos Roberto Gonçalves ensina que: “O dever de fidelidade recíproca está implícito no de respeito e consideração mútuos”. (1999, p.94).

Então, para a maioria dos autores, interpretar-se o artigo 2º da Lei em estudo, ou seja, o dever de respeito mútuo, seguindo os ensinamentos dos direitos e deveres do artigo 231 do Código Civil de 1916, que corresponde ao artigo 1566 do Código atual.

Fidelidade recíproca no dizer de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José F. Muniz :

Tradicionalmente, o dever de fidelidade era conceituado na linha de um dever de respeito à exclusividade do direito do cônjuge às relações sexuais, [...]. Tendo perdido relevância a distinção entre adultério e injúria grave, constituem infração do dever de fidelidade tanto o adultério (no sentido estrito de relações sexuais com terceiros), como toda uma gama de comportamentos que, por seu caráter licencioso ou leviano, significam também quebra da fé conjugal. (2002, p. 291).

Salientam os referidos autores, a definição de Antunes Varella *in verbis*:

[...] o dever de fidelidade tem por objetivo a <dedicação exclusiva e sincera, como consorte, de cada um dos cônjuges ao outro>, [...] o que vale dizer uma leal dedicação de vida, tanto na dimensão física quanto na espiritual. Assim conceituada, a noção de fidelidade colhe o sentido ético da relação matrimonial e se insere no eixo mesmo da noção básica de comunhão de vida. (2002, p. 293).

Noemia Alves Fardin nos fala sobre o dever de fidelidade entre os companheiros:

Tanto quanto no casamento, a poligamia é proibida, por imposição ética. Também o é na união estável. A variação de relações sexuais, tanto da parte do homem como da mulher, retira o conteúdo fundamental que compõe a honestidade e a seriedade da união. [...] A fidelidade recíproca pressupõe um compromisso implícito entre os parceiros de uma união estável, [...]. (1995, p. 77).

Portanto, como bem salienta a autora, o dever de fidelidade trata-se de um dever de conteúdo ético, caso contrário, a união estável não seria aceita pela sociedade e não teria sido regulamentada pela nossa Carta Magna. Conclui ainda a referida autora: “É a dedicação total entre os conviventes que reflete a seriedade e a semelhança dos direitos e deveres entre os cônjuges” (1995, p. 77)

Arnoldo Wald revela o seu entendimento sobre fidelidade: “[...] é entendida no sentido físico e moral, ou seja, como manutenção de relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge e dever de lealdade de cada membro do casal em relação ao outro”. (2002,

p. 90).

Nos explica o autor supra citado:

A infidelidade física implica infração de caráter penal [...] e civil,[...]. No campo do direito privado, o adultério é justa causa para a separação judicial litigiosa. [...] a deslealdade de um cônjuge em relação ao outro [...] constituir, conforme o caso, infração grave, que também autoriza a separação judicial litigiosa (art. 5º da Lei n. 6515, de 26-12-1977). (2002, p. 90).

Carlos Roberto Gonçalves segue este pensamento quando define o dever de fidelidade recíproca, conforme transcreve-se:

É uma decorrência do caráter monogâmico do casamento. A infração a esse dever, imposto a ambos os cônjuges, configura adultério, causa para a separação judicial litigiosa. Basta a prova de uma só transgressão ao dever de fidelidade, não se exigindo que o culpado mantenha concubina. É dever de conteúdo negativo, pois exige uma abstenção de conduta, enquanto os demais reclamam comportamentos positivos. Os atos meramente preparatórios da relação sexual, [...] não constituem adultério, mas podem caracterizar a injúria grave [...], que também é causa de separação. (1999, p. 46).

Mas, Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque Pizzolante fazem a seguinte indagação:

Daria o descumprimento de um desses deveres e direitos, origem à dissolução da sociedade familiar gerada pela união estável com culpa do convivente que o transgrida? A resposta afirmativa a esse questionamento parece iniludível, uma vez que o corolário da norma epigrafada seria a obrigatoriedade do respeito a esses deveres e direitos, e não se podendo admitir a quebra de um direito juridicamente reconhecido desprovido da necessária punição do agente, até com o propósito do desestímulo de sua conduta. (1999, p.89).

Concluem ainda os autores:

Aproxima-se, a norma estudada ao art. 5º da Lei do Divórcio, Lei 6515/77, o que geraria a possibilidade de determinação, ao caso, de dissolução da sociedade da união estável pelas hipóteses de conduta inadequada de um dos conviventes (dissolução com caráter de pena), bem como pelas dissoluções com efeitos semelhantes ao divórcio-falência e o divórcio-terapia, o que viabiliza, certamente, a cumulação da dissolução da união estável com ação de indenização por danos morais. (1999, p. 89).

Nesse viés, admite-se a dissolução da união estável, em virtude do descumprimento do dever de fidelidade entre os conviventes.

O Código Civil em vigor, ratificou o dever de lealdade, respeito e assistência, em seu artigo 1724, *in verbis*:

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

Maria Helena Diniz, analisa os efeitos da união estável:

Embora a união estável não devesse gerar conseqüências idênticas às do matrimônio, o novo Código Civil, a legislação extravagante e a jurisprudência têm evoluído no sentido de possibilitar que produza alguns efeitos jurídicos

como: [...] Outorgar direitos e deveres iguais aos conviventes como: lealdade e respeito; [...]. (2002, p.338).

Portanto, sendo o respeito mútuo um direito-dever da união estável, Álvaro Villaça Azevedo nos explica: ‘No tocante ao direito-dever de respeito entre os convivente, é ele descumprido, quando existe conduta injuriosa grave de um dos companheiros, atingindo a honra ou a imagem do outro, com palavras ou com deslealdade’. (2003, p. 263)

Conclui ainda, a autora Regina Beatriz Tavares da Silva, in Código de Direito Civil Comentado, coordenado por Ricardo Fiúza:

[...] Ao lado da proteção, tem o convivente o dever de respeitar a vida do companheiro, sendo a tentativa de morte o sinal mais evidente de desamor, [...]. A mesma proteção e idêntico respeito aplicam-se à integridade física e psíquica, à incolumidade do corpo e da mente. A honra deve ser protegida e respeitada em seus dois aspectos: de auto-estima ou consciência da própria dignidade e de consideração social; a ofensa à honra pode ser real, quando praticada por meio de gestos ou atos, e verbal, quando perpetrada por palavras; [...]. (2003, p.1537)

Dessa forma, como ficou demonstrado, constitui injúria grave, a ofensa à honra do companheiro, quando produzida pelo seu parceiro.

É notório portanto, que o nosso ordenamento jurídico, vem acompanhando a evolução da sociedade, e para satisfazer os seus anseios, vem positivando leis que surgiram de praticas reiteradas e aceitas pela jurisprudência.

2.3 DIREITO-DEVER A SUSTENTO E EDUCAÇÃO DOS FIHOS

A Lei 9278/96 em seu artigo 2º, determina os direitos e deveres iguais dos conviventes, entre os quais, vislumbra o dever de ‘guarda, sustento e educação dos filhos comuns’.

Para interpretar este artigo da Lei em estudo, deve-se fazê-lo analogicamente ao do artigo 231 do Código Civil de 1916, conforme nos ensina Orlando Soares *in verbis* ‘Por analogia ao que ocorre no âmbito do casamento, no que diz respeito aos direitos e deveres dos cônjuges (arts. 231 e segs. do Código Civil), o mesmo se verifica, *mutatis mutandis*, na esfera da união estável’. (2002, p. 64).

Portanto, trata-se dos mesmos direitos e deveres dos cônjuges, surgidos em

decorrência do matrimônio.

Mantém este entendimento, Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque Pizzolante, conforme comentários ao artigo 2º da Lei 9278/96, *in verbis*:

Enumera o mencionado dispositivo três deveres e direitos recíprocos que são os mesmos direitos e deveres básicos conjugais determinados pela verificação do casamento, o que demonstra maior aproximação do entendimento, operada gradualmente, segundo o qual a união estável deve ser igualada ao casamento, para efeitos jurídico-civis, todavia, sem a necessária previsão legal expressa criadora dessa igualdade. (1999, p. 89).

Conclui-se portanto, que o artigo 2º da Lei em estudo deve ser interpretado por analogia aos direitos e deveres concernentes ao casamento, para efeitos jurídico-civis.

Esses direitos e deveres são exclusivos dos pais, no exercício do poder familiar, não podendo estes renunciá-los, conforme nos ensina Orlando Gomes *in verbis*:

Compete-lhes indeclinavelmente dirigir a criação e educação dos filhos, mas esse dever é, ao mesmo tempo, um direito de que somente podem ser privados em casos excepcionais. Cabe também a ambos tê-los em guarda. Deles podem exigir obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (2000, p. 139).

O sustento e a educação dos filhos é uma obrigação dos pais, devendo aqueles obediência e respeito. Nos explica ainda Silvio Rodrigues: “A guarda, porém, é mais um direito do que uma obrigação. Aos pais incumbe sustentar e educar os filhos, de acordo com suas possibilidades”. (2001, p. 119).

Tem o mesmo entendimento Maria Helena Diniz, conforme seus ensinamentos:

A cada um dos consortes e a ambos simultaneamente incumbe zelar pelos filhos, sustentando-os ao prover sua subsistência material ou ao fornecer-lhes alimentação, vestuário, medicamentos, etc.; guardando-os ao tê-los em sua companhia, vigiando-os, [...] e educando-os moral, intelectual e fisicamente, de acordo com suas condições sociais e econômicas. (1997, p. 131).

Vimos portanto que os pais tem do dever de sustento e educação dos filhos, mas, de acordo com suas condições financeiras, logo, é um dever de caráter subjetivo e protetivo, onde cada qual cumpre com sua obrigação conforme suas possibilidades econômicas, porém, deve-se oferecer o mínimo para que o filho tenha uma vida digna.

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco J.F. Muniz interpretam o artigo 231, IV do Código Civil de 1916 sob dois aspectos, que os consideram essenciais, os quais vejamos:

De um lado, tem os pais o dever de assegurar aos filhos os meios materiais necessários à sua criação e formação: alimentação, vestuário, teto, instrução escolar, saúde. De outro lado, uma adequada assistência moral e educacional,

supõe que os pais estejam pessoalmente envolvidos no processo de formação do filho, através da convivência normal à vida familiar. (2002, p. 298).

Maria Helena Diniz, por sua vez, nos explica como deve ser encarado pelos pais este dever imposto por lei:

[...] Este encargo, imposto pela lei aos pais, deve ser levado a efeito com amor, carinho e dedicação. Todavia, esse dever é, concomitantemente, um direito de que os cônjuges só podem ser privados, excepcionalmente, por sentença judicial e em atenção aos interesses dos menores. (1997, p. 131)

Segundo Washington de Barros Monteiro, os filhos são amparados pelos pais, seguindo aqueles deveres recíprocos do casamento, conforme expõe: “Aos pais incumbe velar pela sorte deste, criando-o, amparando-o e preparando-o para os embates da vida” (1997, p. 121).

Salienta ainda o autor, os aspectos da educação e que esses deveres são irrenunciáveis, conforme transcrevo seus ensinamentos *in verbis*:

A educação, a que se refere o texto, compreende os seus vários matizes: moral, intelectual e física. Nenhum desses aspectos deve ser decurado. Podem os pais confiar a outrem a guarda ou internar os filhos em pensionatos e estabelecimentos de educação; mas, não se admite abram mão de seus direitos paternos, mediante renúncia. Qualquer convenção nesse sentido torna-se frita, nula. (1997, p. 123).

Rainer Czajkowski adverte que:

O pai pode conviver com os filhos, sem necessariamente, morar, dormir na mesma casa que eles. Convivência é uma noção mais aberta. A educação, por sua vez envolve uma extrema gama de atividades que vão desde a formação cultural até a formação moral e psicológica. (1999, p. 97).

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz entendem que:

[...] trata-se de dever comum de ambos os cônjuges e, portanto, de dever de natureza distinta da dos deveres recíprocos [...]. No normal desenvolvimento da vida familiar, os pais têm deveres fundamentais – sustento, guarda e educação – que correspondem a direitos fundamentais dos filhos. Esses direitos são essenciais ao ser humano; sua caracterização depende de vital tarefa dos pais. (2002, p. 298).

Portanto, o dever de sustentar os filhos menores ou incapazes, é um dever incumbido aos pais e na opinião de Rainer Czajkowski, a falta de um desses deveres caracteriza o abandono moral e material, dando ensejo ao rompimento das relações, tanto conjugais quanto entre conviventes, conforme se transcreve *in verbis*:

Sustento, guarda e educação dos filhos, porém, não são deveres que os pais cumprem só em face dos filhos. Ao cumprir tal dever, os pais cumprem também um dever conjugal, no casamento [...], ou um dever entre conviventes, na união estável (Lei 9278/96, art. 2º, III). Isto se dá porque a lei considera, em ambos os casos, que o abandono moral e material dos filhos, tanto quanto o abandono do cônjuge ou do parceiro, é evidência de grave rompimento da comunidade de vida e fato incompatível com a continuidade das relações, tanto conjugais, quanto entre os conviventes. (1999, p. 96).

Vislumbram este entendimento Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque

Pizzolante, quando afirmam:

[...] corolário da norma epigrafada seria a obrigatoriedade do respeito a esses deveres e direitos, e não se pode admitir a quebra de um direito juridicamente reconhecido desprovida da necessária punição do agente, até com o propósito do desestímulo de sua conduta. (1999, p. 89).

Rainer Czajkowski entende que este dever de sustento surge do parentesco, conforme nos explica: “Com relação aos filhos, cabe preliminarmente destacar que os deveres dos pais com relação a eles, surgem essencialmente pelo fato da filiação, para o pai e para a mãe, independentemente de estes serem casados ou não”. (1999, p. 96).

Logo, os filhos provenientes de união estável, e reconhecidos pelos pais, fazem jus ao direito de sustento, devido ao vínculo existente entre eles, não sendo portanto, esse direito decorrente única e exclusivamente do casamento.

Seguem esse pensamento, José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F.

Muniz, quando nos ensinam:

Em relação à família vivendo em situação de comunidade familiar, com os filhos menores em companhia dos pais, o cumprimento desses deveres [...], é feito de modo integrado. Isso não vale apenas para a família constituída pelo casamento, mas também para a família de fato, reconhecidos os filhos por ambos os genitores. O que evidencia não ter o conjunto de deveres de que trata o art. 231, IV, fundamentação única no casamento, sendo antes tais deveres decorrentes do vínculo pais-filhos. (2002, p. 298 – 299).

Rainer Czajkowski conclui que:

Por força da igualdade entre homem e mulher, ambos os genitores estão igualmente obrigados ao sustento do filho, já que a união estável dos pais se caracteriza como entidade familiar, é também atribuição de ambos zelar pela sua formação cultural, moral e espiritual. (1999, p. 99).

O Código Civil vigente (2002), também assegura esse direito de sustento e educação dos filhos havidos da união estável; em que, os companheiros têm direto-dever de sustento e educação dos filhos na mesma proporção de responsabilidade, em seu art. 1724 *in verbis*:

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

Maria Helena Diniz comenta este artigo:

Nas relações pessoais entre os companheiros dever-se-á ter: [...] responsabilidade de ambos pela guarda, sustento e educação dos filhos, na proporção de seus haveres e rendimentos. (2002, p. 1121).

Com relação aos filhos comuns, vê-se que os conviventes possuem direitos e deveres sobre eles, os quais, serão analisados aqui, por Álvaro Villaça de Azevedo:

A guarda dos filhos tem que ver com a posse que seus pais, em conjunto ou isoladamente, em caso de sua separação, exercem em decorrência de seu poder-dever familiar (pátrio poder). O sustento são os alimentos materiais indisponíveis à preservação da subsistência e da saúde, bem como os relativos à indumentária. A educação são os alimentos de natureza espiritual, imaterial, incluindo não só o ensinamento escolar, como os cuidados com as lições, no aprendizado, no âmbito

familiar e de formação moral dos filhos. (2003, p. 265).

