

A FIDELIDADE VIDUAL NA UNIÃO ESTÁVEL

Rolf Madaleno

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A despeito da interpretação do Direito – 3. Quanto ao espírito reinante na edição da Lei 8.971/94 – 4. Uma noção de concubinato – 5. Da locução... “enquanto não constituir nova união ou, enquanto durar a viuvez” – 6. Do notório e despropositado propósito alimentar do usufruto vidual – 7. Acerca da legítima intangível e da redução testamentária – 8. Do inaceitável locupletamento sem causa – 9. O usufruto recai sobre bem individualizado – 10. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Certamente a redação de uma lei reclamada intensamente pelo clamor popular não gerava tanta expectativa, quanto ocorreu com a editada Lei 8.971, de 29.12.94, vinda no encalço das significativas alterações trazidas ao concubinato pela vigente Constituição Federal, não obstante muitos doutrinadores de nacional importância, e inúmeros julgados de localizados tribunais brasileiros, sigam afirmando e decidindo que a atual Carta Política, não trouxe qualquer mudança digna de destaque, no campo do direito concubinário. Para estes, seguem as questões do casamento de fato sendo ordenadas pelo Direito das Obrigações e reservado o Direito de Família, às relações constituídas exclusivamente pelo matrimônio civil, apenas referindo o texto constitucional, que deve ser esforço dos conviventes e função da lei, facilitar a conversão da *união estável* em casamento.

Para uma já adormecida esperança legiferante, quando poucos ainda, aguardavam que lei ordinária regulamentasse o texto constitucional que exigia proteção estatal à união estável, exsurge, como antes vertido, a tumultuária Lei 8.971/94, pretextando ser a norma habilitada a regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Efetivamente, esta lei não teve tal

virtude, pois de redação confusa, ambígua, geradora de controvérsias doutrinário-jurisprudenciais, só vencíveis pelo tempo de reflexão dos aplicadores e tratadores do direito concubinário. De qualquer modo, a lei sob comento, teve ao menos, o dom de ressuscitar o debate acerca da união estável, sua configuração, conceituação, sua identificação entre uma chamada relação pura e outra impura, não obstante, e isto demonstra o infeliz e criticado preceito, tudo prova que o legislador logrou regredir com sua edição, dado que determinada jurisprudência já havia avançado no exame e na regulamentação das relações afetivas fáticas. Portanto, se algum mérito precisa ser debitado à pouca inspiração da Lei 8.971/94, seu crédito está em haver dado corpo legalizante à periclitante união de fato, impedindo com isto, que continuasse rastejando no recesso da mente, a identificação prática do concubinato ao casamento civil.

É dom, portanto, desta nova lei, a circunstância e a expectativa dela, quiçá, servir como forma intermediária de um novo, enxuto, realista e prático regramento concubinário, capaz de responder com realidade, aos reclamos sociais, evidentemente inatingidos com a nova legislação. Penso como também entende Segismundo Gontijo,¹ que esta nova lei trouxe pelo menos um esclarecedor benefício, em prol da institucionalização familiar do concubinato, pois direciona a competência dos direitos dela emanantes, para as Varas de Família e Sucessões e recurso para os Tribunais de Justiça, nas Comarcas e Estados, respectivamente.

Apropriado aproveitar, observação deduzida por Basílio de Oliveira,² quando recorda que agem por mero preconceito os opositores do reconhecimento da família natural, como instituto do Direito de Família, persistindo numa corrente superada pela vitória da evidência da família ser e sempre, um fato natural. Estas lembranças se fazem importantes e pertinentes, para estabelecer que realmente, a *união* chamada *estável*, se forma à imagem do casamento, sendo impossível esquecer ou esconder que mais da metade da população brasileira vive sob o regime da união estável, devendo ser função do legislador, recolher esta realidade e lhe dar esboço derradeiro, vale dizer existência, através de conjunto de normas que expresse a verdadeira *mens legis*.

2. A DESPEITO DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Conforme escreve Rubem Nogueira,³ interpretar a lei e o direito, significa averiguar o sentido de alguma coisa, é desvendar seu verdadeiro

1 GONTIJO, Segismundo. *Direitos a Alimentos e à Sucessão entre Companheiros*. RT, p. 37.

2 OLIVEIRA, Basílio de. *Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros*. Ed. Destaque, 1995, p. 91.

3 NOGUEIRA, Rubem. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed., RT, p. 165.

propósito; indagar sobre o verdadeiro alcance da norma e para formar o juízo da regra de direito ditada, busca o aplicador do Direito, criteriosa análise da redação, por sua via *literal*, sem dissociá-la do método *exegético*, chamado de histórico, já que vai no encaicho da atmosfera política e social dominante à época da edição do texto legal, apoderando-se da desnudada intenção do legislador.

Nesse processo de captação do significado da norma, o intérprete se conduz na investigação da razão de ser do dispositivo legal, lembra Maria Helena Diniz,⁴ buscando desde o projeto de lei, na sua justificativa e exposição de motivos, as circunstâncias fáticas, suas causas, necessidades, condições culturais e psicológicas, sob as quais o preceito normativo surgiu.

Carlos Maximiliano⁵ diz que o hermeneuta inquire quais as idéias dominantes, os princípios diretores da norma, o estado do Direito, os usos e costumes em voga, enfim, o espírito jurídico reinante na época em que foi feita a norma. Espírito que evolui, já que a lei não é ditada tão-só para o presente, mas, também, para o futuro, para satisfazer às necessidades do porvir.⁶

- 4 DINIZ, Maria Helena. *A Lei de Introdução ao CCB Interpretada*, Saraiva, p. 154. Conclui Maria Helena, p. 172, que “função jurisdicional é ativa, contendo uma dimensão nitidamente *criadora* de norma individual, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades. Se não houvesse tal elasticidade, o direito não se concretizaria, pois, sendo estático, não teria possibilidade de acompanhar as mutações sociais e valorativas da realidade, que nunca é plena e acabada, estando sempre se perfazendo.”
- 5 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 13ª ed., p. 138. Prossegue Maximiliano, na p. 139, dizendo que “verifica ainda o magistrado quais as transformações que sofreu o preceito, e o sentido que o mesmo se atribua nas legislações de que proveio, direta ou indiretamente.” No mesmo diapasão Christiano José de ANDRADE, *Hermenêutica Jurídica no Brasil*, RT, p. 25, para quem: “Na interpretação histórico-evolutiva, são consideradas as condições específicas do tempo em que a norma incide e as condições em que ocorreu a sua gênese, de modo que ambos os sentidos se interpretam, o primeiro ajudando a aclarar o segundo.” Vide ainda, Luís Recaséns SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*, 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 1979, p. 239, quem, entende que a função da equidade não é corrigir a lei, mas interpretá-la razoavelmente, de modo que a norma jurídica, ao ser interpretada, é revivida de modo atual, experimentando modificações para ajustar-se às novas realidades em que e para que é revivida. Refere o festejado autor, que o método histórico-evolutivo redefine velhos conceitos, baseado em fatores axiológicos e sociológicos atuais. Também Arnold WALD, *Introdução e Parte Geral – Curso de Direito Civil Brasileiro*, RT, 5ª ed., p. 71.
- 6 Acresce BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Editorial Perrot, v. I, p. 225, em comentário ao método histórico e evolutivo de interpretar a lei, que: “Una vez sancionada, se incorpora al medio social; ley y sociedad se influyen recíprocamente, *squella forma parte de la vida del derecho, sigue su evolución. Si las circunstancias cambian, la ley debe ser interpretada, no ya como lo deseó su autor 50 ó 100 años atrás, sino como lo exigen las actuales circunstancias; pues de dos, tres o más pensamientos que puedan inferir-se de un mismo texto legal, el juez no debe buscar aquel que pudo estar en la mente del remoto legislador, sino el*

3. QUANTO AO ESPÍRITO REINANTE NA EDIÇÃO DA LEI 8.971/94

Sílvio Rodrigues⁷ ensina qual o espírito jurídico que justificou em 1962, portanto, há trinta e cinco anos, através do Estatuto da Mulher Casada, a introdução no art. 1.611 do Código Civil, do seu conclamado § 1º, a reza que o cônjuge viúvo, não sendo o regime matrimonial da comunhão universal de bens, terá direito durante a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, e à metade, se estes não existirem, embora sobrevivam ascendentes.

Esta redação subsiste até nossos dias, de acordo com alteração do Estatuto da Mulher Casada e, segundo pode ser depreendido da Lei 8.971/94, foi reproduzida nos incs. I e II, do art. 2º, deste novel e propalado édito concubinário,⁸ conhecido por alguns como a “Lei Piranha”. Diz este dispositivo concubinário, que o companheiro supérstite terá direito, enquanto não constituir nova união, quer de fato, quer pelo casamento, ao usufruto de quarta parte dos bens do sucedido, se houver filhos comuns, e nas mesmas condições, à metade destes bens, se da união não resultou prole em comum.

