

A sucessão do cônjuge e do companheiro no Direito Civil vigente e no projetado

Dilvanir José da Costa

Sumário

1. Introdução. 2. A sucessão do cônjuge no Código Civil. 3. Concorrência do cônjuge com colaterais e com estranhos. 4. A influência do regime de bens sobre o legado de usufruto. 5. A sucessão do companheiro. 6. Direito de herança e de meação decorrente de sociedade. 7. A sucessão do cônjuge no Projeto de Código Civil. 8. O regime de bens no Projeto. 9. A união estável no Projeto. 10. A sucessão do companheiro no Projeto. 11. O concubinato no Projeto. 12. Conclusão.

1. Introdução

Depois do sistema da posse, da promessa de compra e venda e do usucapião, resolvemos enfrentar outro tema complexo e polêmico na área patrimonial do Direito Civil.

O critério adotado para esta exposição é a análise, interpretação e crítica do sistema vigente, a fim de tornar menos complexo o estudo. A referência aos antecedentes pode tornar-se indispensável para justificar determinada reforma ou alteração, assim como o exame do Projeto do novo Código Civil mostrará as tendências ou perspectivas do instituto em nosso direito.

2. A sucessão do cônjuge no Código Civil

A sucessão do cônjuge tem vinculação com os seguintes temas: ordem da vocação hereditária, sucessão necessária ou legítima, regimes de bens, formas de dissolução da sociedade conjugal, conceito de usu-

Dilvanir José da Costa é Professor de Direito Civil nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Doutor em Direito Civil e Advogado.

fruto e de direito real de habitação, direito de sucessão e de condomínio decorrente do respectivo regime de bens do casamento.

O cônjuge está em terceiro lugar na ordem da vocação, sendo chamado à sucessão na falta de descendentes e de ascendentes do *de cuius* (art. 1.611, *caput*). Os irmãos estão em quarto lugar.

O cônjuge não é herdeiro necessário, ou seja, pode ser afastado da sucessão por disposição testamentária (art. 1.725). Necessários são os descendentes e os ascendentes, que só podem ser privados de metade da herança (art. 1.721), salvo por indignidade ou por deserção, que os podem privar de tudo. Embora o artigo 1.725 do Código disponha, de forma ampla, que, “para excluir da sucessão o cônjuge ou parentes colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio, sem os contemplar”, lei posterior veio derogá-lo, atribuindo a determinados cônjuges (casados sob regime diverso da comunhão universal de bens) direitos sucessórios especiais, com o caráter impositivo ou de ordem pública. Tais são o usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido (concorrendo o sobrevivente com filhos) e o usufruto da metade dos bens (concorrendo com ascendentes do *de cuius*) (§ 1º do art. 1.611, introduzido pela Lei 4.121/62). O cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal de bens, terá direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, sendo o único daquela natureza a inventariar (§ 2º do art. 1.611).

O principal efeito do parágrafo primeiro foi instituir um legado necessário de usufruto em favor do cônjuge sobrevivente casado sob regime diverso da comunhão universal de bens, em concorrência com herdeiros necessários. Disposição testamentária não poderá afastar esse direito mínimo do cônjuge, de caráter protetivo, assim como não poderá afastar a herança necessária dos descendentes e dos ascendentes. Poderá ser ampliado com doações em vida e *causa mortis*, desde que não prejudiquem a legítima ou metade obrigató-

ria dos herdeiros necessários. A jurisprudência, inclusive do STJ e do STF, tem admitido a compensação ou exclusão do legado *ex lege* de usufruto, diante das vantagens auferidas sob o regime da comunhão parcial (participação nos aquestos), ou mesmo em face de doações que compensem o legado *ex lege* sem a ressalva de poder acumular. As circunstâncias podem influir na decisão.

Eis, a propósito do legado *ex lege* de usufruto, alguns pontos assentados pela doutrina e pela jurisprudência:

O cônjuge usufrutuário como legatário necessário

A propósito, conclui Gustavo Tepedino:

“Os resultados até aqui alcançados, nos parágrafos anteriores, levam-nos à convicção de que a Lei nº 4.121/62, através da instituição do usufruto viual, estabelecendo a reserva em usufruto da metade ou da quarta-parte do patrimônio hereditário, segundo concorra ou não com descendentes, tornou o cônjuge supérstite herdeiro legitimário no direito positivo brasileiro.

