

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

AFONSO PEDRO BIGE

DOS EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO

PORTO ALEGRE

2017

AFONSO PEDRO BIGE

DOS EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO

Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof. Dra. Simone Tassinari Cardoso

PORTO ALEGRE

2017

AFONSO PEDRO BIGE

DOS EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito,
junto à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul

Orientadora: Prof. Dra. Simone Tassinari
Cardoso

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Simone Tassinari Cardoso (Orientadora)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Prof. Dr. Daniel Alt

Prof^a. Dra.- Cristiana Sanchez Gomes

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela dádiva que me concedeu, pois, com ele ao meu lado, toda manhã é um novo recomeço.

À minha mãe, Elisa João, pelo seu amor inigualável, por me ensinar a somar conhecimento, dividir aprendizado e multiplicar o valor do afeto. A meu pai, Alfredo Afonso Bige, pelo exemplo de coragem e persistência, por me ensinar a nunca desistir na busca incessante do conhecimento. Mesmo com um oceano de distância entre nós, vocês sempre procuraram estar presentes na minha vida, me incentivando a não desistir. Estou certo de que palavras não são suficientes para dizer o quanto sou grato a vocês, pai e mãe.

Agradeço, também, a minha família, em especial a todos os meus irmãos. À namorada e amiga Drieze, pelo companheirismo, que mesmo diante das adversidades estava ao meu lado com seu sorriso lindo para fazer dos meus dias melhores. Pela sua energia, coragem, afeto e por sempre acreditar em mim, meu muito obrigado.

Ao meu companheiro de “batalha” Gerson Mendes, palavras são poucas para descrever as nossas histórias desde os tempos do Colégio (Escola 68), PUNIV, Luanda, ESADE, PEAC, UFRGS, contigo aprendi que amizade não se compra, mas se conquista, meu muito obrigado.

Aos tios Dongala e Nájala. Lembro daquele dia frio, 29 de julho de 2010, vocês esperando no Aeroporto de Porto Alegre para receber aquele que seria o novo integrante da família, sem nunca o terem conhecido antes, e, mesmo assim, estavam lá de coração aberto, meu muito obrigado pelo incentivo e carinho.

Aos amigos que fiz ao longo desses anos, aos colegas de faculdade e de trabalho, especialmente ao Michel, ao Rogério, à Silvana e à Cristine, meu sincero obrigado, pois vocês foram fundamentais para o meu crescimento profissional e por sempre estarem disponíveis para me ajudar da melhor forma possível.

Por fim, não menos importante, agradeço à minha orientadora Prof^a. Dr^a. Simone Tassinari Cardoso, que não mediu esforços para que este trabalho fosse concluído. Lembro de suas palavras de incentivo, singelas, mas de grande impacto em mim: “fique tranquilo que vai dar tudo certo”. Seu apoio foi um importante combustível para continuação e conclusão de cada capítulo deste trabalho. Muito obrigado.

“A mente que se abre a uma nova ideia jamais voltará ao seu tamanho original” (Albert Einstein)

RESUMO

O conceito de família contemporânea é resultado de constantes mudanças da sociedade, que, via de regra, acaba tendo reflexo nas estruturas familiares, bem como na necessidade de o Estado acolher as diversas formas de se constituir família sem, com isso, limitar a liberdade de escolha dos indivíduos quanto ao tipo de grupo familiar que pretendem constituir. Desse modo, a família tradicional - patriarcal - deixou de ser a única forma legítima de constituir família, sobretudo a partir da promulgação da Constituição de 1988, nominada de Constituição Cidadã. Em face disso, este trabalho pretende analisar a evolução e o tratamento dado pela doutrina e, sobretudo, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto aos “meios” de formação de uma entidade familiar, notadamente, a união estável e o casamento. Tem-se como escopo buscar relacionar ambos os institutos, partindo-se dos princípios aplicáveis à família, na sequência abordam-se os efeitos existenciais no casamento e na união estável, especialmente no que concerne ao tratamento dado quanto ao estado civil dos sujeitos nesses arranjos familiares, seus direitos e deveres; analisar os efeitos patrimoniais – regime de bens, pactos antenupciais e a problemática da conversão da união estável em casamento; e, por fim, os efeitos sucessórios aplicáveis a ambos os institutos, à luz da jurisprudência atual do STF.

Palavras-chaves: Família. União Estável. Casamento. Constituição Cidadã. Afetividade. Princípios. Dignidade da Pessoa Humana. Igualdade.

RÉSUMÉ

Le concept de famille contemporain est résultat de constants changements de la société, qui, de règle, finit par avoir un réflexe dans les structures familiales, tout comme dans la nécessité de l'Etat à recevoir les diverses formes de constituer une famille sans toutefois limiter la liberté de choix des individus quant au type de groupe de famille qu' ils prétendent constituer. Par ce mode, la famille traditionnelle - patriarcale - a laissé d' être l' unique forme légitime de constituer une famille, surtout à partir de la promulgation de la Constitution de 1988, nommée la Constitution Citoyenne. Face à cela, ce travail prétend analyser l'évolution et le traitement donnés par la doctrine et surtout, par la jurisprudence du Suprême Tribunal Fédéral, quant aux moyens de formation d'une entité familiale, notamment, le concubinage et le mariage. Il revient comme plan, chercher à relationner les deux instituts, partant des principes applicables à la famille, en séquence aborder les effets existants dans le mariage et dans le concubinage spécialement en ce qui concerne le traitement donné quant à l'état civil des sujets dans ces arrangements familiales, ses droits et devoirs; analyser les effets de patrimoines - régimes de bien, pactes Prénuptial et la problématique de conversion de la concubinage en mariage; et, enfin, les effets de succession applicables aux deux instituts, à la lumière de la jurisprudence actuelle de la STF.

Mots clés: Famille. Concubinage. Mariage. Constituição Citoyenne. Afectivité. Principes. Dignité de la personne humaine. Egalité.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. FAMÍLIA.....	11
2.1. A família constitucionalizada.....	11
2.2. Princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família.....	14
2.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família.....	15
2.2.2. Princípio da igualdade e respeito à diferença.....	15
2.2.3. Princípio do pluralismo das entidades familiares.....	17
2.2.4. Princípio da liberdade.....	17
2.3. Casamento e união estável como formas familiares.....	19
3. EFEITOS EXISTENCIAIS.....	23
3.1. Processo de habilitação no Casamento e registro civil da União Estável.....	23
3.2. Impedimentos matrimoniais e seus efeitos na união estável e no Casamento.....	25
3.3. A problemática do estado civil nos dois institutos.....	26
3.4. Efeitos pessoais no casamento e na união estável: os deveres de fidelidade e de lealdade e seus reflexos jurídicos.....	30
3.5. Da presunção de filiação no casamento e na união estável.....	33
4. DOS EFEITOS PATRIMONIAIS SIGNIFICATIVOS PARA O CASAMENTO E PARA A UNIÃO ESTÁVEL.....	37
4.1. Pacto antenupcial e contrato de convivência.....	39
4.2. Regime de bens.....	41
4.2.1. No casamento.....	41
4.2. 2. Na união estável.....	44
4.3. Necessidade da outorga uxória ou marital no casamento e na união estável.....	45
4.4. A confusa faculdade de conversão de união estável em casamento.....	48
4.5. A problemática dos pactos de união estável.....	50
5. EFEITOS SUCESSÓRIOS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL.....	52
5.1. Como a legislação prevê a sucessão do cônjuge e do companheiro.....	53
5.2. Efeitos sucessórios após a decisão do Supremo Tribunal Federal - STF.....	57
5.3. Autonomia privada em face do RE 878694/MG e do RE 646721/RS.....	60
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

1. INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade faz com que o direito acabe se adaptando às novas exigências marcadas pelos fatos cotidianos, e no direito de família não é diferente. A família, como núcleo central da construção social, passou a ter proteção do Estado, e a busca de igualdade entre homens e mulheres, com fundamento na dignidade da pessoa humana fez com que a estrutura familiar patriarcal desse lugar a novas formas de se pensar e construir a família. Assim, o conceito de família, à luz da Constituição de 1988, restou ampliado.

O casamento deixou de ser a única forma de legitimar as estruturas familiares, elencando a Constituição demais formas de constituir famílias, como as famílias monoparentais e a família formada pela união estável. Ocorre que, essencialmente as normas referentes à união estável têm como paradigma o casamento e isso, em que pese as diferenças existentes, fez emergir inúmeros debates a nível doutrinário e decisões judiciais antagônicas. A tutela paritária dos dois institutos, por um lado, retira dos indivíduos a liberdade de escolha, se casar ou não e, por outro lado, é necessária a intervenção do Estado para igualar situações que merecem o mesmo tratamento, uma vez que não há hierarquia entre os dois institutos.

A partir de tal compreensão, o presente trabalho pretende esmiuçar os efeitos jurídicos dos dois institutos de acordo com a doutrina e jurisprudência atual, levando em conta os princípios constitucionais. O primeiro capítulo abordará de forma breve as famílias na Constituição Federal de 1988, com base nos princípios constitucionais vinculados ao direito das famílias. Traça-se, na sequência, um panorama geral acerca do processo de habilitação do casamento e do registro civil da união estável, bem como, dos impedimentos matrimonial e seus efeitos nos arranjos familiares, além da problemática do estado civil no casamento e na união estável, assim como da presunção de filiação em ambos os institutos. Em seguida, pretende-se examinar os efeitos patrimoniais, especificamente em relação aos regimes de bens obrigatórios no casamento e dispensados na união estável, os efeitos do pacto antenupcial e do pacto de união estável respectivamente, a outorga uxória ou marital no casamento e na união estável – se existente –, bem como da (des) necessária conversão da união estável em casamento com os possíveis efeitos retroativos dos

pactos da união. No quarto capítulo, expõem-se os efeitos sucessórios, sobretudo como a Lei prevê, o tratamento dado pela doutrina, bem como o atual posicionamento do STF com a decisão do RE878.694/MG e do RE 646.721/RS.

Por fim, destacar a inércia do Poder legislativo, bem como o papel do judiciário na efetivação da igualdade das entidades familiares e se, dessa “excessiva” intervenção do Poder judiciário, não afronta à liberdade dos sujeitos (autonomia privada) em escolher qual forma de constituir família pretendem - casamento ou união estável.

2. FAMÍLIA

2.1. A família constitucionalizada.

A Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição Cidadã, aliada aos anseios sociais, instaurou uma nova ordem jurídica assentada em valores democráticos de liberdade e igualdade. Consagrou o mandamento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, tendo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos; sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivos fundamentais. Ademais, estabeleceu que todos são iguais perante a lei¹, o que repercute diretamente no direito das famílias que, nos ditames constitucionais, são a base da sociedade e, por isso, têm especial proteção do Estado².

Não existe, nas leis infraconstitucionais, definição exata do que seja “família”, de sorte que é tarefa da doutrina o preenchimento deste vazio. Assim, segundo a doutrina, pode se dizer que a família é um agrupamento natural e informal. É o primeiro vínculo que se cria em uma sociedade, sendo que as relações que giram em torno dela geram consequências sociais e jurídicas, demandando um tratamento preferencial na organização social³.

Nas últimas décadas, a família sofreu inúmeras mudanças, de modo que, atualmente o conceito de família parte de três princípios básicos: a liberdade, a igualdade e a afetividade, sem os quais seria impossível compreender o conceito de *família*. Assim, onde houver “*affection*” haverá família.

PAULO LUIZ NETTO LÔBO afirma que não é comum a tutela explícita das demais entidades familiares. Para ele, as Constituições modernas, ao tratarem do tema, sempre tiveram como pressuposto o modelo de entidade familiar formada pelo casamento. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 inovou em relação ao tema, reconhecendo, não só a entidade familiar advinda do casamento, mas que, inclusive

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de out. 2017).

² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pag. 5.

³ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. São Paulo: Atlas, 2011. pag. 02

em razão da possibilidade de interpretação extensiva, acabou englobando diversas formas de entidades familiares⁴.

A Constituição Federal cuida do tema no Capítulo VII, do Título VIII, da CF/88 (arts. 226 a 230), nos quais destaca os temas referentes à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso. Uma das inovações marcantes é com relação à união estável entre homem e mulher, que obteve tutela constitucional expressa (art. 226, §3º, CF/88). Demais disso, houve recentemente decisão judicial da Corte Constitucional que estendeu tal reconhecimento de união estável ao casal homoafetivo, passando a ser considerado forma legítima de entidade familiar⁵, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Assim dispõe o §3º do art. 226 da Constituição Federal:

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

Percebe-se que o dispositivo constitucional amplia o conceito de família, assinalando caber ao Estado a proteção de toda e qualquer forma de constituição de família. Entretanto, as famílias não “matrimonializadas”, no passado não muito distante, eram desamparadas e, até, muitas vezes, repudiadas pelo Estado. Tal proteção e reconhecimento decorreram de uma frequente e reiterada prática da sociedade em geral, que considerava que tais práticas não afrontavam os princípios morais do mundo ocidental, bem como não eram contra a nova configuração social que surgia, o que levou ao legislador a efetivar sua tarefa de regulamentar e proteger as novas formas de constituir famílias⁶.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A responsabilização das relações de família**. In: DEL OLMO, Florisbal de Souza e ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pag. 104.

⁵ Segundo se extrai do acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, “é explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. De modo que a referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Servindo mais como reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Por tanto, a CF não limita sua formação a casais heteroafetivos. (STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001).

⁶ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.3

Nesse aspecto, o reconhecimento da união estável como entidade familiar foi fruto da transformação da sociedade, uma vez que, conforme afirma ROLF MADALENO as estatísticas já apontavam para uma redução significativa das famílias constituídas com base no casamento, ou seja, da forma matrimonial tradicional. Por sua vez, a união informal - sem o selo do casamento - teve um crescimento significativo, restando, desse modo, o Constituinte de 1988 por se dobrar às evidências e assentar a família informal ao lado do casamento, atribuindo aos dois institutos a merecida tutela estatal. Em verdade, a CF/88 foi mais além, abarcando igualmente o conceito de família monoparental (art. 226, §4º, CF/88)⁷.

Com efeito, percebe-se que não há uma hierarquia entre os tipos de famílias existentes, embora existam posições doutrinárias divergentes quanto ao assunto. Para os doutrinadores mais conservadores a conversão de união estável em casamento evidencia a preeminência da entidade familiar fundada pelo matrimônio. Afirmando a hierarquização das formas familiares, MIGUEL REALE sustenta que se equivocam aqueles que afirmam não haver hierarquia entre essas entidades, pois é irrecusável o primado conferido à sociedade conjugal, estabelecendo o casamento "comunhão plena de vida" com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Bastaria, com isso, observar que, segundo o § 3º do citado art. 226, deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Ora, não teria sentido essa conversão para um ideal a ser atingido, se o vínculo conjugal não figurasse como o da entidade familiar por excelência⁸.

Por outro lado, PAULO LÔBO afirma que a norma do § 3º do artigo 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie, não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Acrescenta, ainda, que o referido dispositivo serve de comando para o legislador infraconstitucional no sentido de eliminar barreiras e dificuldades para os companheiros que desejam casar a não se submeterem a solenidade de celebração. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Por fim, salienta que não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou

⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 767.

⁸ REALE, Miguel. **Cônjuges e companheiros**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/conjcomp.htm>>. Acesso em: 17 de out. 08 de 2017.

requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa necessariamente dificultar outra⁹.

Com isso, o direito de família constitucionalizada consubstancia-se em um direito fundamental, daí porque de suma importância a sua legalização para efetividade de direitos e deveres que submergem das relações no seio familiar, além de difundir a promoção da dignidade humana, uma vez que a família contemporânea é construída pelo respeito à plena liberdade e de felicidade de cada um de seus componentes¹⁰. Desse modo, reconheceu-se um contorno familiar sem molduras rígidas, sendo o espaço do lar um lugar de afeto e de realização das potencialidades de cada um de seus membros, com a liberdade sendo o escudo no qual se encontra espaço para realização da dignidade da pessoa humana, numa perspectiva eudemonista¹¹.

Portanto, as famílias no contexto atual, são aquelas, não somente formadas pelo selo do casamento civil, como também as formadas por quaisquer dos pais e seus descendentes - monoparental -, anaparental e das uniões estáveis.

2.2. Princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família

Conforme já abordado, a Constituição Cidadã trouxe diversas inovações, ampliou o conceito de família e trouxe princípios aplicáveis em quaisquer relações. Assim, todo modo de ver o direito emerge dela, que é a verdadeira carta de princípios, que impõe eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, formando um verdadeiro alicerce do qual emerge toda ordem jurídica¹².