Aliás, a expressão *lei*, designa um necessário modelo de agir; qual seja, segundo Clèmerson Merlin Clève,⁹ a indica “*uma determinada regra que descreve a regularidade de certos fenômenos físicos e biológicos, ou, então, no contexto do mundo da cultura, que impõe um padrão de conduta.*” Portanto, lá no distante ano de 1962, e, quando já se passaram trinta e cinco anos, desde a edição do Estatuto da Mulher Casada, não era de estranhar que lei criasse direito vidual de usufruto, quando a cultura e a conduta vivenciados naquele tempo, em que o casamento era indissolúvel, e as pessoas se uniam, em

que dé a la norma su significado más razonable y beneficioso y el que más se adecue a los nuevos tiempos u dé mejor solución a sus problemas.” Enrique Arezo PÍRIZ, *Derechos Reales de Habitación y de Uso del Conyuge Superstite*, Montevideo, 1990, p. 23, anota que na legislação histórica e comparada, sobretudo no direito medieval, com clara influência do direito canônico, antecede o usufruto vidual, decorrente de uma preocupação por assegurar a superviniência do lugar conjugal, particularmente, diante da morte do varão e quando existiam filhos menores. Diz ainda, que com o movimento individualista do século XVIII e com a codificação do século XIX, por influência precípua do Código de Napoleão, o usufruto vidual deixou de ser visto com bons olhos, principalmente frente àqueles que se filiaram à livre circulação dos bens e a propriedade privada.

7 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil Aplicado*. 3º v., Saraiva, p. 237.

8 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das Sucessões*, Forense Universitária, 1ª ed., 1992, p. 54, faz ver que ainda, dentro do *desiderato* protetivo da legislação brasileira, “*tem-se que à mulher casada com estrangeiro sob regime que exclua a comunhão universal, cabe usufruto vitalício da quarta parte ou da metade dos bens deixados pelo marido, se houver filhos brasileiros do casal ou do marido, ou, de metade, se os não existir.*” Esta garantia do usufruto decorre do Decreto-lei 320/40, art. 11, portanto, editado há 55 anos.

9 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. RT, p. 60.

princípio, e se necessário com sacrifício, para toda a vida, ou, segundo termo sacro "até que a morte os separasse".

O art. 2º, da Lei 8.971/94, é, em realidade, cópia exata do indicado art. 1.611, § 1º, do Código Civil, diferenciado apenas, pela ausência de casamento na união estável. Para o art. 1.611, § 1º da lei civil, dizia Sílvio Rodrigues, que seu intuito protetivo teve o propósito de *amparar a esposa, que, casada pelo regime da separação, poderia ficar à míngua, por morte do marido*. É este propósito protetivo não deve ser debitado à inspiração do legislador brasileiro, pois presente amplamente, na legislação alienígena, como por exemplo, ocorre no direito argentino,¹⁰ italiano, alemão e espanhol, só para citar alguns.

Efetivamente, o pensamento de 1962, conduzia o legislador a compen-sar as tarefas exclusivamente domésticas e maternas da esposa, em contrapon-to, às atividades externas e lucrativas do homem,¹¹ num nítido desejo assistencial, pois há trinta e cinco anos, já não mais agora, era fácil e comum que a viúva ficasse reduzida à miséria, servindo o usufruto como um mecanis-mo de subsistência da mulher, após a morte do marido.¹²

O usufruto vidual respondia naquela época, a um momento histórico e às circunstâncias sociais daquele tempo, sendo previsto na quase totalidade das legislações, podia ser definido com uma instituição de caráter familiar, precipuamente, por seu objetivo de manter o grupo familiar coeso, afetiva e patrimonialmente, ao redor do ascendente que sobrevivera e que mantinha uma posição econômica forte, frente aos filhos.

É denominado até os dias de hoje como "usufruto de fidelidade vidual", com natureza voltada ao direito familiar, e a exigir do viúvo uma *vida silenciosa*, como refere Alicia Real Perez,¹³ já que priva o viúvo do usufruto, se não observar uma espécie de *castidade* mortuária.

10 LASALA, José Luis Pérez. *Curso de Derecho Sucesorio*. Depalma, p. 496: "Se pone así un freno a la posible actitud de los hijos, u otros coherederos, tendiente a obtener la división de los bienes hereditarios, con peligro de desamparo del cónyuge sobreviviente. De ahí su carácter asistencial."

11 Na esteira deste indissociável raciocínio, figura Gustavo TEPEDINO, *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*. Forense, pp. 4/5, quando escreve que: "O usufruto vidual traduz, de certa forma, este estágio de apressadas e profundas mutações, situando-se como patamar intermediário de tutela ao cônjuge, passagem de um sistema marcado pela forma da figura do marido, onde o vínculo matrimonial § 1º, do CC, estabelecendo o usufruto em favor do cônjuge sobrevivente casado no se situava em posição subalterna em face do parentesco, para uma ordem jurídica que privilegia a relação conjugal em detrimento da consangüinidade."

12 Prossegue Gustavo TEPENDINO, ob. cit., p. 17: "Eis, portanto, a função originária do instituto: garantir à viúva não herdeira um padrão de vida compatível com o nível econômico que desfrutava anteriormente à morte do marido, o qual, instituindo-a usufrutuária vitalícia, evita a desfalcar o patrimônio dos filhos ou dos herdeiros instituídos."

13 PEREZ, Alicia Real. *Usufructo Universal del Conyuge Viudo en el Codigo Civil*. Editorial Montecorvo, p. 65.

Sua função é manter a unidade familiar, enquanto não falecem ambos os cônjuges, e viabiliza que o cônjuge supérstite consolide uma posição de autoridade sobre sua pessoa e sobre os bens que lhe ficam à disposição, mantendo a unidade familiar.

Narra Alícia Perez, tratar-se de um direito *mortis causa*, personalíssimo, pois inalienável e intransferível, que robustece a autoridade¹⁴ e em especial, dignifica a mulher-mãe, que certamente revelam as estatísticas obituárias, no mais das vezes, figura como consorte sobrevivente e sobre quem, é maior a expectativa de vida. Sancho Rebullida¹⁵ vê no usufruto viual uma ficção que transborda de amor e nostalgia, de que o matrimônio não se dissolveu com a morte do cônjuge; pois sua lembrança, o respeito e o amor à sua memória, mantém unida a família restante e entronizado na chefia familiar, ao viúvo que permanece fiel a tal memória.

Para outros, não se trata de *direito real* como já decidiu a 5ª CC do TJRJ, pois a rigor não é usufruto, já que dispensado de registro, situando-se verdadeiramente, no campo do Direito de Família, como subsistência alimentar,¹⁶ que se movem por laços de solidariedade familiar, a se justificarem exclusivamente, em liame de real e verdadeira penúria; e que em primeiro lugar, não deve acolher quem, viúvo realmente não esteja em dificuldades financeiras.¹⁷

-
- 14 PEREZ, Alícia Real. Ob. cit., p. 182, entende ser "louvável a validade do usufruto universal, porque, através dele se conserva a ficção de que o 'defunto ainda vive em família'" (os grifos não constam do original).
- 15 REBULLIDA, Sancho. *La Fidelidad Viual en el Derecho Privado de Navarra*. Biblioteca de Derecho Foral, 1968, p. 15.
- 16 COLIN, A. & CAPITANT, H. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo VII, Editora Reus, p. 81: "Hay que dejar, ante todo, a un lado el caso en que el cónyuge superviviente no ejercite contra la herencia más que un derecho de crédito alimenticio."
- 17 É de igual a lição de Gil Costa ALVARENGA, *Usufruto Legal do Cônjuge Sobrevivente*. RF 224/385-388, quem refere o caráter exclusivamente assistencial do usufruto viual: "Impunha-se o amparo do cônjuge notadamente da mulher, a quem interesses particulares ou cautelas legais haviam imposto o regime de separação de bens, no casamento. A mulher, que durante anos emprestara ao marido o calor de sua companhia e os esforços de seu trabalho, via-se de repente privada até dos meios necessários a sua manutenção, ou, pelo menos, impedida de continuar gozando do padrão de vida a que se habituara." ATHOS GUSMÃO CARNEIRO em decisão que proferiu, inserta na RJTJRGS 116/391, também alude em passagem de seu brilhante voto, com escólio na lição de VALVERDE y VALVERDE, que o art. 1.611, § 1º do CC, teve em mira proteger o cônjuge supérstite, dado que pelo usufruto legal, estaria sendo concedido "al viudo una cuota que le permita vivir con decoro, pues no era justo que al que compartia con su difunto causante las miserias y las satisfacciones de la vida, se le quedara en la mayor miseria al fallecimiento del conyuge rico, pues como dice un autor, el superviviente forma uno de los ángulos del triángulo que representa la familia". (*Tratado de Derecho Español*, tomo V, 4ª ed., p. 244).

O vínculo alimentício do usufruto vidual é exaustivamente assinalado pela mais atuante doutrina brasileira e estrangeira, como disto é exemplo J. Netto Armando,¹⁸ ao asseverar pelo todo evidente, o propósito de amparo do cônjuge sobrevivente, no casamento em regime diverso da comunhão universal, para evitar que o supérstite fique na miséria ou em dificuldades, e resultando por cristalino, do Direito de Família,¹⁹ posto inclusive, que dispensado o usufruto vidual da obrigatoriedade do registro imobiliário,²⁰ e nasce em tese, sempre com o casamento e agora, através da união estável.

Emana notório de sua natureza jurídica, que o usufruto vidual viveu sua época; os áureos tempos em que as pessoas olhavam para todos os lugares e viam substanciais diferenças entre o homem e a mulher, numa ocasião que não se preservavam empregos para as mulheres²¹ e, sobretudo, numa estação em que ambos prescreviam como princípio social a perenização do casamento. Haveriam que se dar ouvidos a Orlando Gomes,²² quando há exatos dez anos, advertia que o casamento e o mesmo vale para a sociedade de fato “é sustentado no sentimento de afeição que se traduz em completa comunhão de vida...” eis que na atualidade, é a afeição a razão única da união, repartindo os parceiros tarefas e princípios condescentes à recíproca e igualitária satisfação de seus espíritos e recíprocos interesses, sem privilégios, como proíbe a vigente Carta Política, consentânea com a moderna parceria de corações.

