

# A sucessão entre os conviventes com o Código Civil de 2002

**Prof. Ms. Rodrigo Rios Faria de Oliveira**  
Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais  
Mestre em Direito Civil

## RESUMO

O presente trabalho visa tornar, de uma maneira fácil e prática, a compreensão sobre a União Estável, ao longo da história, até a entrada em vigor do novo Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Abordaremos as questões conceituais do concubinato e da união estável, buscando as raízes históricas desse fato social. Veremos as questões relacionadas aos seus integrantes, os necessários requisitos para a sua caracterização e as formas de extinção da relação. Após abordarmos toda a parte histórica da união estável, passando pelos seus primórdios, pelas legislações infraconstitucionais e pela própria Constituição Federal de 1988, entraremos no campo que envolve o direito sucessório entre os participantes dessa união, de modo a oferecer um quadro comparativo de como era tratada a questão antes da vigência da nova lei e como será ou poderá ser o tratamento após. Procuraremos, assim, demonstrar, frente a uma aparente valorização da união estável dentro do novo Código Civil, que houve um enorme retrocesso aos direitos sucessórios dos conviventes, os quais encontravam-se assegurados nas legislações anteriores.

Palavras Chave: União Estável, Concubinato, Convivente, Sucessão

## ABSTRACT

The actual project to make, in a practical and easy way, the comprehension about Stable Matrimonial Union, during historical periods until the legal validation of the new Brazilian Civil Code on January 10<sup>th</sup>, 2002. We are going to approach the conceptual matters of the concubinage and stable matrimonial union, searching the historical roots of these social facts. We are going to be talking about the matters related to its integrants, the necessary requirements for its characterization and the extinction forms of the relationship. After that we are approaching the stable matrimonial union historical aspects, going through its beginning, through the infraconstitutional legislations and the 1988 Federal Constitution itself, we will go through succession law among the members of this kind of marriage, this we can offer a comparative chart of how the matter was treated before the new law and how it can turn to be after that. We will try, this way, to show, facing an apparent valorization of the stable matrimonial union in the new civil code, that there has been a huge backing of the rights of the members of this kind of marriage for their succession rights, which were secure in old laws.

Key Words: Stable Matrimonial Union, Concubinage, Partner, Succession.

## Introdução

Todos sabemos que a família surgida através do casamento é o núcleo essencial de uma sociedade, mas não podemos deixar de reconhecer que há um número cada vez maior de pessoas que optam por uma união livre, fazendo, assim, surgir a família natural.

A união estável, com a Constituição de 1988 teve o seu reconhecimento como entidade familiar, retirando-lhe, portanto, a pecha de clandestinidade.

Desde então, e por meio da legislação ordinária, as Leis 8.971/94 e 9.278/96, e, agora, com sua inclusão no Código Civil, agregou-se o instituto com o ideal constitucional.

Na antiguidade, a união familiar livre entre homem e mulher, de qualquer estado civil, constituía uma realidade sócio-familiar das mais antigas da humanidade.

Na Grécia antiga, grande foi o desenvolvimento do concubinato, o qual gozava de uma situação legal publicamente reconhecida.

Na evolução do Direito Romano, o instituto ganha direitos, ou seja, de uma união que não gerava conseqüências jurídicas passa, por meio da Lei Julia de Adulteriis, a garantir direitos aos concubinos.

A partir da Idade Média, a Igreja com o seu poder espiritual começou a interferir de forma decisiva nos institutos familiares. A Igreja Católica combateu fortemente o concubinato, tendo sido condenado no Concílio de Trento.

Portugal, como país católico, tornou obrigatórias em todas as suas colônias, as normas do Concílio de Trento relativas ao casamento, que foram introduzidas mais tarde nas Ordenações Filipinas e que vigoraram entre nós até a promulgação do Código Civil de 1916.

O Código Civil, de 1916, não destoou do figurino ao tratar da inevitável figura da concubina só para negar-lhe direitos e, tendo o casamento como única origem juridicamente eficaz da família.

Na família matrimonializada o Código Civil de 1916 tem o seu modelo único.

Foi na França que surgiu a primeira lei a respeito direto do assunto, em 1912, dispondo que o concubinato notório gerava o reconhecimento da paternidade ilegítima.

O concubinato, que o Código Civil de 1916 normatizou, era revestido de características repulsivas, uma vez que as menções do Código eram apenas para mostrar sua inferioridade em face do casamento.

Durante a vigência do Código Civil de 1916 até a promulgação da Constituição Federal de 1988, com as significativas mudanças sociais, políticas e econômicas que passou o Brasil e o mundo, a situação de concubinato foi se modificando, apartando as uniões livres daquelas oriundas de ligações ilícitas.

Diversas leis ordinárias tentaram reduzir as injustiças que colocavam o concubinato em considerável grau de desigualdade ao civilmente casados.

