

DAS UNIÕES: A FORMAL E AS INFORMAIS, SEUS REGIMES DE BENS E A SUCESSÃO

Segismundo Gontijo

Advogado*

(in memorian)

1 - DAS TRANSFORMAÇÕES DA FAMÍLIA

Nourrinha de exposição, até recentemente, quase à unanimidade dos juristas e sociólogos, considerávamos a família como um *fato natural*, decorrente do apelo para a perpetuação da espécie e da condição gregária do homem. Não sem razão, Aristóteles já identificava o homem como um animal social. Sabe-se que o homem já nasce imbuído de dois instintos primários e permanentes: a fome e o sexo. Até por essas necessidades/instintos naturais de sua própria constituição físico-psíquica, o homem precisou se prover, agregando-se, dando origem aos que se tornaram os embrionários preceitos sociológicos. A fome levou-o à guerra, às conquistas e, *pour cause*, ao desenvolvimento das primeiras civilizações. Quanto ao sexo, instinto natural indispensável à perpetuação de sua própria espécie, além de lhe trazer satisfação, resultava em filhos que lhe asseguravam adjutório na velhice e a continuidade da tribo, da raça. Com o que se pode afirmar com Luiz ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE¹ que *“os homens não vivem; os homens convivem”*.

Essa inseparabilidade do homem e seu meio social, aquele instinto gregário que, no início se exterioriza apenas na família e na tribo, na medida da organização social num longo e delicado processo, continuou na família e se estendeu ao bairro, à escola, à coletividade municipal, à Nação e, hoje, ao mundo como *“aldeia global”*, no dizer de Mac Luhan. PONTES DE MIRANDA refere-se a sete processos sociais de adaptação, perfilando-os, propositadamente, numa ordem crescente de mobilidade, a saber: Religião, Moral, Estética, Ciência, Direito, Política e Economia. Procedendo à análise taxionômica de tais processos, o mestre de sempre conclui que *as sociedades, onde preponderam os três primeiros, tendem à estabilidade, à fixidez, à aversão à mudança, à resistência, à inovação*. Em outras palavras, *‘puxam para o passado’*. *O processo cognoscitivo das ciências, por seu turno, tende à neutralidade, sendo o que mais se aproxima do equilíbrio. Já o Direito, a Política e a Economia ‘puxam para o futuro’; aquele, imperceptivelmente, e essa, de modo violento.”* Adiante: *“afortunadamente, tal padrão não se repete no Direito de Família. Ainda que possa parecer paradoxal, dadas suas fontes religiosas e romanas, o Direito de Família é o que mais celeremente tem evoluído, por obra, digna de encômios, da sensibilidade dos seus lidadores e da jurisprudência criativa.”* Em verdade, já se disse que no Direito de Família *‘o absurdo de hoje é a realidade de amanhã’*.

* Este trabalho foi provocado pelo tema de uma palestra no Centro Universitário do Planalto de Araxá, durante a 6ª Semana Jurídica, em agosto de 2003.

¹AURVALLE, Luiz Alberto D’Azevedo. *A evolução do Direito de Família*. Rio de Janeiro: COAD, Seleções Jurídicas, n. 3, 1998, p. 73.

2 - A FAMÍLIA NO BRASIL

A família brasileira guardou as marcas de suas origens: da família romana, a autoridade do chefe de família; da medieval, o caráter sacramental do casamento, e da portuguesa, a solidariedade e, com a globalização, a pluralidade de modelos. Assim, a submissão - de fato - da esposa e dos filhos ao marido, tornando o homem o chefe de família (que, fincada na tradição vem resistindo, na prática, à recente igualdade legal que nem a força da Constituição conseguiu sepultar), encontra a sua origem no poder despótico do *pater familias* romano. Já o caráter sacramental do casamento advém do Concílio de Trento, do séc. XVI. O sentimento de sensível ligação afetiva, abnegação e desprendimento é herança da cultura portuguesa. E, principalmente, com as inovações legislativas introduzidas pela CF/88, houve o reconhecimento da família plural.

Porque ainda desconhecido no mundo o casamento civil, Portugal tornou obrigatórias, em 1564, as normas do Concílio de Trento para o matrimônio, incluídas depois, em 1603, nas Ordenações Filipinas, editadas por Felipe II de Espanha e I de Portugal para disciplinar legislativamente os seus súditos da Península Ibérica e das Colônias. Aliás, o primeiro casamento civil só ocorreu em 1580, na Holanda, como revide protestante - que considerava de natureza contratual o casamento - à contra-reforma representada pelo Concílio de Trento. Só a partir de 1861, aquele poder da Igreja deixou de ser absoluto, com a Lei nº 1.144, trincando seu monopólio ao ensejar validade a casamentos celebrados por outros credos. Quanto a ser somente civil no Brasil, o casamento válido (e, excepcionalmente, o religioso ter efeitos civis na conformidade dos arts. 1.515 e 1.516 do CC/02), não custa lembrar serem várias as posições adotadas pelas legislações existentes atualmente quanto ao casamento civil em contraposição com o casamento religioso: a) só admitem o casamento civil (Brasil, demais países da América do Sul, Suíça e Alemanha); b) têm como regra geral a do casamento religioso, admitido o civil como exceção (Espanha e países escandinavos); c) atribuem o mesmo valor para o civil e para o religioso (USA e Inglaterra); d) o oficial é apenas o casamento religioso (Líbano e Grécia). No Brasil, Colônia e Império só existia o casamento religioso, admitido em três ritos: a) o católico, conforme liturgia criada no Concílio de Trento (1563); b) o casamento misto entre católicos e não-católicos, no ritual do direito canônico; c) e o casamento de crentes de outras seitas, que era celebrado atendendo às normas religiosas do respectivo credo. Foi de 1861 a 1890 que se possibilitou a celebração do casamento religioso e do civil com a idêntica eficácia, apesar do primado do religioso por ser esse o costumeiro e, com isso, o civil dele ter sido considerado subsidiário. É de se observar que a CF de 1824 desconsiderou a família e o casamento ao não lhes fazer referência, a não ser - discriminatoriamente - quando, no Cap. III, tratou da família imperial.

Acrescente-se que, até recentemente, os princípios estruturais do Direito de Família no Brasil e na maioria dos países ocidentais, permaneceram fincados na moral sexual do século XIX. Foi a partir da Revolução Industrial, com a redivisão sexual do trabalho, o movimento feminista e o declínio da ideologia patriarcal, que passaram a surgir novos paradigmas para a família que deixou de ser apenas um

núcleo econômico e de reprodução, para - por força dos movimentos libertários sociais da década de 60 - ser um lugar reservado para o companheirismo, a camaradagem e a liberdade da realização comum no amor e na plena afetividade. Com a liberalidade dos costumes e a pluralidade da família deixaram de ser dependentes entre si e dissociaram-se o sexo, o casamento e a reprodução. Vide que é dispensável sexo para reprodução e casamento, para relacionamentos sexuais, para a caracterização de entidade familiar.

Certo é não haver mais lugar, no mundo atual, para o Direito de Família aristocrático, canônico, que objetivava tutelar a família “legítima”, então a única possuidora de patrimônio e do aconchego de um lar revivificador do psiquê do indivíduo e fonte de suprimento das carências vitais dos seus membros. Foi assim que, “tijolinho a tijolinho”, os operadores desse Direito e os pretórios, atentos à realidade sociológica, construíram na legislação especial, na extravagante e na Constituição, nichos para abrigar essa nova *família plural*, afinal também recepcionada pelo Código Civil.

A mim resta indubitoso que o espírito da atual Constituição Federal nasceu do entendimento dessa evolução social com suas mudanças de modelos, provocando uma verdadeira revolução no Direito de Família a partir de três eixos básicos: a) o da equiparação dos direitos entre homens e mulheres (art. 5º, I); b) o do casamento sem o monopólio da constituição de família, pois reconheceu também a União Estável e as famílias monoparentais, ou seja, qualquer dos pais que viva com seus descendentes (art. 226); c) o da isonomia da filiação, proibindo qualquer designação discriminatória entre filhos de qualquer natureza (art. 227, § 6º).

Por sua vez, o Código Civil/02, no seu Livro do Direito de Família e no de Sucessões recepcionou, mas em termos, as inovações constitucionais, mas é acusado - com total procedência - de retrocedir do ponto alcançado pelas leis especiais de nºs 8.971/94 e 9.278/96, tal como sofre críticas, como esta do mestre GUSTAVO TEPEDINO² para quem o seu “*mal maior foi a reprodução de uma dogmática matrimonialista, institucionalizada, que focaliza a família através da lente do casamento e dos seus diversos regimes patrimoniais.*”

Os novos fenômenos sociais emergentes conduzem à uma forte guinada na conceituação da família, agora não apenas como fato *natural* para ser enfatizada como fato *cultural* com uma evidente estrutura psíquica. Neste ponto, peço licença ao arguto GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA³ para transcrever uma de suas melhores lições:

“dentro de uma visão constitucionalizada, como exige o Direito Civil moderno, podem ser enunciados os seguintes princípios gerais reconhecidos no texto constitucional brasileiro de 1988, em matéria de Direito de Família (ainda que não excluídos desse segmento do

² TEPEDINO, Gustavo. *O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 7, Editorial, p. IV.