Estes direitos e deveres já haviam sido proclamados pela lei 9278/96, em seu artigo 2º, inciso III, os quais foram preservados em nosso Código Civil, aqui comentados por Regina Beatriz Tavares da Silva, de acordo com o Código Civil Anotado, coordenado por Ricardo Fiuza, *in verbis*:

A guarda, sustento e educação dos filhos, como dever de ambos os companheiros, dispensa maiores comentários, acentuando-se somente que o novo Código acolheu o princípio constitucional da absoluta igualdade entre homens e mulheres, ditado no art. 5º, inciso I da Lei Maior. (2003, p. 1538)

São direitos e deveres constitucionais, atribuídos tanto ao homem quanto à mulher, que vivem em união estável, e possuem filhos em comum.

3. DO DIREITO SUCESSÓRIO

3.1 CONCEITO

Para entender os direitos sucessórios dos companheiros, adquiridos com a morte dos conviventes, é necessário saber conceituar sucessão para elucidar as conseqüências jurídicas na união estável.

De Plácido e Silva nos ensina:

Sucessão vem de latim *sucessio*, de *succedere* (suceder), em sentido etimológico e amplo, sucessão, exprimindo uma relação de ordem, de continuidade, ou de uma seqüência de fatos ou de coisas, define o que se segue, o que vem para colocar-se em lugar de qualquer outra coisa, ou que vem em certa ordem, ou em certo tempo. (1973, p. 1493)

Explica ainda o autor:

[...] Já na etimologia jurídica, mesmo genericamente, a sucessão conduz sentimento de substituição, compreendendo-se a vinda de coisa ou de pessoa para colocar-se na mesma situação jurídica, que mantinha a outra coisa, ou a outra pessoa. [...] E, assim, sucessão pode definir-se como a transmissão de bens e de direito de uma pessoa a outra, em virtude da qual esta última, assumindo a propriedade dos mesmos bens e direitos, pode usufruí-los, dispô-los e exercitá-los em seu próprio nome. (1973, p. 1493)

Em sentido estrito, De Plácido e Silva define como: “[...] a transmissão de bens e de direitos a uma, ou mais pessoas vivas, integrantes de um patrimônio deixado por uma pessoa falecida”. (1973, p. 1493)

Trata-se, portanto, da substituição do titular do patrimônio, por uma ou mais pessoas vivas.

Carlos Roberto Gonçalves define a palavra sucessão:

[...] em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. [...] no direito das sucessões, entretanto o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão-somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo do direito, disciplina a transmissão do patrimônio (o ativo e o passivo) do *de cuius* (o autor da herança) a seus sucessores. (2003, p. 1)

Nesse viés, Maria Helena Diniz, também, refere-se a este ramo do direito como sucessão *mortis causa* e afirma que: “[...] é a transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros”. (2002, p. 1160).

Explica, também, Arnaldo Wald que:

O conceito de sucessões, todavia, abrange não só os casos de transferência de

direito subjetivo ou de dever jurídico *mortis causa*, como também, os atos inter vivos. O direito sucessório ou hereditário, pois, tem restrito o seu campo de ação à transmissão de direito ou deveres – oriunda do falecimento do titular – que se transferem a terceiros, em virtude da declaração de vontade do *de cuius* ou de disposição legal. (2002, p. 1)

Orlando Soares, em resumo, nos diz o que vem a ser o Direito das Sucessões: “[...] é a parte do Direito Civil que diz respeito aos princípios que orientam ao estabelecimento das regras objetivas, relacionadas à transmissão de direito (bens e obrigações) da pessoa, que morre (*de cuius*), para aquelas que são seus herdeiros”. (2002, p. 222).

Explica ainda o autor: “Do ponto de vista subjetivo, o direito de suceder é o que assiste à pessoa de receber o acervo (conjunto de bens e obrigações) ou parte dele, de natureza hereditária”. (2002, p. 222).

3.1.1 Direito sucessório dos filhos nascidos da união estável

Faz-se necessário alertar que será feito um breve histórico que aparecerão termos que contrariam o Princípio da igualdade entre os filhos, pois de acordo com os ditames constitucionais, que será expresso adiante, não cabe mais a palavra filho adulterino, adotivo, incestuoso e natural, o correto é chamar todos de simplesmente filhos.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 355 autorizava o reconhecimento do filho nascido fora do casamento, pelos pais. E, segundo, Washington de Barros Monteiro:

O pai ou a mãe poderá, portanto, reconhecer o filho natural, quer quando comparece perante o oficial do Registro Civil e presta declarações para a lavratura do termo de nascimento, quer posteriormente, por escritura, averbada ao lado do Registro (Cód. Civil, art. 357; Lei 6015, de 31-12-1973, art. 59), quer ainda por testamento ou outro documento público, ou até mesmo escrito particular, que será arquivado em cartório. Além disso, terá esse valor a manifestação expressa feita perante o juiz, ainda que esse não fosse o objetivo principal ou único do ato em que ocorreu. (1977, p. 256).

Vê-se, portanto, tratar este artigo do reconhecimento de filhos naturais, isto é, filhos de pais solteiros, ou viúvo, porém, não impedidos de casar.

Orlando Soares nos assevera que: “O Dec -Lei nº 3200, de 19.04.1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família, estabeleceu normas concernentes aos filhos naturais, inclusive o ato de reconhecimento dos filhos naturais (arts. 13 e 16)”. (2002, p. 127)

O artigo 358 do Código Civil de 1916, proibia o reconhecimento de filhos incestuosos e adúlteros.

Washington de B. Monteiro, assim, nos esclarece:

Referentemente aos filhos incestuosos e adúlteros, excluimos o Código, de modo expresso, do reconhecimento (art. 358). Assim dispondo, almejava o legislador suprimir, tanto quanto possível, todo o traço do delito, sepultar no óbvio o adultério e o incesto, destruindo-lhe mesmo a própria memória. (1997, p. 256)

O Decreto-Lei 4737, de 27 de setembro de 1942, em seu artigo 1º, determina o reconhecimento dos filhos de cônjuges desquitados, que segundo Washington de B. Monteiro: ‘Realmente, aludido diploma legal, consentiu que o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pudesse depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declarasse a sua filiação (art. 1º)’ (1977, p. 257)

Conclui, ainda, o referido autor:

Mas, aludido decreto-lei, ainda não satisfaz, porquanto só possibilitava reconhecimento de filho havido fora do matrimônio depois do desquite do genitor. Não se referiu ele às outras causas de terminação da sociedade conjugal, como a morte de um dos cônjuges. (1997, p. 257)

Nesse viés, conclui-se que, os filhos adúlteros, de pai que ficara viúvo, não poderia ser reconhecido por aquele.

Com o advento da Lei 883, de 21 de outubro de 1949, determinando em seu artigo 1º *in verbis*:

“Dissolvida a sociedade conjugal será permitida a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação”.

Washington de B. Monteiro comenta a referida Lei:

Como se vê, a lei não mais distinguia, em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal, por separação consensual, ou judicial, divórcio, morte de um dos cônjuges ou anulação do casamento, possível seria o reconhecimento do filho havido extra *matrimonium*. (1997, p. 258 e 259)

A partir de então, comprovado que não mais existia vínculo matrimonial com outra pessoa, o pai pode reconhecer o filho adúltero.

Arnoldo Wald determina que:

A igualdade de situação sucessória entre filhos adúlteros e legítimos correspondia a uma tendência do direito que já era defendido pelos comentários da Lei 883, partindo do princípio de acordo com o qual os filhos não devem pagar pelos pecados paternos, não se justificando que venha sofrer o herdeiro em virtude do comportamento dos seus ascendentes. (2002, p. 61)

O artigo 1605 do Código Civil de 1916, em sua redação originária, assim

dispunha:

Art. 1605 – Para efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos (vide arts 352, 355, 358, 363, 364 e 376).

§ 1º. Havendo filho legítimo, ou legitimado, só à metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358).

§ 2º. Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, superveniente à adoção (art. 368), tocará somente a metade da herança cabível a cada um destes.

Para Arnaldo Wald:

A evolução anterior é importante nos seus aspectos históricos e representou um movimento progressivo em favor da igualdade de tratamento dos filhos para fins sucessórios. Na redação originária do Código Civil não herdavam os filhos adulterinos e incestuosos, pois não podiam ser reconhecidos, nem investigar paternidade. Por sua vez, o filho natural, reconhecido na constância do casamento, concorrendo com filho legítimo ou legitimado, só receberia a metade do que a este coubesse (redação originária do § 1º do art. 1605). (2002, p. 60)

Orlando Gomes nos declara que:

O filho adulterino reconhecido só fazia jus ao recebimento da metade da herança que coubesse ao legítimo. Deferia-se esse direito a título de amparo social. Alguns escritores entendiam que se tratava de alimentos concedidos legalmente sob essa forma insólita, enquanto outros interpretaram o texto legal no sentido de que lhes atribuiu genuíno direito hereditário. A permissão do reconhecimento dos filhos adulterinos implicou, necessariamente, a atribuição, por via de consequência, da condição de herdeiro necessário. O direito é substancialmente idêntico ao dos filhos legítimos. (2000, p. 366)

A Lei 6515, de 26 de dezembro de 1977, acrescentou um parágrafo único no art. 1º da Lei 883, que assim determina: “Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e nessa parte, irrevogável”.

Segundo Arnaldo Wald:

Posteriormente, vários diplomas legislativos admitiram parcial, e em seguida, totalmente, a equiparação dos filhos adulterinos ao filho legítimo, numa evolução que terminou com a promulgação da Lei nº 6515/77, que no seu art. 51 afirmava: “Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”. Nessa época, entretanto entendeu-se que ficaram excluídos da equiparação os filhos incestuosos e os adotivos, os primeiros por impossibilidade de reconhecimento e os segundos por existir regulamentação própria. (2002, p. 60)

Silvio de Salvo Venosa nos alerta:

A Lei do Divórcio extinguiu a diferença, dando nova redação ao art. 2º da Lei, atribuindo igualdade de direitos. Mesmo perante a peremptoriedade da nova redação do art. 2º da Lei 883, “qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”, autores continuaram entendendo que a igualdade de direitos beneficiara tão-só os adulterinos, ficando de fora os incestuosos. Entende-se que tal redação se inseria em lei que alterava o art. 358 do Código Civil, impossibilitando-se reconhecimento incestuoso. Não parece ter sido essa, contudo, a intenção do legislador da Lei do Divórcio. (2003, p. 96).

Portanto, vê-se que ainda perduravam dúvidas quanto à aplicação da Lei, pois alguns autores entenderam que os direitos ali concedidos não atingiam a todos os filhos extramatrimoniais.

Orlando Gomes nos traz o seguinte comentário sobre o artigo 51, 3 da Lei nº. 6515/77:

Da sua condição de herdeiro derivam importantes conseqüências. Pode propor a ação de petição de herança e a de nulidade de partilha. Seus herdeiros o representam no caso de vir a falecer antes do autor da herança e recolhem-na, por direito de transmissão, se o óbito ocorrer antes da partilha. Assistem-lhe, em suma, todos os direitos correspondentes à sua condição de herdeiro legítimo. (2000, p. 366).

Os filhos legitimados passam a gozar de todos os direitos inerentes aos filhos legítimos conforme se observa.

Maria Helena Diniz comenta a conseqüência principal que a referida lei trouxe ao direito sucessório dos filhos ilegítimos após sua vigência:

Desse modo, em direito sucessório extinguiu-se a discriminação entre filho natural reconhecido e filho legítimo e legitimado, perdurando apenas relativamente aos incestuosos, que não são passíveis de reconhecimento, pois nem sempre foram repudiados pela ordem jurídica. Como sem o reconhecimento não se estabelece parentesco, os incestuosos não seriam legalmente parentes de seu pai, logo, não poderiam herdar *ab intestato* do seu genitor, salvo se nascidos de casamento putativo, pois os filhos de pessoas cujo casamento foi contraído de boa-fé, produz efeitos como se fosse válido em relação ao casal e à sua prole. (2003, p. 105)

Orlando Soares nos adverte:

Embora o art. 355 do Código Civil estabeleça que o filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente, na verdade, de acordo com a sistemática adotada pela Constituição de 1988, não mais existem filhos ilegítimos (art. 227, § 6º, da referida Carta Política). (2002, p. 126)

Antes de promulgada a Carta Magna de 1988, o direito hereditário do filho adúlterino era limitado, como nos demonstra Orlando Gomes:

O direito Hereditário do filho adúlterino sofre limitação quando não havendo filhos de outros, seu genitor tinha sido casado pelo regime da separação de bens e com ele concorria à herança o outro cônjuge. Nesta hipótese, tem este direito a recolher metade da herança, sendo convocado ao primeiro grau da ordem de vocação hereditária. Pretende-se, com esta disposição, assegurar-lhe participação na herança por forma a granjear, de fato a posição do que se casou pelo regime de comunhão parcial de bens. É como se tivesse meação, posto que, em verdade, recebe essa parte na qualidade de herdeiro. O preceito legal favoreceu o cônjuge sobrevivente, pois, se o defunto não tivera filho adúlterino todo o acervo hereditário seria recolhido pelos ascendentes, que o excluiriam. (2000, p. 366)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, traz em seu artigo 227, parágrafo 6º, o direito de igualdade entre os filhos, proibindo qualquer tipo de discriminação, aqui transcrito *in verbis*:

“Art. 227, § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Arnoldo Wald tece comentários quanto à situação dos filhos legítimos e ilegítimos após a Carta Magna de 1988: “Com o novo texto Constitucional de 1988 desapareceram as últimas restrições e passou o Direito Pátrio a adotar a igualdade de todos os descendentes do mesmo grau, para fins hereditários”. (2002, p. 61)

Silvio de Salvo Venosa desabafa:

Destarte, a plena igualdade sucessória dos descendentes só ocorre a partir da vigência da Constituição de 1988. As sucessões abertas a partir de sua vigência seguem esses princípios de igualdade. O caminho para atingir o atual estágio, de 1917 até 1988, foi longo, nem sempre acompanhando as alterações de nossa sociedade ocorridas nesse período (2003, p. 98)

A luta para alcançar este direito foi grande, pois na verdade, não se podia fechar os olhos para a realidade, uma vez que, este era um dos anseios da sociedade que, não havia como não reconhecer a posição de filhos legítimos àqueles não provenientes da relação matrimonial.

Vislumbra-se agora, o entendimento de Washington de Barros Monteiro quanto ao reconhecimento de filhos:

[...] o filho incestuoso não tinha possibilidade de obter reconhecimento. Este só poderia beneficiar os simplesmente naturais e os adúlteros *a patre*. Aqueles eram reconhecidos a qualquer tempo; estes só podiam tê-lo depois da dissolução da sociedade conjugal, cuja vigência constituía o impedimento matrimonial. Com a promulgação da Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, porém, o reconhecimento dos filhos incestuosos também foi admitida sem restrições, na forma prevista no art. 26, sempre vedada qualquer discriminação baseada na origem a filiação. (1977, p. 258, 259)

Neste contexto, vê-se alcançados os desejos de nossa sociedade, uma vez que, foi proporcionado a todos o direito de ser reconhecido pelo pai, independentemente de tê-lo sido concebido pelos laços matrimoniais, pois, na opinião de Maria Helena Diniz:

Hodiernamente, não há mais que se fazer tais distinções, nem mesmo com relação ao incestuoso, pois a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, § 6º e a Lei 8069/90, art. 20, prescrevem: “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Logo, não mais se poderá discriminar legalmente os filhos havidos fora do matrimônio ou os adotados (CC, art. 1626), conferindo-lhes direitos diferenciados. Pouco importará sua origem, todos os filhos, pelo simples fato de serem filhos receberão, juridicamente, tratamento igual. (2003, p. 106).

Conclui Silvio de Salvo Venosa: “Como foi a Constituição de 1988 que, igualou todos os direitos dos filhos, a partir de sua vigência não se distingue mais o direito sucessório de qualquer um deles. As leis que sucedem a Carta Maior nada mais fazem do

que regulamentar os princípios ali fixados”. (2003, p. 96)

Portanto, para o autor, os direitos dos filhos já haviam sido iguados na Constituição de 1988, tendo sido apenas ratificados pelas leis posteriores.

Nesse viés, Roberto Senise Lisboa nos afirma: “Atualmente, independentemente da origem da filiação, seja ela havida do casamento ou não vigora o princípio constitucional da igualdade absoluta de direitos entre os filhos, pouco importando a sua origem, regra esta que abrange os adotados” (2002, p.185).