Como nos demais ramos do direito, o direito de família é regido por diversos princípios, como verdadeiras bases, que se moldam conforme as mudanças sociais. Nesse contexto, afirma MADALENO que no direito de família é de suma importância a efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. p. 4. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 de out. 2017.

¹⁰ *Idem*. p. 19.

¹¹ CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**. In: ARRONE, Ricardo (coord). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. 2. P. 19.

¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. p 54.

humana¹³, haja vista que atualmente há uma defasagem da lei com relação a esses progressos sociais, o que requer ao intérprete a utilização dos princípios para solução adequada de cada caso concreto.

2.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família

Preceitua o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 o princípio fundamental da ordem jurídica brasileira. Assim, nas palavras de MARIA BERENICE DIAS, o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos, do qual se irradiam todos os demais princípios: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade¹⁴. Tal princípio, no direito de família, resta consignado nos artigos 226, §7º e 227 da CF/88, ao prescrever o planejamento familiar à paternidade responsável, bem como o dever da família, da sociedade e também do Estado ao dar absoluta prioridade à segurança da criança e do adolescente.

Portanto, o direito de família, na referência de DIAS, “está umbilicalmente ligado aos direitos humanos” de modo que tal princípio, em última análise, significa igual dignidade para todas entidades familiares¹⁵, de sorte que toda forma de família é merecedora da igualdade não só formal como material.

2.2.2. Princípio da igualdade e respeito à diferença

O princípio da isonomia ou igualdade guarda relação íntima com a noção de justiça que, no seu plano formal, corresponde a noção de que todos os seres humanos são iguais, de modo que toda e qualquer pessoa está sujeita ao mesmo tratamento previsto em lei, dispensando qualquer condição ou circunstância a que se encontra. Já na sua concepção material, corresponde a proibição de tratamento arbitrário, ou seja, somente é possível a escolha de critérios razoáveis e justos para

¹³MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 19.

¹⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. p. 59.

¹⁵IDEM, 2007. p. 60.

determinar tratamentos desiguais, a fim de respeitar a diferença de cada grupo sem, com isso, cometer injustiças¹⁶.

Ainda no entender de INGO SARLET a concepção de igualdade, no âmbito do constitucionalismo moderno, passou a ser compreendido como o dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais, de modo que, em termos jurídicos alcance os valores da dignidade da pessoa humana e da liberdade¹⁷. Assim, os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram a tal ponto que não basta que a lei seja aplicada de forma igual para todos, e sim aplicar às pessoas da mesma categoria idêntico tratamento, ou seja, nos casos desiguais deve-se sopesar para alcançar a igualdade material¹⁸.

Nesse contexto, conforme ensina PAULO LÔBO, nenhum princípio provocou tão profunda transformação no Direito de Família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares¹⁹. ROLF MADALENO salienta que a igualdade nas relações familiares não é só dos cônjuges – homem e mulher –, e sim de todo tipo de relacionamento em que o núcleo central é a pessoa humana, e, acima de tudo, o afeto que emergem de suas relações. No entanto, salienta que, infelizmente, ainda há uma distância abismal da desejada paridade nas entidades familiares que vem surgindo no mundo moderno²⁰.

Neste diapasão, a Constituição reafirmou o princípio da igualdade ao dispor que todos são iguais perante a lei, aboliu a desigualdade de gênero e afirmou que, no direito contemporâneo, já não há espaço para desigualdade entre homem e mulher, entre os filhos e entre as entidades familiares. Logo, o referido princípio não vincula tão somente ao legislador, mas também à sociedade e ao intérprete do direito, que deve observar as regras, e ao juiz, que ao aplicar a lei, deve afastar qualquer tipo de desigualdade. Ademais, deve ser respeitado o direito à diferença, proibindo qualquer tipo de discriminação, respeitando as escolhas feitas, inclusive as qualidades e circunstâncias de cada pessoa.

¹⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais em espécie**. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 569 a 5571.

¹⁷ Idem: 2015, p. 571.

¹⁸DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. p. 62.

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito de família e os princípios constitucionais**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 113. .

²⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 21.

2.2.3. Princípio do pluralismo das entidades familiares

A Constituição de 1988 deu enfoque maior ao direito de família, introduziu o vínculo de afeto como o cerne da formação da família na contemporaneidade. Assim, a ideia, por exemplo, de que a união estável só mereceria proteção do Estado depois de sua conversão em casamento caiu por terra.

Deste modo, ensina DIAS que a partir do momento em que a união matrimonializada deixou de ser reconhecida como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. Aduz, com isso, que o pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de “arranjos familiares”²¹.

Nessa seara, excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar a desigualdade existente outrora em que se desprestigiava as relações concubinárias, bem como ser conivente com a injustiça, diante da realidade atual nas relações familiares²².

Portanto, o princípio da afetividade, por implicação lógica, coloca o afeto como base fundamental na constituição das entidades familiares e de seu vínculo. Nota-se, com isso, que o preconceito existente outrora (como nas uniões homossexuais, concubinato adulterino) deu lugar às novas formas de entidades familiares fundadas no afeto (família monoparental, família homoafetiva, família paralela, família pluriparental), de modo que o concubinato puro deu lugar à união estável. Cabe, ainda, salientar que o comando constitucional não faz menção a prevalência de uma entidade familiar em detrimento das demais, ou seja, passou-se a falar em entidade familiar e não mais em família.

2.2.4. Princípio da liberdade

O princípio da liberdade correlato ao da igualdade, reconhecidos como direitos fundamentais, integra a primeira geração de direitos que garante o respeito à

²¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. p. 64.

²²DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. p. 64.

dignidade da pessoa humana²³. Tal princípio é muito presente no âmbito da família, todos têm a liberdade para escolher seu par, independentemente da opção sexual, bem como do instituto familiar que preferirem, sem nenhuma intervenção do ente público na livre decisão do planejamento familiar, excetuando o Estado intervir para garantir os recursos educacionais e meios para informações científicas adequadas²⁴.

Nesse contexto, o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: a liberdade da entidade familiar frente ao Estado e da sociedade e a liberdade de cada membro diante dos outros membros no seio da entidade familiar²⁵. Percebe-se, assim, que, conforme previsão do art. 1.513 do CC/02, é defeso qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família. Entretanto, cabe salientar que tal princípio não é absoluto, pois pode o Estado intervir nas relações familiar por meio de políticas públicas, como incentivar o controle de natalidade.

Nesse sentido, salienta INGO SARLET que não se pode reconhecer a liberdade geral, quando já há cláusulas especiais consagradas no âmbito constitucional, ou seja, é necessária certa limitação para, justamente, salvaguardar e proteger cada liberdade²⁶, a exemplo do que ocorre com a limitação da doação de todo o acervo patrimonial, nos termos do art. 548 do CC/02. Contudo, pode-se dizer que o princípio da liberdade, nesse contexto, é o poder de dispor, por livre arbítrio, a forma como as pessoas pretendem planejar suas vidas, se pelo matrimônio, pela união estável heteroafetiva ou homoafetiva ou, ainda, se assim pretender, não casar ou unir-se estavelmente, bem como a liberdade de compor novas estruturas de convívio²⁷.

Conforme exposto, a liberdade é de grande relevância no âmbito do direito de família, pois consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem, bem como serve para o livre desenvolvimento da personalidade de cada membro do grupo familiar.

²³DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. p. 60.

²⁴MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.pag. 62

²⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 11.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais em espécie**. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 478.

²⁷DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, pag. 61.

2.3. Casamento e união estável como formas familiares

A família é a base da sociedade. Quando se fala em família, inevitavelmente fala-se do casamento. Nesse sentido, DIAS aponta que o Código Civil, ao tratar do direito das famílias, começa pelo instituto do casamento, evidenciando a enorme preocupação do legislador com a família matrimonializada, inserindo no bojo do CC/02 inúmeros artigos tratando sobre o tema²⁸.

Entretanto, não há no Código Civil definição exata do que vem a ser casamento, limitando a estabelecer requisitos, deveres e direitos advindos do matrimônio, assim como regimes de bens e a regulação do seu término. Para MARIA HELENA DINIZ, o casamento é o vínculo jurídico entre homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a composição de uma família²⁹. No mesmo sentido, LÔBO define o casamento como um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, diante do qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo conhecimento do Estado³⁰.

Nota-se que os referidos autores definem o casamento a partir da concepção clássico-religiosa, na qual a relação heterossexual é condição primordial para configuração do casamento. A doutrina atual, entretanto, coloca como elemento central o afeto³¹. Nessa linha, FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO, em obra conjunta, destacam que se pode definir o casamento como a união de duas pessoas, constituídas com base no afeto,³² obedecendo a um conjunto de normas imperativas, como a especial solenidade a ser rigorosamente observada para conferir validade e eficácia ao ato conjugal³³.

Quanto a sua natureza jurídica, a doutrina divide opiniões, alguns autores alegam ser o casamento de natureza contratual, outros afirmam ser uma instituição e, ainda, uma terceira posição assegura ser de natureza mista ou eclética. Para os

²⁸ *Idem*, pag. 138.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18ª ed. São Paulo 2002. p.39.

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto, in: TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. 36.

³¹ STJ, Resp 1.183.378/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, J. 25.10.2011. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/ATC2.pdf acessado em 22 de dezembro de 2017.

³² TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. 35.

³³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pag. 69.

que defendem a natureza contratual – originária do direito canônico – entendem que o matrimônio é um contrato civil regido pelas normas comuns de todos contratos, colocando em primeiro plano o consentimento dos nubentes, com manifestação recíproca³⁴. Para corrente institucionalista, o casamento é uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, com efeitos e forma da sua constituição preenchidos pela lei³⁵. Por fim, para corrente eclética ou mista, o casamento é uma instituição quanto ao seu conteúdo e um contrato especial quanto à formação. De qualquer sorte, pode-se considerar o casamento como um negócio jurídico bilateral *sui generis* especial³⁶.

O Estado admite duas formas de casamento³⁷, o casamento civil e o casamento religioso com efeitos civis. DINIZ enumera quatro características do casamento: *caráter pessoal do casamento* (implicando a não interferência de qualquer pessoa de direito público ou privado sobre a comunhão constituída); *solenidade do ato nupcial*; *a ordem pública dos matrimônios*; *união permanente e exclusiva*³⁸. O casamento é pessoal, pois cabe aos nubentes manifestarem sua vontade, sem prejuízo do casamento por procuração. Ademais, é necessário um ato solene em que não basta a vontade dos nubentes, pois é imprescindível que seja observada as formalidades da Lei³⁹.

Percebe-se que a sociedade conjugal pressupõe comunhão plena de vida dos nubentes⁴⁰, que é condição de validade do matrimônio. As condições de validade e eficácia do casamento civil atribuíram-se também para o casamento religioso, nos termos da Lei 1.110/50 e artigos 1.515 e 1.516 do CC/02. A união estável, por sua vez, está à margem de qualquer regulamentação, quanto ao seu termo inicial; ela

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18ª ed. São Paulo 2002. pag.42.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18ª ed. São Paulo 2002. pag.43

³⁶ TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, pag. 38.

³⁷ BRASI: art. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuito a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. (Cf. Constituição da República Federativa do Brasil) disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 21 de nov. de 2017

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18ª ed. São Paulo 2002. p. 46. Nesse rumo, ainda: LISBOA, Roberto Sinise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 47.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5ª ed. São Paulo. 200, pag. 39.

⁴⁰ Pode-se ser entendido como a norma que remete os familiares e seus valores éticos e afetivos (CF: ALVES, Jones Figueiredo. Comunhão de vida. Disponível em http://www.impresso.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/cadernos/mundo/2014/11/22/interna_mundo,105412/comunhao-de-vida.shtml. Acessado em 18. Jane.2018.

existe independentemente da outorga estatal e isso, no entanto, não o faz ser menos importante ou ser “subespécie” de família.

Contudo, cabe frisar desde já que a união estável há bem pouco tempo não tinha *status* de família. Durante muitos anos o poder legislativo ficou silente em relação as famílias constituídas à margem do casamento, que na época já havia um número significativo de pessoas que viviam nessa condição devido à proibição do divórcio⁴¹. GUSTAVO RENE NICOLAU esclarece que no Brasil as relações paralelas só começaram a ter visibilidade no Poder legislativo após a criação, no Poder judiciário, de jurisprudência nos meados do século XX, que regulamentava situações patrimoniais culminando com a publicação da súmula nº 380 do STF e, mais tarde, surgiram leis esparsas que reconheciam, de alguma forma, alguns direitos às pessoas que mantinham relações extraconjugais para frear o enriquecimento sem causa do varão,⁴². Vale destacar o Decreto-Lei nº. 2.681/1912, criado no sentido de reconhecer direito a “concubina” à indenização decorrente de acidente que resultasse na morte do companheiro, assim como houve também reconhecimento do filho natural pelo Decreto Lei 4.737/1942.

Porém, RODRIGUES DA CUNHA PEREIRA afirma que a grande evolução histórica da união estável no Brasil, até então denominado concubinato, tem o seu marco mais significativo com a promulgação da Constituição da República de 1988. Ao colocar a expressão “entidades familiares” consagrou-se, desse modo, o princípio da pluralidade das formas de famílias⁴³, para isso basta observar o teor do art. 226, §3º, da Constituição Cidadã. Assim, não se pode mais discriminar as famílias constituídas a partir de união estável.

O legislador infraconstitucional – Código Civil de 2002 –, não trouxe “progresso” quanto aos conviventes, regulamentou em seu art. 1.723, acrescentando entre vários pontos a inviabilidade de constituir a união estável caso estejam presentes os impedimentos matrimoniais do art. 1.521 do mesmo diploma legal⁴⁴. Sinaliza serem características da união estável a convivência duradoura, pública e contínua com objetivo de constituir família. Isso pressupõe no entender de KARIN

⁴¹ CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. **União estável e negócios entre companheiros e terceiros**. Belo Horizonte.: Del Rey, 2009, pag. 01.

⁴² NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento: diferenças práticas**. São Paulo: Atlas, 2011, pag.07.

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado das famílias: união estável**. Belo Horizonte: IBDGAM. 2015, pag.197.

⁴⁴ LA-FLOR, Martiane Jaques. **As implicações da união estável no registro de imóveis à luz dos princípios registais**. São Paulo: Baraúna, 2001, pag.28.

WOLF coabitação⁴⁵, com residência comum, vida comum, que implica também deveres de fidelidade, ou exclusividade de vida íntima, em que não há espaço para outras relações concomitantes, pois implicaria incorrer nos impedimentos do artigo supracitado⁴⁶. Nesse aspecto, MARTIANE JAQUES LA-FLOR ressalta que aos separados judicialmente é admitido que constituem união estável⁴⁷. Percebe-se que atualmente o conceito de família é amplo, democrático e flexível, em que as pessoas são ligadas pelo laço de afeto na constituição de uma vida comum⁴⁸, sem preferência dessa ou daquela família. Ademais, sendo institutos diferentes, não há como inferir que as mesmas regras restritivas do casamento sejam transportadas, por simples implicação lógica, à união estável.

Conforme visto, em que pese serem institutos diferentes, o legislador constituinte pouco trouxe para evidenciar isso, pois consagrou o princípio da igualdade entre os entes familiares. Com isso, incide a proibição do retrocesso em relação ao *status* da união estável enquanto espécie do gênero família, que se constitui sem a ingerência indevida do Estado na sua constituição, o que não afasta, porém, a proteção estatal das relações advindas da união estável. Tal diferença é perceptível na legislação ordinária, na qual nota-se que as formas de constituir o casamento é diferente da união estável, bem como regras referentes ao patrimônio e à sucessão incidem de forma diferente nos dois institutos, o que é análise dos tópicos seguintes.

⁴⁵ Cabe salientar que, segundo entendimento do STF, a vida em comum sob o mesmo teto – *more uxória* – é dispensável para caracterizar a união estável (CF. Súmula 382 do STF, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2488>, acessado em 20 de dezembro de 2017).

⁴⁶ WOLF, Karin, **Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional**. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos fundamentais do direito de família**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, pag. 184.

⁴⁷ LA-FLOR, Martiane Jaques. **As implicações da união estável no registro de imóveis à luz dos princípios registais**. São Paulo: Baraúna, 2001, pag.29.