O caráter imperativo do art. 1.611, § 1º, não parece suscetível a dúvidas. O preceito, ao visar à proteção do cônjuge sobrevivente, a despeito, insista-se, de suas reais e efetivas necessidades materiais, estabeleceu uma determinada tutela *ex lege*, similar àquela concedida aos descendentes (e ascendentes) do *de cuius*, aos quais é garantida, mesmo contra o testamento, fração do patrimônio hereditário” (p. 77-78).

O benefício poderá ser ampliado voluntariamente até o limite do respeito à legítima dos herdeiros necessários – Não acumulação presumida com outras vantagens voluntárias, inclusive com a participação significativa nos aquestos

“O usufruto deixado à viúva em testamento pode coexistir com o le-

gal, desde que, juntos, não sacrificuem a legítima dos descendentes e ascendentes.

“Admitamos que haja o *de cuius* deixado a parte disponível da herança para a viúva, com ele casada no regime da separação de bens, deixando apenas ascendentes. Se pudesse o usufruto incidir sobre a parte da legítima, toda a herança iria reverter em benefício unicamente da viúva: metade em consequência da deixa testamentária e metade em usufruto legal.

É patente que o testador quis deixar à viúva precisamente em usufruto somente os bens designados no testamento e não ‘cumular’ a referida deixa com o benefício legal do usufruto.”

(TJRJ, 1º Gr. Câms. Cíveis nos Embs. na Ap. 70.335-RJ, j. em 16-12-71, ac. cit. por Arnaldo Wald. In: *Direito das Sucessões*. 10. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994, p. 221).

“Viúva com direito ao usufruto sobre um quarto dos bens do *de cuius*, que deixou filhos (art. 1.611, § 1º do CC). Testamento que deixa à viúva o usufruto da parte disponível dos bens do *de cuius*. Redução dessa parte a 1/4, para que não se atinja a legítima dos filhos (art. 1.727 do CC). Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, in RJTJSP 55/139).

“Usufruto Vidual. Autora já beneficiada no testamento com a parte disponível dos bens do *de cuius*. Recebimento de mais uma quarta parte, prevista no art. 1.611, § 1º, do Código Civil que oneraria a legítima dos herdeiros. -

“É ampla a liberdade, cabendo ao intérprete elucidar se houve intenção de conceder outras vantagens, além das asseguradas na lei, no caso de legado em favor do cônjuge.

O usufruto deve recair em bens da metade disponível, deixando íntegra a legítima. -

“O fato de ter constado do testamento que os bens eram deixados sem prejuízo do usufruto previsto na lei em nada altera a questão, já que o testador não podia onerar, daquela forma, a legítima dos herdeiros necessários.”

(TJSP, Ag. 156.966-1-SP, 7.11.91, RJTJESP 135/309).

“Usufruto vidual. Direito inexistente. Viúva que, embora casada sob o regime da comunhão parcial de bens, é meeira nos aquestos. Inteligência do art. 1.611, § 1º, do CC.

Precedente do STF. Recurso especial não conhecido.

“Não se justifica realmente a proteção legal a quem, embora casado, como no caso, sob o regime da comunhão parcial, em decorrência do fato jurídico da comunhão dos aquestos, fique em situação prática de desnecessidade. É o que também registra, com razão, o v. acórdão, o qual a propósito evoca precedente da Suprema Corte havido em hipótese similar à presente (RTJ 110/808-812). Do voto do Rel. Min. Rafael Mayer extraio este excerto pertinente à espécie:

‘Ora, o dispositivo em questão tem o inequívoco sentido de amparo à mulher que fica desprovida de bens que pertenciam ao marido, em consequência do regime matrimonial de bens.

‘Se, no entanto, a viúva, pelo reconhecimento de sua participação na metade dos aquestos, já tem uma situação correspondente à que logaria se o regime fosse o da comunhão universal, não há razão alguma de se lhe atribuir, ademais, o usufruto em parte dos bens que excedem des-

sa metade. O usufruto é compensação pelo que não teria recebido.’

“Não há, como se nota, negativa de vigência do art. 1.611, § 1º, do CC, em face da interpretação teleológica que se lhe deve atribuir.”