Não havendo mais discriminações quanto à origem da filiação, Arnaldo Wald ratifica:

Desaparecem, portanto, com o texto constitucional [...], todas as distinções feitas no passado entre filhos nascidos de justas núpcias (legítimos e legitimados), e de relacionamentos extramatrimoniais (ilegítimos, isto é, naturais e espúrios – adúlteros e incestuosos) e adotivos. (2002, p. 62).

Logo, os filhos nascidos da união estável são herdeiros necessários e gozam de preferência na ordem de vocação hereditária, como nos explicam Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “A Primeira preferência sucessória, na ordem de vocação hereditária, é a classe dos descendentes do autor da herança, sendo que a existência de apenas um deles é suficiente para não se passar a herança para outra classe”. (2000, p. 198)

Destarte, Silvio Rodrigues, também, nos afirma: “[...] que a relação é preferencial porque, em tese, a existência de herdeiros de uma classe exclui o chamamento à sucessão dos herdeiros da classe subsequente, [...]”. (2002, p. 94).

Ainda com relação à sucessão dos descendentes, Maria Helena Diniz nos explica:

Ante o princípio de que, dentro da mesma classe, os mais próximos excluem os mais remotos, os filhos serão chamados à sucessão *ab intesto* do pai, recebendo cada um (sucessão por cabeça) quota igual da herança (CC, art. 1834), excluindo-se os demais descendentes, embora não obste a convocação dos filhos de filho falecido do *de cuius* (sucessão por stirpe), por direito de representação (CC, art. 1833). (2003, p. 103)

Neste sentido, conclui também Arnaldo Wald:

Firmado o princípio geral de acordo com o qual a existência de herdeiros de uma classe exclui os direitos da classe seguinte e reconhecida a igualdade de todos os filhos quanto ao direito sucessório, [...] Conforme visto, os descendentes herdam por cabeça, quando do mesmo grau de parentesco com o *de cuius*, e por stirpe, concorrendo descendentes que não estejam nessa situação. (2002, p.61)

Silvio Rodrigues, após explanação histórica do direito sucessório dos descendentes, comenta a posição do Código Civil de 2002 com relação a esse direito: “O Código Civil de 2002, como não podia mesmo deixar de fazer, acolheu conquistas,

retratando-as no art. 1834: Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”. (2002, p. 107)

O Código Civil vigente também prevê a situação em que o *de cujus* vivia em união estável, deixando descendentes e convivente supérstite.

Neste caso, Silvio Rodrigues nos explica: “Se o companheiro concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, [...]”. (2002, p. 108)

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “[...] morto alguém que vivia em união estável, os primeiros a herdar serão os descendentes em concorrência com o convivente supérstite”. (2003, p. 56)

Mais adiante, a referida autora continua a nos explicar:

No que diz respeito à sucessão do convivente, em concorrência com os herdeiros de primeira vocação, isto é, os descendentes, observa-se que o legislador civil atual pretendeu, efetivamente, dar tratamento diverso a essa sucessão concorrente, aplicando distintas imposições matemáticas se os descendentes fossem filhos do convivente supérstite e do convivente falecido, ou se, por outro lado, fossem descendentes exclusivos do autor da herança (incisos I e II) do Art. 1790 NCC, respectivamente), fazendo-se herdar a mesma porção deferida aos filhos comuns e metade a porção cabível ao descendente exclusivo do *de cujus*. Deu, portanto, tratamento preferencial ao convivente sobrevivente, quando se trata de concorrência com filhos comuns a ele e ao morto. (2003, p. 58)

Silvio de Salvo Venosa interpreta o artigo 1790 do Código vigente: “De acordo com o inciso I, se o convivente concorrer com filhos comuns, deverá receber a mesma porção hereditária cabente a seus filhos”. (2003, p. 121)

Dada a imposição do artigo 1790 do Código Civil vigente, o companheiro sobrevivente concorre com o filho comum do *de cujus*, sendo dividida a herança em partes iguais entre eles.

3.1.2 Direito sucessório dos filhos exclusivos do companheiro falecido

O Código Civil vigente, em seu artigo 1790 e inciso II, prevê a sucessão do companheiro em concorrência com o filho do *de cujus*, o qual transcrevo:

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

I – [...]:

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

De acordo com a nossa Carta Magna, não há mais discriminação quanto aos filhos, sejam eles nascidos de justas núpcias, de união estável, ou em qualquer outra situação todos têm os mesmos direitos, fazendo parte da ordem de vocação hereditária, estando estes na primeira classe, como herdeiros necessários excluindo as demais.

Zeno Velozo, tecendo comentários ao artigo 1834, em Código Civil Anotado, coordenado por Ricardo Fiúza, assim procede:

[...] estão proibidas quaisquer discriminações ou restrições baseadas na origem do parentesco. [...] Obviamente, o princípio da não-discriminação, até por ser uma regra fundamental, se estende e projeta a todos os descendentes. Para efeitos sucessórios, aos descendentes que estejam no mesmo grau. (2002, p.1653)

Segundo Francisco José Cahali e Giselda Maria F. N. Hironaka, dá-se a preferência na ordem de vocação hereditária: “[...] a classe dos descendentes do autor da herança, sendo que a existência de apenas um deles é suficiente para não se passar a herança para outra classe” (2000, p. 198)

Portanto, basta a existência de um filho do *de cuius* para que lhe seja deferido o direito à herança, porém, como nos ensina Maria Helena Diniz:

[...] dentro da mesma classe os mais próximos excluem os mais remotos, os filhos serão chamados à sucessão *ab intesto* do pai, recebendo cada um (sucessão por cabeça) quota igual da herança [...], excluindo-se os demais descendentes, embora não obste a convocação dos filhos falecidos do *de cuius* (sucessão por estirpe), por direito de representação [...]. (2003, p.103)

Segundo Zeno Veloso, in Código Civil Comentado, coordenado por Ricardo Fiúza, “Até para atender ao princípio da igualdade, na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça (*per capita*). Falecendo alguém que deixou três filhos, a herança será dividida entre os filhos, em partes iguais” (2002, p. 1654).

No dizer de Silvio Rodrigues: “[...] os descendentes têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.[...] A única preferência que se admite é que se baseia no grau do parentesco: os em graus mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação (CC, art. 1833)”. (2002, p. 108)

Porém, quando o *de cuius* deixa além de filhos somente dele, deixa também convivente, a herança será dividida conforme o artigo 1790 do Código Civil.

Giselda Maria F. N. Hironaka, interpreta este artigo, conforme o legislador determina, e segundo a autora: “[...] morto alguém, que vivia em união estável, os primeiros a herdar são os descendentes em concorrência com o convivente supérstite”. (2003, p. 56)

Nesse viés, se o ascendente vivia em união estável à época de sua morte, seu

descendente concorrerá com o convivente supérstite, cabendo a este, a metade da quota que couber àquele.

Silvio de Salvo Venosa nos explica: “Na forma do inciso II do art. 1790, se o convivente concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles. Atribui-se, portanto, peso 1 à porção do convivente e peso 2 à do filho do falecido ou falecida”. (2003, p.121)

Desta forma, se houverem dois filhos do *de cujus*, multiplica-se por dois, (peso 2, $2f \times 2 = 4$), mais o convivente supérstite (peso 1, $c \times 1 = 1$) que, somando tudo, tem-se um total de cinco, logo, a herança será dividida em cinco partes, sendo que, duas partes equivalem a uma cota destinada a um filho, e uma parte equivale à metade da cota destinada ao companheiro sobrevivente, conforme determinação do legislador.

Silvio Rodrigues nos ensina: “O inciso II prevê o caso de o companheiro sobrevivente concorrer com descendentes só do autor da herança, resolvendo que tocará ao dito companheiro metade do que couber a cada um daqueles descendentes”. (2003, p. 118)

Nesse viés, Carlos Roberto Gonçalves, comenta este dispositivo legal: “Observa-se que o dispositivo faz distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descendem somente do autor da herança [...]” (2003, p. 32, 33)

Fica bem claro, que o descendente exclusivo do autor da herança, terá direito à arrecadar o dobro do que arrecadará o companheiro supérstite.

Giselda Maria F. N. Hironaka enfatiza:

[...] sucessão do convivente, em concorrência com herdeiros de primeira vocação, isto é, os descendentes, observa-se que o legislador civil atual pretendeu, efetivamente, dar tratamento diverso a essa sucessão concorrente, aplicando distintas imposições matemáticas se os descendentes fossem filhos do convivente supérstite e do convivente falecido, ou se por outro lado, fossem descendentes exclusivos do autor da herança [...], fazendo-o herdar [...] a metade da porção cabível aos descendentes exclusivos do *de cujus*. (2003, p. 58)

Assim, fica demonstrado que o legislador determina uma parte maior da herança ao descendente exclusivo do *de cujus*, cabendo, portanto, a metade daquela ao convivente supérstite.

3.2 DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

3.2.1 Evolução do direito sucessório dos companheiros

A união estável, anteriormente chamada de concubinato puro, não era protegida por nosso ordenamento jurídico, mas, por se tratar de um fato real em nossa sociedade, não se podia deixar de enfrentar os efeitos resultantes dessa união, que para muitos era tida como ilícita.

Francisco José Cahali e Giselda Maria F. N. Hironaka demonstra essa realidade: “O concubinato sempre foi visto com extrema reserva em nosso Direito, que sempre se fundou no prestígio da família legítima oriunda do matrimônio”. (2000, p. 236)

Como lembra os ilustres doutrinadores, a família legítima tinha por base o matrimônio, e, portanto, as famílias extramatrimoniais não eram reconhecidas, sendo de certa forma, discriminadas pela sociedade.

Segundo Silvio Rodrigues:

O problema que se propôs, neste e em outros países, com grande contundência, foi o dos efeitos patrimoniais resultantes da dissolução do concubinato, quer pela morte de um dos concubinos, quer pela separação do casal, ao fim de período mais ou menos extenso de vida em comum. (2002, p. 288)

Apesar da união ser livre e desimpedida, ela gera efeitos. Estes efeitos são aqui analisados por Noemia Alves Fardin:

Na união extramatrimonial inexistia idéia premeditada de formar patrimônio. Primeiramente, o casal pretende construir um lar no qual dividirá alegrias, tristezas e responsabilidades, em proveito do bem-estar comum. Entretanto, se os companheiros, possuindo atividade remunerada, conjugando esforços, com o produto de seu trabalho contribuem para a formação do patrimônio comum, nada poderá justificar a perda de direito à partilha dos bens, mesmo que o rompimento da sociedade tenha sido consensual, vontade unilateral ou falecimento de uma das partes, ou outro qualquer motivo. (1995, p. 103)

Dessa forma, os conviventes encontravam-se desprotegidos, pois nossa legislação repudiava, as uniões extramatrimoniais.

Francisco J. Cahali e Giselda Maria F. N. Hironaka, nos retratam este período de nossa história:

O Código Civil tratava do concubinato apenas para restringir direitos da concubina, ao privá-la de doações ou mesmo de legados testamentários quando casado o seu parceiro (CC, arts. 117 e 1719, III). A legislação, pois, em verdade

direcionava-se a impor sanções à convivência concubinária, tratando exclusivamente dos seus efeitos negativos, sempre em nome da significativa valorização do casamento. (2000, p. 236)

Assim se encontrava nossa sociedade, pois era o que determinava nossa legislação a respeito da união estável, como nos explica Silvio Rodrigues:

A situação que amiúde se apresenta ao julgador é a do rompimento de longo concubinato, quer pelo abandono da mulher por parte de seu concubino, quer por morte deste, quer ainda pela decisão comum dos concubinos de se separarem, por não desejarem o prosseguimento da união. Em todas essas hipóteses uma situação patrimonial extremamente injusta pode propor-se. (2003, p. 289)

Pois, não raro, apareciam situações embaraçosas em nossa sociedade, como esta relatada por Silvio Rodrigues:

Freqüentemente os bens resultantes do esforço comum de ambos, ou ganhos com a colaboração da mulher, foram adquiridos em nome do varão, e, em caso de separação dos concubinos, ficava aquela sem quaisquer recursos; não raro, em caso de morte do homem, os herdeiros legítimos deste pediam a herança, isto é, tudo o que o casal possuía à época da abertura da sucessão; ainda nesse caso, ficava a mulher sem nada. (2003, p. 289).

E assim, muitas pessoas viam-se prejudicadas, tendo algumas, perdido todo o seu patrimônio em favor de herdeiros legítimos do companheiro falecido.

Antonio Chaves analisa situações vivenciadas pela sociedade em decorrência da união estável:

Seria justo que uma mulher que tenha vivido durante decênios com o mesmo homem, contribuindo com o seu trabalho, quando menos, doméstico, para amealhar fortunas às vezes vultosas, fique atirada à miséria em virtude do falecimento de seu companheiro, ou em virtude de uma desinteligência que ponha fim à convivência? Não poderia o direito brasileiro, profundamente impregnado de um sentimento de compreensão e humanitarismo com relação à parte mais fraca, permitir semelhante esbulho. (19993, p. 532)

E foi com este sentimento que vários tribunais do Brasil passaram a reconhecer a união estável entre homem e mulher, bem como seus efeitos.

Silvio Rodrigues demonstra a realidade brasileira através de estudos realizados:

A injustiça de tais situações chamou a atenção dos tribunais brasileiros, que, por meio de vários expedientes, procuraram remediá-la. Em estudo publicado em 1959, tive a oportunidade de apontar as várias posições da jurisprudência, no tocante à matéria, ressaltando a inegável tendência, manifestada pelos tribunais, no sentido de atribuir crescentes efeitos matrimoniais ao concubinato por ocasião de sua dissolução. (2003, p. 289).

Vale lembrar, que o primeiro julgado reconhecendo a sociedade de fato deu-se em favor de mulher brasileira casada com estrangeiro, na Europa, onde o regime obrigatório é o da separação de bens.

Segundo Antônio Chaves:

Eram freqüentíssimos os casos que, com o falecimento do cônjuge varão estrangeiro, ao se proceder ao inventário, verificava-se que, uma aplicação

rigorosa dos princípios legais, ficaria a mulher completamente desprovida de qualquer recurso material, em benefício de parentes afastados do marido, desconhecidos, até mesmo desafeto. [...] A fim de abrandar, semelhante rigorismo, admitiu o Tribunal paulista a existência de uma sociedade de fato ou comunhão de interesses nos bens adquiridos na constância do casamento. (1995, p. 533)

Arnoldo Wald, citado por Jander Maurício Brum, nos explica :

[...] sentindo os tribunais a injustiça de não se atribuir à mulher parte do patrimônio comum, embora estivesse em nome do marido. Haveria, no caso, um enriquecimento sem causa, que não se coadunava com os princípios do Direito pátrio. Assim, permitiu-se que a esposa, em tais casos, recebesse a meação, embora casada pelo regime da separação de bens [...]. (1994, p. 79)

Para Jander M. Brum: “[...] a divisão do patrimônio conseguido com esforço comum não teve como espeque a união ilícita, mas sim, uma união lícita, porém sob o aspecto de sociedade de fato”. (1994, p. 80)

Os tribunais passaram a considerar a meação, ou parte do patrimônio do casal como pertencente à mulher, quando demonstrada a aquisição dos bens por esforço comum dos conviventes, aqui revelada por Noemia Alves Fardin:

Dessa diretriz jurisprudencial se aproveitou a companheira para pleitear amparo de ordem patrimonial quando abandonada pelo companheiro ou em caso de morte deste. Assim é que paulatinamente, veio a se consolidar o entendimento de que a companheira teria a meação dos bens conseguidos às custas do esforço comum, colocando-se como sócia de fato de seu companheiro. A partilha do patrimônio formado em tais condições representa o corolário do princípio que veda o enriquecimento sem causa. (1994, p. 101)

Na verdade os tribunais encontraram duas soluções em favor da concubina, como nos mostra Silvio Rodrigues:

Duas soluções foram encontradas, ambas em benefício da concubina e tendentes a reparar a injustiça, que se apresentara flagrante, de nada receber ela por ocasião do rompimento da mancebia. A primeira delas foi a de atribuir-se à companheira, que por longo período prestou serviços domésticos ao concubino, o direito a salários por aquele; a segunda foi a de dar-lhe participação no patrimônio auferido pelo esforço comum, entendendo-se haver existido, entre os concubinários, uma sociedade de fato que, ao ser dissolvida, implicava o mister de dividir o patrimônio social. (20032, p. 290)

Nesse viés, nota-se que quando há a participação de ambos para a aquisição do patrimônio é admissível a divisão do mesmo, quando da dissolução da sociedade de fato, quer por morte ou por qualquer outro motivo. No entanto, se apenas o homem trabalhou para adquirir bens durante a união, tendo a mulher se dedicado única e exclusivamente ao lar, esta terá direito a recompensas pelos serviços prestados.