A partir da vigência do artigo 226, § 3º, da Constituição de 1988, a terminologia União Estável no caso de uniões entre homem e mulher que não possuam impedimentos para o casamento, substituiu a de relação em concubinato. Passaram os concubinos à condição de companheiros.

Assim, a doutrina e a jurisprudência afastaram, pouco a pouco, as denominações “concupino” e “concubinato” para designar as partes destas uniões, colocando o seu emprego apenas para delimitar as relações adúlteras ou incestuosas, hoje o concubinato.

Da Constituição Federal de 1988 até a publicação do Novo Código Civil em 2002, a união estável, abraçada ao ideal constitucional, foi se fortalecendo através de dispositivos contidos na legislação ordinária, doutrina e a jurisprudência, agregando direitos mais claros que pelo enunciado no § 3º do artigo 226 da Constituição, e agregou, ao já estabelecido, novidades que se tratam mais de um detalhamento e elucidação de assuntos que poderiam gerar dúvidas ou controvérsias.

Assim como ocorreu com o cônjuge, a sucessão do companheiro também passou por grandes alterações com o novo Código Civil de 2002.

Inadequadamente, o direito sucessório do companheiro foi exposto, no novo Código Civil, nas “disposições gerais”, do Livro destinado ao Direito das Sucessões, em vez de se fazer a previsão na ordem de vocação hereditária. Mas sem dúvida, a regra destina-se à convocação do companheiro sobrevivente, interferindo diretamente naquela

ordem, de tal sorte que a sucessão legítima se faz pela conjunção destas previsões, assim entende Cahali<sup>1</sup>.

Francisco Cahali ainda menciona que:

“outra parte, não se preocupou o Código em ter o companheiro sobrevivente na condição de herdeiro necessário, como fez em favor do cônjuge no art. 1.845. Certamente a questão passou despercebida pelo legislador, pois no art. 1.850 também não se fez referência à exclusão deste sucessor da herança como promovido para os demais herdeiros facultativos. De qualquer forma, inexistindo a sua inclusão como herdeiro necessário, tal condição não lhe pode ser estendida, diante da sua ausência no art. 1.845”<sup>2</sup>.

As principais alterações trazidas pelo novo Código Civil foram:

- a) à semelhança do casamento, instituiu impedimentos, tais como os vinculados aos laços de consangüinidade entre os companheiros (Art. 1723, §1º, que diz: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.)
- b) estabeleceu de forma textual o regime de comunhão parcial de bens como o regime legal da união estável, permitindo aos companheiros estabelecer por intermédio de contrato escrito outra forma de relação patrimonial (Art. 1725- Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, embora não integralmente, o regime da comunhão parcial de bens.)
- c) estabelece de maneira definitiva a cisão conceitual entre união estável e concubinato (“Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.)

<sup>1</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit., p.228.

<sup>2</sup> Idem, ibidem. p.229.

Portanto, na seara das questões gerais relativas à união estável, o novo Código tratou de maneira bastante adequada o assunto, aproveitando as conquistas e avanços já incorporados, e, pela vivência prática das situações havidas e os estudos que se seguiram por consequência, acabou por prever situações outras que visavam dar maior transparência ao instituto.<sup>3</sup>

Quando o assunto, porém, passa a ser a sucessão entre companheiros, tratou o novo Código de efetuar um verdadeiro desastre. A doutrina, em face da ligeira vantagem que o companheiro apresentava relativamente ao cônjuge – direito simultâneo ao usufruto vidual e direito real de habitação, naturalmente propugnava por adaptações e consertos de forma a que pelo menos ambos (cônjuge e companheiro) se encontrassem em situação igualitária. Não imaginava, entretanto, que pudesse se deparar com a terrível mutilação sofrida pelo direito sucessório entre companheiros e sua evidente posição de inferioridade, não só em relação ao cônjuge, mas também em relação aos demais sucessíveis.

Para melhor compreensão acerca das modificações havidas, cabe esclarecer a situação em que se encontravam os companheiros relativamente à sucessão, antes da vigência do novo código. O companheiro, na falta de descendentes e ascendentes, herdava a totalidade da herança do companheiro falecido, independentemente do período ou forma de aquisição dos bens constantes do patrimônio, estando, portanto em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária. Em havendo descendentes e ascendentes usufruía percentuais do patrimônio em função da classe com a qual concorresse. Tinha assegurado o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família. Todos esses direitos, inseridos na órbita do direito sucessório, espelharam-se nos direitos que aos cônjuges assistiam.