⁴⁸ LA-FLOR, Martiane Jaques. **As implicações da união estável no registro de imóveis à luz dos princípios registais**. São Paulo: Baraúna, 2001, pag.19.

3. EFEITOS EXISTENCIAIS

3.1. Processo de habilitação no Casamento e registro civil da União Estável

Conforme já referido, o casamento é um ato solene que cria entre duas pessoas o vínculo matrimonial e modifica os *status* sociais dos nubentes, passando de solteiro para casados. E para que tenha sua vigência reconhecida é necessária uma serie de formalidades para sua constituição. Assim, é preciso uma gama de procedimentos formais para sua celebração.

Para ARNOLDO WALD, devem-se distinguir na preparação do casamento três fases distintas: habilitação, processo informativo realizado nas circunscrições do Registro Civil perante o juiz; a de publicidade nos órgãos locais e a de celebração propriamente dita⁴⁹.

Cabe ressaltar que é admitido duas formas de casamento, o casamento civil e o casamento religioso com efeitos civis, nos termos do art. 226 § 1º e § 2º da CF/88. A habilitação no casamento abrange declarações por escrito firmado pelos nubentes ou por seus procuradores com poderes especiais, com as devidas declarações do estado civil, profissão, filiação, domicílio e declaração de duas testemunhas, que ratificam o estado dos nubentes e a (in) existência de impedimentos, bem como o pacto antenupcial para definição do regime de bens. Após, estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver, nos termos dos art.1.527 do CC/02.

Nesse sentido, o processo de habilitação é um verdadeiro *checkliste*, e tem como objetivo evitar celebrações que transgridam as regras referente a impedimentos matrimoniais e as causas de suspensão previstos no Código Civil⁵⁰. Cabe salientar que houve um avanço no sentido de que o processo de habilitação prescinde a intervenção judiciária, cabendo somente a intervenção do Ministério Público caso haja alguma impugnação.

Cumpridas todas as formalidades legais, vem a fase da celebração, que nas palavras de DIAS “é o rito de passagem para o estado de casado” é um ato solene e com muito rigor formal, celebrado pelo juiz de paz na presença dos noivos que, em caso de ausência, podem serem representados por seus procuradores com poderes

⁴⁹WALD, Arnaldo, **O novo direito de família**. 14ª ed. Saraiva. São Paulo, 2002, pag. 59.

⁵⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense 2008, pag. 76.

nesse sentido, além das testemunhas e convidados. Dá-se por celebrado o casamento quando o juiz de paz pergunta aos noivos se pretendem casar por livre e espontânea vontade e ratificado essa manifestação de vontade pelo celebrante⁵¹.

Em relação à união estável, em que pese ganhar *status* de entidade familiar com a Constituição de 1988, houve certa resistência, tanto pela doutrina, quanto pelos tribunais do país reconhecer efeitos jurídicos dessas relações. Assim, não bastou o comando constitucional para que se reconhecesse efeitos às relações informais, foi necessária a elaboração da Lei 8.971/94, que enumerava uma série de requisitos de ordem pessoal para que se configure união estável, era imprescindível, por exemplo, o prazo mínimo de cinco anos de convivência, salvo se houvesse filhos. No entanto, após dois anos foi elaborada a Lei 9.278/96, que redefiniu a união estável como sendo a convivência duradoura, pública e contínua com objetivo de constituir família. Observa-se que nessa lei já não estabeleceu o lapso temporal havido.

Nesse sentido, NICOLAU ELÁDIO BASSALO CRISPINO afirma que a convivência duradoura citada na Lei 9.278/96 não se exigiu lapso temporal certo, específico determinado⁵², ou seja, na união estável não há requisito objetivo que configure o termo inicial da convivência, o que marca a existência de uma união estável não é o fato de os pares estarem vivendo juntos um, dois ou cinco anos, mais, sim, a convivência duradoura e contínua, com base no afeto, formando uma verdadeira célula familiar⁵³.

A partir do exposto, pode se notar que há quase uma simetria entre casamento e união estável, em que os dois são estruturas de convívio que têm origem no afeto dos seus integrantes, diferentes no modo de sua constituição. Enquanto o casamento tem seu início marcado pela chancela do Estado com a celebração matrimonial, a união estável se estabelece do vínculo de convivência, do comprometimento mútuo⁵⁴.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11ªed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, pag. 166.

⁵² CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo, **União estável e os Negócios entre companheiros e terceiros**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pag. 138.

⁵³ CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo, **União estável e os Negócios entre companheiros e terceiros**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pag. 139.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, pag.178.

3.2. Impedimentos matrimoniais e seus efeitos na união estável e no Casamento

A Constituição enlaçou no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável, delegando a legislação infraconstitucional sua regulamentação, que, por seu turno, na tentativa de prever impedimentos à configuração de união estável invoca os impedimentos dirimentes ao casamento, nesse aspecto, conforme salienta DIAS, o Código Civil regula a união estável à imagem e semelhança do casamento⁵⁵.

Os impedimentos dirimentes são os que autorizam o pedido de declaração de nulidade ou de anulação do casamento. Denomina-se impedimentos dirimentes absolutos os que dão margem à nulidade, e impedimentos dirimentes relativos os que autorizam a anulação do casamento (artigos 1.522 e 1.523 do CC/02).

Percebe-se, portanto, que as pessoas impedidas de casar também são impedidas de constituir união estável, conforme previsão do art. 1.521 CC/02 com exceção do inciso VI:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- (..)
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte

No entender de MADALENO, na união estável ocorre um casamento às avessas, porque seus efeitos jurídicos só restarão usualmente reconhecidos ao término da relação, na ocasião de homologação de uma suposta dissolução da união.

Nesse sentido, ANDRÉA RODRIGUES AMIM explica que a exigência de se respeitar em sede de união estável os impedimentos para o casamento, cumpre a

⁵⁵ DIAS, Maria Helena. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2016, pag. 128.

função de preparar a união informal para aquela ideal – casamento -, pois só é estável uma relação quando não existir impedimento para o enlace matrimonial⁵⁶.

Com efeito, em relação ao casamento sua vigência está condicionada a chancela do estado, em que seus efeitos são constitutivos, pois emergem da solenidade - procedimento de habitação e celebração por um juiz de paz, ou seja, caso não sejam cumpridas as exigências legais o casamento não acontece, ao menos o casamento civil. A união estável, por sua vez, não dispõe de qualquer condicionamento. Nasce do vínculo afetivo e se tem por constituída a partir do momento em que a relação se torna ostensiva, passando a ser reconhecido e aceite socialmente. Não há, portanto, qualquer interferência para sua formação.

Portanto, DIAS esclarece que os impedimentos só fazem mais sentido com relação ao casamento, pois há como tornar obrigatório o comando do art. 1.521 do CC/02, e caso desatendida a proibição legal, o casamento é nulo. Em relação a união estável o Estado não tem mecanismos, por exemplo, de vetar o estabelecimento de uniões incestuosas entre pai e filho, ou entre dois irmãos, por mais impulsivas que sejam essas hipóteses, ou, ainda, entre sogro e nora, em que pese as proibições legais, entre o adotante e o cônjuge do adotado.

Cabe ao legislador encontrar mecanismos de repressão, punindo quem se afastar dos ditames legais, mas não se deve, por outro lado, negar a existência da entidade familiar⁵⁷.

3.3. A problemática do estado civil nos dois institutos

O estado civil é a situação de uma pessoa em relação ao matrimônio ou à sociedade conjugal. Para SERPA é o conjunto das qualidades particulares ou fundamentais determinantes de sua capacidade que o faz pertencer à certa categoria no Estado, na família e perante a sociedade. Sua importância para o direito reside em atribuir segurança jurídica, uma vez que define a situação patrimonial, ou seja, se alguém se declara solteiro fica implícita a sua liberdade na negociação de um contrato de compra e venda, por exemplo, ao passo que se alguém se considera casado essa liberdade sofre algumas restrições, necessitando

⁵⁶ BORDALLO, Galdino Augusto Coeljo, LEITE, Heloísa Maria Daltro; AMIN, Andréa Rodrigues. **Código civil: do direito de família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, pag.341.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11ªed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, pag. 248.

da outorga do cônjuge para alienação de bens imóveis, exceto quando casado sob regime da separação absoluta, participação final no aquestos em que há cláusula expressa nesse sentido no pacto antenupcial⁵⁸.

Cotidianamente, existem na sociedade diversas expressões para caracterizar as situações de convívio conjugal entre os indivíduos. No entanto, de acordo com o direito brasileiro, existem na legislação, essencialmente, apenas cinco formas de estado civil:

Separação de fato e separação judicial: O estado civil de separado é aquela situação em que as pessoas casadas não vivem mais sobre o mesmo abrigo (separação de fato), já a separação judiciária é quando as pessoas desligam seus laços pela via judiciária (ação de separação judicial litigioso ou consensual) sem ainda pleitearem o divórcio. Divorciado é o estado daquelas pessoas que já foram casados e, por via judiciaria ou por escritura pública, tiveram seu pedido de divórcio homologado, podendo ocorrer com a conversão da separação em divórcio, terminando com o laço matrimonial. Viúvo é toda pessoa que perdeu seu cônjuge por falecimento em algum momento da vida conjugal.

Solteiro é denominação dada à pessoa que nunca contraiu matrimônio, mais conhecido como aquele indivíduo que nunca se casou, pois, uma vez casado nunca mais volta a ser “solteiro”. A questão, no entanto, surge quanto a nova configuração de família na contemporaneidade, pois, pelo conceito de família atual, é sabido que família não só é aquela constituída pelo manto do casamento, mas também pela união estável. Daí surge o questionamento; qual é o estado civil das pessoas que vivem em união estável. A legislação tem tratado o tema de forma incipiente, não dando, ainda, o devido direcionamento positivo em relação à matéria.

Com efeito, a doutrina diverge sobre o tema, se existe ou não um estado civil de conviventes para diferenciar estados de solteiro e/ou viúvo(a). NICOLAU entende que não se pode admitir, nos tempos atuais, que pessoas em união estável ainda não tenham reconhecido seu estado civil de convivente ou de estavelmente unido. Assinala as implicações que tem em não haver tratamento igual ao do casamento para os conviventes, com isso, refere que o estado civil é medida de proteção aos direitos da personalidade do ser humano, na medida em que, também, garante a

⁵⁸ PEEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Casamento, união estável, namoro e união homoafetivas**. In: BASTOS, Eliene Ferreira e DIAS, Maria Berenice (Coordenadoras). **A família além dos mitos**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. pag. 227.

sociedade uma proteção a respeito de mínimas informações possíveis sobre as pessoas que se pretende contratar⁵⁹.

ANNA LUIZA FERREIRA afirma que ninguém nega que a união estável e o casamento são institutos muito parecidos e a sua equiparação acaba ocorrendo naturalmente, tanto por parte da sociedade, como pelo legislador e judiciário, que aproveitam os artigos de lei aplicados ao casamento para preencher lacunas flagrantemente existentes⁶⁰. No entanto, em relação ao estado civil, evidencia-se um desprestígio do legislador, pois os casados, solteiros, viúvos, separados e divorciados têm o estado civil muito bem definido, isto não ocorre para os que vivem em união estável.

Portanto, para referida autora, há exemplos práticos que evidenciam que pessoas que vivem em união estável, uns se consideram solteiros e outros casados, emprestando status que não corresponde à vida real. Para se ter uma ideia, em situações que exigem o rigorismo escrito, a exemplo de preenchimento de formulários em geral, os conviventes normalmente utilizam o estado civil de "solteiros", afinal vivem apenas uma situação de fato, inábil a alterar o estado civil.

O mais interessante ocorre quando os conviventes resolvem fazer uma escritura de união estável. Neste momento instaura-se para muitos a nítida impressão que já são casados. Alguns deles até mesmo passam a se identificar formalmente como "casados".

Enfim, os conviventes pedem emprestado um status, que não corresponde à vida real. Afinal, não são solteiros, pois o comprometimento afetivo com outrem está infiltrado em suas vidas, além disto, de fato, vivem sob o manto da entidade familiar sacramentada pela Carta Constitucional. Mas por outro lado, também não são casados, pois não se dirigiram ao Registro Civil, acompanhados de testemunhas, para participarem de ato solene (artigo 1534 e seguintes do Código Civil), nem mesmo possui certidão de casamento, único documento apto a alterar o estado civil⁶¹

Nesse sentido, DIAS acrescenta que quem convive em união estável e se considera solteiro(a) na ocasião de declarar algum bem ou fazer alguma escritura -

⁵⁹ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. São Paulo: Atlas, 2011, pag.116.

⁶⁰ VITULE, Anna Luiza Ferreira, **Direito de Família**. 2010 Disponível em: <http://annaluizaferreira.adv.br/biblioteca-virtual/artigos/148-a-importancia-da-regularizacao-do-estado-civil-na-uniao-estavel>. Acessado em 26/10/2017.

⁶¹ *Idem*, 2010 - Disponível <em: <http://annaluizaferreira.adv.br/biblioteca-virtual/artigos/148-a-importancia-da-regularizacao-do-estado-civil-na-uniao-estavel>>. Acessado em 26 Out. de 2017.

contrato de compra e venda, por exemplo - está “mascarando a real situação de seu patrimônio”, isto porquê, conforme lembra a autora, os bens adquiridos durante a vigência da união pertencem ao par por presunção legal, de modo que, quando uma estrutura familiar gera consequências jurídicas, é imperioso reconhecer um estado civil novo”⁶². Assim, o não reconhecimento de um estado civil dessas novas formas de arranjos familiares, especialmente a união estável gera insegurança jurídica que pode ocasionar prejuízos a terceiros ou até mesmo aos pares, isso porque na falta de vênua pode ocasionar futura ação anulatória de um negócio finalizado.

CARLOS PEIXOTO entende que nada impede a utilização do estado de casado para as pessoas que vivem em união estável, desde que estabelecidos requisitos e condições de vínculo que liguem os negócios jurídicos, com reflexos sociais. Tal situação torna-se mais evidente quando alguém, outrora casado, e, por uma infelicidade, torna-se viúvo e, anos depois, resolve constituir nova família nos ditames da união estável. Qual qualificação lhe seria apropriado: de solteiro, de viúvo ou de convivente, diante da nova união. Nesse caso, caberia ao legislador dar a devida atenção a esses aspectos que aparentam não ter muita importância, mas que acabam afetando situações reais, podendo ocasionar prejuízos aos parceiros e até mesmo a terceiros⁶³.

Portanto, a inclusão de estado civil de conviventes traria benefícios sociais, pois evitaria o favorecimento de fraude na aquisição e alienação de bens, uma vez seria imprescindível a vênua do companheiro (a), também no que diz respeito ao fornecimento de bens em garantia, como nas questões de penhora com o conhecimento do companheiro, além das questões sucessórias em que, muitas vezes, o companheiro não é incluído no inventário para posterior alienação dos bens, que só se efetivaria caso tivesse autorização⁶⁴.

De modo semelhante, NICOLAU afirma que ausência de estado civil para os conviventes em união estável fere direito da personalidade de identificação- dos indivíduos que se subvenciona viver em união estável- perante a sociedade. Ou seja, o estado civil declarado em documentos oficiais, formulários, negócios com

⁶²DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, pag. 162.

⁶³ SOUZA, Carlos Henrique Peixoto de. **Solteiro- casado: uma simplificação no estado civil das pessoas**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/162.pdf, acessado em: 03/10/2017.

⁶⁴ BRITO, Rodrigo Toscano. Disponível em: http://www.arpensp.org.br/websiteFiles/imagensPaginas/File/CONVIVENTE-RODRIGO_TOSCANO_DE_BRITO.pdf. Acessado em: 20 de dez.2017.

terceiros é um elemento que individualiza e distingue o ser humano de seus pares. Ademais, transmite à sociedade um sinal de que esta pessoa apresenta um vínculo sério, embora informal, com outra pessoa, ambas desimpedidas de casar, mais que optaram por formar uma família baseada no afeto⁶⁵.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015, deu um passo adiante ao elencar que as partes, quando da qualificação na petição inicial, devem indicar entre outras qualificações a da união estável:

Art. 319. A petição inicial indicará:

I - O juízo a que é dirigida;

II - Os nomes, os prenomes, o estado civil, **a existência de união estável**, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu (grifado).

Já no parágrafo 3º do artigo 73 do mesmo diploma legal, há exigência da necessidade da vênua do outro “convivente” para propositura de ação que trate sobre direito real imobiliário previsto no artigo 1.47, II do Código Civil.