18 ARMANDO, J. Netto. *Usufruto do Cônjuge Viúvo*. Interpretação do § 1º do art. 1.611 do CC, RT, v. 435, p. 42.

19 Por sinal, neste diapasão concorda a autora quem fez colacionar em sua exordial aresto que invoca e convoca para o âmbito do direito familiar o usufruto vidual – AC nº 107.9841, 4ª CC do TJSP, Rel. Des. Alves Braga, RT 642/118 e assim parcialmente enunciado: “O legado de que cuida o art. 1.611, regime de separação de bens, é de origem sucessória mas resulta do Direito de Família.”

20 Conforme art. 167, I, nº 7, da Lei dos Registros Públicos: Art. 167. No registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos: I – o registro: (...) do usufruto e do uso sobre imóveis e da habitação, quando não resultarem do direito de família. A propósito Maria Helena Diniz, *Sistema de Registros de Imóveis*, Saraiva, p. 123. Também Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil, Forense*, v. VI, p. 106 – no sentido de que “*independe de declaração constitutiva*”. Também na RT 642/118, com a seguinte ementa: “Usufruto Vidual. Legado de origem sucessória resultante, porém, do Direito de Família. Direito temporário e condicionado, que independe de declaração constitutiva e, portanto, de registro. Inaplicabilidade do art. 167, I, n- 7, da Lei 6.015/73. Recurso Provido.”

21 BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho*, Ltr, p. 36, escreve que “as normas sobre o trabalho feminino sofreram revisões, com e evolução da legislação social, com vistas ao aceleração da conquista da igualdade de oportunidades no emprego ou profissão.

22 GOMES, Orlando. *O Novo Direito de Família*. Sérgio Antônio Fabris Ed., 1984, p. 27.

4. UMA NOÇÃO DE CONCUBINATO

A despeito do concubinato, Pedrotti²³ vale-se da doutrina de Álvaro Villaça Azevedo para destacar duas espécies: o *puro* e o *impuro*, configurando-se o primeiro, quando ele se apresenta como uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima, assim acontecendo por exemplo, quando duas pessoas não se encontrem impedidas para o casamento.

Esta mesma linha de definição é traduzida por Maria Helena Diniz,²⁴ quando informa ser concubinato *puro*, aquele que se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil entre homem e mulher livres e desimpedidos.

Jander Maurício Brum²⁵ aduz frente à atual Carta Política, poder-se dividir o concubinato em puro e impuro, configurando-se o primeiro na *união estável*, ou seja, transformável em casamento, seja entre solteiros, viúvos, separados de direito ou separados de fato, materializado o outro pela adulterinidade ou incestuosidade; esta na união de parentes com impedimento para núpcias e àqueles, quando relação clandestina convive com o matrimônio lícito do concubino adúltero. Ainda dentro desta ordem de idéias, vem à baila as considerações doutrinárias suscitadas por Ronaldo Frigini,²⁶ com escólio na ensinança de Edgard de Moura Bittencourt, ao expor que a doutrina já antes da Carta Magna vigente, acolhia o princípio de que o concubinato gerador de direitos e obrigações, haveria de ser aquele, revestido da suficiente *condição moral*, sem o rigor de exigir sejam solteiros os conviventes, viúvos ou separados, mas sim, que sua para conjugalidade não se apresente socialmente

23 PEDROTTI, Irineu Antônio. *Concubinato, União Estável de acordo com a CF de 1988*, Ed. EUD, p. 2.

24 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Saraiva, 5ª v., 1993, p. 226. Também é lição colhida por Roney Oliveira, *O Concubinato à Luz da Doutrina, da Jurisprudência, da Lei Civil e da Constituição*, Revista da Amagis, v. XX, p. 422: "O concubinato pode ser perfeito (ou puro) se não houver impedimento matrimonial entre os companheiros." "É ele imperfeito (ou impuro) se o casamento não puder ser realizado por força de vedação legal."

25 BRUM, Jander Maurício. *Concubinato*. Ed. Aide, 1ª ed. 1994, p. 28. Na mesma linha Jurandyr ALGARVE, *A União Estável entre Concubinos Prevista pela Constituição Federal de 1988*, artigo inserto na Revista Jurídica 198, publicada pela Ed. Síntese, p. 136: "Primeiramente, entendemos que a união estável não se evidencia entre o homem e a mulher se qualquer deles se encontrar impedido de se casar. Logo, tal união somente ocorre entre o homem e a mulher solteiros, viúvos ou divorciados, nunca entre pessoas separadas judicialmente ou de fato, pois continuam mantendo o vínculo matrimonial, com impedimento absoluto ou público previsto pelo art. 183, VI, do CC..." Também é referência produzida por Noêmia Alves FARDIN, *Aspectos Sociojurídicos da União Estável*, Livraria do Advogado, 1993, p. 39: "o concubinato é a convivência *more uxorio*, não incestuosa nem adúlterina, de um homem e de uma mulher não unidos pelo vínculo do matrimônio. Neste conceito observa-se a exclusão do incesto e do adultério."

26 FRIGINI, Ronaldo. *O Concubinato e a Nova Ordem Constitucional*. RT 686, p. 58.

imoral, ou seja, uma sociedade eivada por algum impedimento incontornável para o matrimônio.

Por tais motivos, não se equivocam José Lamartine e Francisco Muniz, citados por Antônio Carlos Mathias Coltro,²⁷ ao dizerem que o casamento perdeu, para o constituinte de 1988, aquela posição de primazia que desfrutava anteriormente; hoje a família, deriva ou não do matrimônio, vinda ou não da união estável entre um homem e uma mulher, ou mesmo a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que está sob a proteção especial do Estado. Era o mesmo pensamento de Pinto Ferreira,²⁸ já externado muito tempo antes da novel Constituição Federal, em que afirmava ser o concubinato uma união livre entre homem e mulher, hodiernamente comum, conseqüência da perda de estabilidade da família tradicional, do relaxamento dos costumes sexuais e a progressão da mulher e completando,²⁹ sentença asseverando que o concubinato permaneceu por muito tempo ignorado pelo Direito.

Portanto, e deve ser denunciado, representa um incompreensível e lamentável retrocesso, o açodado texto colhido no primeiro artigo da Lei 8.971/94, que exclui por omissão, do conceito de companheiro, ou, unidos estavelmente, para usar a expressão constitucional, aqueles conviventes que são faturalmente separados, ou, também quando algum deles, ou os dois, detém judicial separação de corpos, como acontece com muita freqüência no Estado do Rio Grande do Sul, onde o Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 10, que desatreia do prazo decadencial do art. 806, do CPC, a obrigatoriedade de ingresso da ação principal de separação judicial, divórcio, ou anulação ou nulidade de casamento, quando antecedida de cautelar separação de corpos.

Mário Aquiar Moura³⁰ lembra que o elemento volitivo de se unir é o fundamento do concubinato, é a *affectio societatis*, de manter a união livre, e acresce que, uma vez constituído o estado concubinário, é injustificável desemoldurar sua fisionomia, dado que respaldado nos elementos fáticos que lhe são peculiares, adquirindo efeitos jurídicos e na atualidade, posição relevante no ordenamento pátrio.

Preleciona Maria Anamira Amado Batalha Neta,³¹ que a entidade familiar formada pela união estável entre o homem e a mulher não mais se

27 COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *A Constituição Federal e a União Estável entre Homem e Mulher*. In Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família, Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais, coordenado por Teresa Arruda Alvim Pinto, Ed. RT, p. 43.

28 PINTO FERREIRA. *Investigação de Paternidade, Concubinato e Alimentos*. Saraiva, 1982, p. 107.

29 PINTO FERREIRA. *Idem*, op. cit., p. 103.

30 MOURA, Mário Aguiar. *Concubinato*, op., cit., pp. 52/53.

31 BATALHA NETA, Maria Anamira Amado. *O Concubinato na Constituição de 1988*. In Livro de Estudos Jurídicos, coordenado por James Tubenchlak e Ricardo Silva de Bustamante, Instituto de Estudos Jurídicos 6, p. 307. Do mesmo modo Marilene Silveira

trata de mero amasiamento ou mancebia; pelo contrário, alude a autora, *está posta ao lado do casamento, merecendo, destarte, proteção do Estado.*

É igualmente o entender de Carlos Alberto Menezes Direito,³² quem deste modo se pronuncia: *“Como é sabido, dá-se proteção do Estado com o Direito Positivo que edita. Assim, reconhecendo a união estável como entidade familiar para efeito da proteção do Estado, a Constituição Federal permite, expressamente, que as leis protetoras da família protejam também, a união estável.”*

Prossegue Carlos Alberto Direito³³ por entender que, com a nova disciplina constitucional, a sociedade concubinária que tinha lastro nas regras da sociedade de fato, passou ao patamar de união estável, reconhecida pela Constituição Federal de 1988, como entidade familiar e como tal, passando a ser regulada pelo Direito de Família e conclui: *“Assim, não se deve mais falar em concubinato, em sociedade de fato. São termos que têm de ser arquivados, assim porque quis o constituinte que seja a união estável entre o homem e a mulher considerada como entidade familiar. Como consequência, o tratamento de todas as questões relativas a união estável deve ser nas varas especializadas de família, não mais nas varas cíveis. Com isso, também, estão superadas tanto a necessidade da prova do esforço comum, como a indenização por serviços domésticos. No primeiro caso é de ser reconhecida a comunhão de bens adquiridos na sua constância e, no segundo caso, deve ser facultado o pensionamento.”*

Álvaro Villaça Azevedo³⁴ diz que a Constituição de 1988, pelo § 3º de seu art. 226, reconheceu o concubinato puro, não adúlterino nem incestuoso, como forma de constituição de família, como instituto, portanto, de Direito de Família.