### **A questão do artigo 1790 que rege a sucessão entre companheiros no Código**

Muito embora esteja omissa no novo Código Civil, há de se notar que tão somente irá ter direito sucessório o convivente sobrevivente se ocorreu o falecimento do outro na constância da união estável. Notamos que, nesse critério, a lei faz divergir a situação dos conviventes das pessoas casadas, em razão de o matrimônio exigir processo judicial à sua desconstituição, surgindo

implicações resultantes do falecimento de um dos cônjuges durante o tal processo, seja de separação ou divórcio. No caso da união estável, basta a dissolução de fato da relação, para privar-se o convivente da sucessão, muito embora possa estar tramitando processo de reconhecimento e dissolução da união.

Francisco Cahali entende que:

“Pelo caput do artigo 1.790, a convocação é feita para participar apenas de uma parcela da herança, e não de sua integralidade, restrita ao patrimônio adquirido na vigência da união a título oneroso. Em nada importa o regime patrimonial, se da comunhão parcial ou de outra previsão contratual, sendo irrelevante, ainda, eventual titularidade do viúvo sobre parte deste acervo. Também, pelo limite da lei, poderá ocorrer de o sobrevivente ser meeiro de um bem adquirido por fato eventual, por exemplo, mas nele não participar por sucessão”<sup>4</sup>.

Entende, ainda, que:

“por aquisição onerosa, entende-se o patrimônio acrescido a título oneroso, excluídos aqueles bens subrogados ao patrimônio particular. Assim, se durante a convivência o falecido tiver adquirido um imóvel com numerário a ele pertencente, em sua integralidade, antes da união, este bem, embora onerosa a compra, deverá ser destacado da herança, para destino aos demais sucessores. Não é pela forma de aquisição, mas pelo acréscimo patrimonial efetivo ou real que se identifica a parcela da herança na qual participará

<sup>3</sup> RORIGUES, Silvio. op. cit., p.117.

<sup>4</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes, op. cit., p.229.

o companheiro sobrevivente”<sup>5</sup>.

Fazendo referência à sucessão do companheiro, no caso de concorrência com descendentes, o Código impôs critérios a serem seguidos se os descendentes fossem filhos do companheiro sobrevivente e do falecido, ou se, no caso, fossem exclusivos do falecido, fazendo, assim, o supérstite herdar igual porção cabível aos filhos comuns e, sendo descendentes apenas do falecido a metade deferida a estes.

Giselda Hironaka leciona que:

“Parece mesmo não haver fórmula matemática capaz de harmonizar a proteção dispensada pelo legislador ao convivente sobrevivente (fazendo-o receber o mesmo quinhão dos filhos que tenha tido em comum com o autor da herança) e aos herdeiros exclusivos do falecido (fazendo-os herdar o dobro do quanto dispensado ao convivente que sobreviver).<sup>6</sup>”

Temos que observar que há a possibilidade de verificarmos quatro hipóteses de tratamento, quando o assunto for a sucessão do companheiro sobrevivente em concorrência com descendentes do falecido.

A primeira hipótese acontece quando os descendentes forem filhos comuns. Nesse caso, deverá aplicar o inciso I do art. 1.790 do Código.

A segunda, ocorrerá quando os descendentes forem filhos exclusivos do companheiro falecido. Aqui usaremos o inciso II do art. 1.790 do Código Civil.

A terceira hipótese acontecerá da composição dos incisos I e II pela atribuição de uma quota e meia ao companheiro sobrevivente.

A última hipótese, nesse caso, será da composição dos incisos I e II pela subdivisão proporcional da herança, Segunda a quantidade de descendentes de cada grupo.

A segunda verificação a ser efetuada, na sucessão do companheiro, será na concorrência com ascendentes.

Na hipótese da união estável, também verificamos que o companheiro sobrevivente foi preterido frente ao cônjuge que sobrevive, pois aquele herda exclusivamente os bens comuns, que foram angariados na constância da união.

O inciso III do artigo 1.790 diz que o companheiro sobrevivente terá o direito à terça parte do patrimônio deixado, sempre que concorrer com outros parentes sucessíveis, não fazendo nenhuma distinção quanto a estes. Frente a este inciso, o companheiro quando estiver concorrendo com os pais do falecido, terá direito a terça parte da herança, assim como o cônjuge sobrevivente. Mas, no caso de concorrer somente com um dos genitores ou com ascendentes mais distantes, continuará herdando um terço do patrimônio deixado, ao contrário do cônjuge que ficará com a metade deste.

O terceiro caso a ser observado é o da sucessão do companheiro em concorrência com os colaterais.