(STJ, REsp. 34.714-6—SP, Rel. Min. Barros Monteiro, vu, RT 710/178 e RSTJ 64/210).

“Sucessão. Cônjuge supérstite casada sob regime de separação de bens. Usufruto legal. Direito inexistente. Viúva contemplada no testamento com bens em quantia igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto. Inteligência do art. 1.611, § 1º, do CC. Recurso não conhecido.” (STJ, REsp. 28.152-4-SP, 30-5-94, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, vu, RT 713/219).

3. Concorrência do cônjuge com colaterais e com estranhos

A questão polêmica que se coloca é esta: não concorrendo com descendentes nem com ascendentes, mas com irmãos ou outros colaterais do *de cuius* e até com estranhos, haveria o direito de usufruto legal do cônjuge e em que proporção? Argumentar-se-á que o cônjuge está na frente dos colaterais, na ordem da vocação, e que, portanto, recolheria toda a herança nessa hipótese. Mas ocorre que o cônjuge não é herdeiro necessário e ainda pode ser afastado da sucessão por disposição testamentária (art. 1.725), exceto quanto ao usufruto previsto no § 1º do art. 1.611 *somente quando concorra com descendente e ascendente*. Na hipótese de concorrer com irmãos e até com estranhos, *por disposição testamentária*, é que surge a dúvida que suscitamos. Admita-se que o testamento atribua toda a herança a um colateral ou mesmo a um estranho. Ficaria o cônjuge privado do usufruto dito *vidual* ou *ex lege*?

A redação do § 1º do artigo 1611 é péssima, como se pode conferir:

“ 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*”.

Usufruto da quarta-parte “se houver filhos”. Por que não “descendentes”? (Como, aliás, corrigiu o Projeto de Código Civil - art. 1.855). E se houver somente netos? Neto é mais jovem e carente do que filho. Já houve quem opinasse que em concorrência com neto o cônjuge teria direito à metade...

A segunda parte do texto diz: “ ... e à metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*”. Bastaria dizer: “se não houver descendentes” ou, de forma mais explícita e ampla: “se não houver descendentes, embora sobrevivam outros herdeiros”.

A redação truncada tem levado os comentaristas em geral a somente considerar duas hipóteses:

- a) em concorrência com filhos: usufruto da quarta-parte;
- b) em concorrência com ascendentes: usufruto da metade.

Paira dúvida sobre a concorrência com neto, com os colaterais e com estranhos. A Lei 8.971/94 incorreu nos mesmos defeitos de redação (art. 2º). Os mais argutos comentaristas, para buscar a interpretação consentânea com o bom senso e a lógica, chegam a desprezar a expressão “embora sobrevivam ascendentes”, a exemplo de Marco Aurélio Viana, que grifou o que interessa ao sentido apropriado do texto, assim:

“O usufruto incide na *quarta-parte* dos bens do *autor da herança*, se houver *filhos deste ou do casal*, ou à *metade* se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do “*de cuius*”. (Curso de DC, v.6, Del Rey, 1993, p. 77).

Diante da má redação da lei, outra interpretação seria a de que o § 1º do artigo 1.611 constitui norma excepcional, que só se aplica nas hipóteses estritamente previstas. Mas seria um absurdo que o cônjuge fosse protegido em relação aos descendentes e ascendentes e não o fosse em face dos colaterais e até de estranhos. Tanto mais quando o *caput* do artigo coloca o cônjuge antes dos colaterais na ordem da vocação. Seria contrário ao sistema do Código.

Por isso optamos pela interpretação baseada no argumento *a fortiori* ou “com mais forte razão”. O intérprete pode completar o sentido da lei, extraindo da mesma os efeitos lógicos e óbvios, embora não explícitos. Concorrendo com colaterais ou com estranhos, o cônjuge sobrevivente tem direito ao usufruto sobre o total dos bens ou, na pior hipótese, sobre a metade. Nunca ficaria em situação pior do que se concorresse com ascendente.

A lei abstrata é mais ampla do que determinados casos concretos, mas é menos compreensiva do que todas as hipóteses reguláveis. Onde a regra moderna de hermenêutica, segundo a qual o aplicador da lei é quem lhe dá a forma última e o conteúdo final, em função dos fatos reguláveis. O verdadeiro direito é o concreto ou aplicado.