Sendo, também, este o pensamento de Arnoldo Wald, transmitido por Jander M. Brum:

Podemos, pois, concluir que houve na jurisprudência uma solução dialética.

Inicialmente, os tribunais negavam qualquer direito à concubina. Em seguida, considerou-se que o concubinato, por si só, justificara o direito da companheira à meação com base na teoria do enriquecimento sem causa. Agora com a Súmula 380 temos a síntese na qual se distinguem as relações pessoais e patrimoniais, considerando que somente a prova da efetiva contribuição da concubina na formação do patrimônio comum justifica o seu direito à meação ou à outra fração do patrimônio comum. Não tendo ocorrido essa participação, a concubina só poderia ter direito à remuneração dos serviços domésticos ou sociais por ela prestados, o que não se vincula ao patrimônio do companheiro. (1994, p. 82)

Face aos inúmeros julgados neste dois sentidos, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380, assim conferida por Silvio Rodrigues:

Baseada em quase uma dezena de acórdãos, proferidos entre 1946 e 1963, foi editada a Súmula 380, do Pretório Excelso, nos seguintes termos: ‘Comprovada a sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum’. A idéia predominante na súmula é a de sociedade de fato existente entre os concubinos, donde resulte um patrimônio ou aumento do patrimônio existente, o qual tenha derivado do esforço comum daqueles. (2003, p. 292)

Portanto, a partir de então, admitida a sociedade de fato quando presente a *affectio societatis*, e demonstrada a aquisição ou o aumento do patrimônio pelo esforço comum, é permitido a partilha dos bens assim dispostos, quando da sua dissolução.

Vale lembrar, ainda, que esta súmula era aplicada nos casos de concubinato puro, quando se tratava de companheiros solteiros, viúvos, desquitados. Porém, este entendimento foi modificado, assim demonstrado, por Silvio Rodrigues:

[...] decisões posteriores passaram a admitir a partilha de bens mesmo se o concubino fosse casado, desde que comprovada a sua separação de fato, admitindo, nesse caso, a caracterização de relação apta a produzir efeitos positivos, pela reminiscência apenas formal, daquele matrimônio que, de fato, já havia sido extinto, retirando da nova união a imagem adulterina. (2003, p. 293)

Ratificando estes dizeres do ilustre doutrinador, Noemia A. Fardin assim procede: “[...] mesmo em caso de concubinato ilícito, demonstrada de forma a não deixar dúvidas a participação do parceiro na formação do patrimônio comum, fará o interessado jus à sua quota, na qualidade de sócio”. (1995, p. 106)

As opiniões se dividem, uns admitindo somente a divisão do patrimônio quando demonstrada a sociedade de fato, outros pugnavam pela remuneração pelos serviços prestados no lar, neste viés, Silvio Rodrigues nos revela:

Finalmente, parece-me que, embora a Súmula 380 cuidasse apenas da hipótese de sociedade de fato entre os concubinos, não apagou ela a jurisprudência paralela, que concedia à concubina remuneração pelos serviços prestados, quando não ficasse evidenciado o seu efetivo concurso na obtenção ou no aumento do patrimônio comum. (2003, p. 295)

Seguindo este entendimento, Jander M. Brum conclui:

[...] sei que várias opiniões existem. De um lado exige-se a efetiva participação da companheira na formação do patrimônio, de outro, admitiu-se a contribuição indireta; ademais, fala-se também em tranquilidade e equilíbrio familiar, independente de contribuição. [...] na verdade, prefiro a primeira orientação. É que, criou-se o instituto visando a impedir o enriquecimento sem causa. Então, como atribuir parte do patrimônio àquele que também não contribuiu? Seria locupletamento ilícito. Assim, a meu ver, divide-se o patrimônio no percentual da efetiva contribuição de cada um para a formação do patrimônio. (1994, p. 83)

Viu-se então, uma progressiva aceitação pela sociedade, da união estável que, veio por culminar em julgados favoráveis, como nos lembram Francisco José Cahali e Giselda Maria F. N. Hironaka:

Pouco a pouco, a legislação e especialmente a jurisprudência, passou a tratar melhor a relação concubinária, desde que não fosse adulterina. E assim fez para não furtar à solução jurídica de situações fáticas cada vez mais crescentes, especialmente no período pré-divórcio (anterior a 1977), onde as pessoas desquitadas, já em número expressivo, ficavam privadas da constituição de nova família através de casamento. (2000, p. 236)

E trilhando este caminho árduo, porém com algumas vitórias, a união estável foi elevada à categoria de entidade familiar.

Para Noemia Alvees Fardin: “Sendo atualmente protegida com entidade familiar, a expressão união estável atribui à companheira ou ao companheiro os mesmos direitos decorrentes do casamento, praticamente”. (1995, p. 106)

Nesse viés, conclui a autora:

A indenização por serviços prestados já não é mais cabível, pois aos casados não é admitido que, ao dissolverem a sociedade conjugal, além da partilha dos bens havidos na constância do casamento, ainda haja indenização por prestação de serviços. A mútua assistência é requisito fundamental à existência de uma entidade familiar. (1995, p. 106)

Por tratar-se a união estável de entidade familiar, surgiu mais um ponto polêmico, isto é, teria, a Constituição Federal, de 1988, equiparado a união estável ao casamento?

Observam Francisco J. Cahali e Giselda Maria F. N. Hironaka:

A polêmica travada na doutrina e na jurisprudência pode ser resumida na aferição da exata exegese do texto constitucional. Teria ou não havido equiparação da união estável ao casamento? Haveria necessidade de regulamentação através de legislação ordinária, ou a norma constitucional é auto-aplicável? (2000, p. 237)

Caso houvesse a equiparação da união estável ao casamento, qual seria o regime de bens dos conviventes?

Segundo Silvio Rodrigues:

Com a inovação introduzida pela Constituição Federal, orientação isolada e vencida jurisprudência nos tribunais estaduais pretenderam, por força do art. 226, § 3º, equiparar totalmente a união estável ao casamento, onde, o regime de bens entre eles passaria a ser o da comunhão parcial, independentemente de qualquer comprovação de esforço comum na aquisição dos bens. (2003, p. 295)

Vê-se que não foi esta a intenção do legislador, onde manteve as duas espécies de

entidade familiar, conforme conclui Silvio Rodrigues:

Prevaleceu, entretanto, no que se refere aos efeitos patrimoniais da relação, o tratamento diferenciado para essas duas espécies de constituição de família, com a subsistência da aplicação da Súmula 380, com maior flexibilidade na aferição do esforço comum [...], embora se rejeitando, por decisões mais recentes, o deferimento de indenização à companheira nas hipóteses de inexistência de bens a partilhar. (2003, p. 295)

Desta forma, o artigo 226, § 3º da Constituição Federal não é auto-aplicável, devendo, pois, ser regulamentado por lei posterior, logo, com respeito ao direito sucessório, segundo Francisco José Cahali e Giselda Maria F. N. Hironaka:

[...] a posição predominante tem se orientado no sentido de que não houve a equiparação da união estável ao casamento, e, pois, não se conferiu ao companheiro, pelo só texto constitucional, a vocação hereditária diante do falecimento do outro, como se casado fosse. (2000, p. 238)

Neste contexto, Silvio Rodrigues admite haver necessidade de lei específica para a regulamentação da união estável e conclui:

Sempre entendi que a atribuição ao status da entidade familiar abriu para o legislador ordinário as portas para uma legislação nova, inclusive, talvez, com estabelecimento da presunção de serem comuns os bens adquiridos na vigência do concubinato. Felizmente essas dúvidas quanto aos efeitos da união estável foram superadas com a edição das Leis nº 8971/94 e 9278/96, [...]. (2003, p. 304)

Com a edição destas novas leis, várias controvérsias, com relação aos efeitos da união estável, foram dirimidas, tais como, o direito sucessório entre os companheiros.

3.2.1.1 Lei nº 8971 de 29 de dezembro de 1994

Esta regulamentou a união estável, como também, introduziu o direito sucessório dos conviventes em nosso ordenamento jurídico.

Art. 1º A companheira de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5478, de 25 de junho de 1968, enquanto não constituir a nova união e desde que prove necessidade.

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

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

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

sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Ao analisar a lei em estudo, vê-se que fora instituído o direito sucessório entre os companheiros, desde que preenchidos os requisitos nela previsto, isto é, que sejam desimpedidos (solteiros, separado judicialmente, divorciado ou viúvo), desde que mantida a união, pelo menos há 5 anos ou que possuam filhos em comum.

É o que afirma Arnaldo Wald: “[...] o companheiro (ou a companheira), nas mesmas condições previstas no art. 1º, sob diversas formas, conforme haja ou não descendentes e ascendentes do *de cuius*” (2002, p. 249)

Então, observados os requisitos expressos na lei, o companheiro estará apto à sucessão de seu companheiro falecido. É o que explica Silvio Rodrigues:

No que concerne aos direito sucessórios de um companheiro, em caso de morte de seu consorte, a lei contempla várias hipóteses, e em duas delas se inspira diretamente na regra do § 1º do art. 1611 do Código Civil, na forma que lhe deu o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4121/62). (2003, p. 305)

Em comentário ao referido artigo da lei em estudo, Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque Pizzolante ratificam a análise supramencionada:

[...] para a regulamentação do direito de sucessão outorgado aos companheiros, considerações semelhantes às referentes ao cônjuge supérstite, em nosso Código Civil, em seu art. 1611 e parágrafos. É certo que, considerada a união estável como entidade familiar protegida por lei, não poderia o legislador conferir-lhe direitos diferentes, nesse ponto, dos concedidos à família pelo casamento, sob pena de criar um casamento de segunda classe, o que seria inaceitável. (1999, p. 82)

Comparando neste caso, o companheiro sobrevivente ao cônjuge supérstite, passa aquele a herdar como se viúvo fosse, é o que determina Arnaldo Wald:

[...] havendo descendentes ou ascendentes, o companheiro (ou companheira) herda como se fosse cônjuge viúvo quando o regime do casamento não é o da comunhão universal, pois os dois primeiros incisos do art. 2º da Lei nº 8971, de 29-12-1994, correspondem ao § 1º do art. 1611 do CC. [...] (2002, p. 249, 250)

Face esta comparação, transcreve-se o parágrafo primeiro do artigo 1611 do Código Civil de 1916, *in verbis*:

Parágrafo 1º - O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*.

Assim sendo, segundo Silvio Rodrigues: “A primeira hipótese é a de o companheiro morrer deixando descendência. A lei atribui ao sobrevivente o usufruto de um quarto de todo o patrimônio do pré-morto (art. 1º, I)”. (2003, p. 305).

Logo, vê-se que o companheiro sobrevivente, fará jus à quarta parte do patrimônio de seu companheiro falecido, porém, desde que, aquele não constitua nova união.

Por outro lado, o herdeiro legítimo teria seu patrimônio indisponível, pelo fato de

um quarto do mesmo estar em usufruto, em favor do companheiro sobrevivente.

Francisco Eduardo e Albuquerque Pizzolante, salientam que:

Absurdo apenas igual ao constituído pela verdadeira partilha do patrimônio de vivo em abertura de sucessão de seu companheiro, como ocorreria se fosse aberta a sucessão sem prévia partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos companheiros, o que seria lastimavelmente cabível pela aplicação literal da lei (1999, p. 83)

Ante esta advertência dos nobres autores, vê-se que, primeiramente, deve ser protegida a meação do companheiro supérstite, quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e posteriormente, dar seguimento à partilha dos bens deixados pelo autor da herança.

A segunda hipótese, assim determinada por Sílvio Rodrigues: “[...] é a de o falecido não deixar descendentes, mas só ascendentes; nesse caso, o sobrevivente terá direito ao usufruto da metade do patrimônio do pré-morto” (2003, p. 305).

Nesse caso, o companheiro supérstite terá o direito a usufruto da metade do patrimônio do falecido, sendo que, os ascendentes deste não poderão dispor da metade do patrimônio a que fazem jus.

Arnoldo Wald, conclui que:

No caso, a lei se refere à distribuição dos bens entre companheiro (ou companheira) e tão somente os filhos do *de cuius*, sendo que a interpretação sistemática nos leva a concluir que o legislador se referiu, na realidade, aos descendentes de qualquer grau (filhos, netos, ou bisnetos). (2002, p. 250)

Na opinião de Francisco Eduardo e Albuquerque Pizzolante:

Conduz, ainda, a literalidade do texto à criação de herdeiros de primeira e segunda classes, quais sejam, os ascendentes, que herdariam metade dos bens do falecido, e os descendentes, comuns ou não, que herdariam três quartas partes do relativo monte-mor (1999, p. 83)

Nesse viés, para os autores supracitados, haverá uma distinção entre os herdeiros do autor da herança, pois, conforme nos indica a lei em comento, os descendentes herdaram mais do que os ascendentes, visto que, se o legislador seguisse, a ordem de vocação hereditária isto não aconteceria.

Segundo Silvo Rodrigues, para alguns autores, o legislador não foi claro o suficiente, pois não determinou o que aconteceria, caso o companheiro sobrevivente viesse a se casar com outra pessoa, o que ocorreria com o usufruto:

Se a resposta seguir o texto gramatical da lei, tal usufruto só se extinguirá se o beneficiário constituir nova união, e não se contrair casamento. Essa interpretação, entretanto, parece-me inexata, pois a meu ver a palavra “união”, utilizada pelo legislador, abrange também o casamento. Isso porque o § 3º do artigo 226 da Constituição, ao reconhecer a união estável como entidade familiar declara que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento. Ora o legislador

seria contraditório se na constituição se incentivasse o casamento e na lei ordinária o desencorajasse, condenando o sobrevivente, nesse caso, à perda de um usufruto, caso contraísse matrimônio. (2003, p. 305)

Quanto ao inciso terceiro do artigo 2º da lei em estudo, Noemia Alves Fardin assim, interpreta:

O inciso III atribui àquele que sobreviver, na falta descendentes ou ascendentes, a totalidade da herança, não fazendo menção somente aos bens adquiridos após a constituição da união, mas mencionando toda herança. Portanto, também abrange aqueles bens já existentes mesmo anteriormente ao início da relação. (1995, O. 134)

Para a autora, a lei foi obscura, pois não especificou se ao companheiro sobrevivente caberá a totalidade dos bens do autor da herança, isto é, os que já haviam sido adquiridos antes da união estável, ou se a totalidade dos bens adquiridos após a união estável.

Segundo os autores Francisco Eduardo e Albuquerque Pizzolante, no referido dispositivo determina:

[...] o ingresso do companheiro (não se sabe, porém, se antes ou depois da partilha da meação, que também não resta evidenciada) na ordem de vocação hereditária em terceira colocação, depois somente dos descendentes e ascendente, e local, portanto, anteriormente destinado ao cônjuge supérstite. Observa-se, porém, que tal entendimento é fruto de uma construção sistemática, e não expresso em texto de lei, que determina situações e lógica e inaplicáveis. (1999, p. 84)

Neste caso, o companheiro está em par, de igualdade, ao cônjuge sobrevivente, na qual este figura na vocação hereditária prevista no Código Civil, em terceiro lugar.