Neste caso, o companheiro sobrevivente receberá apenas um terço da herança, deixando o restante aos parentes colaterais do falecido, até o quarto grau. Aqui verificamos uma grande contradição, e nos dizeres de Giselda Hironaka podemos bem atentar sobre isto:

“Aqui, ao que parece, está a maior contradição do sistema: a lei garante ao convivente sucessível um terço da herança, forçando a divisão dos outros dois terços entre os colaterais. Por isso, se o convivente supérstite concorrer com apenas um colateral, irmão do de cujus, v.g., pode-se perguntar: qual a proporção das cotas a serem entregues a cada qual? Como o inciso III fala que o convivente terá direito a um terço da herança, enxerga-se, aqui, uma cláusula materialmente restritiva, pelo que ao convivente supérstite será entregue apenas um terço da herança, enquanto os

<sup>5</sup> idem, p.230

<sup>6</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 60.

outros dois terços serão deferidos ao colateral.”<sup>7</sup>

Após fazer uma identificação da quota da herança, na qual irá participar o convivente sobrevivente, faz-se necessário analisar as hipóteses de sua convocação.

O sobrevivente será chamado, em concorrência com os descendentes, independentemente do regime patrimonial, e unicamente sobre a parcela da herança identificada acima, ou seja, os bens que foram adquiridos onerosamente durante a união estável. E, na ausência de descendentes, concorrerá com os ascendentes, caso estejam vivos.

Podemos notar que até o presente instante a posição do convivente sobrevivente, quanto à sua convocação, é semelhante daquela ofertada ao cônjuge.

Ausentes descendentes e ascendentes, a lei priva o convivente de recolher a totalidade da herança, pois o novo Código impõe a concorrência do sobrevivente com os colaterais, até o 4º grau, ou seja, poderá dividir sua já limitada herança com possíveis irmãos, tios ou primos do falecido. Esta alteração legislativa desprestigiou demasiadamente a união estável, pois colocou os conviventes em posição inferior àquela conquistada pela Lei de 1996.

O convivente sobrevivente só irá receber a integralidade da herança no caso de não existir outros parentes sucessíveis (art. 1.790, IV). Mas, mesmo assim, poderá haver concorrência na sucessão dos bens do falecido, pois a totalidade da herança referida no inciso é a prevista no caput, ou seja, a herança será limitada aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e, dessa forma, sendo o patrimônio superior do convivente falecido, aqueles bens que não estiverem contemplados no caput serão vistos na forma de herança jacente.

Em razão dessa possibilidade de herança jacente, é que podemos falar em uma concorrência do convivente sobrevivente com o Poder Público.

Observando-se as regras de convocação, vejamos o critério de distribuição da herança deixada pelo convivente falecido, dentro daquela restrita quota.

No caso de os descendentes serem comuns, o convivente viúvo terá direito a uma igual parcela à que eles receberem. A nossa lei menciona o termo “filho”, porém seria mais

acertado entendermos “descendentes”, pois este parece ter sido o pensamento do legislador.

No caso de existir apenas descendentes do convivente falecido, tocará ao convivente sobrevivente a metade do que couber a cada um daqueles.

Pelo exposto no art. 1.790, havendo concorrência do convivente sobrevivente com filhos comuns e com outros exclusivos do falecido, a divisão deverá ser aquela disposta no inciso I. Existindo essa situação, a vocação deverá ser colocada na mesma hipótese de concorrência com filhos comuns, mesmo que nem todos os sucessores assim o sejam.

Na ausência de descendentes, chamados os ascendentes ou os colaterais, a quota destinada ao convivente sobrevivente é fixa, sempre estabelecida em 1/3 da herança. O convivente sobrevivente apenas receberá a totalidade da herança na inexistência de colaterais até o 4º grau.

A herança destinada ao convivente sobrevivente é aquela diminuída ao *caput* do art. 1.790.

Uma questão que ainda deverá ser enfrentada pelos nossos tribunais, é a de se definir o direito real de habitação e o usufruto viúval em favor do convivente sobrevivente que ainda prevalecem frente ao novo Código.

Francisco Cahali tem compreensão no sentido de que:

“houve a revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei. Com efeito, o art. 1.790 estabelece que o companheiro ou companheira “participará da sucessão do outro (...) nas condições seguintes”. Fora das condições previstas na norma, o sobrevivente não participa da sucessão de seu falecido companheiro; e aqueles direitos não deixam de representar uma forma de participar na sucessão. Vale dizer, neste particular – sucessão decorrente da união estável – , o novo Código disciplinou inteiramente a matéria, revogando, assim, os efeitos sucessórios entre os

<sup>7</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Novaes, op. cit., p. 66

conviventes previstos em normas anteriores”<sup>8</sup>.

Frente a este entendimento de Cahali, certo será que existirão doutrinadores e operadores do direito que irão sustentar que o novo Código Civil não tem poder de revogar lei especial, como são aquelas de 1994 e a de 1996.