4. A influência do regime de bens sobre o legado de usufruto

A primeira grande distinção entre os regimes de bens no casamento consiste na sua divisão em regime legal ou supletivo e regime convencional ou de livre escolha dos nubentes. O primeiro é a regra consagrada pelo Código e que recai sobre todos os casamentos em que os interessados nada dispuseram a respeito. O segundo é o regime escolhido pelos nubentes, formalmente ou por escritura pública, antes de se casarem (pacto antenupcial), o qual afasta a incidência do regime supletivo. Existe ainda, excepcionalmente, o regime obrigatório da separação de bens, imposto aos casamentos celebrados com infra-

ção de determinadas regras, visando punir, prevenir ou acautelar interesses das partes (art. 226).

Os regimes principais, previstos no Código, no que interessa à questão em debate, vão desde a comunhão universal até a separação total ou absoluta de bens. No meio termo, colocam-se os regimes da comunhão parcial e da separação parcial. Na comunhão universal, comunicam-se ou se tornam comuns todos os bens dos cônjuges existentes no momento do casamento e os adquiridos posteriormente, gerando um condomínio ou comunhão entre os mesmos, em partes iguais. É o que vigorou em nosso país, como regra ou regime supletivo, até o advento da Lei do Divórcio, em 1977, quando passou a vigorar o regime legal supletivo da comunhão parcial, mais justo e equitativo e compatível com as regras de qualquer sociedade. Por esse novo regime legal supletivo, cada cônjuge conserva, como propriedade sua exclusiva, os seguintes bens: a) os que já possuía na data do casamento; b) os que vier a adquirir por doação ou herança durante o casamento; c) os que adquirir por subrogação ou com o produto da alienação de bens seus exclusivos. Sob esse regime, só se comunicam os bens adquiridos onerosamente por ambos ou cada um dos cônjuges, durante o casamento, com a presunção de que ambos colaboraram na aquisição, como se fora uma sociedade em igualdade de condições.

Os regimes de separação se distinguem em separação simples, com os mesmos efeitos práticos da comunhão parcial, e separação total ou absoluta, em que nem mesmo os bens adquiridos durante o casamento, em nome de cada cônjuge, comunicam-se, isso por força de disposição clara, explícita e expressa no respectivo pacto antenupcial, sob pena de a simples referência a “separação de bens” se considerar separação simples, com os mesmos efeitos práticos da comunhão parcial (comunicação dos aquestos). Também o re-

gime da separação legal obrigatória tem os efeitos da comunhão parcial ou da separação simples (comunhão dos aquestos), conforme assentado pela Súmula 377 do STF.

Em conclusão, quem se casa hoje no país está sujeito à regra do regime da comunhão parcial de bens. Se optar pelo regime da comunhão universal ou da separação absoluta, terá que firmar a escritura pública de pacto antenupcial. Não basta constar no termo de casamento que o regime é da comunhão universal ou da separação total.

Para ter direito ao legado necessário de usufruto, o § 1º do artigo 1.611 exige que o casamento *não seja pela comunhão universal de bens*. Depois dessa norma, a Lei do Divórcio (1977) instituiu, como regime supletivo, o da comunhão parcial, ou seja, da comunhão dos aquestos ou dos bens adquiridos onerosamente com a colaboração presumida de ambos os cônjuges. Diante do novo regime legal, afastando a comunhão universal como regra, a interpretação e aplicação do referido parágrafo passou a ter maior interesse. Dúvidas surgiram, na doutrina e na jurisprudência, sobre a aplicabilidade do § 1º ao casamento sob comunhão parcial e sob separação obrigatória, ficando finalmente pacificado que, em princípio, aplicar-se-ia, eis que somente não se aplicaria diante do regime da comunhão universal. Outras dúvidas surgiram, conforme já analisado *supra*. Mas o que deve ser levado em conta, na justa interpretação e aplicação do preceito, é a situação particular de cada sucessão. Há hipóteses de comunhão parcial em que os cônjuges nada possuíam e adquiriram patrimônio razoável ou mesmo considerável durante o casamento, comunicando-se tudo como se fora comunhão universal, em que o § 1º exclui o direito de usufruto. Aliás, isso é o que geralmente acontece sob o regime legal da comunhão parcial e o casamento de jovens. Há hipóteses, pelo contrário, de comunhão parcial

em que os cônjuges nada adquiriram juntos, prevalecendo o efeito do regime como se fora de separação total. Podem até ocorrer distorções, em que o cônjuge afortunado, casado sob comunhão parcial, sobreviva ao outro com poucos recursos e venha a gozar do usufruto de até metade desses módicos bens, com sacrifício injusto da mãe viúva e pobre do cônjuge falecido. Onde o método de hermenêutica recomendável ser o teleológico ou busca da finalidade do usufruto vidual em cada caso concreto, que é dar segurança econômica ao cônjuge sobrevivente e não enriquecê-lo em prejuízo dos herdeiros.