Assim, a união estável (relacionamento efetivo e sério), como forma de constituir família, assegura aos seus membros direitos e deveres e merece prestígio por ser uma relação entrelaçada pela afetividade e estabilidade suficiente para firmar de forma recíproca a vida daqueles que optaram pelo instituto. Portanto, a utilização das regras – dispositivos- do casamento, faz com que seja imperiosa a individualização do estado civil na união estável, possibilitando maior visibilidade e alavancar a independência de tal instituto.

Percebe-se que não há unanimidade doutrinária quanto ao tema. Cabe, deste modo, ao legislador construir instrumentos de valorização do instituto da união estável, bem como corroborar para “padronizar” os entendimentos opostos quanto aos seus efeitos jurídicos.

3.4. Efeitos pessoais no casamento e na união estável: os deveres de fidelidade e de lealdade e seus reflexos jurídicos

O dever conjugal de fidelidade, insculpido no artigo 1.566, inciso I do Código Civil Brasileiro de 2002, integralmente transposto do Código Civil de 1916 (artigo

⁶⁵ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. São Paulo: Atlas, 2011, pags.115 e 116

231, inciso I), afigura-se como norma que demanda análise de ordem deontológica, por intimidade a ditames morais e religiosos, mas também sob o enfoque teleológico, pela simples imposição legal e suas consequências jurídicas. Entretanto, não convém, nesta oportunidade, o estudo dos aspectos sociais, culturais ou religiosos do instituto, pela diversidade de crenças e entendimentos inerentes à matéria, em que pese a inseparável relação⁶⁶. Nesse contexto, DIAS afirma que a fidelidade só se tornou lei jurídica, porque o impulso da infidelidade existe e, em última análise, pode se dizer que a fidelidade é o limite ou interdições dos desejos⁶⁷.

Assim, o dever de fidelidade é uma norma social e jurídica cuja inobservância pode ensejar o pedido de divórcio. Nesse sentido, assevera DIAS que a infidelidade serve de fundamento para propositura ação de separação litigiosa, nos termos do art. 1.573, inciso I do Código Civil.

Ela ocorre nos atos de traição, nos quais se rompe o compromisso pela palavra empenhada, violando-se o *animus* de união ampla. No entanto, em que pese ser uma imposição legal, ainda que um dos cônjuges descumpra tal “sagrado dever”, não se rompe o casamento ou, ao menos, não se tem notícia de algum cônjuge traído haver proposta ação pleiteando o descumprimento do dever de fidelidade.

Há deveres no “estado de companheirismo” assim como em qualquer relação – relação de trabalho, de amizade –, que devem ser observados, seja de modo instintivo, seja por convenção, mas quanto àquela há alguns deveres impostos pelo regramento jurídico, que de algum modo repercute na esfera pessoal dos companheiros.

Em relação aos que vivem em união estável, o legislador enumera entre outros deveres, o dever de lealdade e respeito como substituto da fidelidade conjugal.

Assim dispõe o art. 1.724 da Lei 10.406/2002:

⁶⁶ CARDOSO, Michel João Rodrigues. **A (in)eficácia do dever de fidelidade conjugal**. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12755&revista_cader no=14> Acessado em: 03/11/2017.

⁶⁷ “A infidelidades representa um estado de espírito, facilmente compreensível, se for considerado que ela geralmente decorre de desajustes, desentendimentos e compreensões conjugais, agravando-se as cenas de ciúmes e um estado de extrema insegurança quando falta maturidade e confiança no parceiro conjugal” LIMDA (2000, P.444) *Apud*. MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pag. 145.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Para DIAS, não se atina o motivo de ter o legislador substituído fidelidade por lealdade, poderia concluir-se que na união estável, diante do tratamento diferenciado, em que impôs tão-somente o dever de lealdade, não existe a obrigação de ser fiel, assim como não haveria o dever de vida comum sob o mesmo teto. Nesse aspecto, em olhos mais atentos, isso pode gerar algumas inquietações, no sentido de que “autorizando a lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de vínculos paralelos. Assim, se os companheiros não têm o dever de serem fieis nem de viverem juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas”⁶⁸

Ademais, acrescenta ANDRÉA, na união estável a quebra dos deveres não importa em qualquer sanção, podendo levar a dissolução ou à manutenção da família estável, dependendo exclusivamente dos companheiros, o que, segundo ela, pode ser um dos motivos pelos quais se opta mais pela união estável em detrimento do casamento. No entanto, sinaliza que não impede que sejam aplicadas as regras gerais de responsabilidade civil⁶⁹.

Há quem aponte que, na verdade, tanto a fidelidade quanto a lealdade são princípios de ordem moral. Nessa linha, MADALENO aponta que a lealdade vai mais além do compromisso de fidelidade afetiva, abrange o dever de respeito mútuo no propósito de uma relação afetiva, ao passo que a fidelidade é restrita em obrigar os cônjuges a não cometerem adultério⁷⁰.

Contudo, atualmente, tais debates ficam no campo teórico, pois em termos práticos, não há diferença efetiva entre o dever de fidelidade e o dever de lealdade. Pois ambos incidem no plano da pessoa do cônjuge ou do companheiro ofendido, respectivamente, ou seja, a reprovação é mais no âmbito subjetivo sem relevância jurídica, de modo que descabia o tratamento diferente em ambos institutos.

⁶⁸DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, pag. 165.

⁶⁹BORDALLO, Galdino Augusto Coelho, LEITE, Heloísa Maria Daltro; AMIN, Andréa Rodrigues. **Código Civil: do direito de família**. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, pag. 464.

⁷⁰MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pag. 797.

3.5. Da presunção de filiação no casamento e na união estável

A filiação consiste na relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que estabelece um liame entre uma pessoa e aquelas que a geraram, ou mesmo a receberam como se a tivessem gerado⁷¹, sendo que no parentesco estão estruturadas todas as regras de filiação. Assim, a procriação gera efeitos jurídicos, não mais importando a qualidade de filho na criação de deveres e direitos, de modo que os efeitos jurídicos de filiação é consequência natural da procriação⁷². Para WALD, Já não existe distinção entre filhos, “à filiação civil, que é aquela resultante da adoção, deu-se o mesmo status de filho de sangue, inclusive para efeitos sucessórios.

Portanto, não há mais nenhuma discriminação conceitual com relação à filiação, sendo todos iguais perante a lei, conforme previsto na Constituição federal de 1988, no § 6º do art. 227.⁷³ Estado criou mecanismos para que os filhos integrem estruturas familiares, de modo que a Lei gera um sistema de reconhecimento de filiação por meio de presunções. Nesse sentido, salienta DIAS que tal prática é tão antiga que a presunção é identificada por uma expressão latina: *pater is est quem nuptiae demonstrant*⁷⁴.

Em relação aos pressupostos de presunção conjugal da paternidade, ensina MADALENO que, embora tenha desaparecido as designações sobre legitimidade da prole, quando advinda das chamadas *justas núpcias*, o Código Civil somente reconhece a presunção de paternidade nas hipóteses expressamente elencadas em cada inciso arrolados no artigo 1.597⁷⁵ que, aliás, no seu *caput* dispõe que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos que:

⁷¹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pag. 375.

⁷² Procriação pode ser entendido como sendo o pai que gerou seu filho e este o seu próprio filho, neto daquele e assim por diante, estabelecendo-se os vínculos em linha reta ascendente ou descendente entre pais e folhos, MADALENO (2009, pag. 375).

⁷³ CRFB/1988: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, pag. 323.

⁷⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pag. 376

- I - Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II - Nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O dispositivo em testilha não traz maiores questionamentos, porém peca por dizer menos do que deveria ao menos sob viés constitucional de proteção à família e a criança⁷⁶. Com efeito, quando o filho nasce após o casamento, ou seja, decorridos menos de 180 dias após a celebração do matrimônio, o pai pode contestar a paternidade livremente, salvo se tenha ciência da gravidez da mulher antes das núpcias. Ou, também, dissolvida a sociedade conjugal pela morte, separação ou por anulação, presume-se a paternidade dos filhos nascidos nos trezentos dias seguintes ao ato ou fato que dissolveu a sociedade⁷⁷.

Percebe-se que a intenção do legislador é eliminar a incerteza do pai em relação aos filhos de sua esposa, ou seja, a presunção é o meio de provar a paternidade diante da impossibilidade de demonstrar de outra forma a relação paterno filiar⁷⁸. Como se pode observar, trata-se de presunção legal, expressa uma regra imperativa, sendo pai aquele que a lei define como tal. Para DIAS decorre de uma ficção jurídica em que pai é sempre o marido da mãe. Salienta, todavia, que em verdade a presunção parte da fidelidade havida entre os cônjuges. Presumida a fidelidade da esposa torna-se certa a paternidade⁷⁹.

Observa-se que igual tratamento não há em relação à união estável, o que induz o debate doutrinário acerca do tema. Parte da doutrina entende que, em função da legislação infraconstitucional enumerar os casos de presunção de paternidade na relação matrimonial, se restringe somente aos casados.

De forma absolutamente injustificada a lei não estende a presunção de paternidade à união estável. Em função disso, boa parte da doutrina afirma que a

⁷⁶Rafael de Souza Miranda, **Presunção de paternidade pede prova de união estável**, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-dez-22/rafael-miranda-presuncao-paternidade-necessita-prova-união-estavel>>. Acessado em 23 de out.2017.

⁷⁷ WALD, Arnaldo, **O novo direito de família**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva 2002, pag. 198.

⁷⁸ *Idem*, pag. 377.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, pag. 323

presunção *part est* só existe no casamento. Talvez por isso não é imposto o dever de fidelidade aos conviventes, somente o dever de lealdade (1.742 CC/02)⁸⁰.

Para ROLF, no atual Código Civil, já embalado pelos avanços científicos surgidos no campo da pesquisa em DNA, acabou sendo estabelecido um sistema aberto de impugnação da paternidade, não mais se justificando o esquema fechado, para proteger especialmente a filiação do casamento com presunções quase absolutas de paternidade⁸¹. Percebe-se, então, ser desarrazoada a diferença contida na lei, de modo que a presunção de paternidade e maternidade são também aplicáveis nas uniões estáveis, ainda que a referência legal seja a “constância do casamento”⁸².

É importante ressaltar que a presunção de paternidade tem sofrido diversas interpretações, tendo em vista a nova concepção de filiação. Nessa linha, ARNALDO WALD assevera que a jurisprudência pátria tem relativizado a aplicação de tal norma, pois há entendimentos no sentido de que, em que pese a presunção ser privativa do pai, é admitido ao filho pedir a retificação de sua filiação, bastasse provar que o pai presumido não é o real, assim como também pode o pai declarar por testamento, na ocasião da separação, não ser o genitor do filho havido no casamento. Ademais, essas conquistas jurisprudenciais vão eliminando o conceito e a estrutura familiar antiga em que se defendia a família de forma exacerbada. Nesse sentido é a decisão do STF - RTJ, 33/882 e 43/489⁸³

De tal sorte, ainda que o código Civil não tenha previsão em relação a *pater is est*, no âmbito da união estável, atualmente, diante do novo conceito de família e da proteção dada pelo Estado às novas formas de famílias fundada a partir da afetividade, é, sim, possível aplicar a presunção de paternidade e maternidade na união estável.

A diferença reside no quesito da prova, uma vez que nas relações matrimoniais há prova pré-constituída, podendo qualquer dos genitores apresentar a certidão de casamento para registrar/reconhecer a filiação. Ao passo que na união estável, nem sempre é possível sua comprovação, uma vez que não é necessário a certidão de união estável para que uma situação seja considerada como tal.

⁸⁰ *Idem*, pag. 323.

⁸¹ WALD, Arnaldo, **O novo direito de família**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva 2002, pag. 377.

⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, pag. 324.

⁸³ WALD, Arnaldo, **O novo direito de família**. 14ª ed. Saraiva. São Paulo, 2002, pag. 198.

Extrai-se do art. 227, §6 da CF/88, o princípio da igualdade de filiação ao determinar que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Reproduzido no artigo 1.586 do Código Civil.

LÚCIA MARIA entende que o princípio da igualdade da filiação gera divergências na doutrina e na jurisprudência, uma vez que há quem entenda que a presunção de paternidade deve ser aplicada também no âmbito da união estável⁸⁴. Em sentido contrário, a doutrina mais conservadora entende que enquanto houver casamento, continuará existindo a necessidade de demarcar duas categorias de filhos; os que nascem dentro do casamento e os que nascem fora do casamento⁸⁵.

Nesse sentido, conclui MARIA que enquanto existir o casamento no ordenamento jurídico, permanecerá o sistema de estabelecer diferenciação na filiação⁸⁶. Entretanto, a filiação se edifica por três pilares constitucionalmente fixados, quais sejam: a igualdade entre os filhos, desvinculação do filho do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral⁸⁷. Acrescenta DIAS⁸⁸ que o formato tradicional cedeu lugar a sua democratização no qual as relações pai filhos, mãe e filhos são mais iguais, sendo o traço fundamental a afetividade e lealdade.

De igual modo, todos os filhos sejam eles legítimos, naturais e adotivos merecem proteção no que tange a filiação, bem como mercedores de direitos e deveres relativos ao nome, ao poder familiar e as questões sucessórias. De modo que, nos dias atuais, não caberia nenhuma diferença em relação a sua presunção, independentemente do instituo.

⁸⁴ FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira. **Das relações de parentesco**. In: BORDALLO, Galdino Augusto Coeljo, LEITE, Heloísa Maria Daltro; AMIN, Andréa Rodrigues. **Código civil: do direito de família**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, pag. 178.

⁸⁵ *Idem*, pag.181.

⁸⁶ *Idem*, pags.182 a 184.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pag. 325.

⁸⁸ *Idem*, pag. 29.

4. DOS EFEITOS PATRIMONIAIS SIGNIFICATIVOS PARA O CASAMENTO E PARA A UNIÃO ESTÁVEL

A regulamentação patrimonial se impõe na sociedade conjugal e nas uniões estáveis, pois a vida em comum tem repercussões no campo material. Por mais que se queira separar os patrimônios dos cônjuges ou dos companheiros, surge a necessidade de estabelecer normas especiais para reger as suas relações jurídicas no plano econômico⁸⁹.

Conforme já mencionado, a união estável possui grande proteção legislativa, tanto na constituição brasileira quanto na esfera infraconstitucional, notadamente no Código Civil, contudo nem sempre foi dessa forma, houve tempos em que as uniões de fato entre homem e mulher não trazia nenhuma garantia pessoal ou patrimonial a nenhum dos companheiros, a “concubina”, por exemplo, não tinha nenhum direito de participar da sucessão do companheiro⁹⁰. Com a Lei 9.278/96 restou determinado que os bens adquiridos por ambos os conviventes na vigência da união estável, independentemente de ter havido ou não colaboração, pertence a ambos⁹¹.

Atualmente, os noivos têm a liberdade de escolher o regime de bens por meio do pacto antenupcial, podendo optar entre um dos regimes previamente definidos na lei ou, ainda, estabelecerem, regras diferentes, o que lhes aprouver, desde que não tenha divergência com os ditames legais. Já na união estável é facultado aos pares firmarem contrato de convivência estipulando o que lhes for melhor em relação aos seus bens. Para os dois institutos, em caso de silêncio a lei determina a incidência do regime da comunhão parcial de bens (arts.1.658 a 1.666 do CC/02)⁹².

Nesse aspecto, Jaques La-Flor entende que o contrato escrito firmado entre os companheiros deve ser feito por Escritura Pública, lavrado por um agente público para conferir maior segurança jurídica, aplicando assim por analogia o art. 1.640 parágrafo único, combinado com o art. 1.653 ambos do Código Civil⁹³. Já para VENOSA é desnecessário a obrigatoriedade da Escritura Pública, uma vez que não

⁸⁹ WALD, Arnaldo, **O novo direito de família**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pag.103.

⁹⁰ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. São Paulo: Atlas, 2011, pag.177

⁹¹ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. São Paulo: Atlas, 2011, pag.189.

⁹² DIAS, Maria Helena. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2013, Pag. 188.

⁹³ LA-FLOR, Martiane Jaques. **As implicações da união estável no registro de imóveis à luz dos princípios registais**. São Paulo: Baraúna, 2001, pag.45.

há determinação legal nesse sentido⁹⁴. Afim de uniformizar a controvérsia destacada, a Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento nº. 37⁹⁵, que disciplina o Registro das uniões estáveis nos Cartórios de Registro Civil, por meio do Livro “E”. Destacou-se também no Provimento que a publicização torna mais fácil a prova da união e, sobretudo, a produção dos efeitos pessoais e patrimoniais decorrente do vínculo. Cabe ressaltar que o Registro não substitui a conversão da união estável em casamento nem torna a data de tal registro o marco inicial da união estável⁹⁶.