³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. In: *Revista dos Tribunais* nº 776. Junho de 2000, 89º ano. São Paulo: RT, 2000, p. 63 e 65-67.

conhecimento jurídico): **a)** o princípio e fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); **b)** o princípio da tutela especial à família independentemente da espécie (art. 226, caput); **c)** o princípio e fundamento do pluralismo e da democracia no âmbito dos organismos familiares, bem como da escolha da espécie de família (art. 1º, V); **d)** o princípio da igualdade em sentido material de todos os partícipes da família (art. 5º e inciso I); **e)** os princípios e objetos da liberdade, da justiça e do solidarismo nas relações familiares (art. 3º, I), o princípio e objetivo da beneficência em favor dos partícipes do organismo familiar (art. 3º, IV). Além destes, há outros princípios especiais (ou específicos) de Direito de Família, que exsurtem da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – sendo que alguns deles são implícitos a partir da normativa constitucional: **a)** princípio da paternidade responsável, vinculado ao médico interpretativo *the best interest of the child* (art. 226, § 7º); **b)** princípio da prevalência do elemento anímico da *affectio* nas relações familiares (em decorrência da previsão do divórcio, com prazos diminuídos, e do expresso reconhecimento da perda da *affectio maritalis* diante da separação de fato por dois anos), nos termos do art. 226, § 6º; **c)** princípio do pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§ 1º, 3º e 4º); **d)** princípios da liberalidade restrita e beneficência à prole em matéria de planejamento familiar (art. 226, § 7º); **e)** princípio e dever da convivência familiar (art. 227, caput); **f)** princípio da prioridade da proteção absoluta e integral da criança e do adolescente (art. 227, caput), incluindo a sua colocação em família substituída (art. 227, § 3º, VI, e § 5º); **g)** princípio da isonomia entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e, implicitamente, entre os companheiros; **h)** princípio da isonomia entre os filhos, independentemente da origem (art. 227, § 6º); **i)** princípio da não-equiparação entre o casamento e o companheirismo (art. 226, § 3º).”

Afinal, não há como negar razão ao nosso GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA quando ressalta que

“um dos segmentos do universo jurídico em que se observam profundas mudanças nos últimos tempos é, indubitavelmente, o Direito de Família. E, não poderia ser diferente, diante do redirecionamento das relações políticas, econômicas, sociais e, conseqüentemente, familiares no sentido de se buscar o fundamento das relações pessoais contemporâneas nos ideais e valores de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo. Cuida-se de adotar posturas que sejam coerentes com o significado da própria existência do homem na Terra, elucidando os mistérios e segredos da pessoa humana e do meio que a circunda, tentando atingir o bem existencial mais desejado: o bem-estar social ou, mais individualmente, a felicidade.”

3 - A UNIÃO FORMAL: DO CASAMENTO E DOS SEUS REGIMES DE BENS

A seguinte é lição da douta dupla de modernos doutrinadores, EUCLIDES DE OLIVEIRA e GISELDA HIRONAKA:⁴

“do dispositivo inaugural do Livro Especial destinado ao Direito de Família, artigo 1.511, extrai-se uma conceituação do casamento pelo efeito que se lhe reconhece: o de estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. In verbis, pois, o legislador expressamente define o que seja casamento e quais são, intrinsecamente, os seus pressupostos de existência e de validade.”

A comunhão plena de vida deve ser entendida numa convivência de forma plena, envolvendo todos os aspectos de uma vida a dois - e eu acrescento, também em relação aos filhos - sem prejuízo dos princípios constitucionais o da proteção desses membros da família quanto à própria intimidade e sua vida privada. Isso, exatamente como, também, previsto na CF/88 sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X), da definição da casa como inexpugnável (art. 5º, XI), além da garantia da dignidade humana, o que exige a preservação à liberdade e ao respeito à personalidade e à intimidade. Dentro desses princípios, a comunhão de vida não implica à renúncia aos interesses e atividades que visam à manutenção da personalidade de cada cônjuge normatizada pela Constituição no art. 226, § 8º, que assegurou a personalização do Direito de Família, garantindo a cada membro os seus direitos individuais: “*o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*” Bonita e oportuna é a anotação de PAULO LUIZ NETO LÔBO:⁵

“cresce no mundo inteiro a concepção da família como agência de amor, que deve ser garantida, para realização pessoal íntima da pessoa humana. Por essa razão, os laços de solidariedade entre pais e filhos são fortalecidos pelo legislador, que consolidam os deveres dos pais em relação aos filhos e destes em relação aos pais, mesmo quando deixam o domicílio familiar.”

Sobre a celebração do casamento ser gratuita na previsão legal do art. 1.512, do Código Civil, convém lembrar que ela, desde há muito, é assegurada pelas últimas constituições federais e, na atual, está contemplada no art. 226, § 1º: “*o casamento é civil e gratuita a celebração.*” Para maior incentivo ao casamento civil, preferencial para a administração do Estado, naturalmente que a gratuidade deveria ter sido estendida à habilitação. Mas, pelo menos o parágrafo único do artigo a prevê, como inovação, e mais a primeira certidão, gratuita para as “*pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei*”.

⁴ OLIVEIRA, Euclides.; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do Direito de Família. In: *Direito de Família e o novo Código Civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2001, p. 11.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 65.

Passou a ter especial relevo a proteção da pessoa dos filhos na medida em que o art. 227 da CF/88 impõe o princípio da paternidade responsável, tal como também assegura o planejamento familiar como decisão livre do casal que não admite intervenção de terceiros (repetido no art. 1.565, § 2º do CC).

Cumprindo um dos seus objetivos, o da *operabilidade*, o novo Código Civil pôs fim à longa discussão dos doutrinadores sobre qual o momento em que se tornava eficaz o casamento: definiu-o no art. 1.514 ao dispor que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.” Aliás, em princípio, tanto esse art. 1.514 quanto os arts. 1.515 e 1.516, encontram-se desloca- dos porque melhor se situariam no Capítulo VI que trata da celebração do casa- mento.

Noutra inovação, insculpida no art. 1.517, foi igualada a idade núbil para o homem e a mulher aos 16 anos o que mereceu comentário positivo dos Profs. EUCLIDES DE OLIVEIRA e GISELDA HIRONAKA:⁶ “bem andou o legislador, portanto, em assentar para fins de casamento o mesmo tratamento objetivo sem distinção de idade pelo sexo dos nubentes.” Em sentido contrário, dentre inúmeros, RUI RIBEIRO DE MAGALHÃES⁷ para quem esta disposição

“foi um retrocesso. O jovem moderno, em que pese o maior número de informações que recebe, mostra-se psiquicamente despreparado para assumir os encargos do casamento nessa tenra idade, ainda que possa estar fisicamente muito mais preparado que o jovem de antigamente, a começar pela iniciação sexual mais precoce nos dias atuais. Não vejo razão justificável para que a permissão fosse mantida, melhor teria feito o legislador se aumentasse a idade da mulher ao invés de reduzir a do homem.”

De minha parte, acredito que, dentro da realidade social e da constitui- ção física-psíquica do indivíduo, a solução coerente com a gravidade do ato matri- monial é mesmo a da coincidência entre a idade núbil e aquela exigida para a capacidade geral, tal como prevê a legislação da maioria dos países.

No CC/02, há uma alteração estrutural de extrema importância no concernente à eficácia do casamento, em comparação com o CC/16, decorrente da adaptação legal à igualdade dos cônjuges no exercício dos direitos e dos deveres referentes à sociedade conjugal, consagrado no art. 226, § 5º da CF/88. O CC/ 16 tratava “dos efeitos jurídicos do casamento” no Título II, que era dividido em III Capítulos: “I - Disposições gerais; II - Dos direitos e deveres do marido; III - Dos direitos e deveres da mulher.” A matéria passou a ser composta apenas do Capítulo IX, do Subtítulo I (*Do Casamento*), do Título I (*Do Direito Pessoal*), com o nome “*Da eficácia do casamento*.” O notável neste capítulo é a consagração da igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, corporificando a norma constitucional de

⁶ OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do Direito de Família. In: *Direito de Família e o novo Código Civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2001, p. 21.

⁷ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de Família no novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 38-39.

88. No entanto, os admiráveis mestres EUCLIDES DE OLIVEIRA E GISELDA HIRONAKA⁸ ensinam que “o conceito de igualdade, repisado com ênfase na Constituição e no novo Código Civil, há de ser interpretado em consonância com as naturais diferenças existentes entre homem e mulher”. Efetivamente, há uma tendência no moderno Direito de Família de se buscar a igualdade de direitos no tratamento desigual na conformidade da diversidade de sexos, pois somente discriminando pela compensação se igualarão as diferenças. Na visão moderna do Direito, não se pode permitir a radicalização do tratamento jurídico uno, na medida da adequação individual a cada caso e nas circunstâncias de cada pessoa, de *per si* ou no contexto familiar. Exemplifico com a mulher-mãe/dona-de-casa que perde boa parte daquele que seria seu tempo produtivo em favor da dedicação dele, integralmente, aos cuidados dos filhos, da administração do lar e da atenção ao marido, com inegável prejuízo dos seus possíveis rendimentos pessoais, e isso ainda que ela exerça profissão extra-lar. Aliás, em decorrência desse desdobramento da sua jornada de trabalho é que se justifica sua aposentadoria mais precoce que a do homem, por trabalhar em dupla jornada. Vale sintetizar com RUI BARBOSA: *tratar iguais com desigualdade ou desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade*. Destaque-se que se pretende evitar, com a regra da isonomia jurídica, é tratar diferentemente pessoas que estejam em situação essencialmente igual. Para aquela mencionada dupla de autores,

“Esta isonomia de tratamento jurídico é aquela que, em abstrato, permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. É também a isonomia que se busca na identificação dos filhos de uma mesma mãe ou de um mesmo pai. É ainda a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo status familiae.”