5. A sucessão do companheiro

O § 3º do artigo 226 da Constituição federal reconheceu a *união estável* entre o homem e a mulher como *entidade familiar, para efeito de proteção do Estado*. Surgiu assim, ao lado da família legítima, resultante do casamento civil, o novo conceito de família *natural ou de fato*, decorrente da união estável entre o homem e a mulher. Coube à lei ordinária definir a união estável criadora da nova entidade familiar e atribuir-lhe os mesmos direitos e garantias da família legítima, facilitando, inclusive, a sua conversão em casamento, para completa identidade material e formal. Aliás, a falta de forma legal – casamento civil – é praticamente a diferença entre a família legítima e a união estável. Com efeito, o casamento se prova cabalmente com a simples certidão do registro civil, inclusive no inventário, enquanto a união estável não convertida requer comprovação prévia por meio de ação própria e sentença.

A Lei 8.971, de 29-12-94 (regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão), foi que primeiro regulou, de forma incompleta, os direitos dos companheiros ou conviventes.

No artigo 2º, definiu companheiro como o resultante da união estável com mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, e companheira a re-

sultante da mesma união com homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Por união estável entendeu a *convivência comprovada por mais de cinco anos* ou aquela *de que resultou prole*. Antes de tudo, preocupou-se com a distinção entre concubinato puro e impuro ou adúlterino, para não amparar as uniões atentatórias à família constituída legalmente, ou aquelas que não possam se converter em casamento. Em seguida, fixou em “mais de cinco anos” o prazo de convivência necessária ou a alternativa da “existência de prole”.

Mas esses dois requisitos alternativos não satisfizeram ao legislador. A fixação de prazo pareceu um critério arbitrário e sem flexibilidade para atender à variedade dos fatos. Pior foi o critério da simples existência de prole. Uma relação sexual esporádica pode gerar um filho sem constituir a convivência *more uxorio*.

Por isso o artigo 1º da Lei 9.278, de 10-5-96 (regula o § 3º do art. 226 da CF), veio dispor:

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

Entendemos que o critério *supra*, mais amplo e flexível, derogou, por incompatibilidade, os requisitos do artigo 1º da Lei 8.971/94. Mas prevalece o texto na parte relativa ao direito de alimentos com base na Lei 5.478/68.

Mas é no que interessa a esta exposição que prevalece o artigo 2º da Lei 8.971/94, o qual reproduz, em relação aos companheiros, o que dispõem o artigo 1.611 e seu § 1º do Código Civil, relativamente aos cônjuges. Assim, o inciso III do artigo 2º da Lei 8971/94 reproduz o *caput* do artigo 1.611, atribuindo ao companheiro sobrevivente a totalidade da herança, na falta de descendentes e de ascendentes, mas sempre com a ressalva do artigo 1.725, conforme já exposto em relação ao cônju-

ge. Os incisos I e II reproduzem, relativamente ao companheiro, o § 1º do artigo 1.611 do CC, relativo ao cônjuge: atribuem-lhe o direito de usufruto nas mesmas condições e proporções, com o mesmo caráter de legado necessário e inafastável. A mesma omissão quanto à concorrência do companheiro com colaterais ou com estranhos instituídos por testamento.

A união estável é a nova entidade familiar. Na ausência de um regime convencional de comunhão universal de bens entre os conviventes, a disciplina da sucessão do cônjuge se aplica ao companheiro. Nem mais nem menos.

Quanto ao § 2º do artigo 1.611 do CC, que atribui ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal de bens, o direito real de habitação sobre o imóvel residencial destinado à residência da família, o parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96 cuidou de reproduzi-lo em favor do companheiro, como demonstração de que as duas leis devem ser harmonizadas no sentido de igualar os direitos do companheiro aos do cônjuge.