Sequer destoa do entendimento da mais atualizada jurisprudência, como exemplificativamente, se manifestou o Tribunal de Justiça do Paraná.³⁵

Guimarães, *O Direito Sucessório após a Constituição Federal de 1988*, Revista *Ajuris* 60, p. 145: *“A Constituição Federal banuiu a hipocrisia e determinou expressamente que as leis protetoras da família protejam também o concubinato. Esta tutela o Estado oferece através das leis que edita. Portanto, devem ser aplicados isonomicamente, os mesmos dispositivos que protegem o homem, a mulher e seus descendentes, ressalvados os direitos do terceiro de boa-fé, pela falta de publicização destas uniões. Esta é a única diferença possível de visualizar entre o casamento e a união estável.”*

32 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Da União Estável*, artigo inserto na obra *O Direito na Década de 1990*, *Novos Aspectos*, Estudos em Homenagem ao Prof. Arnaldo Wald, Ed. RT, coordenado por Paulo Dourado de Gusmão e Semy Glanz, p. 136.

33 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Da União Estável*. *Op. cit.*, pp. 136/137.

34 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *União Estável, Antiga Forma do Casamento de Fato*, artigo publicado na Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, por seu Conselho Federal, nº 57, março de 1994, p. 16.

35 AI 10.809, 4ª CC, Rel. Des. RONALD ACCIOLY, 1990, in *Direito de Família. Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais*. Editora RT, coordenado por Teresa Arruda Alvim Pinto, p. 300.

“Sendo o concubinato uma união estável entre homem e mulher, e reconhecido pela atual Constituição Federal, como entidade familiar, devem-se aplicar a este novo instituto os mesmos princípios do Direito de Família. Portanto, a competência para julgar dissolução de sociedade de fato não é da Vara Cível e, sim, da Vara de Família.”

Ou como v.g., se pronunciou o TJRGS, por suas 5ª e 3ª CC, assim ementados: *“União Estável. Concubinato. O Concubinato é entidade familiar, diz com o estado das pessoas. A matéria pertinente à “união estável”, constitucionalmente protegida, é da competência das Varas de Família.”*³⁶

*“A união estável, até bem pouco, só gerava relações de caráter obrigacional e não familiar (Súmula 380 – STF), mas, a nova Carta Política elevou-a à categoria de “Entidade Familiar” (art. 226, §§ 3º e 4º da CF), cuja dissolução importa na partilha dos bens. Por esta nova concepção, a partilha não terá causa, na tarefa da manutenção e conservação do patrimônio, pelo esforço comum. A vindicação recai nos bens em comunhão da sociedade familiar, excluídos os reservados.”*³⁷

E mais recentemente o Tribunal de Justiça de Sergipe, com a seguinte ementa:

*“Concubinato. Ação a ele relativa. Competência. Julgamento afeto a Vara de Família e não a Vara Cível. União estável equiparada a entidade familiar. Inteligência do art. 226. § 3º da CF. Voto vencido.”*³⁸

Sérgio Gischkow Pereira³⁹ identicamente, põe o concubinato no seu exato pedestal, ao articular que ela mereceu consagração constitucional, sob a denominação de *união estável*, sendo evidente que não precisa o Judiciário aguardar lei regulamentadora para definir os seus requisitos (e quando veio, decepcionou), como nunca esperou para elaborar a sistemática do concubinato. Ainda mais enfático noutro artigo, Sérgio G. Pereira,⁴⁰ pontifica ser característica do novo Direito de Família, a preocupação com a realidade social do fenômeno familiar; com a pesquisa dos verdadeiros valores vivenciados pelo povo, com a verdade e autenticidade das relações humanas e complementa aduzindo que perde terreno a hipocrisia que tanto tem envolvido este setor do Direito, em prol do prestígio ao afeto, ao amor, à solidariedade, ao companheirismo, à convivência, à igualdade e culmina por evocar a lição auxiliar de

36 In RJTJRG, 147, p. 294, Rel. Des. LIO CEZAR SCHMITT, apelação nº 58907883.

37 In Revista Jurídica, v. 159, p. 67.

38 In RT 699, p. 159.

39 PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Algumas Questões de Direito de Família na Nova Constituição*. RT, 639/248.

40 PEREIRA, Sérgio Gischkow. *A União Estável e os Alimentos*. RT 657/18.

Arnoldo Wald,⁴¹ quem destaca que a Constituição Federal de 1988, elevou a união estável entre o homem e a mulher ao *status* de família.

No entanto, não obstante a geral surpresa, como dela é exemplo J. Franklin Alves Felipe,⁴² dentre outros doutos, frustra a Lei 8.971/94, ao excluir de seu âmbito de ação os separados de corpos e de fato, cuja omissão precisará ser corrigida pela vigilante jurisprudência.

José Lamartine e Francisco Muniz⁴³ também não se furtam de trazer à colação, a visão moderna da união estável e, ao interpretarem a tutela constitucional do art. 226, § 3º da Carta Maior, ressaltam que a proteção do Estado se dirige à família baseada no casamento, como também à família de fato, não ficando destarte, circunscrita à defesa da primeira, pois a outra, igualmente relevante no âmbito jurídico.

Destarte, sem nunca haver em realidade, sucumbido à *praxis* institucional do matrimônio, a união estável ao contrário, se converteu em prática largamente difundida e em especial, também no Brasil ganhou legitimidade constitucional, por obra do empenho desenvolvido na doutrina e na jurisprudência. Colham-se, portanto, para efeitos de apuro da real e justa incidência incondicional do usufruto viual,⁴⁴ as características específicas das núpcias do candidato ao usufruto viual, como sua duração, diferença de idade e imposição cogente do regime legal da separação; além da existência de bens próprios e integrantes do regime da comunhão parcial de bens, que mostram as evidências, é o regime regulador do concubinato.

5. DA LOCUÇÃO... “ENQUANTO NÃO CONSTITUIR NOVA UNIÃO OU, ENQUANTO DURAR A VIUVEZ”

É rascante o *desiderato* protecionista colacionado pelo *Estatuto da Mulher Casada*, com o acréscimo do § 1º, ao art. 1.611 do CC, frente às

41 WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. Ed. RT, 7ª ed., p. 65.

42 FELIPE, Franklin Alves. *Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato*, 7ª ed., Forense, p. 166, quem escreve entender que “a união concubinária pode perfeitamente se caracterizar em havendo separação de fato do companheiro casado”, aliás, conforme acrescenta, sendo pungente a jurisprudência neste sentido, complementando que a “união concubinária, no caso de separação de fato, em nada afronta o texto constitucional, se interpretado de forma mais atual e realista, ou seja, no sentido de que, se há separação de fato, poderia o legislador facilitar a conversão dessa em divórcio e, desta forma, estaria sendo atendida a exigência constante da parte final do § 3º do art. 226 da CF.”

43 CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família*. Fabris Editor, pp. 88/89.

44 Com efeito, escreve Gustavo TEPEDINO, ob. cit., p. 65: “a nomeação de herdeiros sob condição resolutiva coincide com a hipótese do cônjuge supérstite ao qual é deferido o usufruto viual, nos termos do art. 1.611, § 1º, enquanto durar a viuvez, vale dizer, sob a condição resolutiva consubstanciada por eventual boda.”

expressões claras de “*enquanto durar a viuvez*” e referências de amparo, que resultam de sofismáveis ilações trazidas do exame do próprio § 2º do mesmo art. 1.611, do CC, posto que, regendo o casamento pelo regime da comunhão universal de bens, a própria circunstância do cônjuge sobrevivente ser detentor de *meação*, alenta e justifica a despreocupação do legislador com sua proteção, já que não fica desguarnecido pela existência de bens próprios.

O Ministro Moreira Alves assinalou no relato do Recurso Extraordinário nº 88.915, de São Paulo, que o artigo em foco tem caráter alimentar, já que visa dar segurança econômica ao cônjuge sobrevivente (o mesmo sentido valeria para o concubinato), sendo incontroverso que a intenção do legislador foi evitar o desamparo do consorte casado em outro regime diverso da comunhão universal, tanto que o usufruto contém *condição resolutiva* de novas núpcias (enquanto durar a viuvez e para a companheira, enquanto não constituir nova união).

A condição resolutiva de que fala o § 1º do art. 1.611 do CC, respeita à viuvez *casta*, não sendo por evidente, vedado o remaridamento, já que com o falecimento do esposo/companheiro, readquiriu sua capacidade nupcial, ou sua aptidão a estabelecer um novo relacionamento afetivo, quer ele decorra de justas núpcias ou não, mormente na atualidade, frente ao tratamento conferido à união estável.

É benefício instituído automaticamente pela lei, de fidelidade vidual, porquanto, permanece o usufruto dito *ex lege*, enquanto o sobrevivente permanecer fiel à memória do parceiro que morreu em primeiro lugar.