Maria Helena Diniz, com entendimento contrário ao de Francisco Cahali, afirma que:

“... urge lembrar que o companheiro sobrevivente, por força da Lei n. 9.278/96, art. 7º, parágrafo único, também terá direito real de habitação, enquanto viver 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.”<sup>9</sup>

Sílvio de Salvo Venosa também demonstra o pensamento de vigência do direito real de habitação: “Somos da opinião de que é perfeitamente defensável a manutenção desse direito no sistema do Código de 2002”.<sup>10</sup>

Sílvio Rodrigues, em sua doutrina, menciona acerca desse assunto da seguinte maneira: “ 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”, e continua dizendo que existirão correntes contra e a favor da manutenção de tal direito.<sup>11</sup>

Mesmo na existência de tais pensamentos, há de se notar que a nova regra legal restringe, expressamente, a participação do herdeiro nas condições nela estabelecidas, e, sendo assim,

percebemos a incompatibilidade das normas, aptas a revogar aquelas previsões, pois, se assim não o for, estaríamos criando uma situação privilegiada ao convivente sobrevivente.

Fácil verificar que o legislador de 2002 deu sinais claros de distanciar a união estável do casamento, quando a questão tratar de matéria sucessória. Entendemos que foi algo totalmente intencional, quando o legislador restringiu a participação do convivente sobrevivente ao que se limita o art. 1.790 do novo Código Civil.

### **Separação de fato e a concorrência sucessória entre o companheiro e o cônjuge**

Verificamos que a questão da exclusividade no vínculo constitui um dos elementos essenciais ao reconhecimento e atribuição de efeitos à vida more uxorio na união estável. Mas, como referido nesse trabalho, as situações que se encontram proibidas, ou não amparadas, são as da existência de poligamia simultânea ou em casos de relações adulterinas, não entrando aí as relações onde um ou mesmo ambos os conviventes encontrem-se separados de fato do seu “ex” cônjuge, criando uma situação de não mais existir, na realidade, o matrimônio, mas somente o vínculo formal da lei.

Fábio A. Ferreira, na lição de Leoni Lopes, nos diz que a exclusividade de vínculo é condição essencial para se configurar a união estável, mas, “nada impedir a sua formação entre pessoas casadas, mas separadas de fato de seus cônjuges a longos anos”.<sup>12</sup>

Assim sendo, a separação de fato, que é mostrada na interrupção da vida em comum dos cônjuges, “pelo afastamento, injustificado ou não, de um deles no domicílio conjugal”<sup>13</sup>, em função de uma falência matrimonial, tem poder suficiente para dar legitimação à união estável entre pessoas de sexos diferentes.

<sup>8</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes, op. cit., p. 233.

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, V. 6., 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.109/110

<sup>10</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil: Direito das Sucessões, V.7, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 121

<sup>11</sup> RODRIGUES, Sílvio, Direito Civil: Direito das Sucessões, V. 7, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.119

<sup>12</sup> FERREIRA, Fábio Alves, O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene, Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2003, p.156.

<sup>13</sup> Gusmão, Paulo Dourado. Dicionário de Direito...p.877, apud FERREIRA, Fábio Alves, O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene, Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2003, p.156.

Com relação ao reconhecimento da união estável entre separados judicialmente ou de fato, vejamos o que nos dizem os Tribunais<sup>14</sup>:

“EMBARGOS  
DECLARATÓRIOS –  
OBSCURIDADE – FALTA  
DE DISPOSITIVO DA  
DECISÃO –  
INOCORRÊNCIA –  
CONCUBINATO –  
CONCUBINO CASADO,  
MAS SEPARADO DE  
FATO – NÃO-  
CONCOMITÂNCIA COM O  
CASAMENTO – UNIÃO  
ESTÁVEL –  
RECONHECIMENTO.

O dispositivo da sentença não é a referência do artigo da lei em que se funda, mas o seu comando, o acolhimento ou rejeição parcial ou total do pedido. Tendo ocorrido, com a separação de fato, lapso de tempo suficiente para autorizar o pleito da separação judicial ou do divórcio, não há porque não se conferirem à relação da embargada e do de cujus os fins legais contemplados no §3º do artigo 226 da Constituição Federal, uma vez que a conversão em casamento não teria sido um ato impossível de ocorrer, se não fosse a morte deste; encontrando tal amparo não apenas na doutrina e jurisprudência, mas também no art. 5º da LICC, refletindo o verdadeiro objetivo do §3º do art. 226 da CF.” ( TJMG – Embargos e Declaração n.161.362-9/01 na Apelação Cível n.161.362-9/00 – Comarca de Três Corações – rel. Des. Páris Peixoto Pena, 27/4/2000).

E ainda,

“UNIÃO ESTÁVEL.

Admitida a existência de um vínculo afetivo, por mais de 30 anos, merece ser ele reconhecido como união estável, desimportando o fato de o varão haver-se mantido casado durante esse período.”  
( TJRS, AC 7000435481-7, 7ª CC, Relª Desª Maria Berenice Dias, j. em 11/9/2002).

Tal reconhecimento, porém, da relação entre pessoas que se encontrem na situação de separadas de fato, tem sido um dos assuntos mais cuidados em relação aos conflitos de interesses entre o regime previsto para família fruto do matrimônio e a da união estável.