6. Direito de herança e de meação decorrente de sociedade

Não se confundem os dois conceitos. A sucessão foi a grande novidade introduzida pelo artigo 2º da Lei 8.971/94, completada pelo parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96, ao lado do direito a alimentos.

Diverso é o direito ao condomínio, em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito, sobre os bens adquiridos pelos conviventes na constância da união estável, a título oneroso, os quais passaram a ser considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, salvo se a aquisição ocorrer por subrogação dos adquiridos antes da união (art. 5º e § 1º da Lei 9.278/96, que dispensou a prova de colaboração exigida pela jurisprudência – Súmula 380 do STF). A convivência na união estável passou a ter os mesmos efeitos da convivência no casamento, no to-

cante a alimentos, sucessão e participação nos aquestos. Até o pacto antenupcial entre os cônjuges veio a ter o seu correspondente no contrato escrito entre os companheiros (art. 5º, *caput*, parte final da Lei 9.278/96).

Conversão da união estável em casamento

Os conviventes podem hoje, de comum acordo e em qualquer tempo, requerer ao oficial do registro civil de seu domicílio a conversão da união estável em casamento (art. 8º da Lei 9.278/96).

Varas da família

Até o advento da Constituição de 1988 e suas leis reguladoras, os efeitos patrimoniais do concubinato se limitavam à partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum comprovado, na devida proporção, decorrente de sociedade de fato (art. 1.363 do CC e Súmula 380 do STF), bem como à indenização por serviços prestados, tudo postulado perante as varas cíveis e até na Justiça do Trabalho. Com a transformação do concubinato puro em união estável (conversível em casamento), os concubinos ganharam *status* de companheiros ou conviventes, fazendo jus a alimentos por rescisão culposa da união (art. 7º da Lei 9.278/96) e ao direito de sucessão por morte do companheiro (art. 2º da Lei 8.971/94), além de conservar os direitos decorrentes da sociedade de fato, já agora em partes iguais e independente de prova de esforço comum, salvo estipulação contrária em contrato escrito (art. 5º da Lei 9.278/96).

Todos esses direitos são hoje postulados perante as varas de família (art. 9º da Lei 9.278/96) e, comprovada a existência de união estável, mediante habilitação no respectivo inventário.

7. A sucessão do cônjuge no Projeto de Código Civil

O Projeto do novo Código Civil, que acaba de ser aprovado com emendas no

Senado Federal e devolvido à Câmara dos Deputados, já foi adaptado à Constituição de 1988 e reflete a melhor doutrina e a jurisprudência predominante sobre os problemas da família. A propósito da sucessão do cônjuge, começa por exigir, como requisito do seu direito sucessório, que não esteja separado judicialmente, nem separado de fato há mais de dois anos, ao tempo da morte do outro, salvo prova de que a separação de fato não foi por culpa do sobrevivente

(Emenda 307 ao art. 1853). O cônjuge adquiriu o *status* de *herdeiro necessário*, ao lado dos descendentes e dos ascendentes (art. 1.872). Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, metade dos bens da herança, constituindo a *legítima*. Além da legítima, o cônjuge poderá ser beneficiado com a parte disponível ou com legado, em testamento (art. 1.876). Em concorrência com descendentes, o cônjuge não participará da sucessão se casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (art. 1.852, I). Essa restrição não ocorrerá quando concorrer com ascendentes (art. 1.852, II). Em concorrência com descendentes, o cônjuge receberá quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça. Se for ascendente dos herdeiros, não receberá menos da quarta parte da herança (art. 1.855). Concorrendo com ascendente em primeiro grau, receberá um terço da herança. Concorrendo com um só ascendente ou com ascendente de segundo grau, receberá metade da herança (art. 1.864). Na falta de descendente e de ascendente, receberá a herança por inteiro (art. 1.865), só podendo ser afastado por testamento *da metade*, como herdeiro necessário (arts. 1.813 e 1.873). Qualquer que seja o regime de bens, o cônjuge terá o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, sendo o único dessa natureza, sem prejuízo de sua par-

ticipação na herança (art. 1.854). Além de herdeiro necessário, o cônjuge receberá herança em propriedade *plena* e não apenas usufruto. O sistema do Projeto se aproxima do adotado pelo Código Civil português, com a redação do Decreto-Lei nº 496/77.