Objetivamente, pode-se considerar que, tal como o Código Civil anterior, o novo prevê três classes de efeitos decorrentes do casamento:

1º) SOCIAIS: a) criação da família civil, matrimonializada; b) estabelece a condição de consortes e companheiros em igualdade para os cônjuges (art. 1.565, caput); c) passam os cônjuges a ter o estado civil de casado; d) estabelece-se o vínculo de afinidade entre o cônjuge e os parentes do outro; e) o cônjuge menor, automaticamente emancipa-se (art. 5º, II, § único);

2º) PESSOAIS: a) garante o livre planejamento familiar (art. 1.565, § 2º); b) impõe os direitos e deveres de ambos os cônjuges (art. 1.566); c) estabelece a escolha e a fixação de comum acordo do domicílio conjugal (art. 1.569); d) na medida em que o casal tenha prole comum, são estabelecidos os direitos e deveres dos pais para com os filhos; e) concede-se a qualquer dos cônjuges adotar o sobrenome do outro, antes do casamento (art. 1.565, § 1º);

3º) PATRIMONIAIS: a) é fixado o dever de ambos os cônjuges concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família

⁸ OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do Direito de Família. In: Direito de Família e o novo Código Civil. PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2001, p. 16-17.

e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial (art. 1.568); b) impõe-se a co-responsabilidade dos cônjuges pelos encargos da família (art. 1.565 parte final do *caput*); c) confere-se a co-direção da sociedade conjugal, em colaboração recíproca do marido e da mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos (art. 1.567); d) fixa-se o termo inicial da vigência do regime de bens como o da celebração do casamento que agora pode ser alterado por decisão judicial, em pedido comum e motivado dos cônjuges (art. 1.639); e) é exigida, em alguns regimes de bens, a outorga conjugal para a prática de determinados negócios jurídicos (art. 1.647); f) é conferida a possibilidade de instituição do bem de família (arts. 1.711 a 1.722); g) concede-se a condição de herdeiro necessário, em alguns regimes de bens, além da possibilidade de ser herdeiro do outro, independente dos regimes de bens, caso o cônjuge faleça sem deixar descendentes ou ascendentes e o casal não esteja separado de fato (arts. 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.838); g) deixou de existir o direito ao cônjuge sobrevivente ao usufruto legal nos termos que previa o art. 1.611 do CC/16, todavia, o direito real de habitação foi desvinculado do regime de bens, restrita a sua aplicabilidade aos casos em que o acervo hereditário seja composto por um único imóvel residencial (art. 1.851).

O planejamento familiar constitui mais uma novidade no Código de 2002 em relação ao de 1916, introduzida no capítulo da eficácia do casamento. Na verdade, já prescrevia o art. 226, § 7º da CF que, “*fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas*”. Agora, o art. 1.565, § 2º, do Código Civil, consagra esse princípio constitucional da liberdade do planejamento familiar que, por sua vez, é contemplado na Lei n. 9.263/96 e em decreto específico, dispondo que “*o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas*.” Colaciona-se o Enunciado 99 do Conselho Superior da Justiça Federal que lembra: “*essa norma não é destinada apenas às pessoas casadas, mas também às que vivem em companheirismo, por força daquele art. 226, caput, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e o código não revogou o disposto na Lei n. 9.263/96 que, no seu art. 2º, definiu o planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal!*”

Como deveres de ambos os cônjuges, o art. 1.566 do Código Civil impõe: I) *fidelidade recíproca*; II) *vida em comum, no domicílio conjugal (coabitação e debitum conjugale)*; III) *mútua assistência*; IV) *sustento, guarda e educação dos filhos*; V) *respeito e consideração mútuos*. Enfatize-se que esse rol não esgota os deveres conjugais, apenas elenca os essenciais para a estabilidade da família, dentro do modelo que o Estado considera atender aos seus interesses para que o casamento seja formador e estruturador dos seus membros.

O inciso IV, do art. 1.566 ao dispor que constitui dever de ambos os

cônjuges o “*sustento, guarda e educação dos filhos*”, é redundante e repetitivo porque tais *munus* decorrem do poder familiar e da norma constitucional da paternidade responsável. Fica claro não estarem eles necessariamente vinculados ao casamento, porque não deixam de estar presentes na união estável, nem mesmo na família monoparental. Anote-se que eles também estão contemplados no art. 1.568 quando, reforçando o art. 1.565 (“...e responsáveis pelos encargos da família”), dispõe que “os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”. É certo que a importância do dever de sustento, manutenção e educação dos filhos tanto pelo marido como pela mulher, ficou ainda mais acentuada no novo Código pelas normas constantes do capítulo referente à eficácia do casamento. Todavia, a manutenção do inciso IV do art. 1.566 se justifica apenas como reforço da natural obrigação do sustento, guarda e educação imposta aos genitores e cuja infração, além de poder fundamentar pedido de separação judicial, conforme *caput* do art. 1.572, ainda pode caracterizar crime de abandono material ou intelectual da família, sem contar com a perda do poder familiar (art. 1.638, II), penalizações essas aplicáveis, igualmente, aos infratores desse dever legal na união estável e na família monoparental.

É de ser realçado que tais deveres são de ordem pública e de interesse social. No casamento, eles deverão ser considerados indispensáveis à sua essência, e no relacionamento entre genitor(es) e sua prole constituem a base fundamental da entidade familiar. Pela norma cogente de ordem pública, nem os cônjuges (art. 1.566) podem transacionar, renunciar, delegar, dispor ou modificar tal dever em pacto antenupcial, nem os que pretendam conviver em união informal poderão fazê-lo em eventual contrato (art. 1.724).

A tônica do novo CC, ao traçar os deveres conjugais, é a de assegurar a igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, em todos os sentidos, acabando com privilégios ou supremacias como resultante natural do art. 226, parágrafo 5º, da CF. O código, no art. 1.567 e seu parágrafo único, é imperativo em que todos os direitos agora sejam exercidos pelo casal, num sistema de colaboração em que exerçam, em igualdade, a co-gestão e co-administração da sociedade conjugal. E têm de exercê-la, buscando sempre atender ao interesse comum e ao dos filhos; e que ambos os cônjuges devam colaborar na direção da sociedade conjugal.

Recorde-se que, no CC/16, o marido exercia o papel de chefe da sociedade conjugal e, por conseqüência, competia-lhe toda a manutenção da família. A mulher só tinha que dar alguma contribuição se casada pelo regime da separação, assim mesmo, se o pacto antenupcial não dispusesse de forma diversa. A liberdade de exonerar a mulher de participar da manutenção da família era possível por meio de pacto antenupcial, qualquer que fosse o regime de bens. Ocorreu, agora, inovação importante, que também tem origem na isonomia estabelecida pelo art. 226, § 5º da CF: é a do art. 1.568 e determina que tanto o marido quanto a mulher são “obrigados” a concorrer para o sustento da família e até para educação dos filhos, qualquer que seja o regime de bens, sempre proporcionalmente à renda dos

bens e do trabalho de cada um. Chama a atenção o emprego da expressão “*obrigados*”, revelando que não se trata de faculdade e representa dever impostergável e inegociável, de forma que não pode qualquer dos cônjuges fugir ao cumprimento deste efeito do casamento. Esta co-obrigação dos genitores nos encargos da família, incluídos os referentes aos filhos e sua educação, tem respaldo em vários dispositivos da legislação vigente, desde normas constitucionais até infraconstitucionais: a) art. 229 da CF/88 (“os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores...”); b) art. 1.565 (“pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente ... e responsáveis pelos encargos da família.”); c) art. 1.566, III e IV (que impõe como dever de ambos os cônjuges os da “mútua assistência;” e ainda o do “sustento, guarda e educação dos filhos;”); d) art. 1.694 (“podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem ...”); e) art. 1.696 (“o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, ...”); f) art. 1.631 (“durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.”); g) art. 22 da Lei 8.069/90 (“aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”).

Regime de bens - O casamento é celebrado, obrigatoriamente, sob determinado regime de bens assim elencados no Código vigente:

a) o da *comunhão universal*, que torna comuns a ambos os cônjuges os seus bens anteriores, presentes e futuros;

b) o da *comunhão parcial*, em que se comunicam apenas os bens adquiridos onerosamente depois do casamento, mais os recebidos conjuntamente por ambos os cônjuges por doação ou sucessão, e que é o comum ou supletivo por dispensar pacto antenupcial, ser o da opção da maioria dos brasileiros e por suprir a nulidade que viciou a formalização de outro;

c) o da *participação final nos aqüestos*, em que cada cônjuge possui como patrimônio próprio os que tinha ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento e lhe caberá, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade desses bens (porque tão complicado esse regime, na prática, se escolhido pelos nubentes, exigiria a presença diuturna de um *contador* para anotar cada centavo adquirido e empregado pelo marido e pela mulher, considero esse regime natimorto como o foi o anterior regime dotal que nasceu, morreu e foi sepultado sem que se tenha notícia de qualquer casamento celebrado sob esse regime em toda a vigência do código/16;

d) o da *separação de bens, legal* (ou *obrigatório*) para os maiores de 60 anos, ou *convencional* (que exige pacto antenupcial).

Decorrente desses regimes de bens possíveis, considero, num posicionamento estritamente pessoal e que reconheço conflitar com dispositivos legais que praticamente identificam *sociedade conjugal* com *casamento* que, deste poderá resultar como regra geral uma *sociedade conjugal*, ou uma *não sociedade* no sentido patrimonial/financeiro. *Sociedade* que será óbvia sob o regime da comu-

não universal, da parcial, ou da participação final nos aquestos; mas será caso de uma *NÃO sociedade patrimonial* em se tratando de casamento sob o regime de separação de bens (tal como ocorreria numa união estável cuja parte patrimonial e financeira estivesse disciplinada por um contrato pactuado prevendo a total separação - no presente e no futuro - desses interesses)! Será caso de uma *não sociedade com fins econômicos* porque, a contrário senso, como poderia existir uma “*sociedade*” daquela natureza entre dois cônjuges (ou entre conviventes) cujos bens jamais se comunicarão, ainda mais agora, no CC/02, em que cada qual poderá alienar seus bens assim particulares sem a outorga do outro? A resultante desse raciocínio é a de que por sociedade aí se deverá entender, necessariamente, uma expressão - tão consagrada no nosso direito que imutável - no sentido afetivo, social e cultural, para simbolizar, nesses casos, a sociedade conjugal.