Com relação aos direitos patrimoniais, os Tribunais<sup>15</sup> estavam decidindo, de forma reiterada, que os bens angariados após a separação de fato não se comunicam aos existentes anteriormente.

Com tal entendimento, caso um dos cônjuges, após a separação de fato, passe a ter uma relação em união estável, e nesse período adquira bens patrimoniais, terá a(o) convivente e não a(o) “ex” cônjuge direito à metade destes.

Devemos visualizar que no atinente aos direitos sucessórios, os entendimentos de conceder valor jurídico à separação de fato, tais afirmações não vêm ocorrendo. Ainda não encontramos respostas satisfatórias a fim de solucionar os problemas que possam advir da entrega de efeitos às relações entre pessoas separadas de fato, visto que o entendimento jurídico tradicional posiciona no pensamento de

<sup>14</sup> Acd. Do STJ de 14/08/2000, /Rel. Min. Nilson Naves: Casamento. Efeitos jurídicos. Separação de fato (5 anos). Divórcio. Partilha (bens adquiridos após a separação). Em tal caso, tratando-se de aquisição de bens após a separação de fato, à cota de um só dos cônjuges, que tinha vida em comum com outra mulher, o bem adquirido não se comunica ao outro cônjuge, ainda quando se trate de casamento sob o regime da comunhão universal”. Acd. Do STJ de 05/06/2000, Rel. Min. Carlos Alberto Menzes: Direito: “Não integram o patrimônio, para efeito de partilha, uma vez decretado o divórcio direto, os bens havidos após a prolongada separação de fato”(in site do STJ: www.stj.gov.br), apud FERREIRA, Fábio Alves, O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene, Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2003, p.157.

<sup>14</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Comentários ao Novo Código Civil. v. XX. Rio de Janeiro: Forense, 2003.p.44/45.

que a simples separação de fato não é fator suficiente para acabar com o direito do “ex” cônjuge de herdar.

Frente a este entendimento, devemos procurar compreender quem, na realidade, tem a capacidade sucessória, o cônjuge ou a convivente, pois, como vimos, pode a união entre pessoas separadas de fato ser juridicamente reconhecida?

No sentido de dar uma possível solução ao caso, a doutrina nos oferta três sugestões.

A primeira, oferecida pelo entendimento mais tradicional, fica na defesa de que seria do cônjuge o direito de herdar, pois a separação de fato não tem força legal para afastar sua capacidade sucessória, isto só vindo a acontecer através do divórcio ou da separação judicial do falecido.<sup>16</sup>

Washington de Barros, Caio Mário e Basílio de Oliveira assim entendiam, ao dizerem que “a simples separação de fato, por mais duradoura que tenha sido, não tem o condão de arrear ou de excluir”<sup>17</sup> o direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Assim, seria do cônjuge, e não do convivente, o direito de suceder o “de cujus”.

Com um caráter mais moderado, a segunda sugestão é a defendida por Orlando Gomes, ao propor dividir “por dois a quota que caberia ao (ex) cônjuge legítimo”<sup>18</sup>, sob o fundamento de que a situação “assemelha-se à divisão da quota hereditária entre o cônjuge legítimo e o putativo”.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Salienta Diogo Leite de Campos que o cônjuge só “não é chamado à herança se, à data da morte do autor da sucessão, se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens” (Campos, Diogo Leite, Direito de Família...,p.306), apud FERREIRA, Fábio Alves, O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene, Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2003, p.157.

<sup>17</sup> Monteiro, Washington de Barros, Direito das Sucessões...,p.75. Pereira, Caio Mário da Silva, Direito das Sucessões...,p.76. Oliveira, Basílio, Concubinato...,p.186: “A separação de fato de corpos não afasta o cônjuge de sucessão do outro se este falecer ab intestato e sem herdeiros necessários”. apud FERREIRA, Fábio Alves, O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene, Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2003, p.158. apud FERREIRA, Fábio Alves, O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene, Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2003, p.158.

<sup>18</sup> Gomes, Orlando. Sucessões, p.70. Apud Pessoa, Cláudia Grieco Tabosa, Efeitos Patrimoniais...,p.227,

<sup>19</sup> Pessoa, Cláudia Grieco Tabosa. Efeitos Patrimoniais...,p.227, apud FERREIRA, Fábio Alves, O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene, Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2003, p.158.

Finalmente, a terceira seria a de ter a(o) convivente como a(o) única(o) herdeira(o), vez que “a afetividade estaria dirigida para o verdadeiro matrimônio, que é, na verdade, o que se mantém com a pessoa”<sup>20</sup> da comunhão de fato.