Com efeito, a diferença mais nítida, no que concerne aos dois institutos, é quanto a limitação imposta as pessoas com mais de 70 anos, em que a lei impõe o regime da separação obrigatória de bens no casamento, dispensado na união estável, ou seja, para quem quer casar após os 70 anos, o casamento não gera efeitos patrimoniais e, conseqüentemente, sucessórios. Nesse aspecto, Dias afirma que é mais vantajosa a união estável do que o casamento, uma vez que não existe tal limitação para os pares.

No entanto, não há consenso na doutrina nem no judiciário em relação a incidência do regime da separação obrigatória de bens para os pares com mais de 70 anos. Aliás, é importante saber qual regime escolher, pois justamente, a partir do regime de bens decorre a garantia dos direitos sucessórios, como saber, por exemplo, se existe direito à meação.

Os efeitos patrimoniais significativos na união estável advêm do regime de bens similar à comunhão parcial, em que se estabelece a presunção *iuris tantum* de meação sobre o acervo patrimonial adquirido pelos pares, com a possibilidade de estipularem percentuais diversos no pacto de convivência. Há, diante do dever recíproco de assistência material, o direito de alimentação quando dissolvida a união⁹⁷, assim como o direito à pensão por morte⁹⁸.

⁹⁴ VENOSA, Sílvio da Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 6ª ed. São Paulo: Atlas 2006.p. 451.

⁹⁵ BRASIL: CNJ/PROVIMENTO 37/2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_37.pdf....<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61903-corregedoria-disciplina-registro-de-uniao-estavel-em-cartorios-de-registro-civil>

⁹⁶ Extrai-se do art. 7ª que não é exigível o prévio registro da união estável para que seja registrada a sua dissolução, devendo, nessa hipótese, constar registro somente a data da escritura pública de dissolução (CF. Provimento nº. 37 do CNJ.)

⁹⁷ LISBOA, Roberto Sinise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 180.

⁹⁸ BRASIL. Lei 13135/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13135.htm>. Acessando em 20 de Dez. 2017.

Assim, a semelhança do casamento, na união estável é possível que o companheiro supérstite seja nomeado como inventariante do espólio, bem como lhe seja concedido em testamento bem específico. A controversa, entretanto, está no comando legal ao estabelecer que, mesmo sendo entidade familiar com todos pressupostos constitucionais, os bens comuns são aqueles adquiridos tão-somente na constância da união e a título oneroso.

4.1. Pacto antenupcial e contrato de convivência

Antes do casamento, durante o processo de habilitação, podem os nubentes livremente disporem o que quiserem sobre o regime de bens por meio de pacto antenupcial, que está regulado nos artigos. 1. 653 a 1.657 do Código Civil. No entanto, cabe salientar que tal liberdade não é absoluta, pois há hipóteses em que a Lei impõe o regime obrigatório, nos termos do art. 1.641 do Código Civil⁹⁹, bem como em não havendo convenção do pacto, ou sendo nulo ou ineficaz o casamento, vigorará entre os cônjuges o regime de comunhão parcial, vide art. 1.640 do Código Civil.

Quanto a sua natureza jurídica, boa parte da doutrina considera o pacto como um contrato, que fica entre o direito das obrigações e o casamento, no entanto a doutrina majoritária entende que, sendo pacto mecanismo de concretização da autonomia privada nas relações patrimoniais da família matrimonializada; tem caráter acessório - negócio jurídico bilateral e facultativo-, uma vez que pode ser dispensada¹⁰⁰. Sua validade está condicionada à escritura pública, ou seja, nos termos do Código Civil, é nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, além de estar subordinado ao evento futuro e incerto do casamento e, por consequente, é um ato praticado mediante condição suspensiva¹⁰¹.

DIAS acrescenta que o pacto antenupcial só terá eficácia depois do matrimônio, ou seja, o pacto existe, tem validade, mas só é eficaz após o casamento. E não está sujeito a validade de 90 dias da habilitação para o casamento, podendo, mesmo caducado a habilitação, persistir sua validade, exceto

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pag. 216.

¹⁰⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pag. 706.

¹⁰¹ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 99.

quando se opta pelo regime da comunhão parcial. Caso em que é necessário a ratificação¹⁰².

Percebe-se que, o pacto antenupcial está, de certa forma, vinculado à realização do matrimônio, e seus efeitos tem como termo inicial o “sim” dos noivos. Ademais, pode-se perceber q a autonomia das partes é limitada, uma vez que não podem dispor de tudo que lhes aprouver nos pactos, como termo inicial retroativo do casamento ou final certo.

Já o contrato de convivência tem uma serventia maior do que o pacto antenupcial do casamento, cuja única finalidade é a de formalizar a escolha do regime de bens pelos nubentes, tendo o regime patrimonial a função de regular os efeitos materiais do casamento¹⁰³. Entendimento este que já restou superado pela jurisprudência atual, pois é possível os cônjuges estipular mais do que simplesmente o regime de bens. O art. 1.725 do Código Civil menciona que é facultativo aos pares celebrarem um contrato escrito, em que podem estabelecer o “rumo” do seu relacionamento, no plano econômico e existencial. No mais, o contrato escrito na união estável não representa a validade indiscutível da convivência estável¹⁰⁴.

Diferentemente do pacto antenupcial, a validade do contrato de convivência não é, contudo, pressuposto para constituir a união estável, pois pode ser firmado a qualquer tempo, podendo, inclusive, ser feito após a dissolução da união. Entretanto, para MADALENO o contrato pré-nupcial tem todos os requisitos do contrato patrimonial de convivência e se os pactuantes casaram de fato, estabelecendo uma solida entidade familiar elegida pelo instituto da união estável, não há porque supor quisesse o casal regime matrimonial diverso daquela externado na escritura pública que denominaram pré-nupcial, apenas porque previam que sua união se desse pelo casamento, mas terminaram substituindo o matrimônio pela relação estável¹⁰⁵. Contudo, não há nenhuma regulamentação no sentido de equiparação.

Ante o exposto, percebe-se que a diferença fundamental entre o pacto antenupcial e o contrato de convivência reside essencialmente quanto aos seus efeitos, enquanto que o pacto antenupcial só gera efeitos se os nubentes casarem, o

¹⁰² DIAS, Maria Helena. Manual de direito das famílias. 4ª ed. revista dos tribunais. São Paulo, 2016. P. 216.

¹⁰³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pag. 1202.

¹⁰⁴ Idem, pag. 1203.

¹⁰⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pag. 709.

contrato de convivência surte efeitos desde logo da sua lavratura independentemente do seu registro.

4.2. Regime de bens

Nota-se que, tanto o casamento quanto a união estável são fundadas pelo vínculo de afeto, e delas decorrem efeitos pessoais, patrimoniais e sucessórios. Embora sendo institutos diferentes, as regras que regem os efeitos patrimoniais são praticamente iguais¹⁰⁶. No entanto, cabe aqui tecer os diferentes posicionamentos da doutrina e também da jurisprudência, quanto à aplicação dos regimes de bens à união estável e ao casamento.

Assim, basicamente a diferença de optar por um ou outro regime de bens consiste na inclusão ou exclusão dos bens individuais e a comunicabilidade do acervo amealhado antes ou depois da união¹⁰⁷. Os cônjuges, no pacto antenupcial podem escolher o regime de bem que almejam ou ainda mesclarem entre os regimes existentes, desde que seja observando os requisitos legais. Desde modo, pode se dizer que os regimes de bens não são, de certa forma, absolutos, pois, os consortes podem criar modelos exclusivos¹⁰⁸. Entretanto, conforme já referido a autonomia de vontade dos consortes é relativizada, pois as partes não podem modificar os pactos sem a intervenção judicial, tão pouco dissolvê-los sem o correspondente desfazimento da sociedade conjugal¹⁰⁹.

O Código Civil regula quatro diferentes regimes matrimoniais de bens, basicamente dividindo-os em três tipos fundamentais¹¹⁰, conforme será abordado nos tópicos seguintes. Sua importância se justifica por servir de pressuposto aos direitos patrimoniais dos cônjuges e dos companheiros, direcionando a partilha de bens na dissolução do casamento e/ou da união estável.

4.2.1. No casamento

¹⁰⁶ DIAS, Maria Helena. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016, pag. 251.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Helena. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016, pag.300.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Helena. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016, pag. 302.

¹⁰⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 528

¹¹⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 516.

De acordo com o artigo 1.688 do CC/02, no regime da separação de bens, estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real. E, por fim, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em sentido contrário no pacto antenupcial¹¹¹. No regime de comunhão universal de bens todos os bens se tornam comuns e se dividem por iguais, sem considerar a sua origem, se adquiridos antes ou durante o casamento, passando a pertencerem por metade a cada um dos cônjuges¹¹². Somente não se comunicarão os bens expressamente excluídos pela lei ou por convenção das partes no pacto antenupcial. Por ser considerado um regime convencional, deve ser expressamente firmado no pacto antenupcial¹¹³.

O regime da participação final nos aquestos, art. 1.672 do CC/02, prevê que cada cônjuge possui patrimônio próprio, sobrevivendo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios¹¹⁴. É regime misto, pois durante a vigência do casamento aplica-se a regra da separação total de bens e, pois, o fim do casamento, a comunhão parcial dos bens, ou seja, são os bens próprios de cada um dos cônjuges amealhados durante o casamento mais os bens que forem adquiridos por eles em conjunto¹¹⁵.

Ademais, é imposto aos casais “silentes” no pacto antenupcial o regime da comunhão parcial de bens, que é o regime ao qual o Código Civil dá preferência, denominando-a regime legal. Ou seja, na falta de manifestação dos cônjuges na escolha por um, ou sendo nulo o pacto, ou vindo a ser anulado, irá prevalecer o regime da comunhão parcial¹¹⁶. Aqui, o patrimônio familiar será integrado pelos bens comuns. Neste caso, apenas se comunicará o patrimônio somado durante o período

¹¹¹Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/389/Regime-de-bens-no-casamento>>. Acessado em 15/11/2017,

¹¹² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 516.

¹¹³Disponível em:<<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/389/Regime-de-bens-no-casamento>>. Acessado em 15/11/2017,

¹¹⁴ No mesmo sentido, ressalta Euclides de Oliveira que a meação significa metade dos bens comuns, comunicáveis ente os cônjuges, e não de todos o acervo deixado pelo falecido. Acrescenta que depende do regime de bens, da forma e da origem da formação do patrimônio (CF. OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: A nova ordem da sucessão**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 93.

¹¹⁵ DIAS, Maria Helena. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016, pag. 225.

¹¹⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pag. 786.

de convívio, independentemente de quem o adquiriu ou pagou, salvo os recebidos por doação ou herança. Portanto, numa possível separação ou divórcio, os bens adquiridos antes da celebração do casamento não serão considerados bens comuns entre os cônjuges no caso de partilha¹¹⁷. EUCLIDES DE OLIVEIRA, lembra que na legislação anterior (CC/16) o regime de bens do casamento tinha relevância para fins de meação e de participação em direitos de usufruto, na legislação atual (CC/02), por sua vez, além de definir a meação reconhece o direito concorrente do cônjuge com os descendentes¹¹⁸.

Outrossim, o art. 1.641 do CC/02 traz exceções ao princípio da liberdade de escolha de regime de bens pelos nubentes - pessoas que contraíram o matrimônio sem observância das causas suspensivas¹¹⁹; todos que dependerem, para casar, suprimento judicial e pessoas com mais de 70 anos. O legislador pretende, com isso, evitar o casamento por mero interesse patrimonial¹²⁰. Entretanto, para MADALENO a vedação imposta afronta a dignidade da pessoa humana e a própria Constituição Federal, por tratar o idoso automaticamente com “*capitis diminutio*” para decidir sobre o seu próprio patrimônio¹²¹.

No casamento, o regime de bens, conforme visto, é quase um requisito de existência, pois é indispensável que seja definido como os cônjuges irão reger seus bens, ou seja, há uma limitação posta pelo Estado, podendo os cônjuges mesclarem os regimes existentes por Lei, ou seja, a liberdade dos cônjuges é limitada, uma vez que não podem criar um novo regime que não tenha uma ou outra característica dos já previamente existentes. Ainda, nos termos dos arts. 1641 e 1639 do Código Civil os

¹¹⁷ SAQUETTI, Anderson. **Direito de família.** Disponível em: <http://www.bortolotto.adv.br/blog/index.php/2015/08/10/vai-se-casar-entenda-as-diferencas-entre-os-regimes-de-bens/> acessado em 20/11/2017. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/389/Regime-de-bens-no-casamento> acessado em 20/11/2017.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: A nova ordem da sucessão.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 94

¹¹⁹ São causas suspensivas são aquelas que torna irregular o casamento como: o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas (CF. Código Civil brasileiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 28 de out. 2017.

¹²⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coeljo, LEITE, Heloísa Maria Daltro; AMIN, Andréa Rodrigues. **Código civil: do direito de família.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, pag.342.

¹²¹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 552.

bens adquiridos durante a vigência do casamento são de propriedade exclusiva dos cônjuges que os adquiriu. Nota-se com isso que o regime de bens para os cônjuges tem seu termo de vigência da data do casamento.

4.2. 2. Na união estável

Observa-se que é difícil dissociar os deveres conjugais e tão pouco os deveres provenientes da união estável dos reflexos que produzem na comunhão de bens. Assim, conforme salienta DIAS a convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, de modo que fiquem definidas questões referentes aos bens e responsabilidade de cada consorte¹²².

No entanto, o Código Civil, no entender de Nicolau, apresenta um verdadeiro retrocesso nos direitos concedidos aos casais que vivem em união estável em comparação com as leis esparsas antes vigentes. Nesse sentido, menciona que o direito sucessório do companheiro sobrevivente sofreu um verdadeiro “andar para trás”¹²³.

Pode-se dizer que, o legislador, de forma parca, ao tratar dos regimes de bens na união estável, estabelece no art. 1,725 do Código Civil, que na união estável salvo, contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber o regime da comunhão parcial de bens¹²⁴. Assim, por consequência lógica, e sendo união estável entidade familiar, podem os pares no contrato de convivência estabelecerem o tipo de regime que lhes aprouver, inclusive os regimes já mencionados – comunhão universal de bens, separação de bens e participação final nos aquestos.

De modo diferente, observa Nicolau que não se pode dizer que se está diante de um regime de bens a vigorar na união estável, pois, para o referido autor, regime de bens é consequência das núpcias e, seja qual for a espécie do regime, começa a produzir efeitos desde a data da realização do matrimônio. No mais, a liberdade com

¹²² DIAS, Maria Helena. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016, pag. 299.

¹²³ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 231.

¹²⁴ Ausente pacto em sentido diverso, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, de sorte que todo bem adquirido a título oneroso por qualquer das partes durante o período reconhecido deverá ser partilhado entre os companheiros (CF, Apelação Cível Nº **70048488498**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 26/07/2012).

que os companheiros se unem e desejam se relacionar não indica a existência de um regime de bens¹²⁵.

Outrossim, não há previsão legal em relação ao regime da separação obrigatória na união estável, o que vem implicando sérias consequências jurídicas e mesmo práticas na vida cotidiana dos cidadãos. No casamento o regime obrigatório implica na vedação de o viúvo (a), por exemplo, herdar quando estiver concorrendo com os descendentes do *de cujus*¹²⁶.

A jurisprudência do TJRS é consolidada no sentido de aplicar, por analogia, à união estável o disposto no art. 1.641, inciso II do CC/02, sob pena de tratamento privilegiado dessa entidade familiar em detrimento do matrimônio, vide: (Apelação Cível Nº 70043554161, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/08/2011).

Nesse sentido, a doutrina majoritária entende que a norma contida no art. 1.641, II do Código Civil, restringe a liberdade de escolha de pessoas autossuficientes com plena capacidade de discernimento. Conforme exemplifica SÍLVIO RODRIGUES, não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário, ou uma quinquagenária ricos, se casem por qualquer regime de bens, se assim lhes aprouver. Pode-se considerar, com isso, que a intervenção excessiva do Estado, sobre pessoas maiores e capazes, por certo é descabida e injustificável¹²⁷.