Assim, Arnaldo Wald, mantém o mesmo pensamento:

Inspirando-se na ordem sucessória também estabelecida pela nossa lei civil, o companheiro (ou a companheira) passa a receber a totalidade da herança quando o *de cujus* não tiver descendentes nem ascendentes, figurado assim em terceiro lugar na vocação hereditária, ocupando a posição que o Código Civil reconhece ao cônjuge (arts. 1603, III e 1611) (2002, p. 79)

Uma outra preocupação para nosso ilustre doutrinador Silvio Rodrigues é quanto esta terceira hipótese, em que o companheiro sobrevivente recebe a totalidade da herança, mesmo deixando colaterais, pois segundo o autor:

Uma preocupação que me assalta, nesse caso, é a de saber se a pessoa, em questão, poderá livremente testar. Digamos que, as vésperas de sua morte, um dos concubinos queira dispor de todo o seu patrimônio em favor de um irmão, ou de terceiro, ou mesmo instituir herdeira uma fundação. O testamento frustra a perspectiva do companheiro, que até a véspera, tinha expectativa de fazer seu aquele acervo. (2002, p. 305)

Devido à capacidade do autor da herança dispor de seus bens em testamento, vê-se a possibilidade do companheiro supérstite garantir apenas a sua meação, devido a constituição do patrimônio ter sido durante a união estável, ou adquirido com esforço comum, pois este, não é herdeiro necessário daquele.

Assim conclui Silvio Rodrigues:

[...] o companheiro não poderia ser considerado herdeiro necessário, permitindo, pois, a livre disposição do patrimônio, pelo titular, para após a sua morte, respeitada apenas a parcela destinada ao sobrevivente em razão de sua meação ou esforço comum, [...]. (2003, p.305, 306).

O terceiro artigo da Lei 9871/94, em comento, assim dispõe:

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

Ao analisar este artigo vê-se que os bens resultaram de atividades de ambos os companheiros, diferente de esforço comum de ambos, neste sentido Silvio Rodrigues também ratifica este pensamento:

O dispositivo em análise [...] declara que o sobrevivo terá direito a metade dos bens deixados pelo autor de herança se resultarem de atividade em que haja colaboração do companheiro. (2003, p. 306).

Para o referido autor há diferença na interpretação da lei atual em relação a interpretação da Súmula 380 do STF. Senão vejamos:

No caso da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal requer-se, para partilharem-se bens, a prova de que eles foram adquiridos pelo esforço comum de ambos; no texto da nova lei verifica-se que a metade dos bens do pré-morto é deferida ao companheiro sobrevivente, desde que demonstre que colaborou na atividade que gerou aquele patrimônio. (2003, p. 306)

Na nova lei há de se comprovar a colaboração do companheiro sobrevivente, na atividade que proporcionou o patrimônio, objeto da herança do *de cuius*.

Para Arnaldo Wald, quando há a sociedade de fato (bens adquiridos com esforço comum) ou quando há a colaboração para formar o patrimônio do falecido por parte do companheiro supérstite: “[...] equipara-se o companheiro ao cônjuge casado sob o regime da comunhão universal, pois recebe a metade dos bens da herança, com a única diferença de não lhe caber mais o direito de habitação previsto pelo art. 1611, § 2º, do CC”. (2002, p. 250).

Tem o mesmo entendimento, o nobre doutrinador Silvio Rodrigues, o qual transcrevo:

Realmente, ao regular o direito sucessório dos companheiros, estendendo-lhes o que o art. 1611 do Código Civil de 1916 (com a redação da Lei n. 4121/62) reconhecia aos cônjuges, o legislador não repetiu as ressalvas e limitações que os dois parágrafos do citado art. 1611 apresentavam, especialmente quanto ao regime de bens. (2003, p. 117)

Quanto à forma de colaboração do companheiro, para aquisição do patrimônio deixado pelo autor da herança, Noemia Alves Fardin tem outra interpretação:

Evidente que a forma de colaboração não está especificada nesta lei, cabendo a

comprovação ser de formas diversas, seja na manutenção do lar, como a própria jurisprudência vem admitindo, ou no trabalho laboral, ou até mesmo com a contribuição imaterial, quando comprovado o estímulo e o apoio moral. (1995, p. 134)

Logo, vê-se que há outras interpretações à lei em estudo, pois esta não foi de toda esclarecedora, apresentando em alguns pontos lacunas que, deverão ser solucionadas através da doutrina e jurisprudência.

Ainda, no interpretar da lei, quanto à participação do companheiro, no patrimônio arduo durante a sociedade de fato, Arnoldo Wald nos explica:

Não nos parece que, no particular, o legislador tenha sido muito feliz, pois poderia ter deixado ao arbítrio do juiz a fixação da participação do companheiro (ou da companheira), em virtude das circunstâncias de fato, não tratando igualmente pessoas cujo tempo de convivência ou cuja participação na formação do patrimônio comum pudesse ser de dimensões muito diversas. (2002, p. 250)

Neste sentido, a jurisprudência já havia decidido pelo grau de participação, colaboração e efetividade do companheiro supérstite ao *de cujus* quando da obtenção do patrimônio por ele deixado.

Faz-se saber, que o companheiro sobrevivente, somente fará *jus* ao direito sucessório de seu companheiro falecido, se na ocasião do óbito, a união estável ainda existia. É o que nos adverte Arnoldo Wald:

Caso contrário, poderíamos inclusive ter várias concubinas pleiteando os direitos hereditários do mesmo companheiro, por terem tido, cada uma, união estável com o *de cujus* por mais de cinco anos, ou da qual tenha surgido prole comum, em fases diversas da vida da pessoa que faleceu. (2002, p.251)

Neste sentido, nos explica melhor, Rainer Czajkowski:

Ainda um detalhe importante: parceiro tem direito de usufruto e está incluído na ordem de vocação hereditária, nos termos do art. 2º da Lei 8971, se existe união estável no momento do falecimento. Estes direitos sucessórios existem para o parceiro que, como tal, sobrevive à morte do outro. Ex-parceiro, de união extinta antes da morte, não os tem. Pode ter pretensões patrimoniais contra o espólio de outra natureza, mas não é herdeiro, nem titular do usufruto. Como não há, ou não precisa haver, ato formal dissolvendo a união estável antes do falecimento a qualidade de parceiro do *de cujus*, pode implicar em alguma dificuldade probatória. (1997, p. 146)

Fica assim determinado que para haver partilha dos bens do *de cujus* ao companheiro sobrevivente, a morte daquele, tenha ocorrido durante a união estável.

Esta Lei, de certa forma, alcançou o direito sucessório dos companheiros, porém, vê-se haver necessidade da regulamentação do § 3º do art. 226, da Constituição Federal, pois, a doutrina e a jurisprudência adequaram a interpretação da mesma.

3.2.1.2 Lei nº 9278 de 10 de maio de 1996

Em virtude de algumas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a respeito da união estável, que, agora, fora reconhecida como entidade familiar, e posteriormente regulamentada pela Lei nº. 8971/94, onde se instituiu o direito sucessório dos conviventes tendo sido este um grande passo a favor de nossa sociedade, porém, apresentou-se de forma limitada, devido o conceito de união estável nela inserido, deixando assim, a desejar, por ter sido admitidos de forma mais ampla pelos nossos tribunais e operadores do direito, atingindo um número maior de conviventes.

Arnoldo Wald nos passa esta realidade com estes dizeres:

A nova legislação, embora tecnicamente imperfeita e discutível, representou importante passo do legislador ordinário para complementar e pôr em execução norma constitucional, cabendo à jurisprudência e à doutrina aprimorar o texto, sedimentando as interpretações as mais adequadas. (2002, p. 251)

Foi respaldado em nossa jurisprudência e em nossa doutrina que o legislador editou nova Lei, a de número 9278, em 10 de maio de 1996, com o objetivo de, segundo Arnoldo Wald: “[...] completar um verdadeiro estatuto da entidade familiar, sem todavia revogar expressamente a Lei n. 8971, de 29-12-1994, dando margem a interpretações divergentes”. (2002, p. 251, 252)

Vejamos então o que dispõe a Lei nº 8271/96.

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

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

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

Ao observar o artigo primeiro da lei, vê-se que não será mais necessário para a caracterização da união estável, o prazo de cinco anos ou a existência de prole em comum, pois, para tanto, basta que esta seja duradoura e contínua.

Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque Pizzolante, em análise à lei em estudo, assim procedem:

[...] Mantém, neste item, acertadamente, os necessários elementos da constância, da seriedade, da convivência *more uxório* e da *affectio maritalis* para a caracterização da relação, impossibilitando o absurdo entendimento de que o simples nascimento de um filho poderia legar a seus pais o status de companheiros, [...] Não estabelece a presente lei o prazo de duração da união

estável para que assim se possa considerá-la, comungando com o entendimento do exame caso a caso dessa variante, [...]. (1999, p. 87)

Entende-se que, a nova lei é mais aberta, abrangendo todos os tipos de união, desde que seja duradoura e contínua, com o intuito de formar uma família.

Silvio Rodrigues nos alerta:

Mister observar que o legislador abandonou a idéia objetiva de ligação por cinco anos, para usar os termos “duradouro” e “contínuo”. É óbvio que admitiu o concubinato adúltero, de duração indefinida, deixando ao arbítrio do juiz decidir se se caracteriza, ou não, a união estável, por os conviventes terem ou não, por objetivo a constituição de família. (2002, p. 307)

Dessa forma, se o falecido era casado e separado de fato da esposa, e mantinha uma união estável, a companheira fará jus ao direito sucessório do *de cujus*.

E observando o artigo sétimo da referida lei, Silvio de Salvo Venosa afirma:

[...] é perfeitamente aceitável concluir que o direito de habitação pode também ser deferido ao companheiro sobrevivente, ainda que o falecido tenha morrido no estado de casado, mas separado de fato. A lei não restringiu, não podendo a interpretação restringir. (2003, p. 117).

Ainda sobre o direito real de habitação, Rainer Czajkowski nos explica: “[...] direito real de habitação em benefício do parceiro sobrevivente, existe mesmo se o parceiro falecido for casado e consolidadamente separado de fato do antigo cônjuge”. (1997, p. 147)

Logo, vê-se que o companheiro possui os mesmos direitos do cônjuge sobrevivente quando casado sob o regime de comunhão de bens, previsto no art. 1611, § 2º do Código Civil de 1916, e assim, Arnoldo Wald conclui:

No caso da sociedade de fato ou da colaboração na formação do patrimônio do falecido, o companheiro, ou a companheira, equiparam-se ao cônjuge casado sob o regime da comunhão universal, pois recebe a metade dos bens da herança, inclusive tendo direito real de habitação em relação ao imóvel que servia para residência da família, desde que não constitua nova união ou casamento [...]. (2002, p. 80)

Silvio de Salvo Venosa nos ensina que:

Em sede de união estável, o direito de habitação, na lei especial, apresenta-se de forma mais ampla, pois no casamento, no regime do Código anterior, está restrito aos enlacs sob o regime da comunhão universal, afora o fato de tratar-se de imóvel destinado à residência da família e o único bem dessa natureza a inventariar. (2003, p. 116)

Porém, no caso de união estável, não há restrições aos conviventes, dada a falta de regime de bens entre eles, proporcionando-lhes um benefício maior, pois os casados só farão *jus* aquele benefício se, estiverem, sob o regime de comunhão de bens. Já aqueles que estiverem submetidos a outro regime, não terão este direito reconhecido.

Rainer Czajkiwski estabelece que:

Este direito real de habitação incide, tão-só e necessariamente, sobre o imóvel destinado à residência da família. [...] o parceiro que, ao morrer, deixa imóvel

residencial onde sua companheira habita com os filhos, destinou o bem para moradia da família. (1997, p. 147)

Prevê ainda o autor:

Incide o direito de habitação mesmo que o falecido lá não vivesse, morasse em outro lugar. Quando não há filhos, a questão parece mais delicada, mas orienta-se pela mesma solução. A família informal surge pela estabilidade da união, e não pelos filhos; por isso o art. 1º fala em <<objetivo de constituição de família>>, e não na presença daqueles. (1997, p. 147)

Logo, conclui-se que, mesmo que o falecido não tenha deixado filho comum com a companheira sobrevivente, mas tinha um imóvel destinado à residência, esta terá direito real de habitação sobre aquele imóvel.

Determina, ainda, Silvio de Salvo Venosa:

Em qualquer situação, temos de considerar que o direito real de habitação é atribuído unicamente ao imóvel destinado à residência do casal, sendo o único bem dessa natureza. Levemos em conta que se trata do imóvel destinado na maioria das vezes à moradia da mulher, que lá reside com os filhos. Importa verificar no caso concreto a destinação do imóvel. (2003, p. 117)

Portanto, vale ratificar que o imóvel é usado para moradia da família, isto é, do casal, mesmo que um deles não passe a maior parte do tempo lá, pois não é obrigatório que, vivam sob o mesmo teto, com os filhos ou não. Prevalece *affectio maritalis*.

Veja agora o artigo quinto da Lei nº 9278/96 *in verbis*:

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

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

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

O artigo ora transcrito, traz claramente que, há uma presunção de pertencerem a ambos os bens adquiridos onerosamente, durante a união estável, pois em seu parágrafo primeiro, expressa que, cessa a presunção, quando estes bens forem adquiridos com o produto de bens adquiridos anteriormente.

Segundo Silvio Rodrigues: “[...] A ausência, até a nova lei, de regra a respeito gerou grande debate na jurisprudência para saber como e quando fazer a partilha”. (2003, p.307)

Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque Pizzolante têm este entendimento:

[...] o mencionado dispositivo determina a presunção legal de que os bens adquiridos na constância da união estável o foram pelo esforço comum dos conviventes, passando, portanto, a pertencer a ambos, em partes iguais, em condomínio. Tal entendimento legal visa, sem embargo, facilitar as dissoluções patrimoniais das sociedades de fato, cujas participações efetivas dos conviventes,

consoantes o entendimento da Súmula 380 e da apuradas, o que representava um óbice desnecessário ao regular prosseguimento dos efeitos, bem como outorgava às sociedades familiares reconhecidas geradas por uniões estáveis um cunho negocial e societário que elas não poderiam possuir. (1999, p. 90)

Portanto, para os autores supra mencionados, com o novo ordenamento jurídico, onde passou a presumir que, os bens adquiridos onerosamente, na constância da união estável pertenciam a ambos, em partes iguais, isto é, cada qual com sua meação, tornou-se mais justo, como acontece no casamento sob o regime de comunhão de bens. Quando aplicada à referida Súmula 380 do STF, onde os bens serão divididos conforme a contribuição de cada companheiro, vê-se então, na opinião dos autores, um fundo de comércio, esquecendo-se todo o afeto, o carinho, a cumplicidade de ambos na aquisição do patrimônio.

Rainer Czajkowski, nos explica:

[...] A pretensão patrimonial fundada na presunção, surge com a ruptura, por morte ou desentendimento. Durante a convivência há conflito, porque o patrimônio é administrado como sendo comum. Se os parceiros decidem dividi-lo, amigavelmente é dividido. Surgindo conflito sobre a administração ou a divisão dos bens, que chegue ao judiciário, desmoronou a convivência. [...] Caracterizada a estabilidade da relação – e não há critério objetivo de tempo para defini-la – se houver conflito sobre os bens, ou morte, é impossível incidir a presunção. (1997, p. 117)

Desta forma, caracterizada a união estável, com intuito de constituição de família, onde há também, a formação de patrimônio, adquiridos onerosamente durante esta união, presume-se comum. E a partir do momento que surge a necessidade de dividi-lo, seja por vontade de ambos, por ter acabado a união, ou por morte de um deles divide-se igualmente.

Ao analisar o artigo em epígrafe, Silvio de Salvo Venosa conclui:

[...] com a divisão da meação coloca-se termo ao estado de indivisão do patrimônio comum. A situação descrita agora na lei assemelha-se ao teor da Súmula 380 do Superior Tribunal Federal. Na aplicação da Súmula, os julgadores foram paulatinamente se posicionando no sentido de que a divisão deveria ser proporcional ao esforço comprovado e não simplesmente dividir-se o patrimônio à metade. Essa solução continua possível em sede de transação, com interessados maiores e capazes. (2003, p. 118)

Se os conviventes desejarem poderão de comum acordo, determinar a administração dos bens de forma diferente daquela estabelecida na lei em estudo, ou seja, pelo sistema de condomínio, para tanto, deverá ser firmado em contrato escrito, como nos ensina Rainer Czajkowski: “A estipulação contrária em contrato escrito, feita pelos parceiros, afasta a presunção relativa de condomínio. [...] Este contrato pode ser prévio ou superveniente, parcial ou total”. (1997, p. 118)

Portanto, se os parceiros não quiserem ver seus bens administrados como se houvesse condomínio, deverão determinar a administração daqueles, em contrato escrito.