Através dessa sugestão, adotaríamos igual modelo que vem sendo utilizado nas soluções das questões patrimoniais, quando os Tribunais vêm determinando que os bens conquistados durante a separação de fato e anteriormente a efetivação da dissolução legal do vínculo matrimonial não integrariam o conjunto patrimonial comum do casal, mas sim o da família resultante da união estável.

Este último entendimento é o que nos parece melhor frente a realidade dos fatos da vida moderna, onde a união estável recebeu o reconhecimento de direitos sucessórios. As lições de Tereza Arruda Alvim são atuais, ao acentuar que, “hoje, a tendência do direito é a de inclinar-se muito mais marcadamente a proteger a essência do que a forma; a tutelar interesses ligados aos fatos reais da vida”.<sup>21</sup>

Nas lições de Álvaro Villaça Azevedo, quando expõe sobre os separados judicialmente ou de fato, observamos que:

“Estaria ferido, com isto, o texto constitucional, constante do caput do art. 226, que eliminou todas as discriminações contra a família, que é a única destinatária da proteção da Lei Maior. Sim, porque quem convive familiarmente, embora separado de fato ou de direito, de seu cônjuge, não agride outra forma de constituição de família, porque seu casamento já está rompido.”<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Souza, Ainda Maria Loredo Moreira de, Aspectos Polêmicos..., p.120, apud FERREIRA, Fábio Alves, O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene, Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2003, p.159.

<sup>21</sup> Pinto, Teresa Arruda Alvim, Entidade Familiar...,p.83, apud FERREIRA, Fábio Alves, O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene, Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2003, p.159.

<sup>22</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. op.cit., p. 258



Entretanto, não há como menosprezarmos a idéia de que estamos em um momento transacional, onde, mesmo tendo a união estável conseguida o reconhecimento e tutela legal, a família formal, fruto do casamento, continua sendo a célula mãe da sociedade. Desse modo, apenas por questões de prudência, no momento em que nos encontramos, a, não diria a melhor, mas a mais tranqüila, solução oferecida pela doutrina moderada, isto é, a de dividir a quota hereditária por dois, pelo simples fato de não “negar direitos sucessórios àqueles que, na prática”<sup>23</sup>, são os verdadeiros cônjuges, e nem vir a desproteger o cônjuge supérstite, do matrimônio ainda não dissolvido legalmente, mas apenas de fato.

Por fim, devemos observar que, com a vigência do novo Código Civil, a questão encontra-se solucionada, no nosso entendimento, em virtude do exposto no artigo 1.830, o qual não reconhece o direito sucessório do cônjuge caso esteja separado judicialmente ou de fato. Com tal entendimento, e com uma leitura contrário senso, a exclusão hereditária do cônjuge daria ao convivente o direito de ser o único herdeiro, não existindo concorrência com o cônjuge, nas condições atinentes às uniões estáveis entre pessoas que se encontram separadas de fato.

## CONCLUSÃO

Até a publicação da atual Constituição, as famílias nasciam com o casamento civil, sendo consideradas ilegítimas as provenientes de uniões livres, como o concubinato. O próprio conteúdo do Direito de Família tinha o casamento como seu centro, o que podemos ver claramente nos artigos de nosso Código Civil. Se o analisarmos, notaremos que no Livro I da Parte Especial, referente ao Direito de Família, grande parte se presta a disciplinar o casamento: a habilitação, os impedimentos, a celebração, o registro, as provas, os efeitos jurídicos, os direitos e deveres dele decorrentes, o regime de bens, a dissolução da sociedade conjugal (admitida por meio do divórcio com o advento da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977).

A família criada pelo livre consentimento, sempre foi vista com maus olhos pela sociedade e pelo legislador civil; sempre foi empregado um sentido negativo às relações decorrentes da

simples vontade humana. As normas civis procuravam explicitar que o casamento regularizaria a família e daria o mesmo caráter de legítima, mas o que se intentava por meio da lei não era proteger o núcleo familiar e sim evitar os escândalos provocados dentro da sociedade cada vez que um bastardo postulava ser reconhecido ou uma amante requeria seus direitos após anos e anos de companheirismo; chegou-se ao extremo de impedir que os filhos adulterinos ou incestuosos pudessem ser reconhecidos. Vivíamos em uma sociedade moralista e puritana que preferia esconder suas mazelas à enfrentá-las.

Com o número crescente de uniões estáveis, correta foi a atitude do legislador ao estender aos conviventes direitos sucessórios, antes somente deferidos às pessoas unidas pelo casamento civil. Como bem dizem alguns autores, sendo este também o meu pensamento, não deve o Estado criar formalismos às uniões entre homens e mulheres, criando-as de um modo artificial, na lei, quando na verdade, ela é um fato social, que a legislação deve regular, somente no tocante a seus efeitos, para impedir violações de direitos.