Percebe-se que o comando legal não acompanha a evolução das relações humanas, uma vez que, atualmente, a expectativa de vida aumentou, não se pode mais fazer presunção de incapacidade de alguém somente por ele atingir setenta anos de idade. Esse comando legal conforme exposto acima limita a liberdade de escolha dos indivíduos e vai contra os princípios fundamentais.

4.3. Necessidade da outorga uxória ou marital no casamento e na união estável

O artigo 1.647 do CC/2002 disciplina a necessidade da outorga conjugal para certos atos da vida do casal, como em negócios jurídicos por eles firmados. Para TARTUCE tal instituto se situa no plano de validade dos negócios jurídicos,

¹²⁵ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 231.

¹²⁶ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 103.

¹²⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito-direito de família**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, pag.178.

envolvendo a capacidade dos cônjuges, de modo que a Lei prevê como consequência a anulabilidade do ato correspondente na falta da outorga uxória ou marital¹²⁸, do teor do artigo acima referido extrai-se que tal instituto está diretamente relacionado ao regime de bens acolhido pelo casal, dispensado no regime da separação absoluta, o que no entender do referido autor causa perplexidade, pois a separação de bens pode ser legal ou convencional. Nesse Contexto, a súmula 377 do STF “*no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*”¹²⁹ não trouxe uniformização ao debate, pois há entendimento opostos quanto à aplicação dessa súmula.

Conforme já exposto nos capítulos antecedentes, as pessoas que vivem em união estável gozam da mesma proteção jurídica conferida àquelas que optaram pelo casamento¹³⁰. Nesse sentido, as normas legais seriam as mesmas nos dois institutos. Entretanto o Código Civil dispensou igual tratamento quanto a vênua conjugal aos companheiros, porém a doutrina diverge no ponto. Parte da doutrina entende que o alcance da norma contida no art.1.725 do CC/02, a expressão “no que couber¹³¹” abarca a obrigatoriedade da outorga uxória para a hipótese prevista no art. 1.647, I, do Código civil¹³², ao passo que outra parte entende que inexistente o dever de obtenção da outorga marital ou uxória em relação aos negócios realizados por qualquer um dos indivíduos que vivam em situação de conviventes.

Nesse sentido TARTUCE assevera que a outorga uxória ou marital só pode ser exigida por previsão legal, o que não se verifica no tocante as uniões estáveis¹³³. FRANCISCO acrescenta que diferentemente do casamento e respectivamente aos regimes de bens a união não representa um meio de adquirir a propriedade, até porque se limita a um fato, mesmo quando pactuada, e é dessa forma que deve ser

¹²⁸TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: A questão da outorga conjugal**. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-questao-da-outorga-conjugal/4647>>. Acessado em 22 de dez. 2017.

¹²⁹BRASL. STF: Súmula 377. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022> acessado em 22 de dezembro de 2017.

¹³⁰NETO, Edgard Borba Fróes. **A outorga uxória na união estável**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20outorga%20ux%C3%B3ria%20na%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel.pdf, acessado em 26 de nov.2017.

¹³¹“Art. 1725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens (CF. Código Cível brasileiro/2002).

¹³²NETO, Edgard Borba Fróes. **A outorga uxória na união estável**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20outorga%20ux%C3%B3ria%20na%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel.pdf, acessado em 26 de nov.2017

¹³³TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de Família**, pag. 306.

tratada¹³⁴. Os referidos doutrinadores advogam no sentido que a exigência de autorização para venda de bem imóvel previsto no art. 1.647 CC/02 não se aplica à união estável, uma vez que se trata de norma restritiva, de modo que, diante da proteção constitucional da liberdade, fundada na dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF/88), não deve ser aplicada por analogia à união estável¹³⁵.

Em sentido oposto, Maria Berenice Dias entende que, em que pese não ter referência quanto à outorga uxória na união estável, não há porque afastar a mesma exigência em sede da união estável em que vigora o regime da comunhão parcial de bens. Para isso, sendo a união estável entidade familiar semelhante ao casamento, deve “sofrer” as mesmas limitações para salvaguardar o patrimônio do par e também proteger terceiros de boa-fé¹³⁶. Boa-fé, conforme ensina JUDITH MARTINS, como sendo o modelo de conduta a todos esperados, ou seja, como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade¹³⁷ e não aquela ignorância aparente aos vícios e obstáculos para aquisição do bem.

Contudo, ainda persiste o entendimento no sentido de que não se exige a anuência do par na união estável para alienação de bem imóvel (STJ - AREsp: 464587 DF 2014/0011823-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 29/10/2014). O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tem entendido, de forma semelhante, que outorga uxória não é requisito de validade para alienação de bem imóvel no âmbito de união estável (Apelação Cível Nº 70073654816, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 20/07/2017)¹³⁸.

¹³⁴ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, pag. 181.

¹³⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: A questão da outorga conjugal**. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-questao-da-outorga-conjugal/4647>> Acessado em 22 de dez. de 2017.

¹³⁶ DIAS, Maria Helena. **Manual de direito das famílias**. 11ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016, pag. 253.

¹³⁷ MARTINS, Judith Costa. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pag. 441.

¹³⁸ **Ementa:** Apelação cível. Recuperação judicial e falência. Ação anulatória de escritura pública de compra e venda. Agravos retidos. Nulidade da sentença não caracterizada. Ausência de cerceamento de defesa. Desnecessidade de prova oral. O magistrado é o destinatário da prova e está autorizado a indeferir a realização de prova oral, quando motivadamente o faz, por entendê-la desnecessária para uma perfeita apreciação da questão que lhe é posta. Inteligência do art. 370 do Código de Processo Civil. Apelo. A outorga uxória não é requisito de validade da alienação de bem imóvel no âmbito de união estável. Desnecessária a discussão acerca do reconhecimento da união estável. Não ficou demonstrado qualquer defeito ou que tenha ocorrido algum artifício fraudulento por parte do adquirente quando convencionada a compra e venda e a respectiva escritura pública a ensejar a sua anulação. Agravos retidos e apelo, não providos (Apelação Cível Nº 70073654816, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 20/07/2017).

Em relação à penhora, em que pese não ter previsão legal, a Jurisprudência é unânime no sentido de que a penhora não deve atingir o direito do companheiro não devedor, ou seja, quando o bem for indivisível reserva-se a meação do companheiro alheio a execução, que recairá sobre o produto da alienação do bem conforme entendimento da décima quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, da relatoria do desembargador: Alex Gonzalez Custodio, Julgado em 21/09/2016¹³⁹.

Em relação ao casamento, conforme visto, é expreso a exigência da vênia do outro consorte, independentemente do regime de bem, exceto no da separação absoluta, sob pena de anulabilidade do negócio jurídico. Observa-se que a vênia ou outorga uxória consiste no instituto de Direito Civil ligando às relações conjugais incidindo, sobretudo, nos efeitos patrimoniais, que se traduz por uma autorização dada por um dos cônjuges para que o outro possa realizar atos de disposição ou de constituição de ônus reais sobre bens comuns ou particulares¹⁴⁰. Não há tais preceitos, pelo menos legalmente, na união estável. Assim, verifica-se mais um dos descompassos entre legislação, doutrina e jurisprudência, que é mais próxima à evolução social em conferir segurança nas relações jurídicas, à luz do princípio da igualdade das entidades familiares.

4.4. A confusa faculdade de conversão de união estável em casamento

É inegável que a união estável é forma de se constituir família assim como o casamento, e também é inegável que não há uma família superior -melhor- que a outra independentemente de qual instituto ela se forma. No entanto, o comando constitucional ao determinar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em

¹³⁹**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DECORRENTE DE DÍVIDA DE LOCAÇÃO. EXECUTADO QUE PRESTOU FIANÇA SEM OUTORGA UXÓRIA ANTES DO CASAMENTO, MAS NA CONSTÂNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SEPARAÇÃO JUDICIAL COM SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA APÓS A CITAÇÃO EXECUTIVA. MANUTENÇÃO DA PENHORA, RESGUARDADA A MEAÇÃO DA EMBARGANTE. O cônjuge ou o companheiro, desde que comprovada de fato a convivência, é legítimo para postular em juízo por meio de embargos de terceiro. Comprovada a prestação de fiança pelo executado sem outorga uxória durante a união estável e antes da oficialização do matrimônio, impõe-se preservar a meação da parte embargante sobre o imóvel penhorado, que havia sido objeto de partilha em ação de separação judicial. Sucumbência redimensionada.

¹⁴⁰ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 116.

casamento, vide §3º do art. 226 da Constituição Federal¹⁴¹ permitiu aos doutrinadores mais conservadores defenderem a existência de uma espécie de subclasse de entidades familiares¹⁴².

Observa-se que para converter a união estável em casamento é necessário requisitos que são indispensáveis no casamento, como não estarem impedidos para o matrimônio, *more uxória*, exclusividade e o dever de fidelidade.

Dessa regra facultativa, opiniões contrárias à elevação constitucional da união estável ao *status* de entidade familiar retiram frequentemente a conclusão de que ela seria etapa para o casamento, ou então que haveria primazia deste sobre aquela¹⁴³. Nesse sentido, o casamento seria o modelo real a ser atingido com a comunhão plena de vida, haja vista a determinação legislativa da possibilidade da conversão da união estável em casamento, conforme afirma MIGUEL REALE¹⁴⁴.

No entender da doutrina contemporânea, o comando constitucional, referente as entidades familiares, não contém determinação de qualquer espécie, nem impõe requisitos para a existência da união estável ou que subordine sua eficácia à conversão em casamento, ou seja, a tutela constitucional é completa para qualquer instituto, segundo o princípio da igualdade que se conferiu às entidades familiares¹⁴⁵.

A conversão da união estável em casamento era tratada no art. 8º da Lei 9.278/96, feito por um processo administrativo de habilitação, sendo de inteira competência do oficial do Registro Civil. Atualmente a conversão é requerida ao juiz de direito, com intervenção do promotor público¹⁴⁶.

¹⁴¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento [...]. (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 de nov. 2017).

¹⁴² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pag. 1132.

¹⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf. **Direito de família: Processo, teoria e prática**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 107.

¹⁴⁴ REAL, MIGUEL. **Cônjuges e companheiros**. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/conjcomp.htm>>. Acessado em 22 de nov. 2017.

¹⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A concepção da união estável como Ato-fato jurídico e suas repercussões**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf. **Direito de família: Processo, teoria e prática**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 107.

¹⁴⁶ No Rio Grande do Sul, o procedimento para transformar a união estável em casamento está regulado pelo Provimento nº. 027/03 da Corregedoria-Geral da Justiça, e a conversão é requerida ao juiz de direito, com a intervenção do promotor público, e, uma vez homologada a conversão, o juiz ordenará o registro para ser processado no assento no Livro B - auxiliar, dispensando, nesse caso, o processo de habilitação. Quando ausentes os impedimentos previstos no art. 1. 521 do Código Civil (Cf. MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 816). Disponível em:

Ocorre que o comando constitucional menciona que a lei deve facilitar a conversão e, como se sabe, a necessidade do processo judicial onera e dificulta o acesso dos conviventes à transformação de seu relacionamento estável em casamento¹⁴⁷, pois, implica contratação de advogado, pagamento de custas. De sorte que casar se torna mais fácil¹⁴⁸. Ademais, diferentemente do que ocorre com matrimônio civil, que tem seus efeitos prospectivos (*ex nunc*), na conversão da união estável os efeitos podem ser retroativos à data do início da união (*ex tunc*)¹⁴⁹.

Se é verdade que não há hierarquia entre os modelos de constituir família, então, também, é verdade que a regra contida no art. 226 da CF/88, possa ser lida de forma oposta, prevendo a faculdade da conversão do casamento em união estável¹⁵⁰. Do exposto, percebe-se que o processo judicial de conversão da união estável em casamento vai contra ao teor do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao em vez de facilitar a conversão impõe ônus aos futuros cônjuges. No mais, o teor do referido artigo induz a ideia de haver hierarquia dos institutos familiares.

4.5. A problemática dos pactos de união estável

Conforme visto, admite-se a conversão da união estável em casamento, ocorre que, sendo a união estável uma convivência informal, difícil, por vezes, saber seu termo inicial e final.

Conforme afirma Nicolau, saber o termo inicial dessas relações é de extrema importância, pois, sendo uma relação jurídica, gera diversas consequências como, por exemplo, nas relações matrimoniais a data inicial é marco para estabelecer a presunção *Pater is*, serve também como marco de suspender a fluência do prazo prescricional entre os cônjuges, bem como critério para tornar válida ou não a doação de bens que ultrapasse a parte disponível do doador¹⁵¹. De modo que a solução encontrada pelos tribunais é, no caso concreto, averiguar se os conviventes

<https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/bim/doc/BIM_315_setembro2003.pdf>. Acessado em: 23 de nov.2017.

¹⁴⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, Pag. 817.

¹⁴⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 145 e 146.

¹⁴⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pag. 817.

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A concepção da União estável como ato-fato jurídico**. In: MADALENO, ROLF; PEREIRA, Rodrigues da Cunha. **Direito de família: Processo, teoria e prática**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 107.

¹⁵¹ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. São Paulo: Atlas, 2011, pag.134.

fizeram constar na escritura pública ou contrato particular o marco inicial da união ou, caso, se a hipótese seja ação declaratória de reconhecimento da união, o juiz pode, com base as provas colhidas estabelecer o marco inicial¹⁵².

Outrossim, na legislação brasileira não há previsão infraconstitucional sobre a “possibilidade de mudança de regime de bens na transição da convivência para o casamento”. Assim, há controvérsias na doutrina quanto aos efeitos dos pactos de união estável quando da conversão dessa em casamento.

Questiona-se se é possível, perante a conversão da união estável em casamento, estabelecer como marco inicial do matrimônio àquele estipulado no contrato de convivência – com efeitos retroativos –, bem como se é possível dessa conversão estipular regime de bem diferente daquele vigente na união estável.

Para SIMONE, não há qualquer vedação legal que impossibilitasse a retroação das disposições dos contratos de convivência, no mais o ordenamento jurídico confere aos contratantes a liberdade de dispor sobre seu patrimônio¹⁵³. Percebe-se que a princípio os conviventes podem estabelecer nos pactos o que lhes aprouver, observando, no entanto, o princípio da boa-fé de terceiros que, eventualmente, tenham feito “negócios” com um dos pares.

¹⁵² Idem, p,136.

¹⁵³ SANTOS, Simone Orodeschi Ivanov dos. **União estável, regime patrimonial e intertemporal**, São Paulo: atlas, 2005, pag. 126.

5. EFEITOS SUCESSÓRIOS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

Antes de abordar os efeitos sucessórios na união estável e no casamento é importante salientar que sucessão é a maneira pela qual, numa relação jurídica, se transfere o patrimônio de uma pessoa a outrem, servindo de modo de aquisição do domínio¹⁵⁴, de sorte que é investido ao sucessor, no todo ou em parte, os direitos que pertenciam ao *de cuius*¹⁵⁵. Nessa segunda acepção, sucessão *causa mortis*, o sucessor dos bens denomina-se herdeiro¹⁵⁶. Assim pretende-se, nesse capítulo, abordar as diferenças legais entre o cônjuge *supérstite* e o companheiro sobrevivente na vocação hereditária.

Ademais, é interessante esclarecer a diferença existente entre herança e meação. A primeira diz respeito ao conjunto de direitos e obrigações que se transferem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido¹⁵⁷. Já a meação, segundo VELOSO, é o direito próprio de titularidade do cônjuge *supérstite* ou do companheiro sobrevivente, o qual preexiste à morte¹⁵⁸, levando em consideração o regime de bens estabelecido.

No tópico a seguir, traça-se uma abordagem legislativa no que tange aos efeitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, uma vez que, em que pese a equiparação constitucional entre o casamento e a união estável como formas de constituir família, o legislador infraconstitucional de forma errônea¹⁵⁹ não colocou o companheiro (a) no capítulo da vocação hereditária, o que vinha gerando divergência doutrinária, pelo menos, até as recentes decisões do STF (RE 878.694/MG e RE 646721/RS).

¹⁵⁴ Nessa concepção a sucessão apresenta-se num sentido amplo – *inter vivos* -, abrangendo as demais diversas formas de sucessão como: ao comprador sucede ao vendedor, o donatário ao doador (CF. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pag. 15).

¹⁵⁵ No sentido restrito é a sucessão *causa mortis* em que indica universalidade dos bens do de cuius que ficaram, de modo que a transferência se dá por um processo de inventário (CF. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p 16).

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: A nova ordem sucessória**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 51.