Segundo Silvio Rodrigues:

A presunção trazida por esse dispositivo é relativa, pois ela cessa em duas hipóteses a saber: se a aquisição ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união (art. 5º, § 1º). Trata-se do princípio de sub-rogação real, segundo qual a coisa entra no lugar do preço e o preço em lugar da coisa, [...]. Segunda hipótese: a prescrição cessa se houver estipulação contrária em contrato escrito. (2003, p. 307)

Para Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque Pizzolante, há a presunção legal *juris tantum* prevista no “*caput*” do referido artigo, porém, a exceção a esta presunção está disciplinada em seu parágrafo primeiro. Aqui transcrevo o entendimento de ambos:

[...] seu § 1º estabelece a oportunidade em que se dará a exceção a essa regra, como, aliás, verifica-se na hipótese de casamento com comunhão parcial de bens,[...]. Na hipótese de aquisição do bem na constância da união estável, por seu caráter de entidade familiar, e pelo atual aspecto conceitual de família que não resta dissociado da ampla colaboração econômica de seus componentes, evidentemente a presunção legal, *juris tantum*, verifica-se no sentido de estabelecer o condomínio do patrimônio adquirido; com maior razão, comprovada aquisição do bem por meio do deslocamento econômico verificado no patrimônio de apenas um dos conviventes, por meio do produto de bens que incluam sua propriedade anteriormente à união, não se deve se falar em divisão patrimonial. (1997, p. 90, 91)

Então, verificado que a aquisição de um bem, durante a união estável, foi proporcionada pelo produto da venda de um outro bem de propriedade de um dos conviventes, porém, adquirido antes de estabelecida a união, não recairá a presunção prevista na lei. O bem adquirido continuará a pertencer a um só dos conviventes.

Rainer Czajkowski comunga deste entendimento: “[...] O patrimônio já existente nas mãos de cada um, ao início, não é abrangido pela presunção, e se com o produto destes bens preexistente adquirirem-se outros, na constância da união, a presunção também não incide (art. 5º, § 1º)”. (1997, p. 118)

Para o autor, a presunção é relativa:

[...], não porque admita prova em contrário, ou inverta o ônus da prova. É relativa porque não se refere a todos os bens dos parceiros, e porque pode ser afastada por contrato escrito. Prova em contrário seria demonstrar que a aquisição se deu por trabalho exclusivo de um, sem colaboração do outro. Esta prova não se admite. Se um dos parceiros demanda contra o outro, com pretensão patrimonial fundada no art. 5º, óbvio que não contratou com ele afastando a presunção. [...] Se fez, pode ter outras pretensões contra o ex-parceiro, mas não com fundamento neste art. 5º. Pode, ainda, ter contratado parcialmente afastando a presunção, e demandar pela aplicação da presunção sobre outros bens não atingidos pelo contrato. (1997, p. 118)

Silvio Rodrigues nos fala sobre a veracidade do contrato escrito realizado entre os

companheiros, determinando sobre os bens adquiridos durante a união estável, como também, a declaração de exclusividade do bem no próprio registro do imóvel. São estas as palavras do autor:

Para dar sentido ao dispositivo vigente parece-me que no instrumento de aquisição de um bem, subscrito pelos dois conviventes, dever-se-á declarar que o bem em causa não se comunicará ao outro companheiro, remanescendo de exclusiva propriedade do adquirente. Também, não há como negar eficácia a instrumento (público ou particular, genérico ou específico), firmado pelos companheiros, auto-regulamentando os efeitos patrimoniais da relação. (2003, p. 308)

Conclui, assim, Arnaldo Wald quanto à situação dos companheiros, frente as duas leis que sobrevieram à Constituição de 1988, regulamentando a união estável, agora como entidade familiar:

[...] o companheiro sobrevivente independentemente de prazo de duração da união estável, mas, desde que comprovada sua durabilidade e sua estabilidade, é meeiro, em relação aos bens adquiridos onerosamente na sua vigência, exerce o direito de habitação sobre o imóvel residencial, *ex vi* da lei n. 9278/96, e recebe, em usufruto, parte do patrimônio, se concorrer com descendentes ou ascendentes do *de cujus*, ou a totalidade da herança, se não houver, parentes em linha reta do falecido, conforme determinação da Lei n. 8971/94. (2002, p.

Aqui ficou demonstrada a posição da união estável, após a entrada em vigor das duas leis específicas que a regulamenta, e Rainer Czajkowski nos ilustra com o seguinte exemplo:

Se falece o parceiro da união estável, sem estar no estado de casado (separado do antigo cônjuge), pode haver um entrelaçamento entre o direito sucessório de usufruto (Lei 8971) e o de habitação (Lei 9278). Quando o imóvel destinado à residência da família é o único desta natureza no espólio, incide o direito de habitação sobre todo ele, como é evidente. A expressão econômica deste direito, neste caso, é maior do que o usufruto da quarta parte ou da metade dos bens. Se ao contrário, o patrimônio é maior, formado por diversos bens, inclusive residenciais, o usufruto da quarta parte ou da metade dos bens é mais abrangente do que o direito de habitação. É de prudência elementar, então, que se faça incidir o usufruto sobre um imóvel residencial destinado (ou destinável) à moradia da família, além de sobre outros bens. (1997, p. 148)

Na realidade, aqui prevalece o efeito sucessório que tem mais amplitude, usufruto, alcançando inclusive o outro instituto, isto é o direito real de habitação.

Desta forma, vê-se que a Lei 9278/96 não revogou a Lei 8971/94 e neste viés, Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque Pizzolante nos ratificam:

[...] a Lei n° 9278/96, não tendo regulamentado de forma completa a união estável (qual seja, não tendo estabelecido qualquer regime sucessório para os companheiros), não derogou a Lei n° 8971/94 nesse item, de que não trata, objetiva e completamente temporário do companheiro supérstite sobre o imóvel residencial da família. (1999, p. 92)

Concluem ainda os autores:

Evidentemente, a disposição ora estudada não pretende traçar quadro sucessório para a união estável, senão estabelecer um direito real limitado em situações predeterminadas, e em imóvel único, já estabelecido. Dessa forma, o sistema

sucessório da união estável permanece regulamentado pelos dispositivos da Lei nº 8971/94. (1999, p. 92)

Mais uma vez, ficou demonstrado que a lei de 1996 não derogou a lei de 1994, ao contrário, a duas estão em vigência, pois, no que a lei posterior não divergiu da anterior, esta continua vigorando.

Francisco José Cahali e Giselda Maria F. N. Hironaka determinam que:

[...] o cônjuge ou companheiro sobrevivente, terá direito real de habitação, quanto ao imóvel comum (em razão do regime da comunhão universal, parcial, condomínio nos aquestos), destinado à residência da família. Terão igualmente usufruto sobre parte dos bens do falecido, se a vantagem patrimonial decorrente de meação ou de benefício testamentário, não superarem o conteúdo econômico do “*legado ex lege*”. (2000, p. 244)

Ainda, se admite outros reflexos sucessórios entre os companheiros, assim, de acordo com o estabelecido por Rainer Czajkowski: “Além destes direitos sucessórios, o usufruto, a habitação e inclusão na ordem de vocação hereditária, existem ainda outros reflexos sucessórios importantes entre parceiros de união estável, e que se manifestam no âmbito do inventário”. (1997, p. 148)

Declaram os autores Francisco J. Cahali e Giselda Maria F. N. Hironaka com referência ao casamento e a união estável:

A posição do companheiro no direito sucessório, equipara-se pois, à do cônjuge. Porém, a forma de exercer o direito não pode ser a mesma. O cônjuge, munido do título identificando sua qualidade de herdeiro, representado pela certidão de casamento, ingressa diretamente no processo de inventário invocando a sua qualidade, e aí discute seus direitos. Já o companheiro, não possui um título, pois sua qualidade advém de uma situação de fato prolongada. Assim, o caminho a exercer seus direitos é variável, conforme as circunstâncias. (2000, p. 244)

Por sua vez, Rainer Czajkowski nos ensina que:

Se o parceiro sobrevivente está na posse e administração dos bens do espólio, incumbe-lhe requerer a abertura do inventário (art. 987 do Código de Processo Civil). Como presumivelmente possui bens em comum, que podem estar no nome do falecido (art. 5º da Lei 9278), e pelo menos potencialmente pode ser herdeiro do falecido, o parceiro sobrevivente também tem esta legitimidade por força do art. 988, II e VI do Estatuto processual. Principalmente a legitimidade advém do fato de ter formado, com o(a) falecido(a) uma entidade familiar, o que pelo menos para este efeito, o habilita também pelo inciso I do mesmo dispositivo. Por iguais fundamentos pode ser nomeado inventariante (ar. 990 de Código de Processo Civil). (1997, p. 149)

Aqui, ficaram demonstrados outros direitos do parceiro sobrevivente, com relação ao inventário do companheiro falecido, podendo aquele ser nomeado inventariante, ou requerer a abertura do inventário, ou poderá ainda ser herdeiro do falecido, conforme o caso concreto.

Observam ainda, os autores Francisco José Cahali e Giselda Maira F. N. Hironaka:

Se todos os herdeiros forem maiores e concorrerem com a habilitação do companheiro, admite-se a intervenção direta no processo de inventário. Existindo menores ou incapazes, ou ainda, na hipótese de ser contestada a existência de união estável, em princípio a questão caracteriza-se como de alta indagação, fugindo ao âmbito restrito do inventário, sendo necessário o ingresso de ação própria objetivando o reconhecimento da união estável e os direitos daí decorrentes. (2000, p.244).

Então, quando for necessário provar a existência da união estável, esta deverá ser feita em processo separado, por via ordinária, fora do âmbito do inventário.

No entanto, para Rainer Czajkowski, a principal alteração introduzida pelas leis 9278 e 8971 no âmbito do inventário:

[...] é a pretensão patrimonial do parceiro sobrevivente, sobre parte ou sobre a totalidade dos bens em nome do *de cujus*, é consequência de uma presunção relativa de condomínio e de uma expectativa de herdar, se faltarem descendentes e ascendentes. Isto nem sempre vai exigir prévia definição em ação própria, como a jurisprudência até aqui vinha entendendo. São questões de direito ou que podem ser provadas por documentos, não implicando necessariamente na remessa aos meios ordinários, prevista no art. 984 do Código Processual. (1997, p. 149)

Haverá casos que, serão resolvidos por vias ordinárias, porém, o art.1001, do Código de Processo Civil, assegurará a reserva de bens, onde será resguardada a eficácia da decisão que poderá vir em favor do parceiro.

Após análise das Leis nº. 8971/94 e 9278/96 Francisco Eduardo O. Pires e seu colega Albuquerque Pizzolante declaram:

Pouco ou nada restou acertado pelo disposto no presente artigo, visto que ainda não logrou nenhuma das duas leis que regulam o assunto a possibilidade de criar um sistema unitário e razoável para a transmissão efetiva da herança do companheiro falecido, posto que, como resta comprovado pelo próprio texto legal pertinente à matéria, não se torna o companheiro subsistente herdeiro dos bens do *de cujus*, e tampouco resta clara a matéria no concernente à partilha referente à meação. [...] a sucessão dos conviventes ainda é matéria bastante controversa em nosso sistema de Direito Civil, posto não haver ainda ser detalhado satisfatoriamente pelos textos legais extravagantes acerca dessas possibilidades. (1999, p. 91)

Ante esta declaração, vê-se que estas duas leis ainda não foram suficientes para regulamentar o direito sucessório dos companheiros, sendo ainda necessário regulamentação mais clara e específica a este respeito.

3.3 A UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO SUCESSÓRIO NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE

A união estável foi tutelada em nosso Código Civil, fazendo *jus*, assim, aos anseios da sociedade, vindo a consolidar a jurisprudência e a doutrina, apesar de ter

lacunas a serem preenchidas, conforme veremos adiante.

Silvio Rodrigues ratifica esta afirmativa:

O Código Civil de 2002, nos arts. 1723 a 1726, regula a união estável, indicando os elementos que a caracterizam, os impedimentos para a sua constituição, os deveres dos companheiros e o regime das relações patrimoniais entre eles. Pode-se afirmar que o Código Civil tratou satisfatoriamente do assunto, aproveitando as conquistas e avanços já incorporados ao nosso direito positivo, prevendo outras situações, aproveitando as lições da doutrina e jurisprudência, [...] (2002, p. 117)

O direito sucessório dos conviventes já havia sido admitido na Lei nº 8971/94, e fora mantido em nosso ordenamento, ora vigente, no artigo 1790 *in verbis*:

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

I- se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota 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.

Analisando este artigo, Silvio Rodrigues nos diz:

‘Diante desse surpreendente preceito, redigido de forma inequívoca, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe, em qualquer caso, aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável’. (2002, p. 117)

Esta afirmativa é ratificada por Silvio de Salvo Venosa que nos explica:

O artigo dispõe que o companheiro ou companheira receberá os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Em primeiro lugar, há, portanto, que se definir, no caso concreto, quais os bens que foram adquiridos dessa forma durante a união e quais os bens que serão excluídos dessa divisão. (2003, p. 119)

Quanto a esta disposição, o artigo ora em comento é de fácil compreensão, pois bastas verificar quais bens foram adquiridos onerosamente durante a união estável. Silvio Rodrigues nos explica:

[...] a sucessão dos companheiros só é admitida quanto aos bens que foram adquiridos onerosamente durante o tempo da convivência. Sendo assim, se durante a união estável, dos companheiros não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o *de cuius* tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes de constituir união estável. (2002, p. 118)

Logo, caso um dos parceiros adquirira bens antes de constituir união estável, o parceiro sobrevivente não o herdará e nem terá direito à meação sobre eles.

Silvio de Salvo Venosa nos lembra:

[...] que o art. 1725 do novo Código permite que os companheiros regulem suas relações patrimoniais por contrato escrito. Na ausência desse documento, aplicar-se-á, no que couber, como estampa a lei, o regime da comunhão parcial de bens.

Pois bem: havendo contrato na união estável que adote outro sistema patrimonial, é de perguntar se esse regime terá repercussão no direito sucessório. O legislador deveria ter previsto a hipótese, mas, perante sua omissão, a resposta deverá ser negativa. (2003, p. 119)

Como expôs o nobre doutrinador, não há como o contrato escrito que dispõe sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, repercutir no direito sucessório do companheiro supérstite, pois o legislador nada dispôs sobre esta possibilidade. Prossegue ainda o autor supramencionado:

Não há que se levar em conta que o contrato escrito entre os conviventes tenha o mesmo valor jurídico de um pacto antenupcial, o qual obrigatoriamente segue regras estabelecidas de forma e de registro. Desse modo, [...], o convivente somente poderá ser aquinhoadado com patrimônio mais amplo do que aquele ali definido por meio de testamento. O contrato escrito que define eventual regime patrimonial entre os companheiros não pode substituir o testamento. (2003, p. 119)

Então, havendo contrato escrito que disponha a respeito dos bens adquiridos onerosamente, durante a união estável, só poderá versar sobre a administração desses bens, não influenciando no direito sucessório dos conviventes, que deverá seguir as regras do artigo 1790 do Código Civil vigente, ou disposição, testamentária.

Segundo Maria Helena Diniz:

O patrimônio dos conviventes (CC, arts. 1536, 1727 e 1723, § 1º) rege-se pelo princípio da liberdade (CC, arts. 1725, 1658 a 1666), pois se não houver convenção escrita sobre o patrimônio a ser seguida durante a união estável prevalecerá entre eles o regime de comunhão parcial. Morto um deles, o seu patrimônio será inventariado, dele retirando a meação do convivente, alusiva aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, que não se transmite aos herdeiros. (2003, p. 116)

Dissolvida a união estável, por morte ou por rompimento da vida em comum, partilham-se os bens, por eles adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Silvio de Salvo Venosa nos adverte:

[...] Existe entre eles também uma meação decorrente dessa sociedade de fato. Aqui, sim, tal como no casamento, o convivente sobrevivente terá direito à metade dos bens adquiridos na constância da convivência, além da quota ou porção hereditária que é tratada nos incisos do art. 1790. [...] Portanto, morto um dos conviventes, o sobrevivente, terá direito, além da meação, também à porção hereditária. (2003, p. 119, 120)

Portanto, falecendo um dos companheiros, o sobrevivente terá direito à meação dos bens adquiridos onerosamente, por eles e quanto à outra metade, será dividida entre ele e seus herdeiros. Assim nos ensina Maria Helena Diniz:

Em relação à outra metade (herança) daqueles bens deverá concorrer com descendentes, ascendentes e colaterais até 4º grau. Não havendo parentes sucessíveis receberá a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente durante a união estável e, ainda aos demais bens, inclusive, particulares do *de cuius*, que não irão ao município, Distrito Federal ou à

União, por força do dispositivo no art. 1840, 1ª parte, do Código Civil. (2003, p. 116 e 117)

Nesse viés, o companheiro sobrevivente herdará todo o patrimônio do *de cujus*, quando este não tiver descendentes, ascendentes, colaterais até 4º grau, ou caso os tenha, os mesmos tenham renunciado à herança.