8. O regime de bens no Projeto

É livre a estipulação do regime de bens entre os nubentes (art. 1.667). Poderá ocorrer a alteração parcial do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges (Emenda 249 ao parágrafo único do art. 1.667). Na falta de convenção, ou sendo nula ou ineficaz, vigorará o regime da comunhão parcial (art. 1.668). Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer outro regime regulado, reduzindo-se a termo a preferência (Emenda 250 ao parágrafo único do art. 1.668). É obrigatório o regime da separação, sem comunhão de aquestos, nas seguintes situações: a) inobservância das causas suspensivas da celebração do matrimônio; b) em relação ao maior de 60 anos; c) havendo dependência de suprimento judicial. No regime da separação absoluta, o cônjuge pode, sem autorização do outro, alienar ou gravar de ônus reais seus próprios bens imóveis, bem como prestar fiança ou aval (art. 1.675). *A contrario sensu...*

9. A união estável no Projeto (conceito, requisitos, deveres, regime de bens, conversão)

Em título denominado “Da União Estável”, introduzido pela Emenda nº 283 do Senado, após o artigo 1.751, foi reconhecida como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher, vivendo os companheiros como se casados fossem por mais de cinco anos consecutivos”. Restabelece-se assim o critério da Lei 8.971/94. Mas o prazo poderá ser reduzido para três anos, quando houver filho comum. Não se

constituirá a união estável se ocorrerem os impedimentos e as causas suspensivas matrimoniais previstas no Código, sobretudo a consangüinidade e a afinidade próximas. Os companheiros terão deveres de lealdade, respeito e assistência entre si, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Salvo convenção válida que firmarem, seu regime de bens será o da comunhão parcial. A união poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no registro civil.

10. A Sucessão do companheiro no Projeto

A sucessão do companheiro ou companheira, regulada pelo Projeto por meio da Emenda nº 300 do Senado, após o artigo 1.813, ocorrerá nas seguintes condições:

I – se concorrer com filhos comuns: a mesma cota atribuída por lei ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança: a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis: direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis: direito à totalidade da herança.

Essa herança em propriedade plena terá o caráter necessário ou inafastável, salvo quanto ao inciso IV, quando poderá ser afastado da metade, sob pena de a união estável receber tratamento melhor do que o casamento...

11. O concubinato no Projeto

Dispõe finalmente o Projeto, ao tratar da união estável, que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Ao assim dispor, o Projeto afasta de cogitação qualquer relação (sexual, obviamente) eventual entre o homem e a mulher, a qual constituiria, no máximo, prestação de serviço eventual.

Sendo não eventuais ou ganhando frequência, habitualidade e estabilidade, mas presente o impedimento matrimonial, ca-

racterizariam o mero concubinato, sem os efeitos atuais da união estável. Teriam os efeitos econômicos vigentes antes da Constituição de 1988 e das leis reguladoras da união estável, sobretudo os decorrentes da sociedade de fato (art. 1.363 do CC), gerando participação nos lucros, ou da prestação de serviços, gerando salários, tudo nos termos da Súmula 380 do STF e jurisprudência posterior. Isso se aplica até nas uniões homossexuais, em que figura o maior impedimento ao casamento e à união estável, cujo requisito constitucional é ser entre o homem e a mulher (§ 3º do art. 226); mas sem qualquer conotação com o Direito de Família e das Sucessões.

12. Conclusão

Ao reconhecer a união estável como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, o § 3º do artigo 226 da CF deu o grande passo para a abertura, flexibilização e pluralismo do conceito de família. E as leis reguladoras, ao consagrarem o direito de alimentos e de sucessão entre os companheiros, além de presumirem a sociedade ou condomínio, em partes iguais, nos bens adquiridos na constância da união, colocaram nosso Direito de Família em nível dos mais avançados do mundo civilizado. O Projeto de Código Civil, por meio de duas emendas atualizadoras do Senado, virá aperfeiçoar as conquistas da união estável, atribuindo-lhe o regime patrimonial da comunhão parcial de bens como regime legal ou supletivo (Emenda 283), além de atribuir ao companheiro o direito de participar da sucessão do outro em propriedade plena sobre os bens (Emenda 300), conforme acima exposto.