6. DO NOTÓRIO E DESPROPOSITADO PROPÓSITO ALIMENTAR DO USUFRUTO VIDUAL

Destarte, o objetivo assistencial visado pelo usufruto vidual, de rara aplicação quando de seu incremento legal em 1962, na atualidade e neste sentido será mostrado, encontra-se plenamente desatualizado, destoante da realidade social, familiar, econômica e afetiva contemporânea, que deve ademais disto tudo, despojar o companheiro sobrevivente desta vetusta sensação de eternamente viúva do passado,⁴⁵ mormente frente a visão hodierna

45 Vide a respeito a lição de Tupinambá Miguel Castro NASCIMENTO, *Usufruto*, Ed. Aide, p. 45: “*Não parece fugir ao espírito da lei entender, como causa geradora da cessação da fruição, o cônjuge sobrevivente, embora não casado civilmente, consorciar-se religiosamente ou manter vida more uxorto com outrem, sob o mesmo teto, como se casado fosse. Tais situações não se compatibilizem com a manutenção do estado de viuvez.*” Aliás, idêntica regra exsurgiu pela Lei 8.971, de 29.12.94, cujo art. 2º creditou à concubina o usufruto da quarta parte dos bens do companheiro, comentando Márcia Cristina Ananias Neves, *Vademecum do Direito de Família, Suplemento, Jurídica Brasileira*, p. 8, que companheiro ou companheira sobrevivente fará jus ao usufruto dos bens do *de cuius*, enquanto o concubino não constituir nova união, ou, por evidente, enquanto não recasar. Logo, a regra legal é igual

do concubinato e assim, encaixando um sem-número de causas que lhe retiram a vantagem do usufruto, diante de seu caráter eminentemente alimentar. Por sinal, já faz muito tempo que desapareceu aquela falsa impressão de que o marido estaria quase sempre obrigado a alimentar sua mulher, ainda que ela pudesse cobrir suas necessidades por si mesma, mesmo timidamente. Não é outro o entendimento doutrinário e jurisprudencial, como é exemplo, unânime decisão da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, que assim decidiu: “o pedido de alimentos formulado pela mulher com fulcro na obrigação marital de sustentá-la é inadmissível por incompatibilidade com a regra constitucional da igualdade absoluta. Assim, sendo a mulher afortunada, auto-suficiente, não carecedora de assistência, deve ser a ação julgada improcedente.”⁴⁶

Domingos Sávio Brandão Lima⁴⁷ não cansava de alertar que “o divórcio não pode nem deve transformar-se em processo de viver a custa do ex-marido. O trabalho é obrigação social e o desenvolvimento nacional se assenta na valorização do trabalho como condição da dignidade humana. É indispensável o incentivo a cada um para que diligencie por vida independente e com seu próprio esforço, contribuindo com seu trabalho para a grandeza do País.”

Yussef Said Cahali⁴⁸ dilucida que a inexistência de parentesco entre cônjuges, os exclui da disciplina do art. 396 do CC, pois obrigação alimentar entre consortes deflui da mútua assistência, o que torna *questionável* a sujeição da obrigação alimentícia entre marido e mulher e, o mesmo deve ser emprestado aos concubinos.

Américo de Oliveira Castro citado por Basílio de Oliveira,⁴⁹ muito antes da eclosão do movimento feminista, refere Basílio, já antevia que:

para quem é casado ou concubinado, extinguindo-se o usufruto em qualquer uma das duas hipóteses de novo enlace afetivo, quer ele decorra de justas núpcias, quer sobrevenha de uma livre e protegida união estável. Pestana de Aguiar, comentando a novel Lei 8.971/94, em obra intitulada União Estável, da Editora Espaço Jurídico, p. 41, faz a pungente observação pertinente ao usufruto chamado de legado *ex lege*, que tanto existe para casados, como para concubinos. Diz o citado autor: “A incoerência desse texto, por demais simplista é palmar perante fatos ocorriáveis, a inadvertidamente estimular as uniões interesseiras e mal intencionadas de um perante o outro em melhores condições patrimoniais. O homem ou a mulher que vive só, torna-se vulnerável à aproximação de parceiros com segundas intenções, mormente hoje, pela perspectiva de compensação patrimonial à médio prazo. O inédito é ter a lei conferido o direito real de usufruto, ao companheiro sobrevivente, sobre a quarta parte ou metade de todo o patrimônio do de cujus, o que em muitos casos repercutirá na legítima dos herdeiros necessários.”

46 RT 647/86

47 LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Alimentos na Separação Judicial e no Divórcio*. In Família e Casamento, Doutrina e Jurisprudência, coordenado por Yussef Said CAHALI, Saraiva, p. 10.

48 CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. RT, 2ª ed., p. 148.

49 OLIVEIRA, Basílio de. *Alimentos: Revisão e Exoneração*. Ed. BVZ, p. 162.

"A obrigação alimentícia não é um estímulo a madraçaria do alimentando: a impossibilidade de prover ao próprio sustento é uma questão eminentemente de fato, mas que depende também da apreciação pessoal do juiz, atuando soberanamente. Com a latitude que hodiernamente assumiu o trabalho feminino, sob variadas formas, afetando todas as camadas sociais, a simples questão do sexo não gera mais interrogação tão delicada, como outrora, em que as donzelas viviam no recesso das famílias, sendo então, algo chocante, qualquer gênero de trabalho exterior, salvante o professorado." É ainda de Basílio de Oliveira,⁵⁰ esta importante afirmativa doutrinária, quando refere à antiga obrigação da separação consensual conter obrigatoriamente, cláusula pensional à esposa: "É certo que o dispositivo (refere-se ao art. 1.121, IV do CPC), tal como está enunciado, não se apresenta em consonância com o art. 226, § 5º, da nova Constituição, no que ali se estabelece que "os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". A norma processual integrava o sistema de proteção da mulher, fragilizada na estrutura social brasileira, e no pressuposto de que sendo o marido o chefe da sociedade conjugal, compete-lhe prover a manutenção da família."

Por fim, Arnaldo Marmitt,⁵¹ bem dilucida a questão alimentar entre ex-cônjuges (o que vale para ex-companheiros), com as seguintes palavras agora transcritas, por sua objetividade e clareza: "Quanto à mulher, o texto robustece o entendimento de que, em sendo ela jovem, capaz para o trabalho ou auto-suficiente economicamente, não faz jus a alimentos. Não mais depende do marido. Deve repartir com ele o sustento da família, e também deve assistência ao consorte doente, desempregado etc. A nova orientação constitucional também diminuiu o alcance da obrigação alimentar entre cônjuges, quanto a indefinição no tempo. Denota-se hoje uma propensão de limitar no tempo a concessão, só enquanto necessários forem os alimentos, como no casamento de pouca duração, até que a mulher receba o primeiro salário referente ao emprego previsto; ou só conceder pensão com o mesmo nível do casamento por algum tempo, tudo com o fim de exonerar o ex-marido, e de impulsionar a ex-esposa a empregar-se. A desigualdade obrigacional entre sexos importa em *capitis diminutio* do cônjuge que pretende favores do outro, como pretensões alimentares desnecessárias."

Marco Aurélio da Silva Viana⁵² salienta que a pensão tem favorecido jovens, que passam a ter vida de ócio, às expensas do ex-marido e aduz: – "Outro fenômeno que podemos observar em nossa sociedade, quando da dissolução da sociedade conjugal, diz respeito a posição cômoda assumida pela parte beneficiada pela pensão, que passa o resto da vida vivendo dela, tornando-se um peso morto no organismo social."

50 *Idem*, ob. cit., p. 207.

51 MARMITT, Arnaldo. *Pensão Alimentícia*. Ed. AIDE, pp. 126/7.

52 VIANNA, Marco Aurélio de S. RT 515/30.

Neste diapasão vem em socorro a doutrina de João Francisco Moreira Viegas,⁵³ promotor de justiça em São Paulo: “O dia de hoje não é mais o de ontem. Atualmente as mulheres estão habilitadas para o trabalho, tem condições de exercer profissões e de disputar o mercado de trabalho em igualdade de condições com o homem, e isto contém um sentido de crescimento e de evolução.”

É indissociável ter em mira de conclusão, que a carga alimentar instituída neste usufruto vidual, há trinta e cinco anos, se só alimentos visasse conferir, também sob esta ótica, faria deste preceito, uma norma fatalmente atingida pela extemporaneidade. Nasce desatualizado regramento que para regular relação concubinária, resgata da tumba, texto que também para o casamento se mostrava desfocado dos novos horizontes que norteiam e pontificam as relações afetivas entre pessoas de opostos sexos. Entrementes, e isto será examinado, além deste característico eminentemente alimentício, próprio para um passado de desigualdades entre os sexos, no seu espírito protecionista, o legislador de antanho, impregnou neste mesmo dispositivo nascido com o Estatuto da Mulher Casada, o visível desejo de manter através do usufruto vidual, a coesão familiar, naturalmente, tendo em linha de pensamento as famílias de antigamente, constituídas para a eternidade que a dinâmica sociedade já não crê, embora já fosse suficiente que pelas contingências, apenas não a idealizasse.

7. ACERCA DA LEGÍTIMA INTANGÍVEL E DA REDUÇÃO TESTAMENTÁRIA

Tenho em princípio, que o usufruto vidual só pode recair sobre os bens disponíveis, excluindo-se, assim, a metade que constitui a *legítima* dos herdeiros necessários, como por sinal, positivamente ensina, dentre tantos, J. Netto Armando,⁵⁴ referindo que o legado de usufruto só poderia incidir sobre a *porção disponível*, e que seria uma imoralidade, se atingisse a porção indisponível, circunstância que o Direito não pode placitar, configurando um indisfarçável *locupletamento* em prejuízo dos herdeiros descendentes.