4) DAS UNIÕES INFORMAIS E DOS SEUS REGIMES DE BENS

4.1) DO CONCUBINATO E DA SOCIEDADE DE FATO

Antes do mais, há que ser lembrado que relacionamentos fugazes ou encontros sexuais esparsos, ainda que com uma mesma pessoa, retratam a situação injurídica de amantes e não de concubinos. Estes estão concentrados, inovadoramente, no artigo 1.727 do Código Civil. Este artigo é o último do paupérrimo Título III, que não tem mais que míseros 5 artigos tratando de uma conquista social constitucional tão importante como o é a união estável. Aquele artigo excepcionaliza a união estável codificando o concubinato: “*As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato*”. Vide não existir aí previsão legal reconhecendo qualquer direito ao concubino propriamente dito. No entanto, assim como pode existir uma sociedade de fato que não seja entre concubinos, é muito comum sua ocorrência num concubinato. Por isso, é bom lembrar que o Código Civil, ao inovar conceituando o concubinato como figura anômala à entidade familiar a união estável, não lhe negou efeito na medida que ela produz efeitos patrimoniais ou indenizatórios quando se conjuga com uma *sociedade de fato* concubinos, como procuro demonstrar adiante. Meu posicionamento, neste caso, é pela vigência da súmula 380 e pela sua aplicabilidade nos casos de concubinato adúlterino sem a co-existência de uma separação de fato entre os concubinos casados e seus cônjuges (no caso de ter ocorrido separação conjugal de fato, ocorreria óbvia união estável e seu regime seria o da comunhão parcial de bens, conforme previsão codificada). A Súmula nº 380 do STF tem esse conhecido enunciado: “*Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*”. (Sabe-se que esse direito pretoriano foi uma engenhosa formulação construída pela doutrina e pela jurisprudência, durante a vigência da Constituição de 1946, consolidada no início da década de sessenta, para tangenciar a vedação de tutela legal das famílias constituídas sem casamento).

Historicamente, ainda e sempre pela influência do direito canônico que se mesclava aos interesses dos “*coronéis*” (eleitores dos congressistas brasileiros) influentes na nossa legislação, mesmo a codificada, a ela repugnava toda

união que não fosse a formalizada pelo casamento, além de negar qualquer direito ao filho adulterino ou incestuoso, inclusive o de ser reconhecido. Tudo, certamente, para impedir a atomização das heranças no acréscimo dos filhos nascidos das relações sem matrimônio ou das adulterinas daqueles “*senhores de baração e cutelo*” com suas “*raparigas teúdas e manteúdas*” que, por sua vez não tinham qualquer direito (nem seus filhos) como *concubinas*, lembrando-se que sua identificação codificada as estigmatizava na sociedade.

Vide, por outro lado, que até à seródia instituição do divórcio no Brasil, somente restava aos egressos de um casamento falido a amigação num concubinato que, até pouco antes, não produzia qualquer efeito jurídico. O surgimento e a estratificação da *sociedade de fato*, especialmente *num concubinato*, tiveram raízes no Direito das Obrigações. No contexto brasileiro - aqui generalizando para efeito do raciocínio - nasceu da realidade sócio/cultural em que a *igualdade* entre homem e mulher é apenas legal. Subsiste a *desigualdade real*, que se revela não apenas na valoração do trabalho remunerável da mulher e do homem como, também, no diferente modo da criação e formação de um filho da de uma filha que é direcionada para vir a ser uma dona-de-casa *prendada*, ainda que - como passou a ser de costume historicamente recente - os pais façam com que ela estude, conclua curso superior e milite na respectiva profissão. Assimilada aquela influência na infância, quando adulta, o inconsciente dessa mulher estará acessível a uma subordinação ao marido ou ao companheiro que, por um machismo atávico (do qual ele não tem culpa, por ter sido criado nele) prefere-a assim, *dependente* dele. Ela, enquanto esposa ou concubina, após algum tempo estará castrada profissionalmente (também sem culpa dela, por aquela formação familiar recebida) e reduzida a doméstica. Ajudou-o a formar patrimônio, mas nada tem em nome dela. Cuida da casa, dos filhos, do companheiro, mas não tem trabalho remunerado, nenhum salário. Dissolvida a união, corre o risco de perder o esforço que somou ao do companheiro para este adquirir patrimônio que está em nome dele, e perde seu mantenedor, sem ter rendimentos ou acesso imediato no mercado de trabalho para suprir as próprias necessidades.

Daí a justificativa do surgimento, nos meados do século findo, de um direito pretoriano reconhecendo, por sua vez, os direitos dessa mulher. Para fazê-lo justiça os Tribunais tomaram emprestado princípios do Direito das Obrigações para impedir enriquecimento sem causa dos seus homens e/ou lesão a direitos pessoais dela na medida em que essa comprovasse sua participação direta, ou indireta, numa soma de esforços comuns, para que o companheiro adquirisse bens em nome dele. Daí resultava - e resulta - o reconhecimento e dissolução de uma sociedade de fato, partilhando-se os então bens comuns, proporcionalmente aos esforços de cada um, ou meio-a-meio conforme a corrente a que se filie o julgador, e ainda que essa sociedade de fato permeie um concubinato adulterino. Aliás, como já exposto, não sendo caso de concubinato, o relacionamento será, quase sempre, característico de uma união estável, em que aquele direito patrimonial independerá da comprovação da soma de esforço comum, porque há previsão legal de aplicação, quanto aos bens, do regime da comunhão parcial.

4.2) DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável foi introduzida na legislação brasileira pelo § 3º, do artigo 226, da CF: “*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*” e, recepcionada no Código Civil, art. 1.723: “*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”, enquanto o seu parágrafo impõe séria restrição casuística, vedando sua caracterização na ocorrência dos impedimentos do art. 1.521, ressalvado, quanto aos casados, a ocorrência de separação de fato. Sempre tive aquela norma constitucional como auto-aplicável, mas somente na parte em que reconhece como entidade familiar a união estável, porque o fez **apenas** para efeito da proteção do Estado, e esta finalidade foi explicitada no próprio artigo 226, § 8º: “*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*”, tanto que, de lá para cá, o Estado Judiciário estendeu esta proteção na jurisprudência, como, por exemplo, concedendo a extração de companheiro do lar, numa modalidade de separação de corpos inominada, na proteção do companheiro/vítima e, eventualmente, dos filhos direta ou indiretamente também ameaçados pela violência.

Dentro desse raciocínio, considero que apenas aquela parte final desse § 3º, do art. 226, aguardava lei ordinária que regulamentasse, conforme sua previsão, alternativas para facilitar a conversão da união estável em casamento. No entanto, a lei que veio a ser promulgada, de nº 9.278/96, apesar de dever se destinar a expressamente regulamentar aquela conversão em casamento, ultrapassou seus limites e, ao contrário de tratar de facilitar aquela conversão, o que fez foi criar direitos e obrigações entre os conviventes. Seu texto, assim, se presta para, ao contrário daquela expectativa prevista na norma constitucional, não prestigiar o casamento pela conversão da união informal e sim desmotivá-lo! De qualquer forma, como quem diz o direito é o juiz, de nada valeu, nem vale, aquele meu posicionamento restritivo, porque o direito pretoriano tem ripristinado a aplicação dos efeitos da união estável às uniões existentes quando da Constituição, havendo até mesmo precedente do STJ, aplicando-os a velhas uniões até mesmo dissolvidas antes da Carta Magna!

Noutro ponto, o Código Civil, agora (assim como ocorreu no texto da Lei nº 9.278), deixou ilíquida a condição de estável, sem definir um prazo mínimo que a caracterizasse como tal - com certeza para que o juiz possa declarar estável uma união levando em conta as circunstâncias do caso, especialmente o *animus societatis* e *convivendi* com o objetivo da constituição de família.

Na ausência da previsão legal de um prazo que caracterizasse tanto a estabilidade quanto o que se pudesse entender como “duradoura”, permanece a perplexidade do intérprete. Como solução defendo ser mais importante para essa caracterização a *qualidade da união* que a *quantidade do seu tempo de duração*: há que se identificar o seu *animus*! Nesse sentido, considero que o magistrado deverá,

no exame do caso concreto, perquirir com redobrada atenção a existência do *animus familiae* dos companheiros para e durante a união. Não fosse assim e o próprio constituinte teria feito constar do texto algo como “*é reconhecida uma união como entidade familiar, depois de tantos anos de duração*”, estabelecendo prazos como o fez no parágrafo 6º do mesmo artigo 226, ao tratar do divórcio. Por outro lado, enquanto a quantidade será identificável num prazo que o bom senso a admita *duradoura*, será nas circunstâncias do caso concreto que se evidenciará como *estável* a união na medida da ausência de interrupções na convivência. Afinal, essa união deverá ser na sua informalidade, a correspondência de um casamento formal. Essa qualidade transparecerá numa convivência que exteriorize o atendimento, **de fato**, dos deveres próprios de conviventes, elencados no artigo 1.724: lealdade, respeito e assistência entre si; e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Noutra inovação sem precedente para a união estável, o codificador civil - ainda seguindo o princípio da *operabilidade* do Código - impôs aos conviventes, como regra geral quanto à disciplina dos bens adquiridos onerosamente por um ou por outro durante a união, o regime da comunhão parcial, mas permitindo a excepcionalização dessa comunhão, desde que por contrato escrito.