Fecha-se, dessa forma, o círculo das igualdades: entre os filhos de qualquer condição, entre os cônjuges e agora entre as entidades familiares.

Os códigos civis, como sistemas lógicos de direito privado, sempre repudiaram ou desconhecaram a existência jurídica do

concubinato, considerado forma deturpada ou marginalizada de família. Napoleão Bonaparte teria dito: “os concubinos driblam a lei, a lei se desinteressa deles”.

Mas o concubinato foi-se destacando como realidade social, em consequência de fatores econômicos e sociais. Os autores apontam como principais a falta de recursos financeiros e, paradoxalmente, a prosperidade, que levam as pessoas a recorrer ao apoio econômico de outras. Também a independência econômica das mulheres contribui para a opção pela união livre.

Em princípio, só tinham o amparo das regras gerais do Código Civil, atinentes ao Direito das Obrigações, como os princípios da sociedade e do enriquecimento sem causa. Como fatores jurídicos da evolução, apontam a suavização das regras do casamento e as próprias leis especiais de amparo às uniões livres. Somente por meio da jurisprudência e de leis especiais foi sendo acolhido o concubinato, gradativamente, dado o seu caráter multiforme e a dificuldade de sua definição e sistematização jurídica. Como sempre, o direito se origina dos fatos e evolui com os mesmos, numa recíproca interferência e adaptação. Se os fatos conduzem o direito, a este também cumpre direcionar os fatos numa sociedade racional, evitando sua deformação, como a pretensão de estender a união estável aos homossexuais, como entidade familiar. Como acentuou Miguel Reale – ao ser interpelado sobre a omissão do concubinato em seu Projeto –, “a família não deve ter por horizonte o concubinato”. E muito menos homossexual...

Bibliografia

- Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Repensando o Direito de Família.* Belo Horizonte : Del Rey, 1998.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. *Rev. Dir. Civil*. RT, v. 77, s.d. p. 11-17.
- CAIO MÁRIO da Silva Pereira. *Instituições*. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 6.

- CHAVES, Antônio. O usufruto vidual instituído pela Lei 4.121/62. In: *Revista dos Tribunais*. n. 470 s.d. p. 55-70.
- MIRANDA JR., Darcy Arruda, et. al. *Código Civil nos Tribunais*. 1.ed. São Paulo : Jurídica Brasileira, art. 1611 e §§.
- FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do companheirato. In: *Boletim Técnico da OAB-MG*. [S.l.] : OAB, jan. 1996. p. 9-23.
- GIL, Otto E. V. A união estável e a Lei 8.971/94. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Senado Federal, SSETec, n. 127, p 77-81.
- GUSMÃO, Paulo Dourado e outros. *O Direito na década de 1990 (em homenagem a Arnaldo Wald)*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- LEPAGE, Francine. *Vivre en union de fait au Québec*. 2. ed. Québec : Publications du Québec, 1992.
- MATTOS, Walmir. O usufruto vidual. *Revista de Direito Civil*. RT, v. 51, p 16-42.
- MOURA, Mário de Aguiar. *Concubinato: teoria e prática*. Porto Alegre : Síntese, 1979.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código Civil*. São Paulo : Saraiva, 1999.
- NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *O companheirismo : uma espécie de família*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato: novos rumos*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1997.
- ORLANDO GOMES. *Sucessões*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- Projeto de Código Civil (com as emendas do Senado Federal). Organização e notas de JM Leoni Lopes de Oliveira. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1998.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 4, 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Casamento e concubinato: efeitos patrimoniais*. 2. ed. Rio de Janeiro : Aide, s./d.
- RODRIGUES, Lia Pallazzo. O concubinato na Constituição de 1988. *Revista Direito Civil*. RT, v. 53, p. 17-20.
- SOARES, Orlando. *União estável*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- SWENSSON, Walter Cruz. Usufruto vidual e usufruto legal. *Revista Direito Civil*. RT, v. 41, p 52-61.
- TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo et al. *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, s./d.
- TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, s./d.
- VIANA, Marco Aurélio. *Curso de Direito Civil*. v. 6. Belo Horizonte : Del Rey, 1994.
- WALD, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 10ed. São Paulo : RT.
- _____. Os efeitos da Lei 6.515 no direito sucessório. *Revista Direito Civil*. [s.l.] :RT, v. 6, p. 17-23.