Passamos, então, a analisar os incisos do respectivo artigo. Segundo Silvio Rodrigues:

O inciso I decide que se o companheiro sobrevivente concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Mas, para que se cumpra o estatuído no caput do dispositivo, o companheiro terá direito a uma quota equivalente à do filho comum nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. (2002, p. 118)

Para Silvio de Salvo Venosa, a herança é dividida em partes iguais, assim estabelecido por ele: ‘De acordo com o inciso I, se o convivente concorrer com filhos comuns, deverá receber a mesma porção hereditária cabente a seus filhos. Divide-se a herança em partes iguais, incluindo o convivente sobrevivente’. (2003, p.121)

Quanto à interpretação deste inciso, o nobre doutrinador supracitado, assim procede:

Inexplicável que o dispositivo diga que essa quota será igual à que cabe ‘por lei’ aos filhos. Não há herança que possa ser atribuída sem lei que o permita. Como, no entanto, não deve ser vista palavra inútil na lei, poder-se-ia elocubrar que o legislador estaria garantindo a mesma quota dos filhos na sucessão legítima ao companheiro, ainda que estes recebessem diversamente por testamento. Essa conclusão levaria o sobrevivente à condição de herdeiro necessário. A nosso ver, parece que essa interpretação nunca esteve na intenção do legislador e constitui uma premissa falsa. (2003, p. 121)

Logo, desta forma, o companheiro, somente fará *jus* ao que couber ao filho do *de cujus*, ou seja, se possuírem três filhos, a herança será dividida por quatro, recebendo todos partes iguais, por cabeça.

Giselda Maria F. N. Hironaka, entende que o legislador: ‘Deu, portanto, tratamento preferencial ao convivente sobrevivente, quando se trata de concorrência com filhos comuns a ele e ao morto’. (2003, p. 58)

Para a autora, o legislador quis privilegiar o convivente que possui filho comum com o *de cujus* e conclui:

No que diz respeito à sucessão do convivente, em concorrência com os herdeiros de primeira vocação, isto é, os descendentes, observa-se que o legislador civil atual pretendeu, efetivamente, dar tratamento diverso a essa sucessão concorrente, aplicando distintas imposições matemáticas se os descendentes fossem filhos do convivente supérstite e do convivente falecido, ou se, por outro lado, fossem descendentes exclusivos do autor da herança (incisos I e II do art. 1790 NCC, respectivamente) fazendo-o herdar a mesma porção deferida aos

filhos comuns e metade da porção cabível aos descendentes exclusivos do *de cuius*. (2003, p. 58)

Agora, passa-se a analisar o inciso segundo do referido artigo em comento.

Segundo Silvio Rodrigues:

O inciso II prevê o caso de o companheiro sobrevivente concorrer com descendentes só do autor da herança, resolvendo que tocará ao dito companheiro metade do que couber a cada um daqueles. Entenda-se: metade do que couber ao descendente nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, como prevê o caput do art. 1790. (2002, p. 118)

Portanto, quando o falecido deixa filhos exclusivos (somente dele), o companheiro supérstite herdará a metade do que couber ao filho do *de cuius*, sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Silvio de Salvo Venosa nos afirma que:

‘Na forma do inciso II do art. 1790, se o convivente concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles. Atribui-se, portanto, peso 1 à porção do convivente e peso 2 à do filho do falecido ou falecida para ser efetuada a divisão da partilha’ (2003, p. 121)

Ante as condições delimitadas nos incisos ora estudados, vê-se que o legislador não previu que o convivente supérstite poderá concorrer com filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança, concomitantemente.

Neste caso, nos adverte Giselda Maria F. N. Hironaka:

[...] infelizmente, e mais uma vez, não previu, o legislador, a tormentosa hipótese de serem herdeiros do falecido, pessoas que guardem relação de parentesco (filiação) com o sobrevivente, em concorrência com outras que sejam parentes apenas dele, autor da herança. [...] Não há, na nova Lei Civil, uma disposição que regulamente esta situação híbrida quanto à condição dos filhos do falecido (comuns e exclusivos), com os quais deva concorrer o convivente supérstite. (2003, p. 59)

Para Silvio de Salvo Venosa, quando um operador do direito se deparar com esta situação, a solução é a seguinte:

[...] dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão deflui da junção dos dois incisos, pois não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários. Trata-se, porém, de mais um ponto obscuro entre tantos na lei. (2003, p. 121)

Havendo a junção dos dois incisos e aplicando apenas o que se refere ao inciso I, conclui Giselda Maria F. N. Hironaka:

Por esta via, a divisão patrimonial obedeceria à simples regra de igualar os filhos de ambos os grupos, tratando-os como se fossem filhos comuns à ambos os conviventes.

Certamente não pode prosperar essa solução simplista, pois se, por um lado, trata de manter iguais as quotas hereditárias atribuídas aos filhos (de qualquer grupo), conforme determina o art. 1839 do Código, por outro lado, fere na essência o espírito do legislador do Código Civil, que quis dar tratamento diferenciado às hipóteses de com os descendentes do *de cuius* de um ou de outro

grupo (comuns ou exclusivos) [...] o convivente sobrevivente acabaria por ser privilegiado, na medida em que participaria da herança recebendo parte absoluta equivalente às quotas atribuíveis aos descendentes de qualquer grupo. (2003, p. 61)

Portanto, não haveria necessidade do legislador fazer tais distinções, no caso de concorrer com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança, e ao final dar-lhes partes iguais.

Agora, vê-se a possibilidade de aplicar-se, apenas, o inciso segundo do artigo 1790 do Código Civil, segundo a autora supracitada:

Da mesma forma como se cuidou de refutar a proposta anterior, também aqui, por via dessa divisão patrimonial, chegar-se-ia à mesma conclusão, vale dizer, o espírito do legislador do Código Civil restaria magoado, tendo em vista a inobservância da diferença que quis dar às hipóteses de concorrência do convivente sobrevivo com os descendentes do *de cujus* de um ou de outro grupos (comuns ou exclusivos). (2003, p. 61)

Conclui ainda da autora: “[...] privilegiar-se-iam os filhos em detrimento do convivente sobrevivo, que seria tido, sob todos os aspectos, como não ascendentes, de nenhum dos herdeiros, recebendo, então, apenas a metade do que aqueles herdariam”. (2003, p. 61)

Se for feita uma composição dos incisos I e II devendo ser atribuído ao convivente sobrevivente uma quota e meia, para Giselda Maria F. N. Hironaka, a divisão da herança dar-se-ia da seguinte forma:

[...] somar-se-ia o número total de filhos comuns e de filhos exclusivos do autor da herança, acrescentar-se-ia, mais um e meio (uma quota deferida ao convivente sobrevivente, no caso de concorrência com filhos exclusivos do falecido), dividindo-se, depois, a herança por esse número obtido, entregando-se quotas de valores iguais aos filhos (comuns e exclusivo), o que atenderia ao comando de caráter constitucional do art. 1834 do Código Civil. [...] e uma quota e meia ao convivente sobrevivente, o que atenderia aos comandos dos incisos I e II do art. 1790. (2003, p. 61, 62)

Esta parece uma solução plausível, onde, dar-se-ia a partilha dentro das regras estabelecidas no Código Civil, porém, para a autora, também não atenderia o determinado pelo legislador, e nos explica:

[...] se esta for a solução buscada, onde residiria, dentro dela, aquele princípio que norteou o espírito do legislador, ao dar diferentes variáveis de concorrência do convivente sobrevivo com descendentes de um e de outro grupo (comuns ou exclusivos)? [...] o que se vê das quotas hereditárias e partilháveis entre os filhos todos é que efetivamente elas são iguais, mas a quantia que se abateu da herança, para compor a quota do convivente concorrente, foi retirada do monte-mor a todos eles idealmente atribuível, sem atentar para a diferença entre os filhos, [...] diminuindo, igualmente, o quinhão de cada um deles, [...]. (2003)

Nesse viés, vê-se que o convivente supérstite irá receber uma quota hereditária, maior que aquela deferida ao herdeiro concorrente, e assim, conclui a referida autora:

Na melhor das hipóteses (inciso I), o legislador pensou em igualar o quinhão do convivente sobrevivente ao quinhão do herdeiro, desde que fosse filho seu e do autor da herança, mas nunca pensou em privilegiar o convivente com quota maior do que a deferida ao herdeiro. (2003, p. 63)

Observa-se, ainda, mais uma maneira de partilhar os bens do *de cuius*, através de uma composição dos dois incisos (I e II). Vejamos o que nos explica Giselda Maria F.N. Hironaka:

[...] composição dos incisos I e II pela subdivisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo, [...] primeiro se dividiria a herança a ser partilhada entre filhos comuns e filhos exclusivos em duas partes (sub-herança) proporcionais, cada uma delas, ao número de filhos de um ou de outro grupo. A seguir se introduziria, em cada uma dessas sub-heranças, a concorrência do convivente, conforme a determinação do inciso I ou do inciso II do art. 1790, respectivamente. Depois disso, somar-se-iam as quotas do convivente supérstite – obtidas em cada uma dessas sub-heranças – formando o quinhão a ele cabível. Aos filhos herdeiros caberiam a quota que houvesse resultado da aplicação das regras legais em cada uma das sub-heranças, conforme proposto. (2003, p. 63)

Com esta proposta, vê-se que haveria desproporção entre as quotas hereditárias dos filhos comuns e exclusivos, o que irá ofender o disposto no artigo 1834 do Código Civil. Para a autora:

Quinhões desiguais equivalem, entretanto, ao desatendimento do art. 1834 do Código Civil, dispositivo de caráter constitucional. [...] se aplicado o critério matemático aqui desenhado, o resultado obtido ao final de uma partilha seria um resultado absolutamente dissociado, não apenas do espírito do legislador de 2002, mas também da principiologia constitucional de fundo. (2003, p. 64)

Dando continuidade a análise dos incisos do artigo 1790 do Código Civil, Silvio Rodrigues, assim procede, quanto ao terceiro:

O inciso II afirma que se o companheiro sobrevivente concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. Como os descendentes do falecido já foram mencionados nos incisos I e II, os “outros parentes sucessíveis”, de que cogita o inciso III, são os ascendentes e os colaterais até quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos tios-avós e sobrinhos-neto do *de cuius*). (2002, p. 118)

Silvio de Salvo Venosa ratifica: “[...] no inciso III dispõe a lei que, se o convivente sobrevivente concorrer com outros parentes sucessíveis, isto é, colaterais até quarto grau, terá direito a um terço da herança, [...]”. (2002, p. 121)

Portanto, quando a lei se refere, neste caso, com outros parentes sucessíveis, está se referindo aos ascendentes ou aos colaterais, quando aqueles não mais existirem.

Silvio Rodrigues nos esclarece:

A lei não distinguiu, de forma que na concorrência com esses outros parentes sucessíveis, seja um ascendente do *de cuius*, seja um primo ou um tio-avô do falecido, o companheiro receberá a mesma quota: um terço da herança. Não de toda a herança, pois, insisto, a matéria está presa, vinculada, e tem de ser compreendida diante do comando do caput do artigo 1790: a sucessão dos companheiros limita-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. (2003, p. 118, 119)

Então, para o ilustre doutrinador, o parceiro sobrevivente terá direito somente a um terço dos bens adquiridos onerosamente, na constância da união estável deixado por seu parceiro falecido.

Giselda Maria F. N. Hironaka nos ensina que:

[...] o convivente, quando concorrer com o pai e a mãe do defunto, amealhará a terça parte da herança, tal qual o cônjuge sobrevivente. Mas, por outro lado, se concorrer apenas com um dos genitores ou com os ascendentes de parentesco mais distante, como avós ou bisavós, continuará herdando um terço da metade do monte partível, ao passo que o cônjuge em igual posição seria deferida a metade do acervo hereditário. (2003, p. 65, 66).

Daí, nota-se a diferença de tratamento entre cônjuge sobrevivente e companheiro sobrevivente, onde aquele tem posição mais privilegiada que este.

Nesse viés, Giselda Maria F.N. Hironaka nos demonstra esta discrepância:

[...] o acervo hereditário em relação ao qual o convivente é chamado a herdar permanece exatamente o mesmo acervo ao qual concorreria, na hipótese de existirem descendentes do falecido. No caso de a união ser materializada, no entanto, esse acervo se amplia, uma vez que o legislador deixou de fazer a ressalva relativa à origem de bens e ao regime de bens do casamento. No caso do convivente, no entanto, continua este herdando exclusivamente os bens comuns, adquiridos na constância da união, bens em relação aos quais é, também, meeiro. (2003, p. 65)

Nota-se, também, que não há distinção entre os ascendentes, vindo o companheiro sobrevivente a herdar um terço da herança do *de cuius*, em concorrência com qualquer ascendente, ignorando desta forma a classe que pertença..

Giselda Maria F. N. Hironaka entende que:

Ora, entre os ascendentes e os colaterais há uma verdadeira hierarquia traçada pela lei, segundo a qual a existência daqueles afastada da sucessão qualquer destes. [...] o inciso III do art. 1790 trata de duas classes de vocação hereditária: a segunda, composta pelos ascendentes, em concorrência com o convivente sobrevivo e a terceira, composta pelos colaterais até o quarto grau e o convivente. (2003, p. 65)

Aqui, também, fica registrada a insatisfação de Silvio Rodrigues, quanto à posição do convivente supérstite, na vocação hereditária inferior a do colateral, deferida pelo legislador:

Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada

e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu publicamente, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que tão digna quanto uma família fundada no casamento. (2003, p. 119)

Maria Helena Diniz nos esclarece:

A relação matrimonial na seara sucessória prevalece sobre a estabelecida pela união estável, pois o convivente sobrevivente não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios outorgados ao cônjuge supérstite. Não poderia ter tratamento privilegiado, porque a disciplina legal da união estável tem natureza tutelar, por um fato cada vez mais freqüente entre nós. Dá-se uma solução humana ao amparar o convivente após o óbito do companheiro, presumindo-se sua colaboração na formação do patrimônio do autor da herança. (2003, p. 117)

Ficou, assim, demonstrado que, o companheiro supérstite participará da herança do companheiro falecido, dada a presunção de ambos terem adquirido o patrimônio.

Mais uma vez, Giselda Maria F. N. Hironaka, salienta, a disparidade que há na presente lei, quanto ao tratamento dispensado ao convivente supérstite em comparação com o cônjuge supérstite:

Não existindo herdeiros que apareçam exclusivamente na primeira, nem na segunda das classes de vocação hereditária, permanecem chamados a adquirir mortis causa o cônjuge ou o convivente supérstite. No entanto, enquanto aquele adquire sozinho a totalidade da legítima, e da herança não disposta em testamento, este permanece chamado a receber apenas um terço da herança, deferindo-se o restante do monte-mor aos parentes colaterais do *de cuius* até quarto grau. (2003, p. 66)

Então, para a autora, o legislador não respeitou aquela ordem de vocação hereditária determinada no artigo 1829 do Código Civil, pois pela lógica, o companheiro supérstite, deveria ocupar o mesmo lugar (na ordem de vocação hereditária) deferida ao cônjuge sobrevivente.

Segundo Silvio Rodrigues: ‘O correto, como já fazia a Lei 8971/94, art. III, teria sido colocar o companheiro sobrevivente à frente dos colaterais, na sucessão do *de cuius*’. (2002, p. 119)

Portanto, houve um retrocesso na lei vigente, pois ao companheiro supérstite já havia sido deferido um lugar melhor na ordem hereditária, em lei anterior, em que só concorria com os descendentes e ascendentes, quando em concorrência com colaterais (irmãos, tios, sobrinhos, primos).