4.2.1) DOS DEMAIS DIREITOS RECONHECIDOS À UNIÃO ESTÁVEL

Embora a união estável, dentro de um prisma ortodoxo, não devesse gerar conseqüências idênticas às do matrimônio, o novo Código Civil, a legislação extravagante e a especial, mais a própria jurisprudência têm evoluído no sentido de possibilitar que ela produza alguns efeitos jurídicos que, para a arguta MARIA HELENA DINIZ, são os de:

1) Permitir que a convivente tenha o *direito de usar o nome do companheiro* (Lei n. 6.015/73, art. 57 e parágrafos, que entrou em vigor em 1º-1-1976, com alteração da Lei n. 6.216/75), se a vida em comum perdurar há mais de 5 anos e se houver filhos comuns dos companheiros (RT, 598:58, 457:71, 426:240, 449:81, 450:206, 489:119, 485:92, 462:248, 542:793, 539:109, 476:104, 478:192, 546:65: RJTJSP, 31:95). Compete à Justiça Estadual decidir pedido de brasileira naturalizada para adicionar patronímico de companheiro brasileiro nato (Súmula 51 do TFR). O convivente, entendemos, não terá esse direito, pois, por ser tal norma uma lei especial e de ordem pública, deverá ser interpretada restritivamente, visto que a lei, ao colocar o termo no feminino, só contempla a convivente. Para tanto, se o companheiro for separado judicialmente, sua ex-esposa não pode estar usando seu sobrenome, e se a convivente separada judicialmente estiver usando os apelidos do ex-marido ou do ex-convivente, deverá renunciar a esse direito por termo e averbar essa renúncia no Registro Civil.

2) Autorizar não só o filho a propor investigação de paternidade contra o suposto pai, se sua mãe ao tempo da concepção era sua companheira, como também o reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio, até mesmo durante a vigência do casamento, desde que o faça por meio de testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento da prole, e nessa parte irrevogável (Lei n. 6.515/77, art. 51, que alterou a Lei n. 883/49; Súmula 447 do STF; CF/88, art. 227,

§ 6º; Lei n. 7.841/89, art. 1º); mas, com o advento da Lei n. 8.069/90, art. 26, e do Código Civil, art. 1.609, esse reconhecimento poderá ser feito no próprio termo de nascimento, em testamento, escritura particular, documento público e em manifestação direta e expressa perante juiz. Com isso, há o reconhecimento de filho extramatrimonial, resguardando sua segurança econômica e posição social, concedendo-se-lhe direitos sucessórios idênticos aos do filho proveniente de relações matrimoniais. A união estável não gera presunção *juris tantum* de paternidade, mas serve como meio de prova para o reconhecimento, visto ser um indício de paternidade.

3) Conferir à companheira mantida pela vítima de acidente de trabalho os mesmos direitos da esposa legítima - se esta não existir ou não tiver direito ao benefício, por ter sido culpada pela separação -, desde que tenha sido declarada beneficiária na carteira profissional, no registro de empregados ou em qualquer outro ato solene de declaração de vontade do acidentado (Dec.-lei n. 7.036/44, art. 21, parágrafo único, que não sofreu alteração pela Lei n. 6.367/76, sobre seguro de acidentes de trabalho; Lei n. 8.213/91, arts. 16, 20 a 23; Dec. n. 611/92, arts. 13, § 5º, e 144, ora revogados pelo Dec. n. 2.172/97, que, por sua vez, foi revogado pelo Dec. n. 3.048/99; RT, 214:359, 269:625, 227:703; RF 155:154; STF, Súmula 35).

4) Atribuir à companheira do presidiário, de poucos recursos econômicos, o produto da renda de seu trabalho na cadeia pública (Lei paulista n. 2.699/54, art. 3º, § 2º).

5) Erigir a convivente a beneficiária de pensão deixada por servidor civil, militar (RTJ, 116:880; RSTJ, 105:435; Súmula 253 do TFR e Lei n. 3.765/60) ou autárquico, solteiro, desquitado (separado) ou viúvo que não tenha filhos capazes de receber o benefício e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento. Se tal servidor tiver filhos, somente poderá destinar à amante, que vive sob sua dependência econômica há 5 anos, metade da pensão (Lei n. 4.069/62, art. 5º, §§ 3º e 4º).

6) Considerar a companheira beneficiária de congressista falecido no exercício do mandato, cargo ou função (Lei n. 4.284/63).

7) Contemplar a convivente como beneficiária quando tenha tido companheiro advogado (Lei n. 4.103-A/62, art. 5º).

8) Possibilitar que o contribuinte de imposto de renda, separado judicialmente e que não responda pela manutenção do ex-consorte, abata como encargo de família pessoa que viva sob sua dependência há 5 anos, desde que a tenha incluído entre seus beneficiários (Lei n. 4.242, de 17-7-1963, art. 4), e que ainda subsista impedimento matrimonial (Lei n. 4.862/65, art. 3º).

9) Tornar companheiro beneficiário dos favores da legislação social e previdenciária (Lei n. 4.297/63, art. 3º, d, ora revogada pelo art. 8º da Lei n. 5.698/71; Lei n. 6.194/74, art. 4º, § 1º, com redação da Lei n. 8.441/92; Dec. n. 76.022/75, art. 4º, a (ora revogado pelo Dec. s/n. de 10-5-1991); Dec. n. 77.077/76, arts. 13 a 16; Dec. n. 3.048/99; Lei n. 8.213/91, arts. 16, § 3º, 76, §§ 1º e 2º, e 77; Dec. n.

611/92, arts. 13, §§ 5º e 6º, 14, II, 19, I, b, IV, § 4º, e 20 (ora revogados pelo Dec. n. 2.172/97, arts. 13, I, §§ 5º e 6º, e 14, II); Dec. n. 3.048/99, arts. 16, I, e §§ 5º e 6º, e 22, §§ 5º e 7º, que, por ter revogado o Dec. n. 2.172/97, rege a questão; Leis n. 8.620/93, 8.647/93, 8.870/94 e 9.032/95, que alteram as Leis n. 8.212 e 8.213/91; RT, 481:187, 465:90, 458:91, 460:125, 468:64, 633:139; Súmula 159 do TFR; *RJTJSP*, 30:131 e 166). A jurisprudência do Conselho Regional de Previdência Social tem permitido que convivente, ainda que não inscrito como beneficiário, receba pensão e concorra com os filhos menores de seu companheiro, a menos que este tenha deliberado em contrário. É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira (Súmula 159 do TFR).

10) A companheira, se dependente habilitada perante a Previdência Social, pode receber os valores devidos pelo empregador de seu convivente, os montantes de contas de FGTS e PIS-PASEP, as restituições relativas ao imposto sobre a renda, os saldos de contas bancárias, de cadernetas de poupança, ou de contas de fundos de investimento, desde que não ultrapassem o valor correspondente a 500 dos antigos BTN's, não recebidos em vida do titular (Lei n. 6.858/80; Dec. n. 85.845/81 e CLPS aprovada pelo Dec. n. 3.048/99; Dec.-lei n. 2.284/86, art. 6º).

11) A Lei da Pensão Feminina, n. 1.488, de 28 de junho de 1989, determina que as servidoras podem deixar benefício previdenciário aos maridos ou companheiros.

12) Arrolar a companheira entre os beneficiários obrigatórios de pensão pelo Montepio Municipal, logo após a viúva e na frente dos filhos menores e dos filhos solteiros, equiparando-a à viúva do contribuinte falecido, somente lhe reduzindo a pensão se o finado, separado judicialmente, estivesse obrigado a prestar alimentos a sua ex-consorte (Lei n. 7.447/70 da Prefeitura de São Paulo, art. 9º).

13) Autorizar companheiro a continuar a locação, havendo morte do outro (Lei n. 8.245/91, art. 11, I; RT, 695:135, 612:145, 652:116), desde que residente no imóvel e o locador retomar o prédio para uso próprio de sua companheira (Lei n. 8.245/91, art. 47, III).

14) Permitir que a companheira exerça a tutela, se viver decentemente (AJ, 51:437).

15) Remunerar a companheira pelos serviços rurais ou domésticos por ela prestados durante o tempo em que viveu com o amante, a fim de que este não se locuplete (RT, 305:966, 426:74, 452:225, 308:264, 483:195, 314:249, 427:107 e 260, 463:253, 467:85, 489:119, 486:51, 505:207, 520:309, 534:110, 554:95; RTJ, 70:108, 91:739, 101:744; Rev. Jur., 69:177; *RJTJSP* 29:157; RSTJ, 82:252, 107:273; *EJSTJ*, 18:53, 15:58). A razão desse direito funda-se na inadmissibilidade do enriquecimento ilícito, pois aquele que se aproveita do trabalho e dedicação da mulher, não poderá abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros receberão herança sem desconto da parte correspondente àquele ressarcimento. Claro está que a mulher não pode reclamar salário ou indenização como pagamento de *pretium carnis* ou como preço pela posse do seu corpo ou gozo sexual que dele tira o amante, devido à imoralidade que reveste tal pedido. Logo, é justa a reparação

dada a quem não pede salários como amásia, mas sim pelos serviços caseiros (RT, 181:290, 534:78, 536:95, 554:112, 552:65, 544:74) prestados durante a vigência do relacionamento, desde que com isso tenha auxiliado a aumentar o patrimônio (RT, 564:109). Já houve julgado estipulando salário mínimo por ano de serviço (RJTJSP, 84:56), outros permitindo ampla reparação variável no valor e no tempo.

16) Permitir que conviventes adotem menor (CC, art. 1.622), desde que um deles tenha 18 anos e haja comprovação da estabilidade familiar (Lei n. 8.069/90, arts. 41, § 1º, e 42, §2º). Não se podendo olvidar que um deles deve ser 16 anos mais velho que o adotando. É permitida a adoção de filho do companheiro, sem que haja alteração do vínculo da filiação e sem perda do poder familiar, hipótese em que se terá a adoção unilateral (CC, art. 1.626, parágrafo único).

17) Considerar a companheira do servidor aposentado falecido como legítima ocupante de imóvel funcional, desde que nele permaneça residindo (Lei n. 8.068/90, art. 1º, que acrescenta § 5º ao art. 6º da Lei n. 8.025/90).

18) Legitimar processualmente a concubina para os embargos de terceiros para defender sua meação e exclusão a penhora de imóvel residencial do casal com fundamento na Lei n. 8.009/90 (RJE, 2:387; AASP, 1.832:2).