Consoante a doutrina, denominou-se chamar de *legado de usufruto ex lege*⁵⁵ e como legado, irrazoável seria não fazer incidir a redução estabelecida

53 VIEGAS, João Francisco Moreira. *Renúncia dos Alimentos da Mulher na Separação*, RT 615/243.

54 ARMANDO, J. Netto. *Usufruto do Cônjuge Viúvo*, RT 435/45.

55 Vide por exemplo, item seis da inicial, onde a acionante conclui textualmente que: “*in casu*, em razão do regime de bens, cabe ao cônjuge sobrevivente ‘o legado de usufruto’ *ex lege*, previsto pelo CC – art. 1.611, § 1º”. Acresce o Des. ALVES BRAGA, no voto que proferiu na Ap. 107.984-1, na 4ª CC do TJSP e publicado na RT 642/118, “*que a doutrina qualifica esse usufruto, quanto à sua natureza, como ‘legado’, o que dá ao usufrutuário a qualificação de legatário ex lege.*” Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. VI, 6ª ed., Forense, p. 101, prescreve no mesmo entendimento, concluindo que ao usufrutuário é

pelo art. 1.727 do CC,⁵⁶ não havendo portanto, como permitir que o usufruto recaísse sobre a legítima dos herdeiros necessários, resguardada sua porção indisponível pelo art. 1.723 do Diploma Substantivo Civil, quando proíbe, e outra interpretação não pode recolher, que a legítima venha embaraçada de qualquer espécie de ônus.

A intangibilidade da legítima inibe que se imponham gravames, ou condições, que os herdeiros legitimários e escorados no art. 1.723 do Código Civil, terão sempre por não escritas, ou plenamente nulos de quaisquer efeitos os gravames. Por esta mesma razão, o Direito Italiano desenvolveu a *cláusula Socini*, também prevista na Alemanha e na Espanha, dentre outros países, sob cuja cautela o testador assegura ao cônjuge viúvo, de forma legal, o usufruto universal de seus bens. Para que o testador possa impor gravame universal, atingindo a legítima, deve conceder aos herdeiros necessários uma vantagem material que os anime a aceitar o gravame sobre suas legítimas. Quer dizer, a cláusula Socini é uma opção compensatória da legítima, em que o testador estabelece, duas vocações hereditárias alternativas, acenando compensatoriamente, com convidativa oferta material em prol dos herdeiros legítimos, normalmente representada pela integridade dos seus bens, desde que respeitem o usufruto vidual em favor do ascendente supérstite.

dado o apelido de '*legatário ex lege*'. Orlando Gomes. *Sucessões*. Forense, 6ª ed., p. 69, arremata: "*Afinando a maioria dos tratadistas na opinião de que a natureza do direito hereditário do cônjuge impede considerá-lo herdeiro, predomina a doutrina que o tem como legatário ex lege. Não se investe pois, na posse dos bens ex autoritate propria.*" Também Wilson de Oliveira, na sua recente e festejada obra intitulada *Sucessões, Teoria, Prática, Jurisprudência*, Del Rey, p. 80/81, obtém para constituir um legado de usufruto *ex lege*, o direito do cônjuge sobrevivente e corrobora com as seguintes argumentações: 1ª) No ordenamento jurídico brasileiro, o usufruto é legado (Código Civil, arts. 1.688 e 1.716 – legado de usufruto); 2ª) só os herdeiros instituídos e legatários é que podem receber a herança ou legado sob condição (CC, art. 1.644) – e com efeito, há condição do legado de usufruto no correr exclusivo da viuvez do usufrutuário, com o propósito eminentemente assistencial, para evitar que a sobrevivência de ascendente sacrifique inteiramente as condições materiais de existência de quem enviuvou, conforme Orlando Gomes, *ob. cit.*, p. 69; 3ª) se o cônjuge supérstite fosse considerado herdeiro necessário, não poderia perder o usufruto, pelo fato de convolar novas núpcias, visto que as únicas cláusulas testamentárias que podem aplicar-se à legítima são as enumeradas no art. 1.723 do CC. Ney de Mello ALMADA, *Sucessão Legítima*, Brasiliense, v. 1, p. 316: "*Aceitamos e proposta de constituir semelhante usufruto um legado legal. Em dedução coerente, o cônjuge não se investe de imediato na posse.*"

- 56 Art. 1.727. As disposições, que excederem a metade disponível, reduzir-se-ão aos limites dela, em conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes: § 1º. Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as cotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º. Se o testador, prevenindo o caso dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se, a seu respeito, a ordem estabelecida no parágrafo anterior."

Conforme já exaurido, objetivam os pais com sua morte, enquanto um deles ainda subsiste, manter a unidade familiar e patrimonial, sem prejuízo da futura e paritária divisão dos bens entre os legítimos, e sem contudo, diminuir a autoridade e influência familiar do supérstite. Sem dispormos desta fórmula Socini, mas, também, sem que desta cláusula estejamos afastados, tem sido de uso corrente no sistema sucessório pátrio, os descendentes renunciarem e quando possível, à herança, de forma que na ordem de vocação hereditária os bens retornem à autoridade do ascendente sobrevivente, que na maioria das vezes é o do sexo feminino.

Reza o art. 1.723 do Código Civil Brasileiro, na sua parte final, que a legítima, embora possa ser clausurada com o gravame da inalienabilidade, entretanto, não deve inviabilizar sua livre circulação, já que os herdeiros a devem receber desembaraçada de qualquer ônus.

Sendo assim, não há fundamento legal para que o pedido de usufruto recaia sobre mais de uma quarta parte da porção disponível do sucedido, e assim explicita o art. 1.611, § 1º do Código Civil e também, o art. 2º, inc. I, da Lei 8.971/94, quando existam, e à metade se não houver filhos do casal. Acaso viesse a ser acolhida tal pretensão, o usufruto incidiria na comunhão parcial, sobre três quartas partes dos bens do falecido, avançando na legítima da prole e violando, não apenas o art. 1.727, como de igual o art. 1.723, ambos do Código Civil, e que não permitem a oneração da legítima com outras cláusulas, além daquelas expressas e taxativamente enumeradas.⁵⁷

Significa dizer, que somente as restrições impostas pelo art. 1.723 do CC, são possíveis estabelecer em oneração à legítima dos herdeiros necessários, porque taxativamente enumeradas, não comportando outras. Aceitar de modo diverso, é permitir que estranhas injustiças se estabeleçam, tanto no terreno do matrimônio, que faz incidir o art. 1.611, do Código Civil, como na seara da união estável, a implicar na incidência do art. 2º, inc. I da Lei 8.971, de 29.12.94. Seria um exemplo de esdrúxulo acontecimento, a hipótese de uma concubina, ou segunda esposa, quem em estado de viuvez, e porventura sendo mais jovem que os filhos do sucedido, certamente lograria impor o *imoral* resultado de usufruir mais e por mais tempo dos bens dos herdeiros, em detrimento destes, e a favor de uma esposa ou companheira de curta existência, e quem teria por força desta pretensão absurda, o condão de *retirar os bens herdados pelos legitimários, da sua livre circulação*.⁵⁸

57 Art. 1.723. Não obstante o direito reconhecido aos descendentes e ascendentes no art. 1.721, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira e estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia. A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará à livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, desembaraçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos.

58 Acrescenta Gustavo TEPEDINO, ob. cit., p. 103, não serem recentes as críticas que têm

A fina e atilada jurisprudência, associada à doutrina dominante, abomina que o legado de usufruto *ex lege*, atinja a legítima dos filhos, como mostra a seguinte ementa: “Casamento. Regime de bens. Separação absoluta. Viúva com direito ao usufruto sobre um quarto dos bens do de cujus, que deixou filha (art. 1.611, § 1º, do Código Civil). Testamento que deixa a viúva o usufruto da parte disponível dos bens do de cujus. Redução dessa parte a um quarto, para que não se atinja a legítima dos filhos (art. 1.727 do Código Civil). Recurso extraordinário não conhecido.”⁵⁹

Diz o Ministro Moreira Alves em trecho de seu voto sob comento: “Aliás, o Estatuto da Mulher Casada, que introduziu no Código Civil o dispositivo em foco (§ 1º do art. 1.611), não cogitou de modificar o art. 1.721, segundo o qual o testador, que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens: a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código. Também não cuidou de alterar o art. 1.722, que manda calcular a metade disponível sobre o total dos bens existentes ao falecer o testador, abatidas as dívidas e as despesas do funeral. E ainda subsiste o art. 1.723, que, quanto a legítima dos descendentes, só admite as restrições ali enunciadas (conversão em bens de outra espécie, incomunicabilidade, administração pela mulher herdeira, inalienabilidade temporária ou vitalícia). Ali não inteiramente diversa haveria se aceitasse a incidência de usufruto do cônjuge sobrevivente sobre a legítima dos filhos. Aliás, o próprio § 1º do art. 1.611, aludindo a usufruto sobre 1/4 ou sobre a metade, conforme o caso, está a evidenciar seu propósito de não ver atingida a legítima dos filhos, isto é, de não ver exercido o usufruto além de 1/4 ou de 2/4.”

Não há outra interpretação, dado que inaceitável supor que o legislador quisesse que um cônjuge, ou mesmo um companheiro, pelo fato apenas de ter sido casado ou concubinado por efêmeros anos de união, pudesse viúvo, exercer usufruto sobre o universo dos bens do falecido, e pior ainda, sobre bens que sequer ajudou a amealhar, posto que por vezes, surgidos de antiga e duradoura união do sucedido (com paritário esforço na aquisição), percebendo portanto, o novo companheiro, benefícios muito mais amplos que os do cônjuge casado pelo regime da comunhão universal, quem tem pelo art. 1.611, § 2º do Código Civil, somente direito real de habitação. É imoral que reste o sobrevivente com mais privilégios que os herdeiros sanguíneos e necessários, e melhor aquinhado que o próprio sucedido, pois este precisou trabalhar com sua primeira esposa ou companheira, para arrecadar patrimônio, permitindo este arranjo da lei concubinária, amiúde, que o sobrevivente se torne um destinatário privilegiado de bens que não contém a marca do seu esforço.

sido movidas contra o instituto do usufruto vidual, acusado de obstrucular a circulação imobiliária.