¹⁵⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direito das sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2003, pag. 20.

¹⁵⁸ VELOSO, Zeno. **Direito Sucessório dos Cônjuges**. In: DIAS, Maria Berenice et al (Coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pag. 531.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: A nova ordem sucessória**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 141.

5.1. Como a legislação prevê a sucessão do cônjuge e do companheiro

De acordo com a legislação brasileira, a sucessão pode ser classificada em: sucessão legítima, decorrente da própria lei; testamentária, quando estabelecido em testamento; a título universal, quando o herdeiro é chamado a suceder a totalidade ou parte da herança; e sucessão a título singular, quando o testador deixa ao beneficiário um bem certo e determinado (legado).

Denomina-se sucessão legítima aquela parte indisponível da herança destinada aos herdeiros necessários e, segundo a legislação vigente, são herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge, nos termos do artigo 1.845 do CC/02. Nota-se que o companheiro não está incluído na vocação hereditária muito menos faz parte do rol dos herdeiros necessários.

Esse tratamento, em tese, desigual, implica que, na união estável, o companheiro poderá dispor da totalidade de seu patrimônio em testamento, em não havendo herdeiro necessário, como um filho, por exemplo. No plano doutrinário, em detrimento da igualdade das entidades familiares consagrada na Constituição de 1988, não há uniformidade de entendimento, encontrando-se posicionamentos “conservadores” e “progressistas”.

O artigo 1.829, do CC/02 estabelece a ordem de vocação hereditária, nos seguintes termos:

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.

Percebe-se do dispositivo acima que o cônjuge concorre com os descendentes e com os ascendentes, bem como, no caso de não haver esses, tem o direito de receber a totalidade da herança, assim como conserva o direito real de habitação sobre o imóvel que servia como moradia do casal¹⁶⁰.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: A nova ordem sucessória**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 79.

É imperioso salientar que nem sempre o cônjuge *supérstite* ocupou tal posição, na vigência do Código Civil de 1916, por exemplo, o consorte não era considerado herdeiro necessário, se privilegiava mais os descendentes comparados aos demais herdeiros, pois recebiam a totalidade dos bens, reservando-se somente ao consorte o direito real de usufruto ou o direito de habitação, conforme regime de bens adotado no casamento¹⁶¹. Nesse sentido, ressalva PAULO NADER que, em relação ao direito real de habitação no Código anterior, tal direito somente cabia quando o regime de bens adotado pelos consortes fosse o da comunhão universal e perdurasse enquanto vivesse o cônjuge *supérstite* o estado de viuvez¹⁶², tais restrições restarão superadas com o Código Civil de 2002.

Atualmente, o cônjuge sobrevivente – herdeiro necessário – tem três possibilidades de suceder o *de cuius*: (I) pode concorrer com os ascendentes, (II) concorrer com os descendentes ou (III) recolher todo patrimônio de forma individual.

Na primeira possibilidade, não há distinção quanto ao regime de bens, ou seja, independentemente do regime de bens havido no casamento, o cônjuge sobrevivente tem direito a concorrer na sucessão¹⁶³, tocando ao consorte $\frac{1}{3}$ da herança. Em concorrência com os descendentes, herda, salvo se casado com o falecido nos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória de bens ou no regime da comunhão parcial, quando não houver bens particulares (bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade, gravados, dívidas anteriores, doações antenupciais e as demais hipóteses do art. 1.668 do CC/02)¹⁶⁴. Nesse sentido, INÁCIO DE CARVALHO NETO afirma que a razão dessa limitação é que nesses regimes não tem o cônjuge necessidade de concorrer à sucessão¹⁶⁵ por ser já meeiro. Ademais, a Lei garante a viúva (o) a mesma quota destinada a cada herdeiro que estiver concorrendo. No mais, se concorrer com os netos do *de cuius*, sua quota não pode ser inferior a $\frac{1}{4}$ de toda herança¹⁶⁶. Não tendo qualquer dos

¹⁶¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: A nova ordem sucessória**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 85.

¹⁶² NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, pag. 189.

¹⁶³ NETO, Inácio de Carvalho. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007, pag. 136.

¹⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, pag. 302.

¹⁶⁵ NETO, Inácio de Carvalho. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007, pag. 131 e 132.

¹⁶⁶ VELOSO, Zeno. **Direito Sucessório dos Cônjuges**. In: DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pag. 535. Nesse mesmo sentido, Neto

herdeiros acima mencionados, todo acervo patrimonial tocará ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime havido no casamento. Nesse aspecto, conforme assevera FARIAS, o cônjuge tem preferência aos colaterais, que são excluídos da sucessão¹⁶⁷. Observa-se, ainda, que se assegura ao cônjuge sobrevivente o direito sucessório se, quando da morte do “ex-marido”, estavam separados judicialmente em até dois anos.

Por sua vez, a sucessão na união estável encontra respaldo dentro das disposições do Código Civil em seu art. 1.790:

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: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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.

Quanto às famílias advindas das uniões estáveis, o legislador infraconstitucional estabeleceu que, no art. 1.790 do Código Civil, o companheiro (a) participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união, variando nos casos em que haja descendentes comuns ou somente do *de cuius*, ou, ainda, herdeiros colaterais¹⁶⁸. Isso significa que o companheiro não tem direito sucessório sobre os bens particulares do convivente falecido, adquiridos antes ou mesmo durante a união¹⁶⁹, nesse aspecto existe uma verdadeira discriminação em relação ao companheiro *supérstite* no Código Civil. O companheiro sobrevivente não figura no rol dos herdeiros necessários, não há cota

afirma que, nos termos do art. 1.832 cabe ao cônjuge quinhão igual aos dos que sucederem por cabeça. Aplica-se geralmente nos casos em que os descendentes não tenham o mesmo grau de parentesco (filhos e netos), dando-se, assim, a sucessão por direito de representação e a partilha por estribe. Aponta, ademais, que o legislador garante, nessas situações, o consorte a mesma condição dos descendentes que herda em grau mais próximo, ou seja, beneficiando o cônjuge quando concorrer com filhos e netos concomitantemente (CF. NETO, Inácio de Carvalho. Direito sucessório do cônjuge e do companheiro. São Paulo: Método, 2007, pag. 133).

¹⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, pag. 321.

¹⁶⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pag. 834.

¹⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, pag. 66.

mínima para ele, bem como figura no quarto lugar na ordem da vocação hereditária depois dos colaterais. Além disso, não lhe foi conferido o direito de habitação¹⁷⁰.

Para INÁCIO DE CARVALHO NETO não havia razão para diferenciar o cônjuge e companheiro na matéria sucessória no Código Civil¹⁷¹, uma vez que as Leis esparsas (Lei 8.971/1994 e 9.278/1996) anteriores ao Código Civil de 2002 em vigência eram mais benéficas ao companheiro na matéria sucessória¹⁷².

Segundo EUCLIDES DE OLIVEIRA, nem tudo é desfavorável ao companheiro, especialmente ao colocar o companheiro concorrendo na herança com descendentes ou outros parentes – sobre os bens adquiridos onerosamente –, o que não há nas disposições sucessórias acerca do cônjuge que, ao concorrer com os descendentes, há restrições de acordo com determinados regimes de bens, como na hipótese dos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória e no regime da comunhão parcial, quando não houver bens particular dos *de cuius*¹⁷³. A exemplo disso, se o autor da herança deixa um único bem adquirido onerosamente durante a união, um herdeiro filho e uma companheira, esta recebe 50% do bem pela meação e mais 25% pela concorrência na herança com o filho, já se fossem casados, caberia somente para viúva 50% pela meação restando igual percentagem ao filho herdeiro¹⁷⁴.

Contudo, a doutrina majoritária entende que, em que pese essas vantagens mínimas, a diferença de tratamento ainda é desproporcional, pois só o companheiro sobrevivente terá direito sobre os bens adquiridos onerosamente durante a constância da união, ou seja, em havendo companheiro e não herdeiros “necessários” e tendo o *de cuius* bens particulares ou anteriores à união ou, ainda, adquiridos à título gratuito, estes serão considerados bens vacantes. Nessa situação, caberá tão-somente ao companheiro a meação. Ademais, o companheiro durante a união poderá dispor por meio de testamento a parte disponível, uma vez

¹⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais.2008, pag. 66, de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pag. 191.

¹⁷¹ NETO, Inácio de Carvalho. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007, pag. 182.

¹⁷² Extrai-se do art. 2º da Lei n. 8.971/94 que o companheiro sobrevivente tem direito ao usufruto, a totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes, já a Lei 9.297/96 foi reconhecido ao companheiro o direito real de habitação (CF. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: A nova ordem sucessória**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag.155).

¹⁷³ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: nova ordem da sucessão**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pags. 155 e 156.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: nova ordem da sucessão**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 162.

que o par não tem direito a legítima, que somente será reservada aos herdeiros necessários.

Faz-se mister esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, ao tratar do tema, entendeu ser inconstitucional o dispositivo que trata a sucessão do companheiro, de modo que, o que se fez nesse ponto foi apresentar a disciplina normativa da matéria, e em seguida uma exposição e crítica ao aqui exposto, com base na recente decisão do STF.

5.2. Efeitos sucessórios após a decisão do Supremo Tribunal Federal - STF

A Constituição de 1988 elevou a união estável à categoria de entidade familiar, dando feição completamente diferente ao anteriormente chamado de concubinato puro, que passou a ser tratado como família, e não mais como simples sociedade de fato¹⁷⁵. Ao efetivar essa nova ordem constitucional na esfera de proteção à família vieram leis especiais sobre a união estável, com disposições a respeito de conceituação, direitos e deveres do companheiro¹⁷⁶. Em que pese esses avanços, o Código Civil que veio a regulamentar a matéria no campo sucessório concedeu ao cônjuge a categoria de herdeiro necessário, conferindo-lhe diversas vantagens, ao passo que o companheiro ficou desamparado, limitado ao direito de herança sobre os bens adquiridos onerosamente na vivência da união.

Diante de tal distinção de tratamento, a doutrina veementemente vinha se debruçando sobre o desprestígio das relações advindas da união estável, sobretudo questionando a razão pela qual levou o legislador a estabelecer critérios diferentes em matéria sucessória entre o cônjuge e o companheiro, se o núcleo central de qualquer forma de se constituir família é a afetividade.

Nesse diapasão, o STF, ao analisar a matéria sucessória do companheiro no RE 878.694/MG¹⁷⁷, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, sob fundamentos que se expõem em seguida:

¹⁷⁵ NETO, Inácio de Carvalho. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007, pag. 175.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: nova ordem da sucessão**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 149.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: M.F.V. Recorrido: R.C.P. Voto do Ministro Relator Roberto Barroso. 31 ago. 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf###LS> >. Acesso em: 16 nov. 2017.

No caso concreto, a recorrente vivia em união estável, em regime de comunhão parcial de bens, há cerca de 9 anos, até que seu companheiro veio a falecer, sem deixar testamento. O falecido não possuía descendentes nem ascendentes, mas apenas três irmãos. Diante desse contexto, o Tribunal de origem, com fundamento no art. 1.790, III, do CC/2002, limitou o direito sucessório da recorrente a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, excluindo-se os bens particulares do falecido, os quais teriam recebidos integralmente pelos irmãos. Porém, caso fosse casada com o falecido, a recorrente faria jus à totalidade da herança¹⁷⁸.

O Ministro Roberto Barroso, relator do recurso extraordinário, estruturou o voto em três partes: A Parte I cuida do delineamento da controvérsia. A Parte II é dedicada a apreciar a compatibilidade do dispositivo impugnado com a Constituição de 1988. Por fim, a Parte III trata da resolução do caso concreto submetido à apreciação da Corte no recurso extraordinário. Ao delinear o caso, teceu sobre a evolução do conceito de família, bem como os regimes sucessórios existentes, salientou que a entidade familiar é um fim a ser protegido, ainda que por um custo muito alto¹⁷⁹.

O relator explicou a evolução do instituto da família na legislação pátria, afirmou que embora a Constituição tenha equiparado a união estável ao casamento, a nível jurídico não vem recebendo o tratamento adequado e isso deve muito mais pelo tratamento infeliz posto no Código Civil. Em alguns casos, a injustiça era tamanha que a jurisprudência começou a buscar soluções hermenêuticas para assegurar algum direito aos integrantes dessas uniões, especialmente às mulheres em união estável. Com a boa intenção de não deixar desamparada a companheira, chegou-se a entender que ela teria direito a uma justa reparação por serviços prestados durante a sociedade de fato constituída com seu companheiro. Salientou também que a Constituição de 1988 aproximou o conceito social de família de seu conceito jurídico. Rompeu com o tratamento jurídico tradicional, que instituía o casamento como condição para a formação de uma família legítima.

¹⁷⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0439.09.103748-1/001. Apelante: R.C.P. Apelada: M.F.V. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Belo Horizonte. 09 nov. 2011. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0439.09.103748-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> >. Acesso em: 16 nov. 2017.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 878.694/MG. Recorrente: M.F.V. Recorrido: R.C.P. Voto do Ministro Relator Roberto Barroso. 31 ago. 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS> >. Acesso em: 16 nov. 2017.

Com efeito, a evolução da matéria sucessória do companheiro foi brutalmente interrompida pelo Código Civil de 2002, ao trazer regimes sucessórios diferentes, uma para família constituída pelo matrimônio e outra para família constituída pela união. No mais, ao analisar a situação do cônjuge e do companheiro na Lei vigente, afirma que houve uma discrepância de tratamento, uma vez que o cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário (art. 1.845 do CC/02), o que não ocorreu – ao menos segundo o texto expresso do CC/2002 – com o companheiro. Assim, caso se interprete o Código Civil em sua literalidade, um indivíduo jamais poderá excluir seu cônjuge da herança por testamento, mas este mesmo indivíduo, caso integre uma união estável, poderá dispor de toda a herança, sem que seja obrigado a destinar qualquer parte dela para seu companheiro ou companheira.

Com isso, o Ministro encaminhou seu voto no sentido de que o art. 1.790 do Código Civil vai na contramão de toda ordem jurídica, especialmente por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto em sua vertente de valor intrínseco de todos os seres humanos quanto na da autonomia de cada indivíduo, sem haver valor social ou interesse estatal legítimo apto a ensejar tais limitações. Ou seja, a vedação as discriminações ilegítimas também englobam a forma de modelo familiar adotado. Ademais, salienta que caso seja decidido pela inconstitucionalidade do art. 1.790, criar-se-ia uma lacuna que deveria ser preenchida, e nada mais justo que seja preenchida pelas normas constantes no próprio Código Civil, de modo a efetivar igualdade plena nas sucessões dos companheiros e dos cônjuges, ou seja, aplicando o teor do art. 1.829 do Código Civil. Por fim, recomendou a modulação dos efeitos do entendimento firmado no voto e, a fim de reduzir a insegurança jurídica, sugeriu que a solução desenvolvida seja aplicada somente nos processos em que o trânsito em julgado da sentença de partilha não tenha ainda ocorrido, tal como nas partilhas extrajudiciais em que não tenha sido lavrada escritura pública.

Recentemente, houve decisão conexa ao Recurso Extraordinário supracitado, no caso, o recente RE 646721/RS¹⁸⁰. Nesse, esteve em julgamento a matéria relativa à sucessão hereditária em união homoafetiva. O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, foi vencido por maioria que decidiu pela inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuge e companheiro. Fixou-se a tese nos

¹⁸⁰ BRASIL: Supremo Tribunal Federal. STF. RE 646721/RS. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PnKOqLzPy8IJ:www.stf.jus.br/portal/proceso/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D312692442%26tipoApp%3D.pdf+%cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> acessado em 21 de dezembro de 2017.

seguintes termos: “é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”.

No entanto, cabe aqui trazer o voto do Ministro Marco Aurélio, que contrapõe a tese firmada sobre o tema em análise. No entender do relator, trata-se de institutos díspares, com regimes jurídicos próprios, especialmente no âmbito patrimonial. Inexiste campo para potencializar a união estável, sob risco de suplantar o próprio casamento e os vínculos dele decorrentes. Nesse aspecto, ao analisar os regimes de bens nos dois institutos, observa que, em se tratando de comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente tem a meação dos bens adquiridos após o casamento, bem como uma quota parte para os considerados herdeiros necessários.