O tema, união estável, diante de sua amplitude, reclama debates mais acirrados a fim de levar o operador do direito a compreender o referido instituto de forma plena, obtendo capacidade para lidar com questões ainda obscuras ou dúbias sobre o assunto, devido às confusões surgidas diante das diversas legislações que tratam sobre o tema, possibilitando assim, identificar e construir soluções jurídicas justas e adequadas.

## BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. União Estável: antiga forma do casamento de fato. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 701, p. 8, mar. 1994.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Revista Literária de Direito, São Paulo, Março/Abril de 1995.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Comentários ao Código Civil: parte especial: direito de família. v.19. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BEVILAQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil, 2ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976.
- BITTENCOURT, E. De M. Concubinato. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1980.
- \_\_\_\_\_. O concubinato no direito. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda, 1969.
- \_\_\_\_\_. Concubinato. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1985.
- BRASIL, Código Civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>23</sup>Cláudia Grieco Tabosa, Efeitos Patrimoniais..., p.227, apud FERREIRA, Fábio Alves, O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene, Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2003, p.159.

BRASIL, Decreto-Lei nº 4657 de 04 de setembro de 1942, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 09 set. 1942.

BRASIL, Lei nº 8971 de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 dez. 1994

BRASIL, Lei nº 9278 de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 mai. 1996.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Senado, 1988.

BRASIL. Novo Código Civil Comentado. Coordenação Ricardo Fiuza. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Francisco José. União Estável e Alimentos entre Companheiros. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAHALI, Francisco José. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Curso avançado de direito civil. V. 6: direito das sucessões, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CZAJKOWSKI, Rainer. União Livre: à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96. Curitiba: Juruá, 1997.

DALCOL, Helder Martinez. A família à luz do concubinato e da união estável. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, Adahyl Lourenço. A concubina e o direito brasileiro. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v.6: Direito das Sucessões. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESPINOLA, E ESPINOLA FILHO. A lei de introdução ao Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

FELIPE, Jorge Franklin Alves, *apud*, OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. Alimentos e Sucessão – No Casamento e na União Estável. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

FERREIRA, A. B. De H. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Fábio Alves. O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O Companheirismo: uma espécie de família. São Paulo: RT, 1998.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 11 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Renata Raupp. União estável Conforme a Lei nº 9278/96: questão pessoal ou institucional? Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, V. 76.

GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 1999.

GONTIJO, Segismundo. Do Instituto da União Estável. COAD, Seleções Jurídicas, p.15,

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Técnico Jurídico. São Paulo: Rideel, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões. v.20. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Síntese do Direito Civil. Direito de Família. Curitiba: JM Editora, 1977.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Novo Código Civil. v.XXI: do direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAFFRE, Jean-Jacques. A Vida na Grécia Clássica. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.

MALHEIROS FILHO, Fernando. União Estável. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de Família. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 2.

MOURA, Mario de Aguiar. Concubinato. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1985.

NEUMANN, Juarez Rosales. Do Casamento ao Concubinato. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

OLIVEIRA Basílio de. O Concubinato. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 1992.

\_\_\_\_\_. Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. Nova regulamentação da União Estável – Inovações da Lei 9278/96 de 10.05.96. In: Tribuna da Magistratura, Caderno de Doutrina jun. 1996.

\_\_\_\_\_. União Estável: comentários às Leis n. 8.971/94 e 9.278/96. Direitos e Ações os Companheiros. São Paulo: Paloma, 1999.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. Alimentos e Sucessão no Casamento e na União Estável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PARIZATTO, João Roberto. Os Direitos e Deveres dos Concubinos – União Estável. Ouro Fino: Parizzato, 2002.

\_\_\_\_\_. Os Direitos e os Deveres dos Concubinos. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições De Direito Civil. São Paulo: Forense, 1987. Vol.I

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União Estável. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

\_\_\_\_\_. Concubinato e União Estável. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

\_\_\_\_\_. Concubinato e União Estável de acordo com o Novo Código Civil. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. Comentários ao novo Código Civil, volume XX: da união estável, da tutela e da curatela. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.23 abr/jun. 1998.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. Jurisprudência Geral Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.812, ano 92, junho, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. Casamento e Concubinato – Efeitos Patrimoniais. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1987.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. Direito Civil v. 7. Direito das Sucessões. 25 ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Patrícia Fontanella. União Estável, Eficácia Temporal das Leis Reguladoras. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico – edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

\_\_\_\_\_. Vocabulário Jurídico – edição universitária. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Os Direitos Sucessórios dos Companheiros. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1996,

VENOSA, Silvio de Sálvio. Direito Civil: Direito das Sucessões. 3 ed, São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. Da União Estável. São Paulo: Saraiva, 1999.

VITRAL, Waldir. Vocabulário Jurídico: volume V, A-Z. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

WALD, Arnoldo. O novo direito de família: Curso de Direito Civil Brasileiro. 12 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 1999.