59 In BUSSADA, Wilson. *Código Civil Brasileiro Interpretado pelos Tribunais*. V. 5, tomo II, Liber Juris, p. 117, Rel. Min. MOREIRA ALVES.

A redução testamentária visa equilibrar e reparar a ofensa sofrida pela porção indisponível, eis que pertinente à legítima dos herdeiros, descabendo ser atingida pelos excessos praticados na porção disponível. De conseguinte, sabendo que o direito do cônjuge não lhe dá a condição de herdeiro legitimário,⁶⁰ torna-se manifesto que não pode afetar a legítima dos descendentes ou dos ascendentes e recair, por conseguinte, na *metade disponível*,⁶¹ como também ensina Henri De Page, comentando inclusive, que o usufruto hereditário do cônjuge supérstite se exerce apenas sobre a *metade disponível*.

Tem sido reiterada e exaustiva a manifestação jurisprudencial que concerne no legado de usufruto *ex lege*, somente poder incidir sobre a porção disponível, como mostra aresto publicado na RJTJSP 45/189: “*Casamento. Regime de Bens. Separação Absoluta. Viúva com direito ao usufruto sobre dois quartos dos bens do de cujus que deixou filhos. Testamento que deixa à viúva o usufruto da parte disponível dos bens do de cujus. Redução dessa parte a 1/4, para que não se atinja a legítima dos filhos (art. 1.727 do CC). Embargos rejeitados.*” E no mesmo e lúcido entendimento, o recurso extraordinário não conhecido pelo STF e publicado na RJTJSP nº 55/139.

Desta mesma e judiciosa linha de pensamento, deve ser recolhido o alerta trazido por Sílvio Rodrigues,⁶² de que jurisprudência audaz, deve condicionar a concessão desse usufruto, a que o cônjuge viúvo não tenha bens e nem recursos, sob pena de serem cometidas fragorosas injustiças, cautelosamente minimizadas pelos pretórios, como sucedeu com o aresto publicado na RT 484/73 – “*No caso em questão, embora o regime não seja o da comunhão, a autora não ficou desamparada, pois o marido já lhe deixou por testamento o usufruto de uma parte maior do que a prevista no § 1º do art. 1.611 do CC, ou seja, da metade de seus bens. Sendo assim, não há fundamento legal para o pedido de usufruto de mais uma quarta parte, além da metade deixada por testamento. Se fosse acolhida tal pretensão, o usufruto iria recair em três quartas partes dos bens do falecido, avançando na legítima dos filhos. Isso implicaria em violação ao art. 1.723 do CC, que não permite a oneração da legítima com outras cláusulas, além daquelas expressas e taxativamente enumeradas.*”

Acórdão excerto na RT 437/206, estampou ademais, que efetivamente: “*Usufruto legal somente incidirá sobre a parte disponível dos bens do cônjuge falecido. A legítima pertence aos herdeiros necessários e dela não podem ser desprovidos a não ser em casos raros e expressamente previstos em lei.*” E com efeito, pois como legado, se sujeita à redução que o limite às fronteiras da

60 Conforme GOMES, Orlando. *Novas Questões de Direito Civil*. Saraiva, pp. 295/6.

61 GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 296. Vide Colin e Capitant, ob. cit., v. VII, p. 85: “*Pero el esposo superviviente no podrá hacer efectivo su derecho mas que sobre los bienes de que no haya dispuesto el premuerto, ni por actos entre vivos, ni nor testamento, y sin perjudicar los derechos de reserva...*”

62 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil Aplicado*. 3º v., Saraiva, p. 239.

porção disponível⁶³ e a viúva como legatária; por conclusivo que não pode entrar por autoridade própria, no gozo de direitos, devendo ela se habilitar, nos termos da lei civil, nos autos do inventário e pleitear seu legado perante o sucessor universal.

O tema foi trazido para reflexão, exatamente pelas injustiças que poderão ser cometidas por consequência da nova legislação do concubinato. Sucede que, percebendo o usufruto *ex lege*, puro e simples, sobre a quarta parte, ou sobre a metade dos bens do falecido companheiro, estarão os herdeiros necessários concorrendo com o companheiro sobrevivente, e mais nefasto ainda, impossibilitando o pleno exercício hereditário de propriedade e de livre circulação dos bens herdados. Isto acontece, porque a Lei 8.971/94, não limitou este legado de usufruto, que como dito, tem caráter alimentar e propósito de coesão familiar, entre pessoas da mesma família, aos bens exclusivamente concubinários, mas, ao contrário, manda refletir sobre todos os bens deixados pelo sucedido, mesmo sobre aqueles que não foram amealhados durante a estável união.

8. DO INACEITÁVEL LOCUPLETAMENTO SEM CAUSA

Prescreve o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Fim social, lembra Maria Helena Diniz,⁶⁴ não há *lei que não a contenha*, sendo seu conceito equiparado ao de *bem comum*, observando o intérprete da lei se esta, aplicada, atenderá sua finalidade social, que varia no tempo e no espaço e por lógico, a cada caso individualmente analisado.

Por *bem comum* têm os intérpretes uma certa ociosidade do artigo comentado, haja vista que as leis são prescritas não em favor do particular,

63 Ensina ARMANDO, J. Netto. *Usufruto do Cônjuge Viúvo*. RT 435, p. 42, que: "Outra consideração que se faz mister, dada a sua relevância, é a seguinte: aquele direito de usufruto, propiciado pelo § 1º do art. 1.611 do nosso Código Civil, só incide na quarta parte dos bens que constituem a cota disponível, não recaindo em bens da legítima, ou seja, na cota necessária. Orlando Gomes (ob. cit., p. 152/153, nº 96) positiva que "o direito de usufruto é limitado a quarta parte dos bens, devendo incidir nos que constituem a parte disponível do autor da herança (...). Se fosse admitido que o usufruto recaia nos bens da legítima, essa interpretação importaria a esses herdeiros necessários limitação ao seu direito, que não se compadece com sua natureza e finalidade."

64 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. Ob. cit., p. 160. Sobre o fim social anota Wilson da Souza Campos Batalha, *Lei de Introdução ao Código Civil*, Max Limonad Ed., v. I, pp. 547/8, que os critérios da finalidade social são variáveis nos diversos momentos do tempo, não comportando qualquer esquematização que os pudessem fossilizar. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Lei de Introdução ao Código Civil*, 1ª v., 1, p. 123, obtempera que o conceito do bem e do mal sofre alterações; o erro e o mal de ontem podem transformar-se num bem de hoje, dentro desta ótica, o bem comum e social de ontem, pode se transformar no erro de hoje.

mas para a utilidade comum, complementando Maria Helena Diniz,⁶⁵ que “o ordenamento não pode ter palavras supérfluas, inclinando-se para o entendimento de que a expressão se refere a um critério para a solução de casos duvidosos, em que, diante de dois ou mais caminhos viáveis, o intérprete deve seguir aquele que mais consulta a utilidade comum dos cidadãos e da República.”

E com certeza, que o *fim social* e o *bem comum* não estão entre as finalidades alcançáveis com um provimento indistinto, anti-social e anti-jurídico, de prestação jurisdicional que reclame por ganância e com vistas ao bem individual, usufruto sobre bens anteriores à convivência ou ao casamento, pois esposa e companheira de poucas luas e de nenhuma co-participação, restariam ilicitamente enriquecidas.

Bem direciona Maria Helena Diniz noutra de suas importantes obras jurídicas,⁶⁶ ao sustentar com autoridade e maestria indiscutível, ser a norma um produto da formação social, que acompanha as vicissitudes da vida social.

E produto legal da formação social, forjado no Direito Brasileiro com mais vigor na teoria da sociedade de fato, respeita ao *enriquecimento sem causa*, e de locupletamento injurioso, resulta a ilícita vindicação jurídica de quem procura arregimentar um quarto ou a metade do patrimônio apresto do *de cuius*, com quem viveu em período diverso daquele a que respeita o amealhamento dos bens.

Dois pesos e duas medidas, e na origem do enriquecimento sem causa, está a noção fundamental, imposta pelo princípio moral, de que ninguém *pode se locupletar à custa alheia*, ressalvando por isto, aparentes obrigações estruturadas em lei, mas que em certos casos, ou por certas razões, tismam a moral e o próprio direito, dado que repugnam cometer hoje, erro lastreado no longo e divorciado bem social criado por um artigo legal, oriundo de um Estatuto idealizado há 35 anos, e que anda, já faz muito tempo, desfocado da formação social e jurídica hodierna.

A eficácia jurídica do princípio do enriquecimento, expressa Alfonso Oramas Gross,⁶⁷ não está na falta de causa, senão, na presença de um prejuízo que vai contra os parâmetros da justiça e da *moral* e que lesiona ademais, os interesses patrimoniais daqueles que sozinhos, ou com outros, laboraram durante muitos anos, para forjar um patrimônio.

Ora, se o intento do usufruto vidual é assistir à esposa e também à companheira desamparada, quando se tratar de união estável; assegurando-lhes o desfrute dos bens que por comum das vezes ajudaram a constituir, mesmo

65 *Idem*, ob. cit., p. 165.

66 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. Saraiva, p. 320.