19) Conceder ao companheiro necessitado, sendo a relação concubinária pura: a) o direito a alimentos (Leis ns. 8.971/94, art. 1º e parágrafo único, e 9.278/96, art. 7º; CC, arts. 1.694 e 1.708), dissolvida a união estável por rescisão - mas já houve decisão de que em caso de culpa recíproca não haverá tal direito (RT, 611:269, RSTJ, 7:371, RTJ, 118:132), vindo a perdê-lo se passar a viver em concubinato, se formar outra união estável, vier a convolar núpcias ou tiver comportamento indigno (CC, art. 1.708).

20) Conferir direito de visitar o companheiro preso ou de sair da prisão para o enterro do falecido convivente (Lei de Execução Penal, arts. 41, X, e 120, I).

21) Outorgar à convivente parturiente o direito ao auxílio-natalidade.

22) Dar ao convivente beneficiário de funcionário público falecido a indenização por férias e licença-prêmio (RJTJSP, 91:92).

23) Considerar o convivente como beneficiário de seguro de vida (RTJ, 82:930) e de seguro obrigatório (RT, 582:99), inclusive de danos pessoais para vítimas de acidente de carro (DPVAT), se o companheiro for acidentado.

24) Atribuir ao convivente do devedor o direito de reunir bens onerados, tendo preferência em relação aos demais concorrentes, pelo menos no que atina à sua metade, caso se lhe reconheça seu direito à meação (CPC, arts. 787 e 789).

25) Admitir convivente de vítima ou testemunha ameaçada, que esteja coagido ou exposto a ameaça, no Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (Dec. n. 3.518/2000, art. 4º, parágrafo único).

26) Ser incluído como dependente em plano de saúde ou em plano de assistência médica do empregador (3ª Turma do STJ, j. 7-4-2000).

27) Conferir ao convivente de servidor removido *exercício* o direito a ajuda de custo em razão de movimentação funcional (Decreto n. 1.445/95, art. 7º, I).

28) Constituir bem de família (CC, art. 1.711) e o vínculo de parentesco por afinidade entre um convivente e os parentes do outro (CC, art. 1.595, §§ 1º e 2º)

4.2.2) DA REVOGAÇÃO, OU NÃO, DAS LEIS 8.971 E 9.278 A PARTIR DA VIGÊNCIA DO CC/02

Permito-me posicionar-me - e esgotar esse ponto - com a profícua MARIA HELENA DINIZ⁹, como cada nova norma-origem não tem o condão de retirar a anterior do sistema, todas terão coexistência. Por isso, o sistema normativo pode conter mais de uma cadeia normativa, apresentando não uma, mas várias normas-origens paralelas à constitucional, que se tornaram efetivas e serão aplicadas, mesmo que a contrariem. As Leis ns. 8.971 e 9.278 e alguns artigos do Código Civil referentes à união estável, apesar de inconstitucionais, enquanto forem eficazes, apresentar-se-ão como novas normas-origens no interior do sistema normativo iniciado pela Constituição Federal, produzindo concretamente todos os efeitos por ela visados, embora esse sistema peque pela falta de unidade e de coerência lógica. A pura técnica deverá render-se à realidade fática, mas surge a necessidade de retirar os estranhos preceitos e as inconstitucionalidades do interior do sistema, que deverá regular sua estrutura para que possa conviver com elas, prestigiando as autoridades, que as emitiram, garantindo a imperatividade da norma, mesmo que inválida. Deveras, as normas inconstitucionais, enquanto não revogadas ou declaradas como tais pelo STF e não havendo a retirada da sua executoriedade pelo Senado, permanecerão vigentes e eficazes, irradiando efeitos jurídicos. Por isso o sistema deverá recepcioná-las, dando a impressão de que a invalidade subsistirá por tolerância sua, mantendo sua unidade e coerência lógica, mediante duas regras de calibragem, reveladas pelo jurista, que explicam as relações entre validade e eficácia normativa, que são as seguintes: *a) não se pode deixar de obedecer ou cumprir, comando do poder público, alegando sua invalidade, inferida do princípio da presunção júrís tantum da legitimidade dos atos do poder público; e b) deve-se respeitar o caso julgado, prestigiando órgão judicante que prolatou a decisão, devido à presunção, jure et de jure de sua licitude, absorvendo a sua inconstitucionalidade. Essas regras instauram a garantia de que a autoridade jurídica assumirá os comandos inconstitucionais como vinculantes.*

4.2.3) COMPETÊNCIA E FORO

SILVIO RODRIGUES¹⁰ ensina que “... O problema hoje se encontra inteiramente superado. Com efeito, a Lei n. 9.278/96, determina, em seu art. 9º, que toda a matéria relativa à união estável é da competência das Varas de Família, assegurado o segredo de Justiça.”

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – De acordo com o novo Código Civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 348-349.

¹⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Direito de Família*, com anotações ao novo Código Civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 300.

E a matéria fica assim arrematada por MARIA HELENA DINIZ¹¹:

“Toda matéria relativa à união estável é de competência da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça (Lei n. 9.278/96, art. 9º), e deverá haver intervenção do Ministério Público nas lides a ela concernentes, por ser reconhecida como entidade familiar e por haver interesse público na preservação da estabilidade das relações familiares (CPC, art. 82, II). E, mais, que “Dar à convivente, por analogia, o direito ao foro privilegiado da mulher na ação tendente a dissolver a união estável (CPC, art. 100, I). Todavia, tem havido julgado entendendo que esse foro só abrangeria as ações que específica, as quais têm como pressuposto o casamento, não podendo ser estendido aos pedidos direcionados ao reconhecimento de união estável, uma vez que, em se tratando de privilégio processual, a interpretação da norma é restritiva (TJMG, Agravo n. 125.114-6, Rel. Des Almeida Melo, 4ª CC, j. 3-12-1998. DJMG, 28-4-1999, p. 1).”

4.2.4) DO PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL

Relembre-se, aqui, a conceituação codificada da união estável: “Art. 1.723. *É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*”; “§ 1º *A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.*” § 2º *As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.*” E que há uma proposição acrescentando outro parágrafo nesse artigo, através de Projeto de Lei do Dep. Ricardo Fiuza: PL 6960/02 - “Art. 1.723. § 3º *A produção de efeitos na união estável, inclusive quanto a direitos sucessórios, havendo litígio entre os interessados, dependerá da demonstração de sua existência em ação própria; § 4º Poderá ser homologada judicialmente a extinção consensual da união estável.*”

MARIA HELENA DINIZ¹² preleciona - e previne - que

“A via adequada para comprovar a convivência marital não é a ação declaratória, porque esta pressupõe uma relação de conflito em que se opõe uma pretensão. Não há contenda, pois apenas se quer o reconhecimento de uma situação fática, e isto se incluiria no âmbito da jurisdição voluntária, na qual não há adversários nem litígio, mas participantes. A justificação judicial (CPC, arts. 861 a 866) seria cabível para a comprovação da união estável. Há quem ache que a justificação não seria aplicável por incluir-se no âmbito da cautelar e não no do pedido da jurisdição voluntária.”

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – De acordo com o novo Código Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 344.

¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – De acordo com o novo Código Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 320.

Mas para HUMBERTO THEODORO JR., com quem concordo, a justificação não é uma cautelar porque não tem por escopo assegurar prova, mas constituir prova, não se fundando no *periculum in mora*. E, permitir que cada um possa separar-se unilateralmente, sem qualquer formalidade, apesar de poder haver interesse, para prevenir litígio (Lex, 141:59), na homologação judicial do acordo sobre guarda de filho, pensão alimentícia, partilha de bens adquiridos pelo esforço comum (RJTJSP, 141:49). Ainda com MARIA HELENA DINIZ¹³: Usar medida cautelar inominada (CPC, art. 798) para afastar convivente perigoso do lar (RT, 537:105; RSTJ, 25:472; JB, 165:270). Certos julgados (RJTJSP, 116:216) e o novo Código Civil, art. 1.562, admitem o direito à separação de corpos se um companheiro precisar afastar o outro do lar, por ser insuportável a convivência, em razão de agressões ou de má-conduta. Parece-nos, contudo, que não seria cabível por ser medida cautelar própria do casamento (CPC, art. 888, VI). Com base no nosso entender, no *fumus boni juris e no periculum in mora*, a cautelar inominada seria hábil para afastar o convivente e salvar a integridade físico-psíquica do outro e da prole. Essa medida cautelar perderá sua eficácia se dentro de 30 dias, não for ajuizada a ação principal de dissolução da união estável.

Ainda ensina aquela doutrinadora que considera impedido o juiz se a matéria *sub judice* envolver parentes consanguíneos e afins de seu convivente. Mas entendemos que como não há vínculo de afinidade em razão de união estável, o magistrado deverá ser declarado suspeito por amizade íntima. E, mais, “Aplicar o art. 155, II, do CPC, impondo segredo de justiça aos atos processuais nas ações atinentes ao reconhecimento ou à dissolução da união estável, nas ações cíveis de partilha de bens adquiridos pelo esforço comum etc. E, conceder ao convivente lesado o direito de pleitear, em juízo, indenização por dano moral e patrimonial causado pelo outro e pelo assassinato do outro, se dele dependia economicamente (RJTJ,SP, 68:141). Lembra, mais:

“Conceder ao ex-convivente a possibilidade de entrar com medida cautelar de arrolamento de bens, havendo receio de extravio ou dissipação, para fins de seu depósito em mãos de pessoa da confiança do juízo, na pendência da ação de partilha de bens adquiridos na constância da união estável.

E, finalmente:

“Autorizar o outro convivente para propor ação real imobiliária. tendo o direito de ser citado nessa ação para conservar os bens da entidade familiar. Mas diante da falta de publicidade da união estável, por não haver registro civil, enquanto não definida a forma de sua divulgação, terceiro não poderá ser prejudicado com a anulação do processo, por não ter havido aquela anuência ou citação, diante de uma situação que não poderia conhecer ou presumir.”

¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – De acordo com o novo Código Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 340-341.