Nesse viés, Silvio de Salvo Venosa declara:

Note que existe um retrocesso na amplitude dos direitos hereditários dos companheiros no Código Civil de 2002, pois segundo a lei referida, não havendo descendentes ou ascendentes do convivente morto, o companheiro sobrevivo, recolheria toda a herança. No sistema implantado pelo art. 1790 do novo Código, havendo colaterais sucessíveis, o convivente apenas terá direito a um terço da herança, por força do inciso III. (2003, p. 120)

Quanto ao inciso IV do artigo 1790 do Código Civil, segundo Silvio de Salvo Venosa: ‘Na ausência de descendentes, ascendentes, colaterais, o convivente terá direito à totalidade da herança’. (2003, p. 122)

Ao deferimento da totalidade da herança ao convivente supérstite, Silvio Rodrigues nos alerta:

Finalmente, o inciso IV do art. 1790, enuncia que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança. Entende-se, porém, da herança que ele está autorizado a recolher: bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. (2002, p. 119)

Continua afirmando o autor, que o companheiro supérstite somente recolherá a totalidade da herança, referente ao patrimônio adquirido onerosamente na constância da união estável.

Carlos Roberto Gonçalves apresenta um resumo do direito sucessório dos conviventes, agora previsto em nosso ordenamento jurídico:

Observa-se que o dispositivo faz distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descenderem somente do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros e nem o inclui no rol dos herdeiros necessários; concorre com um terço também com os colaterais e só é chamado a recolher a totalidade da herança na falta destes. (2003, p.33)

Ficou assim, demonstrado o direito sucessório dos conviventes, sob o Código Civil atual, porém, a Lei 9278/96 atribuiu ao companheiro supérstite o direito real de habitação, aqui lembrado por Silvio de Salvo Venosa:

[...] a lei 9278/96 estabeleceu em seu art. 7º, o direito real de habitação quando dissolvida a união estável pela morte de um dos companheiros, direito que perduraria enquanto vivesse ou não constituísse o sobrevivente, nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Somos da opinião de que é perfeitamente defensável a manutenção desse direito no sistema do Código de 2002. (2003, p. 120, 121)

No entanto, o legislador não fez menção a este instituto no Código Civil vigente.

Maria Helena Diniz, assim, observa:

[...] o companheiro sobrevivente, por força da Lei 9278/96, art. 7º, parágrafo único, e, analogicamente, pelo disposto nos arts. 1831 do CC e 6º da CF, Também terá direito real de habitação, enquanto vier ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família; mas pelo Código Civil tal direito só é deferido ao cônjuge sobrevivente. Diante da omissão do Código Civil, o art. 7º parágrafo único daquela Lei estaria vigente por ser norma especial. (2003, p. 117)

Então, fica sub entendido que o Código Civil não revogou a lei 9278/96, estando esta ainda em vigor, e, por conseguinte, o instituto do direito real de habitação.

Segundo Silvio Salvo Venosa:

Esse direito foi incluído na referida lei em parágrafo único de artigo relativo à assistência material recíproca entre os conviventes. A manutenção do direito de habitação no imóvel residencial do casal atende às necessidades de amparo do sobrevivente, como um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos. Esse direito mostra-se em paralelo ao mesmo direito atribuído ao cônjuge pelo novo Código no art. 1831. Não somente essa disposição persiste na lei, como também, a nosso ver, a conceituação do art. 5º, que diz respeito aos bens móveis e imóveis que passam a pertencer aos conviventes no curso da união estável. De qualquer forma, a situação desses positivos é dúbia e trará incontáveis discussões doutrinárias. (2003, p. 56)

Logo, para o autor, o artigo sétimo, parágrafo único da lei 9278/96 ainda está em vigor, não tendo sido revogado pelo Código Civil atual.

Nesse viés, Giselda Maria F. N. Hironaka afirma que:

Não estabelece o Código Civil atual o direito real de habitação previsto pela Lei n. 9278/96, devendo-se, por isso, e em analogia com a situação garantida ao cônjuge e autorizada pela Constituição Federal, ter o dispositivo do art. 7º, parágrafo único, desta lei como não revogado. (2003, p.56)

Na opinião de Silvio Rodrigues, quanto ao fato do direito real de habitação não ter sido mencionado pelo legislador do Código Civil atual, houve um retrocesso, conforme nos explica:

O direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, que a legislação anterior conferia ao companheiro sobrevivente, não foi mencionado no Código Civil, com relação à união estável, o que significa outro recuo. Porém, como o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, foi previsto em lei especial [...], e como esse benefício não é incompatível com qualquer artigo do novo Código Civil, uma corrente poderá argumentar que ele não foi revogado, e subsiste. Em contrapartida, poderá surgir opinião afirmando que o aludido art. 7º parágrafo único, da Lei 9278/96 foi revogado pelo Código Civil, por ter este, no art. 1790, regulado inteiramente a sucessão entre companheiros, e, portanto, não houve omissão quanto ao aludido direito real de habitação, mas silêncio eloqüente do legislador. (2002, p. 119)

Ficou, assim, demonstrado que, quanto ao direito hereditário dos conviventes, o Código Civil deixou a desejar, pois, na opinião de Silvio Rodrigues:

[...] o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão. (2002, p. 119)

Giselda Maria F. N. Hironaka nos afirma que: “A doutrina recente já havia criticado essa disparidade de tratamento entre cônjuge e convivente, no que diz respeito à posição de cada um na ordem preferencial dos chamados a herdar”. (2003, p. 57)

Belmiro Pedro Welter, ratifica a posição dos ilustres doutrinadores supracitados, pois o direito sucessório em nosso Código Civil, deixou a desejar:

Vê-se que a sucessão do convivente limita-se aos bens adquiridos, onerosamente,

na vigência da entidade familiar e de forma diversa da outorgada aos cônjuges. [...] Todavia, não posso deixar de anotar a flagrante inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, cujo entendimento também está hospedado na doutrina, de um modo geral, em que é dito que esse artigo merece censura e severa crítica, porque é deficiente e falho, em relação à Lei nº 8971/94, em que o companheiro ocupa, na ordem de vocação hereditária, lugar igual ao do cônjuge sobrevivente (art. 2º da aludida lei) e, com o Código Civil de 2002, passa a ocupar um lugar abaixo dos colaterais, embora tenha direito a um terço da herança nesta hipótese. (2003, p. 216)

Vê-se, mais uma vez, a insatisfação dos doutrinadores, quanto ao fato de o Código Atual não ter admitido todas as vantagens conquistadas anteriormente nas leis específicas, proporcionando ao convivente supérstite uma posição mais significativa na ordem de vocação hereditária, pois já tinha alcançado o direito de permanecer no mesmo lugar do cônjuge sobrevivente.

Zeno Veloso a respeito do Código Civil vigente conclui que:

[...] o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até 4º grau do de cujus. [...] Sem dúvida, neste ponto o CC. não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem se apresenta em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbe de destruir a obra legislativa que não seguiu os ditames do seu tempo, que não obedeceu às indicações da história e da civilização. (2001, p. 236, 237)

Deixa claro o autor, que a jurisprudência e doutrina irão seguir outro caminho, retificando o aludido inciso quarto do artigo 1790 do Código Civil.

Para Giselda Maria F. N. Hironaka, em comentário ao Código Civil vigente, assim determinou:

Assim como melhorou a posição do cônjuge sobrevivente, naquilo que respeita aos problemas de ordem sucessória, nas previsões do novo Código Civil, ampliando-se os direitos que lhes assistem, era de esperar que o convivente supérstite tivesse sua condição privilegiada, relativamente àquela condição anteriormente descrita, e tivesse garantida a igualdade de direitos relativamente ao cônjuge sobrevivente, fazendo-se, assim, valer o dizer constitucional em sua amplitude. Todavia, não foi isso que aconteceu. (2003, p. 55)

Mais uma vez, a família informal, embora tenha sido reconhecida como entidade familiar, foi preterida à família legalizada, vinda do matrimônio, pois, segundo Zeno Veloso:

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas às famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais. (2001, p.237)

Nesse viés, o autor adverte sobre a inconstitucionalidade do referido artigo 1790.

Assim, conclui Giselda Maria F.N. Hironaka: “Torna-se necessária, indiscutivelmente, uma minuciosa análise acerca da ordem de vocação hereditária legal instituída para hipótese de falecimento de um convivente”. (2003, p. 58)

Ante as alegações apresentadas por nossos autores, vê-se a necessidade de retificação do artigo 1790 *caput* e seus incisos , pois o mesmo não expressou a realidade, vindo inclusive a ferir preceitos constitucionais.Tais retificações terão conseqüências jurídicas e diretas na análise do juiz e do representante do ministério público em uma ação de inventário e arrolamento sumário em que a companheira ou o companheiro seja o inventariante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se neste estudo que, após a gradual evolução histórica da união estável, que perdurou muitas décadas, onde houve constante busca pelo seu reconhecimento, primeiramente, pela sociedade, para adquirirem respeito e *status* de família, depois pela justiça, através de julgados que culminaram em jurisprudências e por último, pelos nossos legisladores, editando leis e por fim codificando-as, garantindo o direito dos companheiros, em especial, o direito sucessório, objeto deste trabalho.

Foi através da jurisprudência que se deu o primeiro passo para o direito sucessório dos companheiros, quando foi reconhecida a companheira supérstite como dependente, recebendo pensão de origem previdenciária. Esta conquista foi muito importante, pois a companheira supérstite, que conviveu e se dedicou ao seu companheiro até o fim de seus dias, agora fora amparada, pois há casos em que ela se dedica única e exclusivamente para o lar, ficando completamente desprotegida, sem condições de sobreviver.

Com o passar dos anos, foram adquiridos outros direitos. Através da Lei nº 8971/94, foi instituído o direito sucessório entre os conviventes. Essa lei garantiu ao companheiro supérstite, o usufruto dos bens do falecido, isto é, se concorrer com filhos, comuns ou exclusivos, do autor da herança, terá direito ao usufruto de um quarto dos bens do *de cuius*; se concorrer com ascendentes terá direito ao usufruto de metade dos bens do *de cuius*, e só irá herdar a totalidade da herança, caso não haja herdeiros sucessíveis. Assim sendo, o companheiro veio a ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.

A Lei 9278/96, trouxe aos companheiros o direito real de habitação, ou seja, enquanto o companheiro supérstite não constituir nova união ou casamento, este permanecerá no imóvel destinado à residência da família.

O Código Civil atual, em seu artigo 1790, inciso quarto, determina que o companheiro supérstite recolherá a totalidade da herança, quando não mais existirem parentes sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau, colocando-os no quarto lugar da ordem de vocação hereditária, pois, o legislador, já havia determinado nos incisos primeiro, segundo e terceiro do mesmo artigo, a concorrência com os descendentes e ascendentes.

Neste sentido, os doutrinadores ressaltaram, em determinada situação, um retrocesso por parte do legislador, pois o mesmo, colocou os companheiros em

desvantagem na ordem de vocação hereditária, em comparação ao cônjuge supérstite. Além do mais, a união estável é também, uma entidade familiar e a lei anterior (Lei nº 8971/94), havia concedido ao convivente, o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Portanto, a legislação vigente, não abrangeu todos os direitos, de certa forma, adquiridos em leis específicas, anteriores ao Código Civil vigente.

Quanto às disposições contidas nos incisos primeiro e segundo do artigo 1790, do Código Civil, onde o legislador faz referências aos filhos comuns, determinando que o companheiro supérstite receba parte igual àquela, destinada a ele e em seguida, no inciso segundo, faz referência ao filho exclusivo do autor da herança, determinando que o companheiro supérstite, quando concorrer com este, receba metade do que lhe couber, vê-se uma discriminação a respeito da filiação, o que é totalmente inconstitucional, pois todos são iguais, logo, o filho comum do *de cuius* terá que receber o mesmo que um filho exclusivo do *de cuius*. Além do mais, não previu o legislador, no caso de concorrer filhos comuns e exclusivos do autor da herança. Caso isto aconteça, a maioria dos doutrinadores, autorizam a divisão da herança em partes iguais, inclusive ao companheiro supérstite, seguindo os ditames constitucionais do princípio da igualdade de todos os filhos.

Vê-se portanto, que o artigo supra citado, que trata do direito sucessório dos companheiros, fere um preceito constitucional devendo ser retificado pelo legislador, ou os doutrinadores e a jurisprudência terão que adaptar a uma nova interpretação.

Temos ainda a necessidade de ressaltar que, os direitos sucessórios dos companheiros serão somente, sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, salvo testamento em contrário. Logo, em regra, impôs-se uma limitação no direito sucessório dos companheiros, pois os mesmos só terão direito à herança, sobre os bens adquiridos onerosamente, no período de vigência da união estável.

Nota-se também, que o legislador se omitiu em falar sobre o usufruto e o direito real de habitação, sobre todos os bens e sobre o imóvel destinado à residência da família, respectivamente.

Existe uma corrente que afirma estar este direito em vigência, pois as leis anteriores (nº 8971 e 9278/96), não foram revogadas, no que se refere aos artigos que não contrariam os ditames do Código Civil, vigente. Permitindo, deste modo, ao companheiro supérstite, o direito ao usufruto dos bens deixados pelo *de cuius*, como também, ao direito

a usar o imóvel destinado à residência da família (direito real de habitação), já que o dever do Estado é proteger essa entidade familiar reconhecida, legalmente, como união estável.

Concluo portanto, que de um modo geral, o Código Civil vigente absorveu todos os direitos dos conviventes pré-estabelecidos, adquiridos através da jurisprudência e das leis específicas, mas, deixou a desejar, quanto ao direito sucessório. Quanto a este último, o código civilista vigente, apresentou um recuo, tendo reduzido, em determinadas hipóteses, o direito já conquistado, depois de reiteradas decisões, avanços da doutrina e leis específicas.

Voltamos a confirmar, portanto, que o Código Civil atual no que trata dos direitos sucessórios dos companheiros, deverá ser retificado, fazendo prevalecer todas àquelas conquistas aqui demonstradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 19.

BRUM, Jandir Mauricio. Concubinato. Doutrina, Jurisprudência, Modelos de Petição. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1994.

CAHALI, Francisco José. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Curso Avançado de Direito Civil. Direito das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 6.

CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CHAVES, Antônio. Tratado de Direito Civil. Direito de Família. 2ª 3d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, v. 5.

CZAIJKOWSKI, Rainer. União Livre à Luz da Lei 8971/94 e da Lei 9278/96. 1ª ed. Curitiba, PR: Juruá Editora, 1999.

DIAS, Adahil Lourenço. A Concubina no Direito Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 5.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 18ª ed. São Paulo: 2002, v. 5.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6.

DINIZ, Maira Helena. Código Civil anotado. 8ª ED. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARDIN, Noemia Alves. Aspectos sociojurídicos da união estável. 3ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1995.

FIUZA, Ricardo. Código Civil Comentado 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de Família. Sinopse Jurídica. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Sucessões. Sinopse Jurídica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Do Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.

LISBOA, Roberto Senise. Direito de Família e das Sucessões. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de Família. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de Família. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2.

OLIVEIRA, Basílio de. O Concubinato e a Constituição Atual. 3ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. Francisco José Ferreira Muniz. Curso de Direito de Família. 4ª ed. Curitiba/PR: Juruá, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião. Fundamentos Constitucionais do Direito de Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

PEDROTTI, Irineu Antonio. Concubinato. União Estável. 4ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito. 1999.

PIRES, Francisco Eduardo Orcioli. Albuquerque Pizzolante. União Estável no Sistema Jurídico Brasileiro. São Paulo: 1999.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 6.

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

SOARES, Orlando. União Estável. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THEODORO JUNIOR, Curso de Direito Processual Civil. Humberto. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. II

VIANA, Marco Aurélio Silva. Da União Estável. São Paulo: Saraiva, 1999.

VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos Companheiros. Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direito das Sucessões. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 7.

WALD, Arnoldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. O Novo Direito de Família. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WALD, Arnoldo. Curso de direito civil Brasileiro. Direito das Sucessões. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. Estatuto da União Estável. 2ª ed. Porto Alegre/RS: Síntese, 2003.