67 GROSS, Alfonso Oramas. *El Enriquecimiento sin Causa como Cuenta de Obligaciones*. Edino Jurídicos, Ecuador, p. 74.

que por sua presença no recesso da vivenda, e durante anos. Com indiscutível seguridade, que estes preceitos que instituem o usufruto *ex lege*, não podem privilegiar àqueles cônjuges e companheiros sobreviventes, e que não contribuíram na construção do patrimônio, e portanto, prescindem deste apanágio fático e moral, deste lastro que forjou e inspirou a legislador a tecer a regra recolhida no art. 1.611, § 1º do Código Civil e por simples cópia, no art. 2º da Lei 8.971/94, e que inegavelmente, está endereçada ao tipo de união, onde ambos contribuíram, ao menos com sua presença e seu esforço espiritual, para a aquisição dos bens que o supérstite, e só por isto, passa a usufruir pelo decesso de seu parceiro.

Semelhante princípio pode ser recolhido do RE 100.099, do STF,⁶⁸ que conferiu em longas núpcias regidas pela separação de bens, a meação por consequência jurisprudencial da Súmula 377, rezando trecho do voto do Rel. Min. Rafael Mayer, que: *se, no entanto, a viúva, pelo reconhecimento de sua participação na metade dos aqüestos, já tem uma situação correspondente a que lograria 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 essa metade. O usufruto é compensação pelo que não teria recebido.* Verifique-se, portanto, que não há um indeferimento incondicional e imaturado, do usufruto *ex lege*, visto que seu propósito é de amparar o cônjuge sobrevivente que participou ativamente na construção de um lastro patrimonial, e quando esta recompensa excede ao critério de justiça, cuida sempre, o intérprete da lei, de frenar possíveis e indisfarçáveis excessos.

No mesmo diapasão abundam julgados, como este, oriundo da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,⁶⁹ cuja ementa estabelece que: *“Direito ao usufruto. Não tem a viúva direito ao usufruto de quarta parte dos bens do cônjuge falecido, porque já se lhe reconheceu o direito dos aqüestos conjugais. (note-se que neste caso existia longo casamento e os aqüestos foram reconhecidos à mulher, portanto, plenamente satisfeita pela riqueza que ajudou realmente a construir). A disposição do art. 7.611, § 1º do Código Civil, destina-se a amparar o cônjuge viúvo casado sob o regime da completa separação de bens.”*

Destarte, o usufruto como planejado pelo legislador, não deve incidir sobre os *aprestos*, já que não há qualquer comunhão de esforços com o sobrevivente para sua aquisição, sob pena sim, de incidir o *enriquecimento sem causa*, salvante na hipótese de disposição testamentária, na qual o testador, pelo menos, dá a opção aos herdeiros legítimos de aceitarem o usufruto pela forasteira cláusula Socini. Têm eles a faculdade de opção, que exercerão livremente, não mais por imposição legal, de acordo com seus interesses, e diante do dilema dos dois chamamentos; ou recebem sua legítima livre, ou recebem toda a herança gravada com o usufruto vidual.

68 RTJ 110/808.

69 Indicado por Gustavo TEPEDINO, ob. cit., p. 99.

Lembra Sílvio Rodrigues⁷⁰ que “O princípio da incomunicabilidade teve sua rigidez entibiada pela idéia de que entre os cônjuges, embora casados pelo regime de separação absoluta de bens, se estabelecia uma sociedade de fato, e os bens havidos em comum pertenciam à comunidade. Haveria, decerto, na conjugação de esforços, uma *affectio societatis* e, se permitisse que só um dos esposos recebesse o ganho, facultaria-se o enriquecimento indevido”. E a recíproca também é verdadeira, pois se em bens aprestos, não houve a participação societária deste cônjuge ou companheiro relâmpago, deferir-lhe o usufruto vidual, seria facultar indiscutivelmente, o *enriquecimento sem causa*.

Até porque, conforme lição de Álvaro Villaça de Azevedo⁷¹ a mulher tem direito a compartilhar do complexo de bens quando lhe é reconhecido o esforço comum na formação do patrimônio, corolário de uma estável unidade e correlata cooperação.

Por tais motivos e dentre tantos outros, que a razão está com Carlos Alberto Bittar⁷² ao dilucidar que o enriquecimento sem causa, alicerçado na moral, tem por escopo evitar que, sem razão jurídica, alguém tenha ingresso em seu ativo com sacrifício de outrem, não apenas no pagamento indevido, mas também em fenômenos outros, tendentes a ocasionar o deslocamento patrimonial sem causa, ou em outros termos, quando se verifica acréscimo patrimonial indevido no acervo de alguém à custa do sacrifício de outrem.

9. O USUFRUTO RECAI SOBRE BEM INDIVIDUALIZADO

“O usufruto do cônjuge viúvo, incide sobre a quarta parte dos bens do espólio, e não necessita necessariamente, incidir sobre todos os bens, um a um considerados; mas sim, atendendo-se a comodidade dos interessados, máxime do cônjuge supérstite, poderá ser estabelecido preferencialmente naqueles bens que melhor possam proporcionar renda ao cônjuge, ponderada a conveniência de evitar a administração comum dos bens, freqüente fonte de desavenças. Provimento parcial a apelação manifestada pelos herdeiros filhos, nascidos do primeiro leito do inventariado.”⁷³

A autoridade desta decisão pode ser medida pela reconhecida capacidade de seu Relator, o Ministro já aposentado do STJ, Dr. Athos Gusmão

70 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Direito de Família*, v. 6, Saraiva, p. 180.

71 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *A Comunhão no Regime de Separação de Bens*, in *Revista de Direito da Faculdade de São Paulo*, 1983, p. 87.

72 BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*, v. 1, Forense Universitária, p. 551. Para Rubens Limongi FRANÇA, *Instituições de Direito Civil*, Saraiva, p. 888, salienta que o princípio do enriquecimento injurioso se funda no Direito Positivo e na doutrina. Na doutrina, porque se alicerça no direito natural; positivo, porque encontra base no art. 4º da LICC. Vide também Pedro Paes, *Enriquecimento Sem Causa*, Ed. Resenha Universitária.

73 In *Revista Forense*, 297/218, 1ª CC do TJRS e RJTJRS 116/391.

Carneiro, alinhavando Gustavo Tepedino,⁷⁴ as seguintes considerações: “*Importante orientação, fixada também na jurisprudência gaúcha, evita o inconveniente de se provar com o usufruto todos os bens do espólio, cada qual em sua quarta parte ou em metade, conforme o caso, o que propiciaria confusão na administração.*”

Em realidade, a discricionariedade do juiz se faz pautar no prudente arbítrio, compatibilizado pela recomendação contida no art. 1.775 do Código Civil, de molde a que seja procedida a maior igualdade possível, precavendo-se o magistrado de futuros litígios, cuidando de evitar condomínio e atendendo a comodidade dos herdeiros e legatários.

Para Walter Cruz Swensson,⁷⁵ incorrendo indicação amistosa sobre quais os bens deverá incidir eventual usufruto, e “*havendo divergência entre herdeiros ou legatários e o cônjuge supérstite ou sendo herdeiro menor ou incapaz, proceder-se-á a partilha judicial. Nesta hipótese, caberá ao juiz segundo seu prudente critério, estabelecer, em cada caso concreto, a orientação a ser seguida pelo partidor.*” Está o douto a aduzir que efetivamente, o direito ao usufruto não importa necessariamente, em atribuir a cada um dos bens a cota usufrutuária, precisando ser ponderada a inimizade, animosidade e incompatibilidade, porventura, reinantes entre os interessados, recomendando o bom senso que tal direito incida sobre bens já na posse do companheiro sobrevivente.

Por seu turno, O Des. Gervásio Barcellos quando relator do Agravo de Instrumento nº 589002997,⁷⁶ referiu que eventual reconhecimento de usufruto sobre cada imóvel, *inviabilizaria a disponibilidade dos bens e insituiria um odioso condomínio, que só serviria para atender aos caprichos da autora.* E concluiu o relator, vir em prejuízo dos herdeiros filhos, e da própria usufrutuária a instituição do usufruto sobre cada um dos bens, e ordenar sua incidência sobre bens individualizados, por evidente, até o montante do seu direito.

Em passagem de seu voto anteriormente declinado, Athos Gusmão Carneiro pontificou que era preciso evitar a comosse com a nua proprietária, pelas evidentes dificuldades práticas decorrentes do uso comum da coisa, entre pessoas geralmente já atritadas e com recíprocas queixas e prevenções, sendo portanto, imperioso atender à real comodidade das partes.⁷⁷

Resulta em resumo, que o usufruto só deveria pesar sobre o patrimônio exclusivo dos concubinos, por eles adquirido na constância da união estável

74 TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*. Forense, p. 94.

75 SWENSSON, Walter Cruz. *Usufruto Vidual ou Usufruto Legal*. Revista de Direito Civil 41, p. 58.

76 RJTJRGs 148/223.

77 TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit., p. 103, registra as críticas deitadas sobre a inconveniência do usufruto, devido às próprias dificuldades práticas de aplicação, sobretudo, à vista de questões referentes à administração da coisa e à distribuição dos frutos, e enfim, por prejudicar a circulação dos bens, desvalorizando a propriedade.

e mais do que isto, concentrado sobre alguns destes bens, preferencialmente sobre aqueles que já estariam na posse do usufrutuário, como é exemplo a moradia do casal e não, ou a metade de todo acervo.

10. CONCLUSÃO

Parece bastante patente, que já nos dias hodiernos, não mais é possível criar leis nostálgicas, que a própria memória humana já nem bem recorda a que serviam, dando benefícios que transcendem à colaboração do companheiro, tudo, pelo que aparenta, no afã de oferecer à ansiosa sociedade brasileira, que registra cerca de metade das relações afetivas, como de formação concubinária, uma lei criada à meia-luz da realidade axiológica.