4.3) DA UNIÃO HOMOSSEXUAL COMO ENTIDADE FAMILIAR

Porque sem previsão expressa, um dos maiores desafios dos operadores do direito de família reside na aceitação, ou não, das uniões homossexuais como entidades “familiares” constitucionalmente protegidas. É nesse sentido - destaque - que o Poder Judiciário gaúcho tem decidido sistematicamente, inclusive fixando a competência das varas especializadas de família para a decisão dessa matéria. Os demais Estados da Federação, até onde vai meu conhecimento, ao contrário, restringem os direitos dos partícipes dessas parcerias que denomino como “homoafetivas” à *sociedade de fato* que, por sua vez, exige comprovação da ocorrência do esforço de ambos na aquisição de bens que serão, então, comuns. Nessa situação, é da sociedade de fato que surtirão efeitos patrimoniais ou indenizatórios. Extra-judicialmente, várias previdências têm aceito a dependência de um dos parceiros do seu segurado, para o fim da percepção dos benefícios decorrentes dessa dependência.

PAULO LUIZ NETTO LOBO se alinha aos que afirmam que união homossexual está amparada pela norma de inclusão do art. 226 da Constituição na medida em que apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessa união. Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de par andrógino (homem e mulher). Defende ele, ainda, que a ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação. E acrescenta que o argumento da impossibilidade de filiação não se sustenta, pelas seguintes razões: a) a família sem filhos é família tutelada constitucionalmente; b) a procriação não é finalidade indeclinável da família constitucionalizada; c) a adoção permitida a qualquer pessoa, independentemente do estado civil (art. 42 do ECA), não impede que a criança se integre à família, ainda que o parentesco civil seja apenas com um dos parceiros. Detalhista, esse mestre finaliza afirmando que, além da invocação das normas da Constituição que tutelam especificamente as relações familiares, preferidas nesta exposição, a doutrina tem encontrado fundamento para as uniões homossexuais no âmbito dos direitos fundamentais, sediados no art. 5º, notadamente os que garantem a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Tais normas assegurariam “a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente à pessoa humana”

Mesmo os que não concordam com a equiparação da união homoafetiva à união estável erigida pela Constituição expressamente como entidade familiar somente admissível quando constituída por homem e mulher (§ 3º do art. 226), poderão - despindo-se de preconceitos atávicos - reconhecer-lhe direitos, sem que necessitem admitir aquela equiparação. Num exame isento, hão de visualizar na união homoafetiva enquanto tal, por sua própria natureza formada por pessoas maiores, capazes e titulares dos mais amplos e isonômicos direitos, sua proteção pelos princípios gerais constitucionais, a que se somam os argumentos do mestre Paulo Lobo, retro elencados.

5) DA SUCESSÃO NO CC/02

5.1) DA SUCESSÃO DE CÔNJUGE

Parece-me extrema de dúvidas que a parte mais complexa e torturante para o intérprete do novo Código Civil no seu Livro do Direito das Sucessões, é a que cuida da sucessão do cônjuge e do companheiro, o que procurarei externar - ainda que palidamente - neste trabalho.

Antes do mais, não custa lembrar que *“meação”* nada tem a ver com *“herança”*: o direito à meação é fincado no Direito de Família e inarredável como consequência do regime de bens entre os casados (excetuado no caso da separação de bens) ou entre os conviventes na união estável cujo patrimônio comum é o disciplinado pelo regime da comunhão parcial, salvo contrato escrito em contrário. Outro, muito diferente é o direito hereditário, assegurado a herdeiros e legatários, e com raízes no Direito das Sucessões. Como a matéria em estudo não versa sobre meação, ela aqui não será cogitada. Mas, antes de ser pontual sobre os novos direitos hereditários do cônjuge e do companheiro, penso ser oportuna a transcrição de algumas regras gerais estatuídas pelo codificador:

a) obedecendo o princípio de direito de ser aplicada a norma vigente quando da abertura da sucessão a um inventário, o art. 2.041, do Código Civil/02, é expresso em que *“as disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.”* A resultante é óbvia: durante muito tempo, o Juízo das sucessões conviverá com essa parte dos dois códigos; os processos de inventário dos bens das pessoas falecidas até 11 de janeiro de 2003 continuará disciplinada pelo texto do anterior, e a dos demais pelo Código novo.

b) A lei brasileira segue o princípio da *“saisine”* em que a transmissão da herança se dá ainda que sem a manifestação do herdeiro, ou seja, nossa legislação não prevê a *“delata hereditas”* na expressão romana, que conduz à transmissão da herança desde a morte do *“de cuius”*. A aceitação é que enseja a transmissão e, a contrário senso, o art. 1.806 condiciona a eficácia da renúncia à herança à sua formalização em instrumento público ou termo judicial (essa alternativa permite um instrumento particular instruindo petição ao juiz do inventário requerendo o atermamento da renúncia). No código anterior, somente a renúncia era expressamente irrevogável, enquanto no atual, o art. 1.804, trata da *“aceitação”* no seu *caput* e da *“renúncia”* no parágrafo único para, adiante, no art. 1.812 prevenir serem irrevogáveis ambos os atos, tanto a aceitação como a renúncia.

c) Nestes tempos de violência no lar, numa intensidade inaudita - e de ingratidão -, essa situação alarmante fez com que o codificador adequasse, num elastério também surpreendente, os casos de exclusão de herdeiros ou legatários, no art. 1.814: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra,

ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

d) O novo código multiplica os casos em que interage com o processo, e mais um exemplo está nos arts. 1.824 a 1828 que passaram a disciplinar instituto que era do CPC: a petição de herança, e esses dispositivos merecem uma leitura atenta.

Expostas essas que seriam regras gerais da sucessão por herdeiros de qualquer natureza, a seguir examinarei alguns pontos, ainda que *à vol d'oiseau* sobre o direito hereditário do cônjuge, no que, antes, faço uma homenagem à acuidade e à argúcia de Clovis Bevilacqua, trazendo à colação a atualidade do seu centenário posicionamento ao comentar o texto histórico do art. 1.603, apesar de - como não poderia deixar de ser à época - ele restringir como família a matrimonializada:

“a ordem da vocação hereditária estabelecida pelo Código Civil brasileiro, distingue-se pela simplicidade, e corresponde, com a possível exatidão, ao conceito da família na sociedade, para a qual se organizou: descendentes, ascendentes, cônjuge, colaterais. A família é um organismo social, que se forma com o casamento, e desenvolve com a procriação da prole. **Os cônjuges constituem os elementos primordiais da família, e a comunhão de vida e de interesses, em que devem viver, exige que, dissolvida a sociedade conjugal, por morte de um deles, não se considere o sobrevivente um estranho pois nele se concretam, ainda, afetos e tradições, que apertam os laços da família. Em rigor, o cônjuge supérstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, salvo se, pelo regime do casamento, lhe coubesse levantar a metade do patrimônio da família porque, então, já estaria, economicamente, amparado. Mas, por amor à simplicidade, preferiu-se dar-lhe o terceiro lugar, na ordem da sucessão legítima,** depois dos descendentes, herdeiros privilegiados em virtude do imperioso dever, que a todos se impõe, de cuidar da prole, e de facilitar-lhes os meios de vida, e depois dos ascendentes, em relação aos quais há, também, razões poderosas, fundadas no afeto, na veneração e no reconhecimento, que reclamam a sua colocação na ordem dos suscussíveis, logo em seguida aos descendentes.”

Acrescentem-se companheiros aos cônjuges, e união estável ao casamento, e essa análise de Clóvis contentaria os mais modernos doutrinadores familiaristas quanto à justificativa do atual direito hereditário do supérstite.

Aliás, na contramão dessa modernidade e da própria constituição, o Código Civil, ao elencar a ordem da vocação hereditária excluiu dos herdeiros necessários o companheiro e aquinhoou apenas o cônjuge sobrevivente. Distinguiu-o na sucessão legítima como herdeiro necessário, o que impede sua exclusão testamentária, e desde que, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judici-

almente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (art. 1.830). Vide o art. 1.829:

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

Também ao cônjuge sobrevivente assegura o art. 1.831, qualquer que seja o regime de bens do casamento (respeitada a sua meação dos comuns) e sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Note-se que o código anterior, no texto original, somente previa a sucessão universal pelo supérstite e desde que não existissem descendentes ou ascendentes: foi o Estatuto dos direitos da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62 que inovou, acrescentando dois parágrafos ao art. 1.611, em que garantia o teto ou rendimentos para a sobrevivência condigna daquele supérstite para quem criou - e distinguiu - o usufruto da quarta parte dos bens do falecido se casado noutro regime que não o da comunhão universal e o direito real de habitação enquanto permanecesse viúvo. Agora, o novo código deixou de prever o usufruto e manteve o direito real de habitação sem distinção de regime mas, extravagantemente, deixou de restringi-lo ao estado de viuvez do beneficiário, em prejuízo dos herdeiros que permanecerão privados da posse daquele imóvel residencial ainda que o mesmo passe a ser usado como residência também de um terceiro estranho às suas relações, ou seja, do novo companheiro ou cônjuge.

Na prática, acredito que a concorrência do cônjuge com descendentes e ascendentes, terá pouco resultado pela exclusão da sua possibilidade se o casamento for no regime da comunhão universal, da separação de bens ou na comunhão parcial em que o falecido não tenha deixado bens particulares, alternativa que, sabidamente, é a regra geral das nossas famílias matrimonializadas e em que o patrimônio vem a ser amealhado só após o casamento. Naturalmente que, não havendo concorrência com uns e outros, o cônjuge sobrevivente será o herdeiro universal (art. 1.838).