Acrescenta, ainda, que igualar casamento e união estável, notadamente no tocante ao direito sucessório, significa, além do prejuízo para os herdeiros necessários, desrespeita a autonomia do casal, quando da opção entre os institutos, em eleger aquele que melhor atendesse à pretensão de constituir o núcleo familiar – casamento ou união estável. Para Marco Aurélio, cabe a cada cidadão formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. Nesse sentido, afirma que suprimir a manifestação de vontade dos particulares com promoções de equiparações, feitas pelo judiciário, vai contra o pilar do Estado Democrático de Direito – direito à liberdade e à autodeterminação. Por fim, encaminhou seu voto no sentido de desprover o recurso extraordinário, no sentido de ser constitucional o regime sucessório previsto no art. 1.790 do Código Civil.

Observa-se que, em que pese votos divergentes quanto a matéria, a maioria do STF entendeu ser inconstitucional o referido artigo, igualando, dessa forma, os dois institutos no que tange aos efeitos sucessórios. Cabe ao Poder legislativo um debate mais profundo nas regras sucessórias dos cônjuges e dos companheiros, para que a Lei acompanhe os anseios sociais, e não delegar tal tarefa ao Poder judiciário.

5.3. Autonomia privada em face do RE 878694/MG e do RE 646721/RS

Conforme já exposto, apresenta-se no trabalho duas formas de se constituir famílias, notadamente, por um lado, aquela família organizada a partir do

casamento, obedecendo a um conjunto de normas imperativas, objetivando uma ordem jurídica e social do matrimônio com solenidades a serem rigorosamente observadas para conferir validade e eficácia ao ato conjugal¹⁸¹, ou, por outro, a família constituída pela união estável entre duas pessoas em convivência pública contínua e duradoura, sem vínculo matrimonial, ou seja, informal, devendo, contudo, o legislador infraconstitucional facilitar a sua transformação em casamento nos termos do art. 226, parágrafo 3º da CF/88.

Assim, extrai-se do comando constitucional que a união estável e casamento são diferentes formas de se constituir família, que merecem proteção do Estado. Podendo o indivíduo diante de sua escolha subjetiva optar de que forma pretende compor sua família, se com o selo do casamento com as regras desse ou se pela união estável, que é informal.

Assim, a autonomia privada nesse sentido, conforme explica DANIEL SARMENTO, é a condição daquele que é livre, com capacidade de agir por si mesmo. Isso implica dizer que, em razão da autonomia da vontade, que encontra proteção na ordem constitucional, não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, assim como o modo em que deve pautar a sua vida¹⁸².

Contudo, as decisões judiciais recentes, bem como a jurisprudência pátria tendem a inclinar em igualar os institutos, com fundamento no comando contido no art. 226, § 3º da Constituição Federal, essas formas merecem proteção e, por conseguinte, igualdade de tratamento, o que, para RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, a tentativa de aproximação da união estável ao casamento é contraditória porque acaba com a liberdade daquelas pessoas que não pretendem se submeter ao selo do matrimônio, a exemplo disso é aquela situação em que indivíduos que vivendo juntos como família numa relação de conviventes, sem que estejam casados, estariam, mesmo não querendo, em face da decisão do STF, submetidos

¹⁸¹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.p. 69.

¹⁸² SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. In: LEITE, George Salomão (organizador). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 296.

ao mesmo regime de quem esteja casado, ou seja, incidindo as regras sucessórias referentes ao casamento¹⁸³.

Questiona-se, assim, se é necessário a intervenção estatal na vida privada dos indivíduos, nas suas escolhas e na forma que pretende constituir seus laços, uma vez que se vive a “era da liberdade de expressão e do repúdio a qualquer tipo de controle por parte do Estado. Contrariamente, no entender da SARA MARIA ALVES GOUVEIA BERNARDES, a intervenção do Estado nas relações de direito privado implica o fortalecimento das instituições de direito civil e, diante dos princípios constitucionais, imprescindível que o interprete reconstrua o “tecido” do Direito Civil à luz da Constituição¹⁸⁴.

Ocorre que o casamento tem uma forma solene, pública, com termo de início bem delineado por Lei, já a união estável não. Portanto, igualar os dois institutos implicaria rever, também, todos seus efeitos ou mesmo abolir a solenidade do matrimônio, e a união estável, por sua vez, perderia sua razão de ser, de modo que duas pessoas ao constituir união estável, sua realidade fático-jurídica estaria sob as mesmas regras do casamento, mesmo que sem o selo da oficialidade do matrimônio¹⁸⁵, o que levaria as pessoas a firmarem contrato de namoro, sob receio de não saberem se estariam casados ou em união estável, ao menos no que tange aos efeitos sucessórios.

¹⁸³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Casamento, união estável namoro e uniões homoafetivas**. In: BASTOS, Eliene Ferreira e DIAS, Marica Berenice (coordenadoras). **A família além dos mitos**. 1ª ed. Belo Horizonte: DEL REY, 2008, pag. 227.

¹⁸⁴ BERDNARDES, Sara Maria Alves Gouveia. **A responsabilidade do Estado em regular a crise dos institutos jurídicos: casamento e família**. 1ª ed. Buenos Aires: Edições superiores, 2014, pag. 107.

¹⁸⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A família além dos mitos**. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/miguel020486/2011-direito-civil-familias-paulo-lobo-ed-saraiva-4-dicao>>. Acesso em: 18 de out. 2017.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

No presente trabalho teve como objetivo principal analisar os efeitos jurídicos que irradiam dos institutos formadores dos arranjos familiares. Para isso, foi necessário trazer de forma breve o tratamento dado ao conceito de família contemporânea e dos princípios a ele vinculados. Percebeu-se que o direito de família teve um maior destaque principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que ampliou seu conceito e deu guarida as formas familiares que outrora eram desprestigiadas, exemplo disso, as uniões concubinárias puras passaram a ser denominadas uniões estáveis, equiparando-as ao matrimônio. Nesse sentido concluiu-se que a família é a base de qualquer sociedade e como tal qualquer arranjo familiar merece proteção do Estado.

Nessa seara, o princípio da dignidade da pessoa humana serviu como balizador da igualdade das entidades familiares, notadamente o casamento e a união estável; restou excluído a “patrimonialização” das relações familiares e colou-se como elemento identificador dos arranjos familiares o afeto. Entretanto, não bastou a tutela constitucional para as diversas formas de se constituir família, foi necessário que o legislador ordinário regulasse a matéria no Código Civil de 2002, que ao tratar do casamento e da união estável deu maior destaque à família matrimonializada e isso é observado pelos inúmeros artigos que tratam do instituto do casamento, ao passo que a união estável foi posta na parte geral do Código e com menos artigos, que, muitas vezes, fazem referência ao casamento.

Nesse panorama, de um lado a Constituição elevou a união estável à status de entidade familiar e dando-a mesma proteção dada ao casamento, e por outro lado o Código Civil regulando de forma diferente os dois institutos, foi necessário recorrer a doutrina e jurisprudência a fim de entender o porquê dessas distinções ou se elas são somente aparentes, que, ao fim e ao cabo, são tuteladas de forma igualitária.

Deste modo, nos propusemos em analisar os efeitos jurídicos do casamento e da união estável, dividindo o trabalho essencialmente em três (3) capítulos. Assim, como feito durante o trabalho, na conclusão procuramos separar os tópicos para que

ao final fazer uma síntese geral. Desse modo, expõe-se a síntese conclusiva do primeiro capítulo:

I) efeitos existências nos dois institutos. Nesse ponto, percebeu-se que o casamento tem a plena tutela do Estado, com requisitos indispensáveis como, se submeter ao processo de habilitação, que serve como um verdadeiro “*checklist*” e, depois, necessária a solenidade, celebrada por um juiz de paz, além de serem observados os impedimentos constantes no art. 1.521 do CC/02, sua validade e eficácia estão condicionadas, nesse sentido, à tutela estatal. Já a união estável, conforme exposto, é informal e os companheiros podem, nos termos do Provimento nº. 37 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), formalizar sua união no Registro Civil, sem, contudo, vincular sua validade ou eficácia a esse registro. O referido provimento, no entanto, poderia ter ido mais além e prever, também, o Registro Imobiliário onde se situassem os bens dos companheiros assim como feito no casamento. Ademais, com matrimônio noivos passam a ter o estado Civil de casados, o mesmo tratamento é dispensado para os companheiros, que não tem estado civil reconhecido legalmente. Os efeitos pessoais, ou seja, os deveres previstos legalmente também são diferentes, em que pese a doutrina majoritária entender ser menos relevante.

Nesse ponto, é notório a diferença dos dois institutos quanto aos seus efeitos existenciais, especialmente na forma como elas se constituem, uma por ser solene, pública e com validade vinculadas às normas legais e a outra informal e sem termo inicial predeterminado, bem como desprovidas de estado civil aos companheiros.

II) Nos efeitos patrimoniais, vimos uma maior aproximação entre os institutos, há no casamento a possibilidade de os cônjuges, a partir do pacto antenupcial, estabelecerem o regime de bens que bem entenderem ser o mais adequado e, caso silentes, o CC/02 determina aplicar o regime da comunhão parcial de bens, o que de forma semelhante é aplicado a união estável, com a peculiaridade de que, aqui, em vez de pacto antenupcial, usa-se o contrato de convivência que não precisa ser feito por escritura pública. No entanto, a discrepância maior é o regime da separação obrigatória de bens às pessoas com mais de 70 anos constante no art. 1.641 do CC/02.

Nesse aspecto, na doutrina há opiniões controvertidas quanto ao alcance dessa norma às pessoas em união estável e, esse, é o mesmo sentido da jurisprudência atual. A outorga uxória ou marital está entre os pontos controvertidos

na legislação, o CC/02 é omissivo em relação a anuência dos companheiros nos negócios com um terceiro, já no casamento a outorga conjugal entra no plano de validade do negócio. Por fim, extraiu-se do art. 226 § 3º da CRFB/88 a possibilidade da conversão da união estável em casamento e, conforme restou exposto ao longo do trabalho, essa norma evidencia, para alguns doutrinadores, a hierarquia existente entre os dois institutos. Porém restou acertado o entendimento do STF, no sentido de não haver hierarquia entre casamento e união estável. Contudo, em que pese a simplificação buscada pelo legislador, restaria mais acertado estabelecer efeitos prospectivos quanto ao regime de bens firmado pelos nubentes, pois efeitos retroativos causariam insegurança jurídica. No mais, apresentou-se desnecessária a intervenção judiciária no processo de conversão da união estável em casamento.

Observa-se, com isso, que os efeitos patrimoniais conferidos aos companheiros ainda está aquém daqueles contemplados aos cônjuges, o que a jurisprudência tende a igualar tal distinção, a luz do princípio da igualdade das entidades familiares.

III) Quanto aos efeitos sucessórios, a legislação coloca o cônjuge supérstite no rol dos herdeiros necessários ao passo que o companheiro não, na vocação hereditária, conforme visto, este é colocado junto ou depois dos herdeiros colaterais, além de ter uma quota diferente se comparado com o cônjuge, por exemplo. Podemos perceber que no direito de família a doutrina em muito diverge, entendem alguns doutrinadores que os institutos, pelas suas formas de se constituírem, sempre serão diferentes, por outro lado, sustentam que o comando constitucional não faz diferença das entidades familiares. Contudo, e, com grande assertiva, o judiciário – STF nas RE 646721/RS e RE nº 878.694 - firmou recentemente entendimento no sentido de que não é legítimo “desequiparar”, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Firmando a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002.

Atualmente, nota-se que o Código Civil/2002, embora recente, apresenta paradoxos que necessitam ser enfrentados e, nesse aspecto, evidencia-se a decisão do STF que, em matéria sucessória, veio tirar aquela “nuvem” que intrigava qualquer estudioso dessa matéria. Ademais, o mesmo Código afronta a autonomia privada

dos indivíduos, no casamento, a exemplo disso, é o teor do art. 1.641 do CC/02, que obriga as pessoas, nos termos do artigo, o regime da separação obrigatória de bens.

Ante o exposto, percebe-se que o direito de família é um ramo do direito, cujos institutos estão em constante evolução. Esse trabalho mostrou também que a configuração atual do casamento e da união estável ainda será objetivo de debates e conseqüentes transformações. Extrai-se dos livros consultados que poderia ocorrer confusão entre os institutos com essa frequente tentativa de equiparação, de modo que ficaria reduzido o campo da liberdade de escolha entre um e outro instituto. Por isso, atualmente é necessário ao interprete grande atenção a fim de enfrentar todos os casos com isonomia, sem desrespeitar o fato de que são institutos jurídicos diferentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDES. M. A. GOUVEIA. **A Responsabilidade do Estado em Regular a Crise dos Institutos Jurídicos: Casamento e Família.** Buenos Aires: Edições Superiores, 2014.

BORDALLO, Galdino Augusto Coeljo, LEITE, Heloísa Maria Daltro; AMIN, Andréa Rodrigues. **Código civil: do direito de família.** 2ª.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. **A família além dos mitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável.** São Paulo: Saraiva, 2002,

CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade.** In: ARRONE, Ricardo (coord). Estudos de Direito Civil – Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo, **União estável e os Negócios entre companheiros e terceiros,** Belo Horizonte, 2009.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Processo, teoria e prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza e ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito de família contemporâneo e os novos direitos:** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4ª ed. São Paulo: |Revista dos tribunais, 2007.

DIAS. MARIA BERENICE. **Manual de Direito de Famílias.** 4º ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ. MARIA HELENA. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 9º ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 18ª ed. São Paulo 2002.

DIAS, Maria Helena. **Manual de direito das famílias.** 11ª ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FILHO. MANOEL GONCALVES FERREIRA. **Curso de Direito Constitucional.** 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN. LUIZ EDSON. **Elementos Críticos do Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Sucessões**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FILIPPI, Rejane Brasil. **Evolução do concubinato**, vista pelos Tribunais. Porto Alegre: sulina, 1998.

IVANOV, Simone Orodieschi. **União estável regime patrimonial e direito intertemporal**. 3ª ed. São Paulo: 2015.

LEITE, George Salomão (organizador). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LA-FLOR, Martiane Jaques. **As implicações da união estável no registro de imóveis à luz dos princípios registais**. São Paulo: Baraúna, 2001.

LISBOA, Roberto Sinise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, in TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. 3v. ed. Bokseller: Campinas, 2001.

NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. São Paulo: Atlas, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, ROLF; PEREIRA, Rodrigues da Cunha. **Direito de família: Processo, teoria e prática**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NADER. PAULO. **Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões**. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NETO, Inácio de Carvalho. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007.

NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado das famílias: união estável**. Belo Horizonte: IBDFAM. 2015.

RODRIGUES, SILVIO. **Direito Civil: Direito de Família**. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5ª ed. São Paulo. 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito das sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2003.

VELOSO, Zeno. Direito Sucessório dos Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

WALD, Arnaldo, **O novo direito de família**. 14ªed, Saraiva. São Paulo, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos fundamentais do direito de família**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

Lei nº. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Lei nº. 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. (1988) Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 de out. 2017.

<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/conjcomp.htm>>. Acesso em: 17 de out. 08 de 2017.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de out. 2017).

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 21 de nov. de 2017.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2488>>, Acesso em 20 de dez. 2017.

<<http://annaluizaferreira.adv.br/biblioteca-virtual/artigos/148-a-importancia-da-regularizacao-do-estado-civil-na-uniao-estavel>>. Acessado em 26/10/2017

<<http://annaluizaferreira.adv.br/biblioteca-virtual/artigos/148-a-importancia-da-regularizacao-do-estado-civil-na-uniao-estavel>>. Acesso em 26/10/2017.

<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/162.pdf>, acesso em: 03/10/2017.

<http://www.arpensp.org.br/websiteFiles/imagensPaginas/File/CONVIVENTE-RODRIGO_TOSCANO_DE_BRITO.pdf>

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12755&revista_caderno=14>. acessado em: 03/11/2017

<<https://www.conjur.com.br/2012-dez-22/rafael-miranda-presuncao-paternidade-necessita-prova-uniao-estavel>> acessado em 23/10/2017.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13135.htm>. acessado em 20 de dezembro de 2017.

<<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/389/Regime-de-bens-no-casamento>>. acessado em 15/11/2017

<<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/389/Regime-de-bens-no-casamento>> acessado em 15/11/2017.

<<http://www.bortolotto.adv.br/blog/index.php/2015/08/10/vai-se-casar-entenda-as-diferencas-entre-os-regimes-de-bens/>> acessado em 20/11/2017.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> acessado em 28 de out. 2017.

<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20outorga%20ux%C3%B3ria%20na%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel.pdf>, acessado em 26 de nov.2017.