Lamento não ter o codificador recepcionado, expressamente, o teor da Súmula de nº 377, do STF: “*No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*”, que já tinha consolidado, na nossa cultura jurídica a substituição daquela separação obrigatória pelas normas do regime da comunhão parcial e, essa omissão me perturba pelo que poderá resultar dela no confronto com o art. 2.039: “*O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido*”. Ora, como o histórico regime legal da separação vigorara na sua

integralidade e é anterior àquela Súmula que, depois, praticamente o ab-rogou mas não veio a ser incorporada ao Código novo que, pelo contrário, repetiu a mesma imposição daquele regime aos nubentes a que se refere, fica evidente o risco de o Juiz (que é quem diz o direito), interpretar que dita Súmula nº 377 caducou. Ocorre que aquele direito pretoriano veio corrigir uma distorção criada pela própria Justiça ao reconhecer como comuns os bens adquiridos por companheiros numa união informal, enquanto os adquiridos pelos casados sob o regime da separação legal não se comunicavam. Além do que, sumulando o direito desses assim casados, amenizava uma realidade social, fazendo justiça tanto ao que se casava enquanto menor - obrigado ao regime da separação legal e em cujo nome não foi registrado o patrimônio adquirido pelo casal através dos anos de convivência matrimonial - como fez justiça ao que casou idoso e que, de repente, ficaria "de mãos abanando" numa separação ou morte do cônjuge, sem bens a mear - todos em situação muito mais desvantajosa do que os (ainda hoje possíveis) concubinos-sócios-de-fato. Uma solução razoável será a da interpretação teleológica permitida pelo art. 5º, da LICC, dentro do mesmo princípio que fez nascer aquela Súmula 377 e que, então, poderia continuar aplicando-a. Parece-me justo defender a isonomia dos direitos decorrentes de uma união estável aos do casamento, mas seria odioso às nossas tradições, usos e costumes se a uma companheira a Justiça reconhecesse mais direitos que a uma mulher casada ou viúva!

5.2) DA SUCESSÃO DE COMPANHEIRO

5.2.1 - ANTERIORMENTE AO CÓDIGO CIVIL VIGENTE

Em decorrência da vertiginosa evolução dos modelos de família impulsionada pelos fenômenos sociais, a Constituição Federal de 88 bem cumpriu seu papel de trazer a sociedade brasileira para os novos tempos, reconhecendo outros modelos de família que não apenas a matrimonial que desde sempre foi a única distinguida por todas as constituições anteriores. Realmente, são revolucionárias as inovações, no confronto com a monolítica família matrimonial contemplada nas nossas demais constituições e com o texto original do Código Civil de 16, as disposições da CF/88 no seu art. 226, nos parágrafos que tratam do casamento e da união estável, conjugados com as leis especiais posteriores.

Na verdade, somente em 1994, materializou-se o conteúdo quase que apenas programático da CF/88, por meio da Lei nº 8.971/94, assegurando direitos específicos dos companheiros, *in casu*, a alimentos e à sucessão hereditária. Quanto à sucessão, que é a matéria que interessa a este trabalho, o art. 2º desta lei diz que as pessoas referidas no artigo anterior, ou seja, as que vivam com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: 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; ao usufruto da metade dos bens, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. Estabeleceram-se, aí, portanto, direito sucessório e direito ao usufruto vitalício, em condições muito semelhantes às dos cônjuges

Completando tal disposição, o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, garante ao companheiro o direito real de habitação, também em condições muito parecidas com o decorrente do casamento. Ao meu entendimento e da maioria dos doutrinadores da matéria, afinal estava arrematada a conquista da isonomia entre cônjuges e companheiros quanto aos direitos a alimentos, patrimoniais e sucessórios e, dadas as respectivas inovações na estrutura legislativa, passamos a visualizar no Código Civil com anteprojeto em discussão no Congresso Nacional uma necessária mais ampla igualdade no tratamento do casamento e da união estável já erigida na condição de entidade familiar, assim como, é óbvio, entre cônjuges e companheiros. Era razoável se aguardasse fosse codificada aquela ampla isonomia também porque os dois institutos passaram a gozar do mesmo foro competente, o especializado das varas de família. No entanto, o novo Código Civil destoou e trouxe perplexidade aos operadores do Direito ao tratar com extrema desigualdade os institutos do casamento e da união estável.

5.2.2) NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Realmente, o codificador ao elaborar o texto da Lei nº 10.406/02, inovou profundamente a matéria relativa à família e à sucessão do cônjuge e do companheiro, mas deixou muito a desejar quanto àquelas recentes conquistas. Sobre a discrepância da sucessão do cônjuge e do companheiro entre o estabelecido no texto do Código Civil e aqueles dispositivos relativamente recentes das duas leis *convencionais*, vale lembrar, desde logo, que aquele, omite injustificadamente, como retro exposto, o companheiro supérstite no Capítulo da Ordem da Vocação Hereditária para minimizá-lo no Capítulo das Disposições Gerais, disciplinando seu direito no art. 1.790:

“A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

Assim, no mundo dos fatos, caso queira, um dos companheiros poderá excluir o outro da sua sucessão, mesmo que tenha convivido com ele por dezenas de anos em união estável. Em contrapartida, o novo Código melhorou a situação do cônjuge, como visto. Não havia, como não há, razão para tratar desigual e distintamente cônjuge e companheiro no trato da matéria sucessória, até porque a isonomia tinha sido alcançada anteriormente.

Também aqui lamento o trato discriminatório sofrido pelos companheiros na limitação que lhes impõe o art. 1.790 na sucessão aos bens adquiridos na vigência da união estável. Esse *detalhe* de per si destaca a confusão que o codificador fez entre dois institutos inconfundíveis: o da meação e o da herança. O absurdo está em que, se o companheiro falecer sem deixar outro herdeiro, o supérstite

adquirirá, pela sucessão, apenas os bens adquiridos a título oneroso durante a constância da convivência, e os demais bens terão a natureza de vacantes e passarão para a Fazenda Pública na conformidade do disciplinado para a herança jacente. E, nesse ponto eu remeto o leitor ao retro festejado posicionamento de Clóvis quanto ao mérito do cônjuge - modernamente também do companheiro - sobre seu direito aos bens do falecido. Destaque-se não haver como deixar de interpretar como confusão quanto aqueles institutos, até porque a meação está prevista como na forma do regime da comunhão parcial (art. 1.725) e, conseqüentemente, ele estará prejudicado no direito sucessório, porque no inventário terá reconhecida como sua apenas a meação dos eventuais bens adquiridos a título oneroso durante a união, e não deixando o *de cuius* outros herdeiros, o supérstite nada herdará dos demais bens que serão jacentes.

Na disposição do inciso I, do art. 1.790 - respeitado o *caput* sobre o direito sucessório na união estável restringi-lo apenas aos bens adquiridos de forma onerosa e durante a convivência - concorrendo qualquer dos companheiros com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à de cada um destes. Naturalmente que do monte, a parte que sobejar depois de excluída a meação do supérstite será dividida em tantas partes quantos sejam os filhos comuns, mais uma, ou seja, no caso de serem dois os filhos comuns, depois de excluída a meação, a herança será dividida em três quinhões, um para o supérstite e os outros dois para os filhos. Haverá, porém, uma dicotomia entre os bens particulares do falecido, divisíveis apenas entre os seus filhos de qualquer leito, e os bens comuns, retro identificados, divisíveis também com o supérstite. Destaque-se que também aqui companheiro foi prejudicado em relação a cônjuge na medida em que não foi contemplado com um quinhão de, no mínimo, um quarto da herança (art. 1.832). Prossegue o art. 1.790, no seu inciso II, prevendo que, se o companheiro concorrer com descendentes só do autor da herança, a ele caberá somente a metade do que couber a cada um daqueles; e resultante da partilha, respeitada essa proporção, será alcançada procedendo-se à separação dos bens conforme a sua natureza de particulares (beneficiando apenas os filhos de quaisquer leitos, igualmente) e de bens comuns (destes se beneficiando também o supérstite: a perplexidade do aplicador desses direitos envolvidos será óbvia no caso da sua concorrência com filhos de outros leitos e que, pela norma constitucional cogente, têm direitos iguais, mas, nesta outra dicotomia ínsita no confronto desses dois incisos, haveria um impossível jurídico impedindo a harmonização entre a norma da isonomia constitucional e a do Código na diferenciação dos quantitativos percentuais entre o quinhão do supérstite e os quinhões dos seus filhos e os dos demais filhos de outro leito do *de cuius*. Tenho para mim que a única solução factível será a de se aplicar, nesse confronto, a previsão do inciso I, somando-se ao supérstite todos os filhos do *de cuius*, e procedendo à divisão em partes iguais. A seguir, no seu inciso III, o art. 1.790, prevê a concorrência do supérstite com quaisquer outros herdeiros sucessíveis (sem prestigiar os ascendentes) e, nesse caso, confere ao supérstite o direito a um terço de toda a herança, sem restringi-la aos bens adquiridos onerosamente e apenas durante a união estável. Finalmente, no seu inciso IV, estabelece que, não havendo parentes sucessíveis, o supérstite terá direito à totalidade da

herança.

Noutra discriminação odiosa contra os companheiros - porque os deixa inteiramente desassistidos na inexistência de bens comuns a partilhar, ou a herdar se os filhos do *de cujus* forem de outro leito - o codificador se omitiu ao não lhe reconhecer, expressamente, o direito real de habitação que a eles conferiu o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, embora o tenha reconhecido aos cônjuges no art. 1.831. Peço licença a Sílvio Venosa para subscrever sua defesa na preservação daquele direito dos companheiros ao fundamento de que não houve revogação expressa da lei. E o faço fincado na permissão do nobre princípio teleológico do art. 5º, da LICC na aplicação desta parte do novo Código.

Evidencie-se, por último, que pela primeira vez na nossa legislação, foi inculpido um dispositivo conceituando o concubinato, isso no capítulo do Código Civil que disciplina a união estável, no art. 1.727: é claro que um mero concubino não faz jus à sucessão do outro, mas sem prejuízo do seu direito à participação em bens comuns de uma eventual comprovada sociedade de fato que tenha se constituído entre eles.